

**Galatasaray Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Dergisi Yıl: 1, Sayı: 2**

Bu kitaba ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eseri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Bu kitapta yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı her hangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

#### **YAYIN KURULU**

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ

Araş. Gör. S. Anlam ALTAY

**ISSN : 1303-6556**

**Dizgi/Mizanpaj/Kapak Tasarımı : Berrin DOĞRUL**

#### **Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.**

Himay-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Çağlaoğlu-İSTANBUL 2004

**Tel:** (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 513 87 05 - 511 36 50

E-mail: [betakitap@betakitap.com](mailto:betakitap@betakitap.com) [www.betakitap.com](http://www.betakitap.com)

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi 102 Ortaköy 80840 İSTANBUL



## DERGİ YAZI KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL, Prof. Dr. Ziya AKINCI, Prof. Dr. Nami BARLAS, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR, Prof. Dr. Alain BOCKEL, Prof. Dr. Pierre Henri BOLLE, Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR, Prof. Dr. İzzettin DOĞAN, Prof. Dr. Ercüment ERDEM, Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, Prof. Dr. Erden KUNTALP, Prof. Dr. Pierre Le MIRE, Prof. Dr. İlber ORTAYLI, Prof. Dr. Ata SAKMAR, Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, Prof. Dr. Saim ÜNAN, Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN, Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU

Doç. Dr. Celal ERKUT, Doç. Dr. Oğuz FEYZİOĞLU,

Yrd. Doç. Dr. Cem AYAYDIN, Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI, Yrd. Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL, Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN, Yrd. Doç. Dr. Enver Murat ENGİN, Yrd. Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL, Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM, Yrd. Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, Yrd. Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER, Yrd. Doç. Dr. İlhan YILMAZ,

Dr. Serap AMASYA, Dr. Güray ERDÖNMEZ, Dr. Catherine RENOUX, Dr. Zeynep ÜSKÜL

Ar. Gör. Eylem AKSOY, Ar. Gör. Özge AKSOYLU, Ar. Gör. Anlam ALTAY, Ar. Gör. Ahu AYANOĞLU, Ar. Gör. Tolga AYOĞLU, Ar. Gör. Süheyla BALKAR, Ar. Gör. Ebru CEYLAN, Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU, Ar. Gör. Balca ÇELENER, Ar. Gör. Murat DEVELİOĞLU, Ar. Gör. Ali DURAL, Ar. Gör. Mehmet ERDEM, Ar. Gör. Ege GÖKTUNA, Ar. Gör. Mehtap İPEK, Ar. Gör. Başak KARAMAN, Ar. Gör. Tuba KARAMAN, Ar. Gör. Cenk KESKİN, Ar. Gör. Sedef KOÇ, Ar. Gör. Pınar MEMİŞ, Ar. Gör. Özgür MUMCU, Ar. Gör. Ebru SEMİZER, Ar. Gör. Çağla TANSUĞ, Ar. Gör. Kürşat TANGÜN, Ar. Gör. Mert YAŞAR, Ar. Gör. Didem YILMAZ, Ar. Gör. Fülürya YUSUFUOĞLU, Ar. Gör. Sinan H. YÜKSEL



## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

<b>Ord Prof. Dr.Dr. mult.h.c. Sulhi DÖNMEZER</b> .....	3
Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Ön Tasarısının Temel Niteliği ve Kapsamı	
<b>Doç. Dr. A. Işıl KARAKAŞ</b> .....	11
The European System for the Protection of Human Rights and Terrorism	
<b>Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN</b> .....	29
Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1511 (2003) Sayılı Kararını Hazırlayan Sebepler Ve Bu Karar Çerçevesinde Irak'taki Son Durum	
<b>Ar. Gör. A. Cenk KESKİN</b> .....	45
La prohibition des ententes entre les entreprises en droit de la concurrence turc et communautaire	
<b>Ar. Gör. Pınar MEMİŞ</b> .....	65
Ceza Hukuku Bakımından Komşu Haklara Genel Bir Bakış	
<b>Ar. Gör. Şinasi Özgür MUMCU</b> .....	83
Les minorités, les peuples et les peuples autochtones : Un problème de définition	
<b>Halil Volkan ARIKAN</b> .....	127
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı Işığında Refah Partisi Kararı: Bir İçtihat Değişikliği mi?	

## ÖZEL HUKUK

<b>Prof. Dr. Hamdi YASAMAN</b> .....	151
Marka Hakkının Niteliği Ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD'nin Kararı Üzerine Düşünceler	
<b>Prof. Dr. Ercüment ERDEM</b> .....	159
Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleştirilmesi	
<b>Öğr. Gör. Reha TANÖR</b> .....	189
Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme	
<b>Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI</b> .....	211
XIX. Yüzyılda Fransa'da ve Osmanlı İmparatorluğu'nda Çalışma İlişkilerinin Hukuksal Çerçevesi	
<b>Ar. Gör. Süheyla BALKAR</b> .....	235
Türk Hukukunda Evlât Edinme	
<b>Ar. Gör. Ebru CEYLAN</b> .....	267
4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler	
<b>Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN</b> .....	297
Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese:Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-437)	
<b>Ar. Gör. Mehtap İPEK</b> .....	307
Anonim Ortaklıkların Temsili	
<b>Ar. Gör. Başak KARAMAN</b> .....	331
Fiducia Cum Creditore	
<b>Ar. Gör. Tuba KARAMAN</b> .....	351
The Judgement Of The General Assembly Of Civil Chambers Of Supreme Court	
<b>Ar. Gör. Ahu AYANOĞLU MORALI</b> .....	391
Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Teşebbüsler Arası Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)	



<b>Ar. Gör. Mert YAŞAR</b> .....	423
Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler	

### **KARAR TAHLİLLERİ**

<b>Ar. Gör. Tuba KARAMAN-Ar. Gör. Mehtap İPEK</b> .....	437
The Judgement Of The General Assembly Of Civil Chambers Of Supreme Court	
<b>Ar. Gör. Ahu AYANOĞLU MORALI- Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN</b> .....	443
Avis Sur Une Decision De La Cour De Cassation Turque	
<b>Ar. Gör. Fülürya YUSUFOĞLU</b> .....	447
Note Sur Un Arret Concernant La Radition D'une Marque Enregistree Iniciallement Par Une Autre Personne	

### **MAKALE ÇEVİRİLERİ**

**Paul Raoult**

<b>Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI- Sedef KOÇ</b> .....	455
Uluslararası Çalışma Örgütünün Engellilerin Çalışma Yaşamına Katılımına İlişkin Faaliyetleri	



# **KAMU HUKUKU**



# CEZA VE TEDBİRLERİN İNFAZI HAKKINDA KANUN ÖN TASARISININ TEMEL NİTELİĞİ VE KAPSAMI

*Ord Prof. Dr. Dr. mult.h.c. Sulhi Dönmezer\**

1.- Huzurunuzda “Ceza ve Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Ön tasarısı” üzerinde tanıtıcı bir sunuda bulunmakla görevlendirildiğimde doğrusu karşı karşıya kalabileceğim sıkıntı hiç aklıma gelmemişti. Gördüm ki, ben bu konuyu aylar önce kaleme almışım: Söz konusu tasarımı hazırlayan Bakanlık Komisyonunun başkanı sıfatı ile tasarımı bütünüyle takdim eden “*Genel Gerekçeyi*” kaleme alan ben idim; gerekçeyi yazarken gerçekten özen göstermeye çalıştığımı da hatırlıyorum; ama böyle görevler yerine getirildiğinde, yazanın telif hakkı hususunda bir iddiası, elbette ki, olamaz.

Bu sözleri, *Sunu* ile genel gerekçe arasında yakın bir benzerlik görebileceklerin intihal iddialarını önceden cevaplandırmak üzere sarf etmiş bulunuyorum.

2.- Önce Türkiyede yürürlükteki infaza ilişkin hükümleri hatırlatalım ve yeni bir kanun ihtiyacının nereden kaynaklandığının böylece anlaşılmasını sağlayalım: Ülkemizde kesinleşmiş ceza hakim ve mahkemeleri kararlarının infazını düzenleyen hükümler, başta Anayasa olmak üzere, Türk Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarında, Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı kanunda, ceza hükümlerini içeren diğer özel kanunlarda, “Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük” de, yönetmeliklerde, kararnamelerde, karar ve tebliğlerde, hatta protokollerde yer almış bulunuyor. Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı hususundaki hükümlere de anılan kanunlar ve tüzükle birlikte yönetmeliklerde yer verilmiştir. Böyle olunca mevzuat portremiz Fransa’nınkine benzemektedir.

Hep bildiğimiz gibi ceza ve tedbirlerin infazına ilişkin mevzuat esasta, ceza adalet sistemi çerçevesinde gerçekleştirilen yargılamalar sonucunda verilen kararların, her türlü yargı derecelerinden geçerek kesinleşmelerinden sonra, fiilen ve maddeten ceza ve tedbirlerin nasıl infaz edileceğini gösteren ve büyük kısmı itibarıyla idari nitelikte olan işlevleri ve işlemleri içeren hükümlerden oluşmaktadır; böyle de olmalıdır: Hakim ve mahkemelerin, esas hakkındaki kararlarını verdikten sonra artık işten ellerini çekmeleri Ceza Muhakemeleri Usulü hukukunun uzun yıllardan beri temel tutumu, hatta ilkesi idi; ancak “*kesin karardan sonra davayı bırakma*” ilkesinin öteden beri istisnaları da vardı: Hakim veya mahkeme karara yeni hükümler, yeni gerekçeler eklemeksizin kararındaki müphem, karanlık kısımları istem üzeri-

---

\* *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı E. Öğretim Üyesi*

ne yorumlayıp açıklayabilir; kararının içerebileceği maddi hataları düzeltebilir. Yargı mercileri, özellikle küçük ve çocuk hükümlülerin iyileştirilmeleri amacıyla evvelce hükmettikleri tedbirleri değiştirebilirler; büyük suçlular bakımından da kanunların ayrıca koyduğu bu husustaki yetkiler kullanılabilir.

3.- Mevzuatta ayrı bir Ceza ve İnfaz kanunu yer almış ise artık Ceza veya Ceza Muhakemeleri Usulü kanunlarında ceza veya tedbirlerin maddeten yahut fiilen infazına ilişkin hükümler yalnız bu kanunda yer almalıdır; oysa ülkemizde durum böyle değildir; yukarıda değinildiği üzere, maddeten ve fiilen infazı düzenleyen kimi hükümler zikredilen kanunlarda yer almaktadır: CMUK, infaza ilişkin hükümlerin bir kısmını içeriyor. Meydana getirildikleri sırada ayrı bir infaz kanunu yapılması öngörülmediğinden TCK ve CMUK kanun tasarılarında da belirtilen tutum sürdürülmüştür. Hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine getirilmesine ilişkin işlem ve işlevleri içeren hükümlerin önemli bir kısmı ise tüzükte ve yönetmeliklerde yer almıştır.

Ancak Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda ve Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı kanunda yer almış bulunan cezaya ilişkin hükümlerin hepsi infazla ilgili değildir; sözelimi hapis cezasının alt ve üst sınırlarını gösteren veya hangi cezaların ertelenebileceğine dair hükümler doğrudan maddi infazla ilişkili olmayan ve ceza kanunlarında yer alması gerekli hükümlerdir. Çünkü yargılamayı yapan hakim veya mahkeme bu hükümlere göre kanun hükümlerini uygulayacak ve esas kararlarını belirleyecektir. Ancak bir kere mahkeme kararı kurulup kesinleşince, cezanın, esas itibarıyla idari olarak fiilen ve maddeten nasıl çektirileceğine dair olan hükümlerin infaza ilişkin sayılmaları gereğine yukarıda değinmiştik.

4.- 647 sayılı cezaların infazı hakkında kanun 1965 yılında meydana getirildi. Bu kanun, yukarıda arz olunan ve bir ceza infaz kanununun, ceza adalet sisteminin işleminde hangi aşamadan sonraki işlemleri düzenlemesi gerektiği hakkındaki esas düşünce ve ilkeye aykırı olarak, kararların kesinleşmesinden önceki kovuşturma evresinde yapılacak yargısal işlemlere ve verilecek kararlara ilişkin hükümleri de içerdiğinden, TCK'nun cezalara ilişkin hükümlerinden bazılarını örtülü olarak değiştirdiği görüldü. Bu nedenle yeni TCK tasarısı, söz konusu hükümleri içerisine almıştır.

Neden böyle olmuştur? 647 sayılı kanunun belirtildiği gibi bir içerikle yürürlüğe konulmasında etmen olan düşünce, vesileden yararlanarak 1960 larda artık eskidiği kabul edilmiş olan Türk Ceza Kanununun, hiç değilse, cezalar sistemini düzeltmek, bu bakımdan bir reforma tabi kılmak idi. 1960'ların getirdiği olağanüstü idare rejimi düzeyinden sonra, bazı milletvekilleri hakkında da ağır hapis cezasının infazında hücre dönemini uygulanmak gerekince ve buna girişilince, durumu düzeltme zorunluluğu açık seçik ortaya

çıkmişti. O zamanın Adalet Bakanı merhum Abdülhak Kemal Yörük, bu hususta benden de bir rapor istedi ve aykırı durumu ve bunun ıslahı için kanunda yer alması gerekli ilke ve esasları bir raporla belirtip sundum; 647 sayılı kanun işte bu çalışmaların sonucudur ve meydana getirildiği dönem bakımından hiç kuşkusuz ciddi bir reform girişimidir.

5.- Yukarıda sözü edilen ve infaz hukukunun kaynaklarını oluşturan milli mevzuat yanında ayrıca ülkemizin kabul ettiği, katıldığı milletlerarası sözleşmelerde, tavsiye kararlarında, özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaların fiilen ve maddeten infazına ilişkin hükümler ve ilkeler, yer almaktadır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi, Çocuk Haklarına dair Sözleşme, Siyasal ve Medeni Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletlerin diğer hak bildirileri, Avrupa İnsan Hakları Bakanlar Komitesinin kararları, Birleşmiş Milletlerin hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin olarak meydana getirdiği standartlar, Avrupa Konseyinin yayınladığı Hapis Cezası Kuralları, Kamu Yararına Yaptırımlar ve Tedbirler Avrupa Kuralları (No. R (92) 16) tavsiye kararı ve eki, Rec (2000) 22 tavsiye kararı ve raporu, Avrupa Konseyine dahil ülkelerde cezaların infazı bakımından meydana getirilmiş diğer sözleşmeler ve işkenceyi önleme sözleşmesi ve diğerleri gibi.

Böylece infaz hukukunun Anayasa başta olmak üzere milli ve milletlerarası kaynakları bulunduğunu ifade etmiş olalım. Bu kaynaklar arasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 12 Şubat 1987 tarihinde (No. R (87) 3) numarasıyla kabul edilmiş bulunan “Avrupa Hapis Cezası Kuralları” ve yine Birleşmiş Milletlerce saptanmış olan “Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kuralları ve İşkenceyi Önleme Sözleşmesi” en önemlileridir ve bir infaz kanunu yapılırken söz konusu metinlerde yer alan ilkelerin mutlaka göz önünde bulundurulmaları gerektiğinden, biz de, tasarımı hazırlarken bu kaynaklardan yararlanma hususunda çok özen gösterdik.

6.- Ülkemizde hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı konusu, uzun bir süreyle, çağdaş yaklaşımlardan uzak kalmıştır. Terör suçlarının büyük sayıda infaz kurumlarında yer almalarından sonra, bir süre, infaz kurumlarının, terörün bir tür kaynağı, okulu haline geldikleri bilinmektedir. Bu kötü durumdan doğrusu kolay çıkılmadı: Yangınlar, mülkiyet tahripleri, ölümler bahasına Türkiye infaz kurumları adeta birer terör okulu olmaktan çıkarılmıştır. F tipi cezaevleri, ekonomik sıkıntılarımız içinde bulunan ülkemizde başarılılabilmiş büyük bir gelişme sayılmalıdır. Halen de uygun cezaevlerinin inşası çabaları sürdürülüyor. Böylece içine düştüğümüz kötü durumun temel kaynağındaki koğuş sisteminden kurtulmak üzere büyük masraflar yapılmaktadır. Bu çabalar gösterilirken bir yandan da çağdaş infaz ilkelerine uyum sağlamak üzere infaza ilişkin hukuki normların yeniden yapılandırılmasına girişilmiş olması ve bu maksatla bu tasarının gerçekleştirilmiş bulunması; ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisinin yeni seçim kararı almasının-

dan hemen sonra “Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanununun kabul edilmiş olması büyük bir gelişme sayılmalıdır.

7.- “Ceza ve Tedbirlerin infazı hakkında kanun tasarısı” hazırlanırken, yukarıda yollama yaptığımız milletler arası kaynaklardan geniş ölçüde yararlanıldı ve bunlarla Türk İnfaz hukuku arasında uyum sağlanmasına çalışıldı.

Tasarının temel yapısını kısaca şöylece açıklıyoruz:

1) Tasarının amacı 1. maddesinde açıklandığı üzere, “mevzuatta yer alan ceza ve tedbirlerin ne suretle yerine getirileceğini” göstermektir. Ancak yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere TCK ve CMUK tasarılarında yer alan ceza ve tedbirlerin infazına ilişkin hükümler saklı tutulmuş ve tasarının belirli maddelerinde bu hükümlere yollamalar yapılmıştır.

2) Bazı ülkelerde, sözgelimi Almanya’da, infaza ilişkin özel bir kanun vardır. Fransa’da olduğu gibi bazılarında ise, infaza ilişkin hükümlerin çoğu özellikle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alıyor ve hükümler çok geniş biçimde düzenlenen tüzük ve yönetmeliklerle tamamlanıp açıklanıyor.

Ön tasarı bu iki tür uygulamaya göre daha farklı bir sistemi benimsemiştir: Bir kere yukarıda açıklandığı üzere TCK ve CMUK tasarılarında yer alan hükümler saklı tutulmuştur. Ancak cezaların ve tedbirlerin infazında amaçlar, temel ilkeler, özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaların infazına ilişkin hususlara tasarıda yer verilmiş ve temel strateji olarak da *iyileştirme* (traitement) esas alınmıştır.

3) TCK ve CMUK’na yollama yapan hükümlerin büyük çoğunluğu infaz hukukunu ilgilendirmektedir; ancak, kriminolojinin bizce bir kısmını oluşturan *Penoloji* (cezalara ait bilim) verilerinin uygulanmasını sağlayacak ilkeler ve hatta bazı ayrıntıları belirten hükümlere de tasarıda yer verilmiştir. Bizce kriminoloji suça oranla ne ise penoloji de infaz hukukuna göre o niteliktedir. Bilimin esaslarına dayalı uygulama biçimlerinin esasta infaz hukukunu belirten bir tasarıda yer alması bütünüyle mümkün olmayacağından, noksanların ve ayrıntıların tasarıya dayalı olarak meydana getirilecek tüzük ve yönetmeliklerle giderilmesi ve infaz sisteminin böylece tamamlanması öngörülmüştür. Bu itibarla tasarı, tüzük ve yönetmeliklerle tamamlanacak ve bu yolla amaca çok daha kolaylıkla ulaşılabilecektir.

8.- Amaç bu olunca, elbette ki, değişik infaz kurumlarının tanımlarının yapılması ve bunlarla ilgili esasların saptanması başta gelen meşgaleyi oluşturmuştur. İyileştirme amacının yeterince izlenebilmesi bakımından hükümlülerin gözlem ve sınıflandırılmaları zorunlu olduğundan, tasarı bu hususlara ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Bu bakımdan, ölüm cezasının ye-



rini alacak “*ağırlaştırılmış müebbet hapis*” cezasının infazına ilişkin esaslar 23. maddede yer almış bulunmaktadır. Ancak sayın Adalet Bakanı Prof.Dr.Hikmet Sami Türk “*ağırlaştırılmış*” sözcüğünü nedense beğenmedi ve ölüm cezası kaldırılarak yerine “*müebbet ağır hapis cezası*” konuldu. Ama, yürürlükteki Ceza Kanununda ölüm cezasıyla birlikte teşebbüs, tahrik, takdiri hafifletici sebepler, kısmi akıl hastalığı ve diğer hükümler bakımından ölüm cezasına ilişkin uygulamalar nedeniyle getirilmiş hükümler aynen korundu. Böyle olunca, “*öldürme dışında ölüm cezası bir bakıma olduğu gibi kalmıştır*” dense çok yerinde olur. Bir de tahrik ve takdiri haller bakımından ortaya çıkan garip duruma da işaret edelim: Ölüm cezası yerine müebbet ağır hapis uygulanacak ama getirilen hükme göre, takdiri hafifletici sebebin hiçbir etkisi olmayacak, fail yine müebbet ağır hapse mahkum edilmiş kalacaktır. Bu suretle ortaya gerçekte yine bir *ağırlatıcı* müebbet hapis cezası çıkıyor ama belirli bir ölçüde esaslarla pek de bağdaştırılabilir nitelikte olmayan bir durum meydana getirilmiş oluyor. Aslında bizim ön tasarıda yer verdiğimiz ve maddeten infazı bakımından tasarıda ayrıca düzenlediğimiz *ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası* olduğu gibi kabul edilmiş olsa idi bu durum ortaya çıkmayacaktı. Bugün belirli suçlar için öngörülen müebbet ağır hapis, öyle bir *ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis* ki, sanki fail hakkında ölüm cezası verilmiş gibi uygulamalara neden olmaktadır; sadece öldürme yoktur!

Bütünüyle ve madde gerekçeleriyle birlikte incelendiğinde tasarının niteliği daha açık seçik olarak meydana çıkabilir.

9.- Ceza infaz kurumlarının idaresinde ve hürriyeti bağlayıcı cezanın infazında mutlaka birlikte ve dengeli olarak var olması gereken dört görev veya işlev vardır. Bunlar şöylece belirlenebilir:

1. Güvenlik ilkesi (hükümlülerin kurumda muhafazası, kaçmalarının önlenmesi),
2. Düzen ilkesi (kurumda düzenli, düzenlenmiş bir yaşamın sağlanması),
3. İyileştirme ilkesi (infaz kurumunun temel amacının hükümlerin iyileştirilmeleri olduğunun vazgeçilmez bir ilke olarak kabulü ve gereğinin çağdaş Penoloji esaslarına göre yerine getirilmesi),
4. Adalet ilkesi (hükümlü hakkında uygulanacak işlem ve yaptırımlar bakımından adalet gereklerinin ve ilkelerinin egemen kılınması ve bununla dengeli hukuk araçlarının tesisi).

Tasarıda, bu dört işlev veya görev arasında eşit bir öncelik kurulmasının çağdaş bir idare ve infaz sisteminin yürütülmesinde daima göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiş ve yukarıda belirtilen dört işlev veya gö-

revin gerektiği gibi yerine getirilmesini sağlamak üzere uygun hükümlere yer verilmesine çalışılmıştır. Elbette ki, bu hükümler tüzük ve yönetmeliklerle açıklanarak ve genişletilerek gerçekleştirilecektir; işte o zaman Penolojinin icapları göz önünde bulundurulacaktır.

10.- Tasarının başında, ceza ve tedbirlerin infazında, göz önünde bulundurulması gerekli ve çağdaş temel insan haklarına saygılı bir infaz sisteminde egemen olması zorunlu zihniyeti açıklayan ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler infazcılar için, çekişmeli olan her hususta aydınlatıcı ve yol gösterici olacaktır. İnfaz hakimleri de kararlarında bu ilkeleri her zaman göz önünde bulunduracaklardır. Söz konusu ilkeler, milletler arası metinlerde özellikle vurgulanmakta ve milli infaz kanunlarına, uygulamalara ışık tutmaktadır. Tasarıda yer alan hürriyeti bağlayıcı ceza ve tedbirlerin infazına ilişkin hükümler ise, yukarıda önemini belirttiğimiz ve infaz kurumunun esas işlev ve görevlerini belirten dört ilkenin bir arada ve eşit bir öncelikle nasıl yerine getirilmesi gerektiğini saptayan esasları içermektedir; bunları kısaca belirtelim:

a) Hükümlülerin firarlarını önlemek suretiyle muhafaza altında tutulmaları işlevinin yerine getirilmesine yani güvenlik ilkesine ilişkin hükümlere, tasarının çeşitli bölümleri içerisinde yer verilmiştir. Bu işlevi, kurumda güvenliğin sağlanması terimi ile de belirtebiliriz. Güvenliği sağlamak bakımından kurumda pasif ve dinamik güvenlik araçları kullanılacaktır. Bu husus tasarıda infaz kurumlarının türleri belirlenirken özellikle açıklanıyor. Uzmanlar, Güvenliğin çok sıkı muhafaza ve tecrit uygulamalarına götürmesi halinde, daha fazla şiddete neden olduğunu saptadıklarını açıklıyorlar. O halde aktif ve pasif güvenlik, Penolojinin verilerine uygun olarak dengeleştirilmeli ve bu husus yönetmelik hükümleri ile sağlanmalıdır. Tasarı bu hususu vurgulayıcı hükümleri içeriyor.

b) Kurumda (düzen) ikinci temel işlevi ifade etmektedir; güvenlik ile düzen arasında fark bulunduğunu da hemen belirtelim: Güvenlik hükümlünün, zorunlu olduğu sürece toplumun dışında muhafaza edilmesini gerektiren bir işlevdir. Oysa düzen, ceza infaz kurumu içerisinde ve dışarı ile temaslarda göz önünde bulundurulacak esaslara dayalı bir kavramdır; düzenin temel amacı hükümlünün iyileştirilmesini sağlayacak bütün etkinliklerin ve girişimlerin kavgasız, çekişmesiz ve barış içerisinde cereyanını ve hükümlünün bunlara korkusuz katılabilmesini sağlamaktır. Düzen, hapis cezasının emin biçimde ve koşullarına uygun olarak çekilmesini sağlayacak bütün etkinlikler olarak da tanımlanabilir. Bir infaz kurumunda düzen, olumsuz yönleri ele alınarak da tanımlanabilir. Bu halde şiddetin, çekişmelerin ve sosyal alışkanlıkların bertaraf edilmesi, yok edilmesi riskinin ortadan kaldırıldığını ifade eder.

Bazı yazarların da belirttikleri gibi, güvenlik ve düzen kurum idaresini bazen bir ikilem ile yani söz konusu iki işlevden birisini seçme zorunluluğu ile karşı karşıya bırakabilir: Kurum idaresince, kaçmanın önlenmesine, örneğin isyan riskine öncelik verildiğinde bu hal, hükümlülerin yaşam vasfı ve düzeyinin düşmesine neden olabilir. Bir ünlü yazar, İngiliz ceza infaz kurumlarındaki isyanların nedenini kalabalıklaşmaya, kötü yaşam koşullarının sevk ettiği kin ve husumetlere ve adaletsizliklerin bir tür bileşik etkisine bağlamıştı. Güvenlik ve düzenin birlikte ve ahenkli biçimde geçerli olması, kurum içerisinde, elbette ki, güçlü ve etkin bir *denetim düzeninin* varlığına bağlıdır.

Tasarı bu gerekleri vurgulayan hükümlere yer vermiş bulunmakta ve böylece, çeşitli hükümleri ile güvenlik ve düzen arasındaki dengeyi sağlamaya çalışmaktadır: Hükümlülerin tasnifi, yükümleri, yükümlerinin ihlali halinde disiplin düzeni, hakları, bunların teminatı, infaza ilişkin kararların şikayet üzerine infaz hakiminin denetimine tabi olması, infaz kurumlarını izlemek ve sivil toplum örgütlerinin bu konuda görev almalarını sağlamak maksadıyla izleme kurullarının teşkili gibi.

Bütün bu hususlara ilişkin hükümleri ile tasarı, söz konusu dengeyi sağlama ilkesini vurgulamaktadır.

c) Tasarıda hükümlünün temel yükümü olarak cezayı çekme, buna katlanma borcu belirtilmiş ve bu hususu açıklayan çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Besinleri reddetmek, ölüm orucuna yatmak veya bu maksadın gerçekleştirilmesine yönelik tahrik fiilleri, tasarıda yaptırımlarla karşılanmıştır. Ancak yaptırımlar bakımından adalet esaslarına uygun biçimde hareket edilmesi tasarının vurguladığı temel ilkedir.

d) İnfaz kurumunda adalete, temel ilkelerden birisi olarak geçerlilik kazandırılmasını sağlamak üzere getirilen hükümler arasında "*infaz hakimliği*" yer alıyor.

Tasarının kanunlaştırılmasının uzunca bir süre alacağı düşünüldüğünden Bakanlık, başkanlığımızda kurulan bir komisyon marifetiyle "*infaz hakimliği kanununu*" hazırlatmış, tasarı hemen büyük meclise sunulmuş ve kanunlaştırılarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun, tasarı hükümleri içine alınmıştır. Yine aynı suretle hazırlanan "*izleme komisyonları hakkındaki kanun kurulması*" da başkanlığımız altındaki bir komisyonca hazırlanmış, Bakanlıkça büyük meclise sevk edilmiş ve kanunlaşmıştır. Bu kanun da tasarı hükümleri arasına alınmıştır.

Türk Ceza Kanunu tasarısı, *güvenlik tedbirlerinin* infazı hususundaki hükümler bakımından tüzüğe yollama yapmış bulunduğundan, bu tasarıda söz

konusu kurumlar bakımından ayrıca hüküm getirilmemiştir. Aynı suretle TCK “*kamu yararına yaptırım ve tedbir*” (Community sanctions and Measures) niteliğindeki yaptırım tipini kabul etmiş ve uygulama bakımından ayrıntıların saptanmasını yönetmeliğe bırakmıştır. Bu nedenle tasarıda bu konuda da ayrıca hüküm getirilmemiştir.

Sözlerimize son verirken tasarıнын yapısı hakkında da birkaç hususu arz edelim: Tasarı üç kitaptan, her kitap kısımlardan ve kısımlar da bölümlerden oluşmaktadır. Bu tasnif biçiminin benimsenmesinde esas düşünce, ceza ve tedbirlerin infazı hususundaki temel ilkeleri açıkladıktan sonra, uygulayıcıların kolaylıkla hükümlerin tabi tutulacakları rejimin esaslarını algılayarak gereklerini yerine getirmelerini sağlamak olmuştur. Zaten ulaşılması gerekli amaç bakımından en önemli konu infazda yer alan uygulayıcıların yetenekli, yaptıkları işin önemini algılamış kişilerden seçilmeleri ve yetiştirilmeleridir. Bunun ise, kanun metinlerini meydana getirmeğe göre çok daha zor bir meşgale olduğunu vurgulayarak sözlerimize son verelim.

# THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND TERRORISM\*

*Associated Prof. Dr. A. Işıl Karakaş\*\**

## I. INTERNATIONAL LAW AND TERRORISM:

Dealing with the problem of terrorism on both international and domestic levels was long before September 11, 2001.

The first attempt was the League of Nations 1937 “*International convention for the prevention and punishment of terrorism*”<sup>1</sup> which never entered into force.

The United Nations took up anti-terrorist initiative issue by issue in response to particular outrages<sup>2</sup>.

The UN organs also have adopted many decisions<sup>3</sup> in order to combat terrorism. After September 11, the Security Council adopted the Resolution 1373<sup>4</sup> concerning the obligations on the states to prevent and suppress acts of international terrorism, especially denying terrorists to use the state’s territories and access to sources and funding.

Regional international organisations have introduced conventions and other measures on combating terrorism. European convention on the suppression of terrorism on 1977<sup>5</sup> and its new Protocol, amending the convention, which

---

\* This article is revised version of the paper “The European System for the Protection of Human Rights and Terrorism” submitted to the CEEISA/ISA International Convention, Central European University, Budapest, 26-28 June 2003.

\*\* University of Galatasaray, Law Faculty, Public International Law.

<sup>1</sup> League of Nations Doc. C.546 (I) M.383 (I) 1937.

<sup>2</sup> See Convention for the suppression of unlawful seizure of aircraft, 1970, U.N.T.S 105, International convention against the taking of hostages, 1979, U.N.T.S 205, International convention for the suppression of terrorist bombings, 1997, International convention for the suppression of the financing of terrorism, 1999 G.A Res. A/RES/54/109.

<sup>3</sup> General Assembly Resolution A/RES/51/210 on measures to eliminate international terrorism and the annexed Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, and its Resolution A/RES/49/60 on measures to eliminate international terrorism and the Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism annexed thereto. Security Council Resolution 1269 (1999) on international cooperation in the fight against terrorism, UN Doc. S/RES/1269.

<sup>4</sup> 28.September.2001, S/RES/1373 (2001). “Calling upon all States to take appropriate measures to ensure that asylum-seekers have not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts, that refugee status is not abused by the perpetrators, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists.” (para. 3).

<sup>5</sup> European Treaty Series no. 90.

opened on signature on 15.May.2003, are the works of the Council of Europe<sup>6</sup>.

The European Union<sup>7</sup> and OSCE<sup>8</sup> have taken decisions on the fight against terrorism.

The inter-American system has done many efforts in order to fight against terrorist violence, which has a considerable effect on the region. After the “*Convention to prevent and punish the act of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance*”<sup>9</sup> they adopted the “*Inter-American Convention against Terrorism*”<sup>10</sup>.

Against the terrorist threats and also in accordance with the international law, states have to take all necessary measures to prevent terrorism and other forms of violence in order to guarantee the security of their populations. States have also developed legislative measures and procedures to criminalize and prosecute terrorist activities. However, in undertaking these specific measures, it is essential that states be strictly obliged to respect their obligations concerning the international human rights law. This obligation appears in the article 15 of the Inter-American convention against terrorism, which provides as follows;

*“The measures carried out by states parties under this convention shall take place with full respect for the rule of law, human rights and fundamental freedoms.”*

This article reflects the need to refrain any excessive steps, which would violate fundamental freedoms, particularly presumption of innocence, right to a fair trial, right to liberty and security, freedom from torture, privacy rights, freedom of expression.

The obligations of states in responding to terrorist violence are regulated by different regimes of international law. They differ according to the context as:

---

<sup>6</sup> European Treaty Series no.190. See also Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Fight against Terrorism,11.July.2002.

<sup>7</sup> European Parliament, Recommendations on the Role of the European Union in combating Terrorism, 5.September.2001, Commission proposal for a Framework Decision to combat Terrorism which, defining terrorist offences, COM (2001) 521.

<sup>8</sup> Decision on combating terrorism and the Bucharest Plan of action for combating terrorism, Bucharest Ministerial declaration, 3-4.December.2001, MC/9, Dec/1.

<sup>9</sup> 2.February.1971, OAS Treaty Series, no.37.

<sup>10</sup> 3.June.2002 AG/RES 1840.

a. *“a situation of peace, where international human rights law is fully applicable.*

b. *an emergency that threatens the independence or security of a state, or life of a nation, in which case international human rights law applies subject to any permissible derogation based strictly on the exigencies of the situation.*

c. *an armed conflict, where both international human rights law and international humanitarian law apply coextensively but where states’ human rights obligations may have to be interpreted in light of international humanitarian law as the applicable lex specialis”* <sup>11</sup>.

The fundamental human rights, which include the right to life, freedom from torture or cruel, inhuman and degrading treatment, freedom from slavery, the prohibition of the retroactive application of criminal law apply at all times<sup>12</sup>, in peace, during emergency situations and in war.

Nevertheless, conventions on human rights permit states to take measures derogating from others rights under emergency situations. Such measures must be strictly limited in time and substance and they are subject to regular review.

Full respect for the rule of law and fundamental human rights is a necessary requirement for the efforts to combat terrorism.

Anti-terrorism measures are intended to preserve the fundamental values of democratic societies based human rights and the rule of law. International legal obligations on human rights create no general exception for terrorism in their application but rather establish an interrelated and mutually reinforcing regime of human rights protection with which states’ responses to terrorism must conform<sup>13</sup>.

“In this respect, the campaign against terrorism and the protection of human rights should not be regarded as antithetical responsibilities; to the contrary, derogation clauses in international human rights instruments clearly recognize that exceptional measures requiring the temporary suspension of

---

<sup>11</sup> Report on Terrorism and Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116, 22.October.2002, para.18.

<sup>12</sup> ICJ confirms that, the protection of the International Covenant on Civil and Political Rights does not cease in times of war except by operation of article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8.July.1996, Reports 1996, para.25.

<sup>13</sup> T. Buergenthal “To respect and ensure: State obligations and permissible derogations” in The International Bill of Rights, ed. L.Henkin, 1981, p.89.

some rights may sometimes be necessary in responding to threats for the very purpose of protecting democratic institutions and the rule of law, not to weaken or destroy them<sup>14</sup>.”

In any case, the implications of the anti-terrorism measures shall not be affect rights of individuals and obligations of states under the international human rights law, in particular right to life, the right to humane treatment, the prohibition of slavery and servitude, the right to personal liberty and security, the right to a fair trial, the right to freedom of expression.

The very difficult problem of the democratic states the trade-off between security of populations and protection of human rights. In other words, anti-terrorism measures determinate the limits of the human rights in a democratic society and the minimum of the “Etat de Droit”.

Within this context, we will focus on the European human rights standards applied by the European Court of Human Rights according to the right of liberty and security, right of privacy, right to life and prohibition of torture and inhuman treatment concerning anti-terrorist legislation.

## **II. European Human Rights Law and Terrorism:**

“The purpose of anti-terrorism measures is to protect human rights and democracy, not to undermine these fundamental values of the democratic societies. The nature and manner of implementation of such measures must be fully consistent with this (obligation)”<sup>15</sup>.

Combating terrorism must not be at the cost of the erasion of the fundamental human rights.

Several articles of the European Convention on Human Rights (here after Convention) state limitations to the rights guaranteed that states may invoke.

This illustrates the tension between the rights of the individual and the interests of the state that the Court described in the Klass case as; “*Some compromise between the requirements for defending a democratic society and individual rights is inherent in the system of Convention... As the Preamble to the Convention states, “Fundamental Freedoms ... are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a*

---

<sup>14</sup> Report on Terrorism and Human Rights, op.cit. para.22.

<sup>15</sup> Joint statement by the UN High Commissioner for Human rights, the Secretary General of the Council of Europe, the Director of the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights ...



*common understanding and observance of the Human Rights upon which (the Contracting States) depend”... This means that a balance must be sought between the exercise by the individual of the right guaranteed to him under paragraph 1 and the necessity under paragraph 2... for the protection of the democratic society as a whole<sup>16</sup>.”*

Even the Court has established the principle of strict interpretation of restrictions in order to balance individual rights against state interests, leaves a certain margin of appreciation for the states. However the Court has the authority to review the acts of states against the principles and limits of the Convention as stated in Klass case:

*“Nevertheless, the Court stresses that this does not mean that the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction... The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate<sup>17</sup>.”*

Most European countries responded to terrorist threat by adopting new measures or dusting off old ones to give the police wide powers to investigate and detain suspects.

France has amended its existing anti-terror legislation to allow the police greater competence to stop and search the car, also obliges telephone companies and Internet service providers to keep for a year records of all their customers’ communications. Same as in Germany concerning direct access to records of the banks, e-mails address. United Kingdom reviewed its anti-terror legislation in order to expand the powers already established particularly on the terrorist finance, immigration procedures and gave to the Home Secretary powers to detain indefinitely foreigners suspected of terrorism without charging them or sending them for trial. There is no doubt that the act is discriminatory and constitutes a breach of human rights.

Under this section we will try to analyse the Court’s position concerning the police custody, right to privacy and non-derogable rights which constitute some of the problems on the combat against terrorism.

### **Police custody and Derogation**

We will examine some cases concerning the application of Article 5/1 and /3

---

<sup>16</sup> Klass and others, 6.September.1978, para. 59.

<sup>17</sup> Ibid. para.49.

with or without the derogation permitted by Article 15 against United Kingdom and Turkey.

Beside the restrictions of the Articles 8-11, under the Article 15 States may limit the application of the rights of the Convention in certain well-defined and exceptional circumstances which consist time of war and other public emergency threatening the life of the nation. However derogations from Article 2 (right to life- except from lawful acts of war), Article 3 (prohibition of torture, inhuman and degrading treatment), Article 4 (prohibition of slavery and servitude) and Article 7 (prohibition of the retroactive application of criminal law) are not permitted.

The Court has interpreted the provisions of Article 15 on several cases, particularly concerning the United Kingdom's derogation.

The first case was the *Lawless v. Ireland*<sup>18</sup>, who is a member of the Irish Republican Army, on the procedures and the conditions of his detention. In this case the Court set the criteria for evaluating the existence of the conditions of the article 15<sup>19</sup> and it found the measures as strictly required by the exigencies of the situation within the meaning of the Article 15.

The term "public emergency" was clarified as a imminent and widespread danger and that therefore; it must be actual or imminent, its effects must involve the whole nation, the continuance of the organised life of the community must be threatened, the crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate.<sup>20</sup>

In *Ireland v. U.K* case the Court has stated again on the observance of the state's engagements holding in principle that national authorities are in a better position than the international judge to decide on the presence of an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary.

*"Nevertheless, the states do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court...is empowered to rule on whether the states have gone beyond the*

---

<sup>18</sup> *Lawless case*, 1.July.1961.

<sup>19</sup> *"The existence of a public emergency threatening the life of the nation was reasonably deduced...from a combination of several factor, namely: in the first place, the existence in the territory of the Republic of Ireland of a secret army engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; secondly, the fact that this army was also operating outside the territory of the state, thus seriously jeopardising the relations of the Republic of Ireland with its neighbour; thirdly, the steady and alarming increase in terrorist activities..."* Ibid. para. 28.

<sup>20</sup> *The Greek case*, Commission Report, 5.November.1969, para. 153 Yearbook 12 p.72.

*“extent strictly required by the exigencies” of the crisis...The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision”* <sup>21</sup>.

A number of cases concerning the right to liberty and security have been raised related to detention and arrest under anti-terrorist legislation applicable in the United Kingdom.

In the case *Brogan and Others*<sup>22</sup> concerning the investigation of terrorist offences, the Commission accepted in the same line with the British government that longer periods of detention than in normal cases was justified. However the Court found a breach of the Article 5/3<sup>23</sup> of the Convention by rejecting the view of the Commission.

The applicants maintained that their arrest and detention were grounded on suspicion, not of having committed a specific offence, but rather of involvement in unspecified acts of terrorism, something which did not constitute a breach of the criminal law in Northern Ireland and could not be regarded as an “offence” under Article 5 para.1(c)<sup>24</sup>.

The Government argued that the definition of terrorism in the Prevention of Terrorism Act on 1984 was compatible with the concept of an offence and satisfied the requirements of paragraph 1 (c) in this respect. In this connection, the Government pointed out that the applicants were not in fact suspected of involvement in terrorism in general, but of membership of a proscribed organisation and involvement in specific act of terrorism<sup>25</sup>.

The Court is not required to examine the impugned legislation in abstracto, but must confine itself to the circumstances of the case before it. So, it found grounded their arrest and did not find a violation of article 5/1/c.

---

<sup>21</sup> Ireland v/ United Kingdom, 18.January.1978 para.207.

<sup>22</sup> *Brogan and Others*, 29.November.1988.

<sup>23</sup> *“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”*

<sup>24</sup> *“Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law.”*  
*c) “the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;”*

<sup>25</sup> Section 14 of the 1984 Act defines terrorism as *“the use of violence for political ends”*, which includes *“the use of violence for the purpose of putting the public or any section of the public in fear”* Ibid. para.51.

Under the 1984 Act, a person arrested on reasonable suspicion of involvement in acts of terrorism may be detained by police for an initial period of forty-eight hours, and, on the authorisation of the Secretary of State for Northern Ireland, for a further period or periods of up to five days.

The Government have argued that in view of the nature and extent of the terrorist threat and the resulting problems in obtaining evidence sufficient to bring charges, the maximum statutory period of detention of seven days was an indispensable part of the effort to combat that threat. In particular, they drew attention to the difficulty faced by the security forces in obtaining evidence which is both admissible and useable in consequence of training in anti-interrogation techniques adopted by those involved in terrorism. Time was also needed to undertake necessary scientific examinations, to correlate information from other detainees and to liaise with other security forces.

According to the Court, "... no violation of Article 5 para. 3 can arise if the arrested person is released "*promptly*" before any judicial control of his detention...If the arrested person is not released promptly, he is entitled to a prompt appearance before a judge or judicial officer<sup>26</sup>."

The Court has regard to the importance of this Article in the Convention system: it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty. Judicial control of interferences by the executive with the individual's right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3, which is intended to minimise the risk of arbitrariness. Judicial control is implied by the rule of law, "*one of the fundamental principles of a democratic society...*", which is expressly referred to in the Preamble to the Convention"<sup>27</sup>.

In the Court's view the four days and six hours spent in police custody falls outside the strict constraints as to time permitted by the first part of Article 5 para.3. The Court "...has to conclude that none of the applicants was either brought "*promptly*" before a judicial authority or released "*promptly*" following his arrest. *The undoubted fact that the arrest and detention of the applicants were inspired by the legitimate aim of protecting the community as a whole from terrorism is not on its own sufficient to ensure compliance with the specific requirements of Article 5 para. 3*<sup>28</sup>."

---

<sup>26</sup> Ibid. para.58.

<sup>27</sup> Ibid. See *mutatis mutandis* Klass and Others judgment, op.cit. para.55.

<sup>28</sup> Ibid.para.62.

The investigation of terrorist offences undoubtedly presents special problems but they can not justify dispensing from the prompt judicial control.

Following this judgment the United Kingdom lodged a derogation from Article 5 on 23. December. 1988 in order to exercise its powers under the Prevention of Terrorism Act to detain the individuals for several days on the authority of Secretary of State. The government stated that such discretion was strictly required by the exigencies of the situation.

The validity of this derogation was challenged in the case of *Brannigan*<sup>29</sup>, in which the main issue was whether the executive should be permitted to detain suspected terrorists for up to seven days without judicial review.

Their detention lasted for periods of six days, fourteen hours and thirty minutes, and four days, six hours and twenty-five minutes respectively.

Concerning the validity of the derogation the Court recalls that *“it falls to each Contracting State, with its responsibility for “the life of [its] nation”, to determine whether that life is threatened by a “public emergency”... By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities”*<sup>30</sup>.

Nevertheless, states do not enjoy an unlimited power of appreciation. The domestic margin of appreciation is accompanied by a European supervision<sup>31</sup>.

The Court observed that *“The power of arrest and extended detention has been considered necessary by the Government since 1974 in dealing with the threat of terrorism. Following the Brogan and Others judgment the Government were then faced with the option of either introducing judicial control of the decision to detain under section 12 of the 1984 Act or lodging a derogation from their Convention obligations in this respect”*<sup>32</sup>.

In conclusion; the Court having regard to the nature of the terrorist threat in Northern Ireland, the limited scope of the derogation and the reasons

---

<sup>29</sup> *Brannigan and McBride*, 26. May. 1993.

<sup>30</sup> *Ibid.* para. 43.

<sup>31</sup> *Ireland/U.K.*, *op.cit.*

<sup>32</sup> *Brannigan*, *op.cit.* para. 51.

advanced in support of it, as well as the existence of basic safeguards against abuse, accepted that the Government have not exceeded their margin of appreciation in considering that the derogation was strictly required by the exigencies of the situation<sup>33</sup>.

In the same line, on the investigation of terrorist crimes, the Court has held concerning “reasonable suspicion” a broader scope than conventional crimes<sup>34</sup>.

The persistence of reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition sine qua non for the validity of the continued detention, but, after a certain lapse of time, it no longer suffices; the Court must then establish whether the other grounds cited by the judicial authorities continue to justify the deprivation of liberty<sup>35</sup>.

The Court has taken always a consistent position on the fight against terrorism:

*“For the purposes of interpreting and applying the relevant propositions of the Convention, due account will be taken of the special nature of terrorist crime, the threat it poses to democratic society and the exigencies of dealing with it<sup>36</sup>.”*

Even the terrorism is the worst enemy of the democracy, states should not, in the name of the fight against terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate. Particularly in normal times such concerns as national security, the rights and reputations of others, public order or public security do not justify detention, the “necessary in a democratic society” does not work under the Article 5. Therefore lodging a derogation<sup>37</sup> in order to suspend certain rights is a must. As we already mentioned this margin of appreciation is always under the control of the Court.

In *Aksoy v./Turkey*<sup>38</sup> case the applicant was held in the police custody for

---

<sup>33</sup> Ibid. para.66.

<sup>34</sup> For example, on the protection of confidential sources of information see *Fox, Campbell and Hartley v./U.K.*, 29.November.1990.

<sup>35</sup> *Yagci and Sargin v./ Turkey*, 8.6.1995, para.50.

<sup>36</sup> *Murray v./U.K.*, 28.October.1994 para.47, *Fox, Campbell and Hartley v./U.K.*, para.48.

<sup>37</sup> In further notices the United Kingdom informed the Secretary General of the Council of Europe of its decision of derogation on the obligations under Article 5.

The Prevention of Terrorism Act 1989 has been renewed annually. After the September 11, Anti-Terrorist, Crime and Security Act has come into force on 14.December.2001, since then the derogation’s of the United Kingdom concerning exercise of the power of detention contained in the new Act continues to be valid.

<sup>38</sup> *Aksoy v./ Turkey*, 18. December.1996.

fourteen days without judicial scrutiny. In *Demir and Others v. Turkey*<sup>39</sup> case, Mr Demir and Mr Süsin were held in police custody for at least twenty-three days and Mr Kaplan for at least sixteen days, during which time none of them appeared before a judge or other judicial officer.

The Court observed in *Brogan* case that period of detention in police custody of four days and six hours without judicial scrutiny fell outside the strict constraints as to time permitted by Article 5 § 3, even though it was designed to protect the community as a whole from terrorism<sup>40</sup>.

In both cases the government argued the non-application of the detention conditions of the Article 5 according to the derogation of Turkey lodged at 6.8.1990 concerning the Articles 5,6,8,10,11,13 to fight against the PKK terror on the South-East region.

The Court stated that “...has already accepted on a number of occasions that the investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems<sup>41</sup>”. However “...this does not mean that the authorities have carte blanche under Article 5 to arrest suspects and detain them in police custody, free from effective control by the domestic courts and, in the final instance, by the Convention’s supervisory institutions, whenever they consider that there has been a terrorist offence<sup>42</sup>.”

So the periods of detention concerned failed to satisfy the requirement of promptness laid down by Article 5 § 3.

Concerning the control Article 15, the Court recalled its jurisdiction on *Brannigan* case by admitting the wide margin of appreciation of the national authorities but always under the Court’s rule whether the states have gone beyond “the extent strictly required by the exigencies’ of the crisis<sup>43</sup>.”

Concerning the existence of an exceptional situation threatening the life of the nation in South-east Turkey, the Court noted that, “*The particular extent and impact of PKK terrorist activity in south-east Turkey has undoubtedly created, in the region concerned, a ‘public emergency threatening the life of the nation’*”<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> *Demir and Others*, 23.September.1998.

<sup>40</sup> *Brogan*, op.cit. para.62.

<sup>41</sup> See the previously cited *Brogan and Others* para. 61, *Murray*, para. 58.

<sup>42</sup> *Aksoy*,op.cit.para.78.

<sup>43</sup> In exercising this supervision, the Court give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation and the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation. *Brannigan and McBride*, op.cit. para. 43, *Aksoy*, para.68.

<sup>44</sup> *Demir*, para.15, *Aksoy*, para. 70.

The Court, in assessing the validity of the Turkish derogation, took into account in particular the unquestionably serious problem of terrorism in south-east Turkey and the difficulties faced by the State in taking effective measures.

Nevertheless, in that case it was not persuaded that the situation necessitated holding Mr Aksoy on suspicion of involvement in terrorist offences for fourteen days or more in incommunicado detention without access to a judge or other judicial office. In particular the Government had not adduced any detailed reasons as to why the fight against terrorism in South-east Turkey rendered any judicial intervention impracticable<sup>45</sup>.

In the Aksoy judgment the Court noted that the applicant had not enjoyed sufficient safeguards against arbitrary conduct and incommunicado detention, holding: *“the denial of access to a lawyer, doctor, relative or friend and the absence of any realistic possibility of being brought before a court to test the legality of the detention meant that he was left completely at the mercy of those holding him”*<sup>46</sup>.

In both cases the Court is convinced that the applicants' incommunicado detention for at least sixteen or twenty-three days,<sup>47</sup> and fourteen days<sup>48</sup> without any possibility of seeing a judge or other judicial officer, was not strictly required by the crisis relied on by the Government.

Turkey has amended the Constitution on 3.October.2001. According to the Article 19 a person arrested or detained shall be brought before a judge within at latest forty-eight hours and in the case of offences committed collectively within at most four days. But on the Criminal Procedure Law police custody is twenty-four hours. (art.108). In the emergency situations the detention could be up to seven days with the permission of the prosecutor under the judicial scrutiny.

In conclusion, even the European supervisory organs consider the difficulties to fight against terrorism, the states should not arrest suspects and detain them in police custody, free from effective control by the domestic courts and, in the final instance, by the international jurisdiction whenever they consider that there has been a terrorist offence.

---

<sup>45</sup> Aksoy, op.cit.para.78.

<sup>46</sup> Ibid. para.83.

<sup>47</sup> Demir, op.cit. para.27, See also, Saltık/Turkey, 22.10.2002, Dalkılıç/Turkey, 5.12.2002.

<sup>48</sup> Aksoy, op.cit. para.87.



### **Right to privacy:**

Right to privacy as the one of the basic principles of the civil and political rights, concern first of all the non-interference of the state. In a democratic society, the individual is entitled to live without the state's monitoring or controlling his activities<sup>49</sup>.

The Court stated that the primary duty of the state is non-interference and the object of the Article 8 is "*essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities*"<sup>50</sup>.

Citizens have a general right to receive uncensored mail, to live without publicity and to establish and develop relationships with other persons<sup>51</sup>.

Important issues in the criminal investigation, particularly the retention of fingerprints, photographs and other records after an inconclusive investigation under the anti-terrorist legislation and secret surveillance have given raised to interferences under Article 8 of the Convention.

The Commission found the retention of the records to be "*...at most a relatively slight interference with the right to respect for their private life against the pressing necessity to combat terrorist activity*"<sup>52</sup>.

In the Klass case the Court reviewed the compatibility of German surveillance act with Article 8/2. The Court admitted the development of terrorism in Europe in recent years and stated that;

"Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism, with the result that *the State must be able, in order effectively to counter such threats, to undertake the secret surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction. The Court has therefore to accept that the existence of some legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunications is, under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and/or for the prevention of disorder or crime*"<sup>53</sup>.

Even states have a certain margin of appreciation this does not mean that

---

<sup>49</sup> D.Gomien,D.Harris,L.Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing,1996, p.228.

<sup>50</sup> Airey v./Ireland, 9.October.1979, para.32.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> McVeigh and Others/ U.K; Comm. Report 18.3.1981, para. 231.

<sup>53</sup> Klass and Others,op.cit.para.48.

the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction to secret surveillance.

*“The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate<sup>54</sup>.”*

However, according to the principle of the rule of law effective and adequate guarantees against abuse must exist.

The Court, in balancing the interests of the individual against those of states, will appreciate all the circumstances of the case; *“such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law<sup>55</sup>.”*

In the Erdem v./Germany<sup>56</sup> case the detention of the applicant who is one of the founder of the PKK and member of the executive council of the terrorist organisation, was five year and eleven month. The Court accepted that this long period of detention could not be justified by being a member of the terrorist organisation. Even democratic societies nowadays find themselves threatened by terrorism the circumstances does not allow to such a longer detention and find a breach of Article 5/3. On the contrary, the Court did not find a violation Article 8 concerning the control of the correspondence between the applicant and his lawyer with reference to Klass judgement. The Court accepts exceptions on national security grounds in the right of privacy such cases of fighting against terrorism.

It is obvious that European supervisory organs do not accept exceptions on detention conditions and period on cases which, fight against terrorism was argued. However concerning the right to privacy, the clause of necessity continues to apply as an exception according to Klass judgment.

### **Right to life and Humane Treatment: Fundamental of the Democratic Societies**

The right to life and humane treatment are in the most obvious sense, basic human rights and fundamental values of the democratic societies and no derogation from the Articles 2 and 3 is permitted. As the Court stated that

---

<sup>54</sup> Ibid.para.49.

<sup>55</sup> Ibid.para.50, For example; the law must be sufficiently clear. See Malone/U.K 2.8.1984.

<sup>56</sup> Erdem/Germany, 5.7.2001.

*“Article 2 of the Convention ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention and together with Article 3 of the Convention enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe<sup>57</sup>.”*

The Court has taken a strict position on the right to life and prohibition of torture, inhuman and degrading treatment.

These fundamental values of the democratic societies are strictly observed without exception for terrorist suspects.

In the case of *McCann and others/ U.K*<sup>58</sup>, soldiers of British security forces (S.A.S) in Gibraltar shot and killed three members of IRA. At the times of killings, U.K. authorities had been informed that there would be a terrorist attack in Gibraltar. The authorities had to balance their duty to protect the lives of the people of Gibraltar against this attack that the use of lethal force could only be **“no more than absolutely necessary”** (Article 2) to fulfil that duty.

The Court examined two separate issues; Whether the force used by the soldiers was strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence and whether the anti-terrorist operation as a whole was planned and controlled by the authorities in order to minimise recourse to the use of lethal force.

Here the dilemma of the authorities to protect the lives of people in Gibraltar and to have minimum resort to use of lethal force must be considered.

The authorities lack of appropriate care in the control and organisation of arrest operation creates the violation of article 2, it is not in the degree of caution expected in democratic society. The Court says that *“Their reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of fire arms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorists suspects (emphasised by us) and stands in marked contrasts to the standard of care reflected in the instructions in the use of fire arms by the police....”*<sup>59</sup>.

This shows the lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation. The Court decided that there has been a breach of Article 2.

---

<sup>57</sup> *McCann and Others/U.K* 27.September.1995 para.147, *Çakıcı/Turkey*,8.7.1999, para. 86, *Salman/Turkey*, 26.6.2000, para. 97.

<sup>58</sup> *McCann and Others v./U.K*,op.cit.

<sup>59</sup> *Ibid.* para.211.

Secondly, if there is no effective official investigation there is also a breach of the Convention, a violation of the right to life.

*“A general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the state would be ineffective in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by state authorities...There should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agent of the State”<sup>60</sup>.*

This constitutes the common point of the cases concerning Turkey’s violation of Article 2.

In many cases the Court states that *“loss of life is a tragic and frequent occurrence in view of the security situation in South-east Turkey. However, neither the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace an obligation under article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted into death arising out of clashes involving the security forces”<sup>61</sup>.*

The Court emphasised that *“circumstances of that nature (ex: terrorist activities, violent actions) cannot relieve the authorities of their obligations under article 2 to carry out an investigation, as otherwise that would exacerbate still further the \_climate of impurity and\_insecurity in the region and thus create a vicious circle”<sup>62</sup>.*

As the Court pointed out that fighting with the terrorism as a very difficult task but these difficulties should not have any effect concerning the protection of right to life. Emergency situations should not affect the effective investigation, which is a positive obligation of the state. Right to life concerns also the protection of individual from killing committed by third parties and the state should take all the appropriate measures to protect the individuals<sup>63</sup>.

Concerning forced disappearances, the Court held that; Article 5 imposes an obligation on the State to account for the whereabouts of any person taken into detention and who has thus been placed under the control of the authorities<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Ibid.parag.161.

<sup>61</sup> The first case was Kaya v/Turkey,19.February.1998, para.91. See Yasa/Turkey,2.9.1998, Tanrıkulu/Turkey, 8.7.1999, Demiray/Turkey, 21.11.2000, Akdeniz and others/Turkey,31..5.2001 judgements considering lack of effective official investigation.

<sup>62</sup> Yasa,op.cit.para.104, mutadis mutandis Kaya, op.cit. para.91.

<sup>63</sup> M.Kaya and Kılıç/Turkey, 28.3.2000.

<sup>64</sup> Kurt/Turkey, 25.5.1998, para.124, Timurtaş /Turkey, 13.6.2000, para.21.

“Whether the failure on the part of the authorities to provide a plausible explanation as to a detainee’s fate, in the absence of a body, might also raise issues under Article 2 of the Convention will depend on all the circumstances of the case, and in particular on the existence of sufficient circumstantial evidence, based on concrete elements, from which it may be concluded to the requisite standard of proof that the detainee must be presumed to have died in custody<sup>65</sup>.”

The Court in different cases is satisfied that these persons must be presumed dead **following an unacknowledged detention by the security forces**. Consequently, the responsibility of the respondent State for the death is engaged.

Concerning the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment no derogation may be made under Article 15 even in time of war or public emergency. This prohibition concern personal integrity and human dignity.

Concerning the detention conditions, in Tomasi<sup>66</sup> case the applicant had been subjected to ill treatment over a period of two days during his police custody. He had been slapped, kicked, punched and given forearm blows, stand for long periods, had his hands handcuffed behind his back, stand naked in front of an open window, been deprived of food, threatened with a fire arm. Four different doctor certificates that the injuries corresponded to the period spent in the police custody. The Government was unable to explain the injuries but they argued that the injuries did not meet the level of severity necessary to constitute a violation of Article 3 and there were particular circumstances in Corsica were there was significant terrorist activity. But the Court did not accept this argument.

*“The requirements of the investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime, particularly with regard to terrorism, cannot result in limits being placed on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individual”*<sup>67</sup>. So, there had been a violation of Article. 3

In Aksoy<sup>68</sup> case, the applicant argued that during his detention, he was stripped naked, his hands were tied behind his back and he was strung up by his arms in the form of known as “Palestinian hanging”. While he was hanging the police connected electrodes to his genitals and continued 35 minutes.

---

<sup>65</sup> Çakıcı/Turkey, 8.7.1999, Para.85, Timurtas,op.cit.

<sup>66</sup> Tomasi/France, 27.8.1992.

<sup>67</sup> Ibid.para.115.

<sup>68</sup> Aksoy/Turkey, op.cit.

The Court considers that “where an individual is taken in to police custody in good health but is found to be injured at time of release, it is incumbent on the state to provide a plausible explanation as to the causing of the injury”<sup>69</sup>.

And the Court emphasised that “Article 3 is one of the fundamental values of the democratic societies. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against the organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman and degrading punishment. Even in the public emergency threatening the life of the nation”<sup>70</sup>.

Concerning the fundamental articles of the Convention (Articles 2 and 3), we can easily say that no margin of appreciation is left to the states<sup>71</sup>. Beside the absolute character of these rights, the must is to ensure the “human dignity” and the “rule of law”<sup>72</sup>.

## CONCLUSION

The Convention, as a minimum standard on the protection of human rights is a parameter of the democracy and today became the “constitutional instrument of European public order”<sup>73</sup>.

The system of European Convention on Human Rights shows that the protection of human rights is deepening and the obligations and the duties of the democratic state are increasing.

The democratic state in its fight against terrorism for the purpose of protecting democratic institutions and the rule of law should not weaken or destroy them. The trade-off between freedom and security is not simple even much difficult in a democratic state under the exigencies of the democratic societies.

The European supervisory institutions in the duty of balancing individual’s rights and interests of the democratic societies, on the fight against terrorism should continue to ensure rights and freedom and security without complying to the “raison d’état”.

---

<sup>69</sup> Ibid.parag.61. Same in Tomasi. Parag.108-111.

<sup>70</sup> Ibid.parag.62.

<sup>71</sup> See for example Callewaert J. “Is there a margin of appreciation in the application of articles 2,3 and 4 of the Convention?”HRLJ,1998,s.9. The situation is completely different concerning the rights on the articles 8 to 11.Here as the Court says: the states have **certain** margin of appreciation.

<sup>72</sup> The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure. See Golder v/ U.K., 21.2.1975.

<sup>73</sup> Loizidou/Turkey, 23.March.1995, para.75.

# BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN 1511 (2003) SAYILI KARARINI HAZIRLAYAN SEBEPLER VE BU KARAR ÇERÇEVESİNDE IRAK'TAKİ SON DURUM

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin Çağırın\**

1 – Uluslararası siyasetin son dönemine damgasına vuran olay hiç şüphesiz ki Irak meselesidir. Yaklaşık 14 yıldan beri devam etmekte olan bu mesele çeşitli aşamalardan geçerek günümüze kadar gelmiştir. 2003 yılı Ekim ayı sonu itibariyle Irak'ın genel manzarası şöyle bir durum arz etmektedir : devrilen Saddam rejiminden sonra alelacele oluşturulan bir Hükümet Konseyi geçici olarak ülkenin “idaresini” üstlenmiştir. Kamu düzeninin sağlanması, kamu hizmetlerinin görülmesi gibi devletin temel işlevlerini yerine getirecek kurum ve kuruluşlar henüz tam manasıyla faaliyete geçememiştir. Ülkenin tamamı A.B.D. önderliğinde ve büyük çoğunluğu bu devletin askerlerinden oluşan bir uluslararası koalisyonun fiili işgali altındadır. Ne var ki, işgal güçleri ülkeye tamamen hakim olmaktan uzaktır. Irak halkı yabancı askeri güçlere ve onlarla işbirliği yapan kamu otoritelerine karşı giderek artan bir şekilde tepkilerini göstermektedir. Bu güçler “terörist” saldırıların hedefi haline gelmiştir. Özet olarak, Irak'ta bir kaos ortamı hüküm sürmektedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 16 Ekim 2003 tarihinde aldığı 1511 (2003) sayılı karar Irak'ta savaş sonrası başlayan belirsizlik ve karmaşaya karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

2 – Biz bu makalemizde Güvenlik Konseyinin söz konusu kararının Irak meselesinin genel gidişatı açısından ne anlam ifade ettiğini, içerik olarak ne gibi düzenlemeler getirdiğini uluslararası hukuk açısından değerlendireceğiz. Esasında sık sık Güvenlik Konseyi kararlarına konu olan Irak meselesini özellikle 1511 (2003) sayılı karar çerçevesinde incelememizin sebebi, bu kararın “yeni” Irak'ın oluşum sürecinin başlangıç noktası olarak kabul edilmesidir. Kararın içeriği, ayrıca, uluslararası barış ve güvenliği doğrudan ilgilendiren bir meselede hukuken bütün yetkileri elinde tutan Güvenlik Konseyinin kendisinden beklenen görevleri ne ölçüde yerine getirebildiği, dolayısıyla bir devletin iç işlerine tek taraflı müdahale gibi keyfi davranışlar karşısında uluslararası hukukun kurallarının işlerlik kazanmasını sağlayıp sağlayamadığı hususlarında da yol gösterici olacaktır.

3 – 1511 (2003) sayılı karar 20 Mart 2003 tarihinde A.B.D. ve müttefiklerinin Irak'a silahlı müdahalesiyle başlayan gelişmelerin bir sonucudur. Irak'ta rejimin değişmesine ve bugünkü tablonun ortaya çıkmasına yol açan bu müdahale ise münferit bir olay olmayıp, Irak meselesinin başlangıcı olan 1990

---

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.*

Ağustos ayından itibaren A.B.D.'nin bu ülkeye yaptığı sayısız müdahalelerin en sonuncusunu oluşturmaktadır. 20 Mart müdahalesinden sonra da A.B.D. Irak'ı işgal ederek istediği düzenlemeleri “içerden” dilediği şekilde yapmaya başlamıştır.

Irak meselesinde 1990 Ağustos'unda Körfez bunalımı, 1991 başında Körfez savaşı aşamalarından sonra 2002 yılının sonuna kadar bir “cezalandırma” dönemi yaşanmıştır. Güvenlik Konseyinin 1991 Körfez savaşı sonrası aldığı ve ülkenin silahsızlandırılmasından iktisadi nitelikteki tedbirlere kadar çok geniş kapsamlı müeyyideler bu dönemde uygulamaya konulmuştur. Kuveyt'in Irak tarafından önce işgal, daha sonra da ilhak edilmesi Birleşmiş Milletlerin tarihinde uluslararası barış ve güvenliğin en açık şekilde ihlal edildiği misallerden birisidir. Soğuk savaş sonrasında elverişli şartlarından da yararlanan Güvenlik Konseyi Irak meselesine birkaç saat içerisinde el koymuş<sup>1</sup> ve başlangıcından itibaren bu barış ve güvenlik meselesinin çözümünde başka hiçbir olayda olmadığı kadar faal bir rol oynamak istemiştir. 1990'dan bugüne kadar alınan onlarca karar da bunun bir göstergesidir.

Güvenlik Konseyinin bu çabalarının hukuki temeli uluslararası barış ve güvenliğin korunması, bozulduğu takdirde yeniden tesis edilmesi yönünde Birleşmiş Milletler Antlaşmasının kendisine verdiği görev ve yetkililerdir. Gerçekten de Birleşmiş Milletler Antlaşması silahlı kuvvete başvurmanın kesin bir şekilde yasaklandığı ortak güvenlik sistemi kurarken bu sistemin “bekçisi” olarak Güvenlik Konseyini yetkili kılmıştır. Antlaşmanın 24. maddesinin 1. paragrafını 39. madde ile birlikte düşündüğümüzde saldırı eylemi, barışın bozulması, hatta tehdit edilmesi durumlarında Güvenlik Konseyinin münhasır yetkili olduğu ve bütün devletler adına hareket etmek için görevlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi Irak meselesine başlangıçtan itibaren el koyarken görevini yapmaktadır.

Ancak, Irak meselesine müdahil olan sadece Güvenlik Konseyi değildir. Soğuk savaştan galip çıkan ve tek süper güç olarak kalan A.B.D. de başlangıçtan itibaren Irak meselesinin içinde olmuştur. Öyle ki, Irak meselesi başlangıcından itibaren ikili bir süreç şeklinde gelişmiştir. Bir yanda, yetkili organ Güvenlik Konseyinin kararları ve aldığı tedbirler, diğer yanda ise A.B.D.'nin tek yanlı müdahaleleri vardır. Bu iki farklı sürecin zaman zaman örtüşmesi ve A.B.D. yöneticilerin sık sık dile getirdikleri “uluslararası toplum karşısında Irak” şeklinde ortaya çıkması bu devletin güç dengesinde sahip olduğu üstünlük sonucu Güvenlik Konseyinden istediği kararları çıkartmasıyla açıklanabilir. A.B.D. Güvenlik Konseyini kendi tek taraflı kararlarını meşrulaştırmak için manipüle etmekten geri durmamıştır. Özellikle 1990 ve

---

<sup>1</sup> S/RES/660 (1990).



1991 yıllarında alınan ve Irak'ın çöküşünü hazırlayan kararlar bu cümledendir<sup>2</sup>.

1991 Körfez savaşından sonra A.B.D. Irak'ın silahsızlanmayla ilgili yükümlülüklerine<sup>3</sup> uymadığı gerekçesiyle<sup>4</sup> tek taraflı olarak birçok defalar Irak'a müdahale etmiştir<sup>5</sup>. Ancak, bu müdahaleler belirli hedeflere münferit saldırılardan ibaret kalmıştır. Amaç, Amerikan yetkililerinin birçok defalar açıkladığı gibi Irak'taki Saddam rejimini devirmektir. Irak meselesinde yetkili organ Güvenlik Konseyinin hiçbir kararında böyle bir amacın bulunmaması, keza Irak'a yapılan müdahalelerin hemen hiçbirisinin Güvenlik Konseyinin izni veya bilgisi dahilinde gerçekleşmemesinin ortaya çıkardığı hukuki meseleler ayrı ve kapsamlı bir inceleme konusudur. Burada sadece şunu belirtmekle yetinelim ki, 1991'den 2002 sonuna kadar Irak'a yapılan Amerikan müdahalelerinin meşruiyeti tartışmalıdır<sup>6</sup>.

Yaklaşık 12 yıl süren tek taraflı A.B.D. müdahaleleri deklare edilen esas amacı olan Irak'ta rejim değişikliğini gerçekleştirilememiştir. 2002 yılının Ekim ayına gelindiğinde A.B.D. tutumunu daha da sertleştirmeye başlamıştır. 10 Ekim 2002 tarihinde Amerikan Kongresi büyük bir çoğunlukla aldığı kararda hükümete Irak'a tek taraflı olarak askeri müdahalede bulunma yetkisini vermiştir<sup>7</sup>. Bu kararlar birlikte Amerikan-Irak ilişkilerinde yeni bir tırmanma sürecine girilmiştir.

- 
- <sup>2</sup> Burada Güvenlik Konseyinin Irak'la ilgili kararlarının Amerikan dış politikasına hizmet ettiğini söylerken, bu kararların büyük çoğunluğunun Birleşmiş Milletler Antlaşmasına uygun olduğunu belirtmek gerekir. Ancak, deniz ablukası izni veren 665 (1990) sayılı karar ve Irak'a savaş açılması konusunda A.B.D. ve müttefiklerine "açık çek" veren 678 (1990) sayılı karar gibi meselenin gidişatını derinden etkileyen bazı kararlarda A.B.D.'nin Birleşmiş Milletler Antlaşmasındaki "boşlukları" da kullanarak Güvenlik Konseyini kendi isteği doğrultusunda harekete sevk ettiği açıktır.
- <sup>3</sup> Bu yükümlülükler esas olarak Güvenlik Konseyinin 687 (1991) sayılı kararının C bölümünde öngörölmüş daha sonra alınan diğer kararlarla da ayrıntılar ve uygulamayla ilgili esaslar tespit edilmiştir.
- <sup>4</sup> Bunun dışında Irak'ın kendi halkına kötü muamelede bulunması, A.B.D. Başkanına suikast hazırlığı yaptığı iddiası gibi değişik gerekçeler de kullanılmıştır.
- <sup>5</sup> Bu müdahalelerde İngiltere her zaman A.B.D. ile işbirliği içinde olmuştur. Buradaki "tek taraflı" nitelememiz müdahalelerin Güvenlik Konseyi kararları dışında, yani yetkili organın izni olmadan gerçekleştiğini vurgulamak amacını taşımaktadır.
- <sup>6</sup> Bu tartışmalarda A.B.D. zaman zaman bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkını ileri sürmüştür. Bkz. mesela ACKERMANN D, « International Law and the Preemptive Use of Force against Iraq », Congressional Research Report for Congress, Order Code RS21314, [http://www.iraqresearch.com/RS21314\\_1/rs21314\\_1.html](http://www.iraqresearch.com/RS21314_1/rs21314_1.html). Ancak, bu argüman ikna edicilikten uzaktır.
- <sup>7</sup> House Joint Resolution 114, "To authorize the use of United States Armed Forces against Iraq." Kararın metni ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://usinfo.state.gov/topical/pol/usandun/02101002.htm>.

4 – A.B.D., öncelikle, Irak’a karşı girişmeyi düşündüğü askeri harekate meşruyet sağlamak ve uluslararası toplumun desteğini çekmek – veya hiç olmazsa tepkileri asgariye indirmek – amacıyla 1991 Körfez savaşı öncesi izlediği siyasete benzer şekilde meseleyi Güvenlik Konseyinin önüne getirerek bu organdan silahlı müdahaleye izin veren bir karar çıkartmaya çalışmıştır. 8 Kasım 2002 tarihinde Güvenlik Konseyinin aldığı 1441 (2002) sayılı karar bu çabaların bir sonucudur. Söz konusu kararda, Irak’ın 687 (1991) ve müteakip Güvenlik Konseyi kararlarında öngörülen silahsızlanmayla ilgili yükümlülüklerini yerine getirmediği tespit edilerek, bu ülkede bulunan kitle imha silahlarının en kısa sürede ortadan kaldırılması için Bağdat rejiminin işbirliği yapması talep edilmiştir. Bu kararın uygulanmasını sağlamak için Güvenlik Konseyi bir yandan Birleşmiş Milletler silahsızlanma denetçilerinin<sup>8</sup> (UNMOVIC) ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı yetkililerinin Irak’ta gereken incelemeleri yaparak kendisine rapor etmesini isterken, diğer yandan Irak’ın yükümlülüklerine aykırı davranmaya devam etmesi halinde bunun ağır sonuçlarına katlanmak zorunda kalacağı yönünde üstü kapalı bir uyarıda bulunmuştur. 1441 (2002) sayılı karar A.B.D.’nin beklediği şekilde Irak’a tek yanlı müdahaleye açık bir şekilde yeşil ışık yakmamıştır. Ancak, Irak’ın katlanması gereken ağır sonuçların ne olduğu ifadesi de açık değildir. Amerikan tarafı bunun tek taraflı askeri müdahale için yeterli hukuki temel oluşturduğu düşünmüştür<sup>9</sup>. Amerikan yetkililerinin bu düşüncesi tamamen zorlama bir yorum da sayılmaz, zira kararın önsözünde özellikle 678 (1990) sayılı karara atıfta bulunulması üye devletlerin – dolayısıyla A.B.D.’nin – her türlü yolla Güvenlik Konseyi kararlarını uygulama yetkisinin bulunduğu hatırlatılmaktadır. 678 (1990) sayılı karar A.B.D. ve müttefiklerinin Irak’a karşı yapmayı düşündükleri askeri harekate izin verirken bu devletlerin aynı zamanda müşterek meşru müdafaa haklarını kullandıklarını da belirtmek suretiyle askeri müdahalenin Güvenlik Konseyinin izni olmasa dahi meşru olduğunu kabul etmektedir. 1990 yılının şartlarında Güvenlik Konseyine istediği doğrultuda kararlar aldırılmakta fazla zorlanmayan Amerikan yönetimi aynı tutumunu 2002 yılında diğer Konsey üyelerine empoze etmekte zorlanmış ve 1441 (2002) sayılı kararın muğlak ifadeleriyle yetinmek zorunda kalmıştır. Ancak, daha sonraki gelişmeler göstermiştir ki, A.B.D. Irak siyasetini her ne surette olursa olsun uygulamakta kararlıdır.

5 – Güvenlik Konseyinin kararlılığı bir süreden beri Birleşmiş Milletler silah denetçilerine zorluk çıkaran Irak’ın geri adım atmasını sağlamış ve 1441 (2002) sayılı kararda öngörüldüğü gibi 1 ay içerisinde Irak bütün silahlanma programlarını içeren bir raporu denetçilere teslim etmiştir<sup>10</sup>. Irak lideri

<sup>8</sup> Başlangıçta adı UNSCOM (United Nations Special Commission) olan bu denetçiler komisyonu daha sonra UNMOVIC (United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission) olarak çalışmalarına devam etmiştir.

<sup>9</sup> S/PV.4644, s. 4.

<sup>10</sup> UNMOVIC/IAEA Press Statement on the Handover of the Iraqi Declaration 7 December. <http://www.un.org/apps/news/infocusnewsiraq.asp>.

ayrıca ilk defa Kuveyt'ten özür dileyerek 1990 işgalinin bir hata olduğunu kabul etmiştir.

2003 yılına bu olumlu hava içerisinde girilmiştir. 2 aylık incelemeler sonucunda UNMOVIC ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı yetkilileri Güvenlik Konseyine raporlarını sunmuştur<sup>11</sup>. Söz konusu raporlarda Irak'ı açıkça suçlayan ifadeler bulunmamasına rağmen, Amerikan Dışişleri Bakanı Birleşmiş Milletlerde yaptığı konuşmada fotoğraf, ses kayıtları gibi deliller sunarak Irak'ın işbirliğinden kaçındığı, dolayısıyla askeri müdahaleden başka bir seçenek kalmadığını belirtmiştir<sup>12</sup>. A.B.D.'nin bu tavrı değişik tepkilere yol açmıştır. Mesela, İngiltere her zamanki tutumuna uygun olarak, Amerikan Dışişleri Bakanının açıklamalarını Irak'ın uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğunun açık bir şekilde ispatlaması olarak değerlendirmiştir. Buna mukabil, Fransa, Almanya ve Rusya'nın başını çektiği çoğunluk ise Irak'ta yerinde yapılacak silah denetimlerinin sıklaştırılmasının yeterli olduğunu, Amerikan iddialarının bir askeri müdahaleye dayanak teşkil edemeyeceğini savunmuştur<sup>13</sup>.

Bu 3 devlet – Fransa, Almanya ve Rusya – 10 Şubat 2003 tarihinde yayınladıkları bir ortak deklarasyonda Irak'ta silah denetimlerinin uzman ve teknik destek bakımından güçlendirilerek devam etmesini ve bu yolla Irak'ın barış içerisinde silahsızlandırılması için bütün gayretin seferber edilmesini talep etmişlerdir<sup>14</sup>.

6 – Irak'ın silahsızlanmasıyla ilgili Güvenlik Konseyine sunulan yeni raporlar Amerikan iddialarının abartılı olduğunu göstermiştir. UNMOVIC Başkanı H. Blix Irak'ın kitle imha silahlarına sahip olduğunu gösteren herhangi bir delil bulunmadığını belirtirken<sup>15</sup>, diğer denetleme organı Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın yetkilisi M. El Baradei de Irak'ta yasaklanan nükleer faaliyetlerle ilgili hiçbir ize rastlamadıklarını ifade etmiştir<sup>16</sup>. Bu raporlar üzerine Fransız Dışişleri Bakanı Güvenlik Konseyinde yaptığı konuşmada Irak'a karşı kuvvet kullanmayı meşru kılacak bir durum bulunmadığını, denetimler yoluyla Irak'ı silahtan arındırmanın en uygun seçenek olduğunu vurgulamıştır<sup>17</sup>. A.B.D.'nin barışçı yolları bir tarafa bırakarak kuvvet kul-

11 CS/2435, Communiqué de presse, Conseil de sécurité, 4692<sup>e</sup> séance, Le Conseil prend connaissance de l'Etat des inspections sur le désarmement chimique, biologique, nucléaire et en missiles de l'Irak.

12 Powell's Remarks on Iraq to U.N. Security Council. <http://usinfo.state.gov/topical/pol/usandun/03020544.htm>.

13 Le Monde, 11.02.2003.

14 *Ibid.*

15 <http://www.un.org/french/Depts/unmovic/chronology.htm>. 14 février 2003.

16 UNMOVIC IAEA Press Statement on Inspection Activities in Iraq. <http://www.un.org/apps/news/infocusnewsiraq>.

17 S/PV.4707, s. 12-15.

lanma hususunda ısrar etmesi sadece Güvenlik Konseyi içerisinde değil, diğer devletler ve uluslararası kuruluşlarca da tepkiyle karşılanmıştır<sup>18</sup>.

Silahsızlanma raporlarındaki olumlu görüşlere rağmen A.B.D. İngiltere ve İspanya ile birlikte hazırladıkları bir karar tasarısını Güvenlik Konseyine sunarak, Irak'a en geç 17 Mart 2003 tarihine kadar silahsızlanması yönünde bir "ültimeum" verilmesini istemiştir<sup>19</sup>. Geçerli bir hukuki gerekçe bulunmamasına rağmen A.B.D.'e istediği gibi davranma serbestisi veren böyle bir karar taslağı Güvenlik Konseyinde kabul görmeyince, Amerikan Devlet Başkanı G.W. Bush taslakta öngördüğü "ültimeum"un bitiş tarihinde kendi halkına yaptığı konuşmada Güvenlik Konseyini eleştirmiş ve bu organın sorumluluklarını yerine getiremediğini ileri sürmüştür. Başkan Bush, aynı konuşmada Irak Devlet Başkanı S. Hüseyin'in oğullarıyla birlikte 48 saat içerisinde Irak'ı terketmesini istemiş, aksi takdirde A.B.D.'nin bunu sağlamak için her an bir savaşa girişebileceği tehdidinde bulunmuştur<sup>20</sup>. Nihayet, 20 Mart 2003 tarihinde Amerikan askeri güçleri müttefik güçlerle beraber Irak'a karşı geniş çaplı bir saldırıya geçmişlerdir.

7 – Irak'a Amerikan müdahalesi yer yer küçük çaplı direnişlerle karşılaştıysa da kısa sürede hedefine ulaşmış ve başkent Bağdat 20 Nisan 2003 tarihinde ele geçirilerek ülkenin yönetimine el konulmuştur<sup>21</sup>. Devrik Devlet Başkanı S. Hüseyin ve iktidarın önemli isimleri kaçmışlardır. Daha sonra bu şahıslardan bazıları kendi isteğiyle işgal kuvvetlerine teslim olmuş veya saklandıkları yerlerde ele geçirilmişlerdir. S. Hüseyin ise hala kayıptır.

Amerikan işgali sonucu Irak'taki yönetim tamamen ortadan kalkmış, halkın devlet kurumlarını, bankaları yağmaladıkları bir kaos ortamı yerleşmiştir. Makalemizin başlangıcında da belirttiğimiz üzere, savaş sonrası Irak'ta devlet "boşluğu" ortaya çıkmıştır; en temel kamu hizmetlerini görece kurumlar bulunmamaktadır.

İşgal kuvvetleri bir yandan kendi konumlarını sağlamlaştırmak ve güvenliklerini garantiye almak için çalışırken, diğer yandan ülkede kamu düzeninin kurulması ve yeni bir yönetim oluşturulması amacıyla harekete geçmiştir. Bu amaçla Irak'taki değişik etnik grupları temsil ettiği varsayılan bir Hükümet Konseyi kurulmuştur.

18 Mesela, Avrupa Birliği Konseyi Irak bunalımıyla ilgili yaptığı olağanüstü toplantıda Birlik üyelerinin ancak bütün yollar denendikten sonra güce başvurmanın haklı olacağını düşündüğünü belirten bir karar almıştır. Le Monde, 18.2.2003.

19 Powell Says New U.N. Resolution Would Give Iraq "Last Chance", 09 March 2003. <http://usinfo.state.gov/topical/pol/usandun/03030904.htm>.

20 White House Report: Bush to Address Nation on Iraq, 17 March 2003. <http://usinfo.state.gov/topical/pol/usandun/03031701.htm>.

21 Le Monde, 21.4.2003.

8 – Güvenlik Konseyinin 20 Mart savaşı ve sonrası yaşanan gelişmeler karşısındaki tutumu ise şöyle olmuştur. Herşeyden önce Güvenlik Konseyi A.B.D. ve müttefiklerinin Irak’a silahlı müdahalesi üzerine sessiz kalmıştır. A.B.D.’nin Konseyde daimi üye statüsüyle yer alması ve veto hakkına sahip bulunması müdahaleyi kınayan bir karar alınmasını zaten imkansız kılmakta idi. Ancak, Güvenlik Konseyi daha önce almış olduğu 1441 (2002) sayılı kararda Irak’ın silahsızlandırılması meselesiyle ilgili bir prosedür belirlemiştir. Kararın, A.B.D.’nin istediği şekilde yorumlanması halinde dahi uluslararası toplum adına veya münferit olarak Irak’a silahlı müdahalede bulunulması öngörülen silahsızlanma tedbirlerin yerine getirilmemesi şartına bağlıdır. Bu konuda, Güvenlik Konseyinin görevlendirdiği komisyon ve uzmanlar yerinde yaptıkları incelemeler sonucu sundukları raporlarda Irak’ın yükümlülüklerine aykırı bir davranış içerisinde olmadığını açık bir şekilde belirtmişlerdir. Silahsızlanma denetimleri öngörüldüğü şekilde muntazaman devam etmekte idi. Dolayısıyla, 20 Mart savaşı sadece uluslararası hukukun kuvvet kullanma yasağını ihlal etmekle kalmamakta, aynı zamanda Güvenlik Konseyinin başlattığı ve bizzat takipçisi olduğu bir süreci de kesintiye uğratmaktadır. Amerikan Başkanı savaş gerekçeleri arasında Güvenlik Konseyinin üzerine düşen görevi yapmadığını belirtmiştir; gerçekten de Konsey kendi kararlarının uygulanması hususunda ihmalkar davranmıştır. Böyle bir tutumdan sonra, başka bir uluslararası meselede alacağı kararların ağırlığı azalacaktır. Bu ise, 1945’te kurulan ortak güvenlik sisteminin sadece şeklen devam ettiği anlamına gelmektedir.

Esas meseleyle – Irak’a Amerikan müdahalesinin meşruiyeti – ilgilenemeyen Güvenlik Konseyi savaş sonrası aldığı bir dizi kararda savaşın ortaya çıkardığı meseleleri halletmek için gayret sarfetmiştir. Belirtelim ki, Konseyin Irak meselesine giderek artan bir şekilde müdahil olması Irak’taki yeni şartların bir sonucudur. Bu şartlar arasında temel ihtiyaçlar, ilaç ve benzeri gibi maddelerin sıkıntısı çekilmesi gibi insani şartlar yanında, silahlı direniş gruplarının oldukça etkili olması ve ülkede kontrolün tamamen ele geçirilememesi gibi işgal kuvvetlerinin yaşadığı zorluklar bulunmaktadır. Bu şartlar altında A.B.D. kendi siyasi amaçlarını gerçekleştirebilmek için bir kez daha Güvenlik Konseyinin “desteğini” aramıştır. Konseyin işin içine girmesi açıktır ki, A.B.D.’nin Irak’taki yükünü azaltmakla kalmayacak, aynı zamanda işgalin meşru bir zemine oturmasına yardımcı olacaktır. Nitekim, alınan kararlar da işgalin sorumluluğunu tamamen bir tarafa bırakarak yeni Irak’ın nasıl kurulacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

9 – Güvenlik Konseyi savaş sonrasında Irak meselesini birçok kez gündemine alarak incelemiş ve bu hususta bugüne kadar (Ekim 2003 sonu) 1511 (2003) sayılı karar da dahil olmak üzere toplam 5 karar almıştır<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> S/RES/1472 (2003), S/RES/1476 (2003), S/RES/1483 (2003), S/RES/1500 (2003) ve

Bu kararların ilki 24 Mart 2003 tarihli 1472 (2003) sayılı karardır. Söz konusu karar esas olarak savaşın yol açtığı insani meselelerle ilgilidir. Güvenlik Konseyi öncelikle IV. Cenevre Sözleşmesine (11 Ağustos 1949) atıfta bulunarak<sup>23</sup>, sivil halkın yiyecek ve tıbbi malzeme ihtiyacını karşılamak için elindeki bütün imkanları seferber etmesinin, işgal edilen topraklardaki kaynakların bu hususta yetersiz olması halinde gerekli maddeleri dışarıdan ithal etmesinin işgal kuvvetlerinin üzerine düşen bir görev olduğunu hatırlatmaktadır<sup>24</sup>. Güvenlik Konseyi, ayrıca, bütün uluslararası topluma bir çağrı da bulunarak, Irak halkına insani yardımda bulunmalarını istemektedir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler yanında bölgede faaliyet gösteren Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve diğer uluslararası insani yardım kuruluşlarını da desteklediğini belirtmektedir<sup>25</sup>. 1472 (2003) sayılı kararın büyük bir kısmı halen devam etmekte olan iktisadi müeyyidelerin ülkeye insani amaçlı yardım girişini engellememesi için alınacak tedbirlere ayrılmıştır. 24 Nisan 2003 tarihli 1476 (2003) sayılı kararında Güvenlik Konseyi önceki kararda öngördüğü iktisadi müeyyidelerin hafifletilmesi tedbirlerinin geçerlilik süresini uzatmıştır.

Savaş sonrası alınan üçüncü kararda<sup>26</sup> iktisadi müeyyideler tamamen kaldırılarak, Irak'ın mevcut şartlarda dışarıyla ticari ilişkiler kurması ve sürdürmesine yönelik bir dizi tedbir öngörmüştür. Güvenlik Konseyi bu kararında, ayrıca, A.B.D. ve İngiltere'nin birleşik bir komutanlık altında (Otorite<sup>27</sup>) işgalci güç statüsünde bulunduğunu ve bu devletlerin işgal gücü olarak uluslararası hukuk uyarınca özel yetki ve sorumluluklara sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu iki devletin dışında kalan diğer devletler Irak'ta yapacakları faaliyetleri Otorite'nin himayesinde gerçekleştirebileceklerdir. 1483 (2003) sayılı karar insani yardım çağrılarını tekrarlamının yanında, savaş ve sonrası yaşanan karmaşa ortamında kaybolan, alınan, çalınan arkeolojik, tarihi, kültürel ve dini eserlerin tekrar Irak'a iade edilmesi amacıyla tedbirler içermektedir.

1511 (2003) sayılı karar öncesi alınan son kararda (S/RES/1500 (2003)) Gü-

---

S/RES/1511 (2003). Bu kararların dışında, Güvenlik Konseyi söz konusu dönemde Irak meselesiyle ilgili bir diğer karar daha almıştır (S/RES/1490 (2003)). Fakat bu karar savaş sonrası gelişmelerle ilgili olmayıp, Irak-Kuveyt sınırının güvenliğini sağlamak amacıyla uzun süreden beri görev yapan Birleşmiş Milletler Irak-Kuveyt Gözlem Misyonu'nun (MONUIK) görev süresinin uzatılması üzerinedir.

<sup>23</sup> Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasıyla İlgili Cenevre Sözleşmesi, madde 55.

<sup>24</sup> S/RES/1472 (2003), Önsöz ve paragraf 1.

<sup>25</sup> Ibid, paragraf 2.

<sup>26</sup> S/RES/1483 (2003), 23 Mayıs 2003.

<sup>27</sup> Birleşmiş Milletlerin bütün resmi belgelerin işgal güçlerinin ortak komutanlığı "Otorite" olarak adlandırılmaktadır. Biz de bu terminolojiye uygun olarak Otorite kelimesini kullanıyoruz.

venlik Konseyi herhangi bir tedbir öngörmemekte, yalnızca diğer kararlarında da yaptığı üzere rutin bir şekilde Irak'ın egemenlik ve toprak bütünlüğünü teyit etmekte ve 13 Temmuz 2003 tarihinde Irak Hükümet Konseyi'nin kuruluşundan duyduğu memnuniyeti ifade etmektedir. Konsey açısından, Irak Hükümet Konseyinin kuruluşu Irak'ta egemen yetkiler kullanacak, Irak halkını temsil eden ve uluslararası alanda tanınan bir hükümetin oluşturulmasına giden yolda önemli bir aşamayı oluşturmaktadır.

10 – 16 Ekim 2003 tarihli 1511 (2003) sayılı karar Güvenlik Konseyine üye devletlerin yaklaşık 6 hafta süren görüşmeleri-pazarlıkları sonunda alınabilmiştir. Irak'ın işgaline girilirken temelsiz gerekçelerle Güvenlik Konseyini tamamen “oyun dışı” bırakmakta tereddüt etmeyen Amerikan yönetiminin bu defa diğer Konsey üyelerini ikna etmeye çabalaması ve hazırladığı karar önerisinde değişiklikler yapmayı kabul etmesi, kısaca Konseyi işin içerisine sokmak için gayret sarfetmesinin sebeplerine yukarıda kısaca işaret etmiştik. Kısaca, Irak'ın başlangıçta görüldüğü kadar kolay lokma olmaması, işgalin can kaybı ve maliyet açısından çok pahalıya mal olacağının anlaşılması ve daha da önemlisi başarısızlık ihtimalinin her geçen gün daha da güçlenmesi A.B.D.'yi uluslararası destek aramaya itmıştır.

2003 Eylül ayının başında hazırlanan ve tartışmaya açılan karar taslağı Amerikan siyasetindeki bu değişikliğin ürünüdür. Karar taslağı incelendiğinde, A.B.D.'nin Irak'taki konumu, Irak'ın geleceğiyle ilgili söz hakkı gibi meselenin esasıyla ilgili konularda inisiyatifi elden bırakmak istemediği görülmektedir. Amerikan yetkililerin değişik vesilelerle ifade ettiği gibi, yeni karardan beklenen, A.B.D.'ye Irak'ta işgal sonrası kurduğu yapı içerisinde çalışmaya devam etmesi için ilave bir hukuki temel sağlaması ve buna ilaveten uluslararası toplumun işgale katılımını artırmasıdır<sup>28</sup>. Özellikle bu son noktada muhtemel bir Güvenlik Konseyi kararının önemi büyüktür. Zira, değişik sebeplerle A.B.D.'nin yanında yer almak isteyen hükümetler Amerikan kuvvetlerinin işgalci statüde olması, Irak halkının işgali onaylamadığını gösteren olaylar ve işgal kuvvetlerinin güvenliğinin sağlanamamış olması gibi sebeplerden ve de en önemlisi kendi kamuoylarında Irak'a asker göndermenin meşru olmadığı kanaatinin ağır basması sonucu askeri destek konusunda çekimser davranmaktaydılar. Güvenlik Konseyinin alacağı bir karar, mesela Irak'la ilgili kurulacak barış gücü bu ülkeye asker gönderilmesini meşru hale getirecektir.

Amerikan tasarısı özellikle Fransa, Almanya ve bu devletlerle birlikte hareket eden Rusya'nın eleştirilerine maruz kalmıştır. Eleştiriler esas olarak Irak'ın güvenlik ve yeniden yapılandırılmasında Birleşmiş Milletlere verilen

<sup>28</sup> “Objectives of U.S. Draft Resolution on Iraq Detailed”, Transcript of Powell's remarks (September 3, 2003). <http://usinfo.state.gov/topical/pol/usandun/03090305.htm>

rol üzerinde odaklanmıştır. İtirazcı devletler siyasi otoritenin biran önce Iraklılara transfer edilmesi ve bundan sonra gerçekleştirilecek ülkenin yeniden yapılandırılması sürecinde esas rolün Birleşmiş Milletlere verilmesinin ilk öncelikleri olduğunu belirtmişlerdir<sup>29</sup>.

11 – A.B.D.’nin tasarıda kısmen de olsa değişiklikler yapmayı kabul etmesi ve Irak’daki durumun aciliyeti 1511 (2003) sayılı kararın oybirliği ile kabul edilmesinde önemli rol oynamıştır<sup>30</sup>. Karar tasarısında yapılan değişiklikler Güvenlik Konseyi ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin Irak’ın yeniden yapılandırılması sürecindeki rolleri ve Irak Kalkınma Fonunun kullanılmasının daha şeffaf hale getirilmesiyle ilgilidir<sup>31</sup>.

1511 (2003) sayılı karar hukuki temeli açısından Birleşmiş Milletler Antlaşmasının “Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Yapılacak Hareket” başlıklı VII. Bölümüne dayanılarak alınmıştır. Bunun anlamı, kararın muhatapları açısından bağlayıcı olmasıdır<sup>32</sup>.

12 – 1511 (2003) sayılı karar 4 temel unsur içermektedir<sup>33</sup>. İlk olarak, gerek önsözünde gerekse metinde Irak devletinin egemenliği, Irak halkının siyasi geleceğini belirleme ve doğal kaynaklarını denetleyebilme hakkı açık bir şekilde deklare edilmektedir. Bu temel kabul bir yandan Irak’ta mevcut her türlü otoritenin geçici niteliğini ortaya koyarken, diğer yandan ülkenin yeniden yapılandırılmasında nihai söz sahibinin Irak halkı olduğunu teyit etmektedir. İşgal kuvvetleri ve Birleşmiş Milletlere bu süreçte verilen rol gereken siyasi ve iktisadi katkıları sağlamaktır. Diğer unsurlar Irak’ın siyasi yapılanması, Birleşmiş Milletlerin verdiği yetkiyle ülkede görev yapacak bir

<sup>29</sup> Mesela, Fransa’nın tavrıyla ilgili olarak bkz. *Projet de résolution sur l’Irak / Entretiens de M. de Villepin avec ses homologues étrangers, Réponses du porte-parole aux questions du point de presse*, (Paris, le 7 octobre 2003). <http://www.diplomatie.fr/actu/article>.

<sup>30</sup> Güvenlik Konseyine sunulan karar tasarısı (S/2003/992 numaralı belge) A.B.D., İngiltere, İspanya ve Kamerun tarafından hazırlanmıştır. Karar 16 Ekim 2003 tarihinde 4844 sayılı oturumda alınmıştır. Karar tasarısına Konseyin daimi üyeleri yanında – A.B.D., İngiltere, Fransa, Rusya ve Çin – o sırada geçici üye olan Almanya, Angola, Bulgaristan, Gine, İspanya, Kamerun, Meksika, Pakistan, Suriye ve Şili de olumlu oy vermişlerdir.

<sup>31</sup> S/PV.4844, s. 4.

<sup>32</sup> Güvenlik Konseyinin karar yetkisi ve Birleşmiş Antlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde alınan kararların hukuki mahiyeti üzerine şu eserlere müracaat edilebilir : SFDI, *Colloque de Rennes, Le Chapitre VII de la Charte*, Pedone, 1995; HERNDL K., “Reflections on the Role of the Security Council of the United Nations”, R.C.A.D.I., tome 223, 1990-IV, s. 289-396; WECKEL PH., “Le Chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité”, A.F.D.I., 1991, s. 165-202; GILL T.D., “Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter”, N.Y.I.L., 1995, s. 33-138.

<sup>33</sup> S/PV.4844, s. 10. Kararda, ayrıca, Bağdat’ta Birleşmiş Milletler bürosuna (19 Ağustos 2003), Türk Büyükelçiliğine (14 Ekim 2003) yapılan saldırılar dahil olmak üzere son iki ayda gerçekleşen terörist eylemler de kınanmaktadır.



çok uluslu gücün kurulması ve Irak'ın iktisadi ve mali meselelerinin hal yoluna konulması için alınması gereken tedbirlerdir. Genel olarak Irak'ta yeni bir kamu düzeni kurulması ve genel asayiş, güvenlik ve iktisadi düzelmelerin sağlanması amacıyla yönelik bu tedbirlerin uygulanmasında işgal güçlerine – özellikle A.B.D. –, Birleşmiş Milletlere ve Irak halkına tanınan yetkilere daha yakından bakalım.

13 – Irak'taki kamu düzeni ve siyasal yapılanmayla ilgili olarak, bir temsili hükümet kuruluncaya kadar yetkilerin geçici olarak Otorite<sup>34</sup> tarafından kullanılacağı belirtilmektedir<sup>35</sup>. Öte yandan, kararın bir başka paragrafına göre, Irak Hükümet Konseyi ve bu Konseyde yer alan bakanlar geçici Irak yönetiminin başlıca organlarıdır; Irak devletinin egemenliği geçiş dönemi süresinde Hükümet Konseyinin şahsında ifadesini bulmaktadır<sup>36</sup>. Geçiş döneminin ne kadar süreceğine dair belirli bir tarih bulunmamakla birlikte, aynı paragrafın ifadesinden bu dönemin esas Irak hükümeti kurulup Otoritenin sorumluluklarını üstlenmesiyle sona ereceği anlaşılmaktadır.

Irak'ta halihazırda iki yönetim organının bulunması ve Irak Hükümet Konseyinin Güvenlik Konseyi kararında devletin egemen haklarını temsil eden bir organ olarak tanımlanması ortada bir yetki karmaşasının olabileceği izlenimini vermektedir. Oysa, gerçekte devlet yetkileri Otorite tarafından kullanılmaktadır; Irak'ın egemenliğinin Hükümet Konseyinde ifadesini bulduğunun belirtilmesi sembolik bir anlam taşımaktadır. Ancak, Güvenlik Konseyi kararı Hükümet Konseyinin ülkenin idaresinde tedrici olarak söz sahibi olacağını öngörmektedir. Kararın 5. ve 6. paragraflarında belirtildiği üzere, Otorite ülkenin idaresiyle ilgili sahip olduğu yetkileri ilgili devlet kurumlarının teşkil edilmesine paralel olarak Hükümet Konseyine devredecektir.

Hükümet Konseyine verilen asıl önemli rol siyasi yapılanma sürecinde Güvenlik Konseyi tarafından belirlenen tedbirlerin uygulanmaya konulmasıdır. Öngörülen tedbirler esas olarak yeni bir anayasa hazırlanması ve bu anayasaya uygun olarak seçimlerle ilgili düzenlemelerin yapılmasıdır. Hükümet Konseyi bu amaçla Otorite ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Özel Temsilcisiyle işbirliği halinde yeni anayasanın kaleme alınması hususunda bir takvim ve program hazırlayıp en geç 15 Aralık 2003 tarihine kadar Güvenlik Konseyine sunacaktır<sup>37</sup>. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, işgale katılan devletlerle diğer Güvenlik Konseyi üyeleri arasında başlıca ihtilaf noktalardan birisini siyasi yapılanma sürecinin nasıl düzenleneceği oluşturu-

<sup>34</sup> Daha önceki Güvenlik Konseyi kararlarında işgal güçlerinin ortak komutalığı anlamında kullanılan "Otorite" bu kararda mahiyeti aynı kalmakla birlikte *Coalition Provisional Authority* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>35</sup> S/RES/1511 (2003), paragraf 1.

<sup>36</sup> *Ibid*, paragraf 4.

<sup>37</sup> *Ibid*, paragraf 7.

makta idi. Ortak bir tutum takınan Almanya, Fransa ve Rusya bu sürecin belirli bir takvime bağlanmasında ısrar etmişlerdir<sup>38</sup>. İşgal kuvvetleri ise Irak'taki düzeni sağlamakta önemli sorumluluklar üstlendiklerini, bu sebeple meselenin pratik yönlerini dikkate alarak hareket edilmesini ve Birleşmiş Milletler merkezinde belirlenecek bir programın empoze edilmesinden ziyade sürecin ilerlemesine paralel olarak yeni tedbirlerin alınmasını savunmuşlardır<sup>39</sup>. Güvenlik Konseyi kararı bu farklı yaklaşımların bir uzlaşması şeklinde gerçekleşmiştir.

Siyasi yapılanma sürecinde Hükümet Konseyi ile Otorite arasındaki işbirliğinin hangi şartlara tabi olduğu konusunda Güvenlik Konseyi kararında herhangi bir açıklama yoktur. İki organ arasındaki genel ilişkiler göz önüne alındığında, Otorite'nin sadece bir danışma organı gibi hareket etmekte yetinmeyeceği, hazırlanacak programın her halükarda Otorite'nin tasvip etmesi halinde nihai şeklini alıp Güvenlik Konseyine sunulacağı söylenebilir. Bir diğer ifadeyle, yeni bir anayasa yazılması ve seçimlerin düzenlenmesinde, her ne kadar Irak halkının kendi geleceğini kendisinin belirlemesi ilkesine sık sık atıf yapılıyorsa da, A.B.D.'nin Otorite kanalıyla en az Hükümet Konseyi kadar söz sahibi olacağı söylenebilir.

Güvenlik Konseyi kararı bu süreçte Birleşmiş Milletlerin de – daha doğrusu Genel Sekreter Özel Temsilcisinin – Hükümet Konseyi ile işbirliği yapmasını öngörmektedir. Ancak, bu işbirliği Otorite – Hükümet Konseyi işbirliğinden farklı düşünülmüştür. Karara göre, Genel Sekreter Özel Temsilcisinin işbirliğine dahil olması “şartların müsaade etmesi halinde” mümkün olacaktır. Irak'ta Birleşmiş Milletler binalarına ve temsilcilerine yönelik saldırıların Örgütün düzenli çalışmasını kesintiye uğrattığı bilinmektedir. Dolayısıyla, Genel Sekreter Özel Temsilcisinin güvenlik meseleleri sebebiyle çalışmalarına düzenli katılamaması mümkündür. Ancak, yine de “şartların müsaade etmesi halinde” kaydının kararda yer alması Otorite'nin gerektiğinde Birleşmiş Milletleri devre dışı bırakabilmesinin de zemini hazırlamaktadır<sup>40</sup>.

14 – Irak'taki genel güvenlik meselesiyle ilgili olarak 1511 (2003) sayılı karar bir uluslararası güç kurulmasını öngörmektedir<sup>41</sup>. Yerine getirmesi beklenen görevler bakımından bu uluslararası güç, Güvenlik Konseyinin daha önce dünyanın çeşitli bölgelerindeki durumlara müdahale etmek amacıyla kurduğu Birleşmiş Milletler Barış Güçlerini hatırlatmaktadır. Ancak, “kla-

<sup>38</sup> S/PV.4844, s. 4.

<sup>39</sup> *Ibid*, s. 5.

<sup>40</sup> Karar öncesi tartışmalarda başta Almanya olmak üzere birçok Güvenlik Konseyi üyesi bu ihtimale işaret ederek Genel Sekretere verilen rolün daha kesin bir şekilde düzenlenebileceğini belirtmişlerdir. *Ibid*, s. 4 ve 7.

<sup>41</sup> S/RES/1511 (2003), paragraf 13.

sık” barış gücü misyonlarıyla buradaki durum arasında temelde önemli farklılıklar bulunmaktadır. Herşeyden önce, Irak için öngörülen uluslararası güç ilke olarak Birleşmiş Milletler Antlaşmasının VI. Bölümü çerçevesinde kurulan, çatışan tarafları ayırıp tansiyonu düşürmeyi amaçlayan, tarafsız hareket eden ve en önemlisi giderleri Birleşmiş Milletler bütçesinden karşılanan dolayısıyla Birleşmiş Milletler adına hareket eden barış güçlerinden<sup>42</sup> farklı olarak Otorite’nin komutası altında çalışacaktır. Bu bakımdan, uluslararası gücün işgal kuvvetlerinden ayrı bir kimliği olmayacaktır. Keza, uluslararası gücün masrafları katılan devletlerce veya işgal güçleri tarafından karşılanacaktır. Bu nitelikte bir uluslararası gücün teşkil edilmesi Birleşmiş Milletlerin Irak’taki gelişmelerde söz sahibi olmasına herhangi bir katkıda bulunmayacağı açıktır. Bu karar olsa olsa Irak’taki işgal güçlerinin daha fazla uluslararası destek sağlaması amacıyla Birleşmiş Milletlerin kullanılması anlamına gelmektedir<sup>43</sup>. Zaten, Güvenlik Konseyi kararında bir uluslararası güç kurmaktan değil, böyle bir gücün kurulması için izin verilmesinden bahsedilmektedir. Öte yandan, karar uluslararası gücün faaliyetlerinin denetlenmesi konusunu da ihmal etmektedir. Bu hususta öngörülen tek tedbir uluslararası güç adına A.B.D.’nin 6 ayda bir veya durum gerektirdiği takdirde Güvenlik Konseyine bilgi vermesidir<sup>44</sup>.

Kurulması öngörülen uluslararası gücün görevleri ana hatlarıyla şunlardır : Irak’ta güven ve istikrarın sürdürülmesine katkı sağlamak için gerekli bütün tedbirleri almak; siyasal yapılanma için öngörülen programın uygulanmaya geçebilmesine imkan verecek şartları hazırlamak; Birleşmiş Milletlerin Irak’a yardım misyonunun, Irak Hükümet Konseyinin ve Irak’taki diğer yönetim kurumlarının güvenliğinin sağlanmasına yardımcı olmak<sup>45</sup>.

Uluslararası gücün görev süresi 1511 (2003) sayılı kararın alınmasından itibaren bir yıldır. Ancak, bu süre mutlak olmayıp Irak’taki siyasi gelişmelere bağlı olarak değişebilecektir. Nitekim, serbest seçimler sonucu bir Irak hükümetinin iş başına gelmesiyle uluslararası gücün görev süresi kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Şayet yeni Irak Hükümeti bu uluslararası gücün ülkede kalmasını talep ederse, Güvenlik Konseyi o zamanın şartlarına göre yeni bir karar alacaktır.

15 – 1511 (2003) sayılı kararın diğer önemli ayağı iktisadi nitelikteki tedbirlerdir. Güvenlik Konseyi bu hususta ilk olarak bütün devletlere ve uluslara-

<sup>42</sup> Birleşmiş Milletler Barış Gücü uygulaması için bkz. FLORY M., “L’Organisation des Nations Unies et les opérations du maintien de la paix”, A.F.D.I., 1965, s. 446-468.

<sup>43</sup> Nitekim, Güvenlik Konseyi aynı kararının 14. paragrafında devletlere bir çağrıda bulunarak uluslararası güce, askeri güçler de dahil olmak üzere, her türlü desteğin verilmesini istemektedir.

<sup>44</sup> S/RES/1511 (2003), paragraf 25.

<sup>45</sup> *Ibid*, paragraf 13.

rası kuruluşlara bir çağrıda bulunarak Irak'taki iktisadi düzenin yeniden yapılandırılması için Hükümet Konseyine her türlü yardımda bulunulmasını istemektedir. Bu doğrultuda yapılacak çabaları somutlaştırmak amacıyla 23-24 Ekim 2003 tarihlerinde Madrid'de bir uluslararası konferans toplanması kararlaştırılmıştır. Konferansta özellikle Irak'a hibe şeklinde yapılacak yardımlarla diğer teknik yardımların belirli bir programa bağlanması hedeflenmiştir<sup>46</sup>.

1511 (2003) sayılı kararın iktisadi tedbirleri esas olarak 22 Mayıs 2003 tarihli ve 1483 (2003) sayılı karar bağlamında düzenlenmektedir. Irak'a uygulanmakta olan iktisadi müeyyideleri – silah ve ilgili teçhizat alım-satımı hariç – kaldıran 1483 (2003) sayılı karar aynı zamanda Irak Merkez Bankasının kontrolünde bir Irak Kalkınma Fonu kurulmasını öngörmekteydi. Irak halkının insani ihtiyaçları, ülke iktisadının ve altyapısının yeniden kurulması, silahsızlanma faaliyetleri ve sivil idarenin giderleri Fonun başlıca kullanılma alanları olarak belirlenmişti<sup>47</sup>. 1511 (2003) sayılı karar bu hususta yeni bir tedbir öngörmemekte, fakat Fonun kullanılmasında şeffaflık ilkesinine uyulması gerektiğine bir kez daha dikkat çekmektedir<sup>48</sup>.

16 – Sonuç olarak, 1511 (2003) sayılı kararla ilgili olarak, kararın öncesinde yaşanan gelişmeleri de dikkate alarak genel bir değerlendirme yapacak olursak, vurgulanması gereken en önemli nokta, eksikliklerine ve bazı hususları muğlak bırakmasına rağmen söz konusu karar işgal sonrasında tam bir kaos ortamına girmiş olan Irak'ın siyasi ve iktisadi açıdan yeniden yapılandırılması sürecinin başlangıcını teşkil etmektedir. Uluslararası toplum Birleşmiş Milletler vasıtasıyla bu sürece bir şekilde dahil olmuştur.

Irak meselesi 1990 yılında Birleşmiş Milletler ve tek süper güç olarak kalan A.B.D.'nin soğuk savaş sonrası dönemde karşılaştıkları ilk ciddi "imtihan" olarak ortaya çıkmıştı. A.B.D. Irak'a karşı girişilen ilk Körfez savaşını Yeni

<sup>46</sup> Madrid'de toplanan konferansta devletlerin vaad ettikleri hibe yardımların dağılımı şöyle olmuştur : A.B.D. (20 milyar dolar), Japonya (4,3 milyar euro), İngiltere (375 milyon euro), İspanya (254 milyon dolar), Almanya (200 milyon euro) ve Avrupa Birliği Komisyonu (200 milyon euro). Buna karşılık, Fransa Irak halkının egemenliği tam olarak tanınmaya kadar herhangi bir yardımda bulunmayacağını açıklamıştır. Irak'ın yeniden yapılandırılması için önümüzdeki dört yıl içerisinde yaklaşık 56 milyar dolara ihtiyaç bulunduğunu açıklayan Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler, Madrid Konferansında yapılan hibelerin yetersiz olduğuna dikkat çekmiştir. *Le Monde*, 24.10.2003.

<sup>47</sup> S/RES/1483 (2003), paragraf 12 ve 14.

<sup>48</sup> Bu amaçla Irak Kalkınma Fonunun kontrolüyle ilgili bir danışma organının kurulması 1483 (2003) sayılı kararda zaten öngörülmüştü. 1511 (2003) sayılı karar bu süreci çabuklaştırmıştır. Nitekim, 23 Ekim 2003 günü Fonun harcamalarını denetleyecek uluslararası uzmanlardan oluşan bir danışma organının resmen kurulduğu açıklanmıştır. Bu organda Arap Toplumsal ve İktisadi Kalkınma Fonu, Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler birer temsilcisi bulunmaktadır. *Le Monde*, 24.10.2003.

Dünya Düzeninin başlangıcı olarak sunmuştu. Birinci Körfez savaşı – şeklen de olsa – Birleşmiş Milletler ortak güvenlik sisteminin yeniden dirilmesine vesile olmuştu. Yeni Dünya Düzeni vaadedilen hukukun üstünlüğü, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması gibi hedeflerini gerçekleştiremedi ve daha ziyade bir düzensizlik olarak şimdiye kadar süregeldi. A.B.D.’nin Birleşmiş Milletleri dışlayarak tek taraflı kararıyla giriştiği İkinci Irak savaşı ve sonrası yaşanan gelişmeler ise uluslararası hukukun en temel kurallarının sorgulanmasını gündeme getirdi. Bundan sonra Birleşmiş Milletler ortak güvenlik sisteminin ne ölçüde “effective” bir sistem olacağı Irak’taki gelişmelere bağlıdır. Güvenlik Konseyinin Irak’ta söz sahibi olması ve Irak devletinin yeniden yapılandırılmasını işgal güçlerinin tek yanlı siyasetlerine bırakmadan uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirebilmesi işgalle sarsılan prestijini düzeltme yolunda önemli bir adım olacaktır.



# LA PROHIBITION DES ENTENTES ENTRE LES ENTREPRISES EN DROIT DE LA CONCURRENCE TURC ET COMMUNAUTAIRE

*A. Cenk Keskin*\*

## INTRODUCTION

Le droit européen de la concurrence vise la libre concurrence et une économie de marché ouvert et prévoit des règles ayant un effet direct s'adressant aux entreprises et aux Etats membres. Ces règles de concurrence de la Communauté européenne découlent de l'article 3, point (g) du traité CE qui dispose que l'action de la Communauté comporte "un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur". Les principaux domaines d'application sont les ententes entre entreprises, l'abus de position dominante et les aides d'État. (Articles 81, 82 et 87 du traité, ex-articles 85, 86 et 92). Les concentrations sont prévues non par le Traité mais par un règlement distinct qui changera bientôt.

Dans notre étude l'abus de position dominante et les concentrations sont restés à part pour examiner dans un autre article. Les aides d'État sont restés en dehors notre recherche aussi car la Turquie n'a pas en mesure de produire un rapport et un inventaire sur les aides d'État. Par contre, la décision de rendre opérationnelle l'autorité de contrôle sur les aides d'État à partir de janvier 2003 a été prise.

En ce qui concerne les monopoles d'État à caractère commercial, l'accord sur l'union douanière demandait que la Turquie adapte, avant l'entrée en vigueur de l'union douanière, tous les régimes de monopoles publics aux règles communautaires. Toutefois, les efforts de libéralisation restent insuffisants et la Commission estime que la situation reste préoccupante en ce qui concerne l'aménagement du monopole d'État sur les alcools et les tabacs. Le rapport d'octobre 2002 estime que la Turquie a continué à progresser dans le domaine de la politique antitrust, mais que les progrès restent très limités dans les domaines du contrôle des aides d'État et de l'aménagement des monopoles d'État<sup>1</sup>.

La Turquie s'engage à rendre son droit de la concurrence compatible avec celui de la Communauté. Cette obligation découle de l'accord d'association entre la Communauté et la Turquie dit «Accord d'Ankara» ainsi que le

---

\* Assistant en Droit International à la faculté de droit de l'Université Galatasaray.

<sup>1</sup> Rapport régulier sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion, COM (2002), 700 final, p.83.

protocole additionnel de 1970<sup>2</sup>. Ces accords ont fixé les objectifs fondamentaux de l'association qui incluent, entre autres, la mise en place d'une union douanière en trois phases successives. Le 31 décembre 1995, la troisième phase de l'union douanière a été mise en place par le biais de la décision 1/95 du Conseil d'association<sup>3</sup>. Cette décision a donné une impulsion importante à l'alignement par la Turquie de sa législation sur la législation communautaire. En effet, afin d'assurer un bon fonctionnement de l'union douanière, la Turquie a dû reprendre, avant son entrée en vigueur, une bonne partie de l'acquis communautaire, notamment dans les secteurs des douanes, de la politique commerciale, de la concurrence et de la protection de la propriété intellectuelle, industrielle et commerciale.

Le droit turc a eu la même évolution que partout en ce qui concerne le droit de la concurrence. Les tribunaux ont utilisé les règles privées pour corriger la concurrence déloyale<sup>4</sup>. Ensuite ont été élaborées les règles administratives pour protéger la libre concurrence. En décembre 1994, la Turquie a adopté une loi de la concurrence, modifiée ensuite en 1999, qui reprend les normes communautaires en matière d'antitrust<sup>5</sup>. En mars 1997, elle a mis en place une autorité de concurrence, devenue opérationnelle en novembre 1997, afin d'assurer le respect de la loi sur la concurrence. Depuis lors, la Turquie a poursuivi l'alignement en matière d'antitrust.

Dans la présente étude, nous allons essayer d'effectuer un bilan juridique de l'effort d'harmonisation de la législation turque avec les normes communautaires. Dans la première partie nous examinerons les ententes et par la suite nous aborderons l'abus de position dominante et terminerons par les concentrations.

## **I. PROHIBITION DES ENTENTES ENTRE LES ENTREPRISES EN GÉNÉRALE**

L'article 81 § 1 pose une interdiction très large est directement applicable dans l'ordre juridique des Etats membres<sup>6</sup> en déclarant que; «*Sont incompatibles avec le marché commun et interdit tout accord entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprise et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ...*».

<sup>2</sup> Accord d'association CEE-Turquie (1963) JOCE, n° 217,29.12.1964.

<sup>3</sup> Décision n°1/95 du Conseil d'Association du 22.12.1995 sur la mise en œuvre de la dernière étape de l'Union Douanière, CE- TR 106/1/95, JOCE, L 35 du 13.02.1996, p.1.

<sup>4</sup> Les articles 56 à 65 du Code Commercial Turc.

<sup>5</sup> La Loi relative à la protection de la concurrence No.4054, JO, 13.12.1994, 22140.

<sup>6</sup> CJCE, aff. 127/73 BRT c/SABAM I, Rec. 1974, p.51.



Selon le paragraphe 2 de même article, les accords, décisions ou pratiques incompatibles avec le paragraphe 1 sont frappés par la nullité de plein droit. Mais le paragraphe 3 prévoit la possibilité d'exempter certaines ententes de l'interdiction et de la nullité.

L'article 4 de la loi de la Concurrence Turc est similaire à l'article 81 du TCE. Selon cette article « *les accords et les pratiques entre entreprises, les décisions et les actes des associations des entreprises qui ont pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser directement ou indirectement le jeu de la concurrence dans le marché de biens ou de produits sont interdits et illégaux* » Ensuite l'article énumère une liste non exhaustive des cas entravant ou restreignant la concurrence.

## II. LA NOTION D'ENTREPRISE

L'article 81 est destiné aux entreprises. Toutefois, le Traité de Rome ne définit nulle part la portée de cette notion. Donc il incombe aux institutions européennes chargées de l'application du droit communautaire de donner un sens à cette notion.

Dans l'un des ses premiers arrêts, la Cour de Justice considère que « *L'entreprise est constituée par une organisation unitaire des éléments personnels, matériels et immatériels, rattaché à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé*<sup>7</sup> ».

Depuis l'arrêt *Hofner*<sup>8</sup> l'entreprise est définie au sens du droit de la concurrence, comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ».

Par conséquent, en droit communautaire de la concurrence il existe deux critères pour qu'il existe une entreprise. L'existence d'une activité économique et son exercice de façon indépendante.

Le but lucratif est entendu de façon très large, ce peut être faire des profits mais aussi faire des économies ou simplement une activité qui participe aux échanges économiques<sup>9</sup>.

Il ne peut exister d'entente ou de pratique concertée au sens du droit communautaire de la concurrence qu'entre des opérateurs économiques

<sup>7</sup> CJCE, aff. jointes, 17 et 20/61 du 13.7.1962, *Klockner-Werke*, Rec. 1962, p.618, 646.

<sup>8</sup> CJCE, aff., 41/9 du 23.4.1991, *Hofner et Elser*, Rec. 1991, p.1979.

<sup>9</sup> TERCINET Anne, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2000, p.48.

indépendants<sup>10</sup>. Une entreprise est dite autonome lorsqu'elle poursuit une activité économique pour son propre compte et qu'elle a le pouvoir de déterminer de façon indépendante son comportement sur le marché<sup>11</sup>.

La question du degré d'indépendance se pose essentiellement à propos des groupes de sociétés et doit être examinée en fonction des circonstances de chaque espèce<sup>12</sup>.

A la fin des années soixante, la Commission s'est penchée sur ce problème. Dans une première décision, Elle a justifié l'inapplicabilité de l'article 81 (ex-article 85) TCE par l'absence de concurrence susceptible d'être restreinte entre une filiale et la société d'un même group<sup>13</sup>. Dans une deuxième décision<sup>14</sup>, La Commission a toutefois opéré une distinction entre les relations internes et externes des filiales d'un group de sociétés.

La Cour de Justice a confirmé la pratique de la Commission dans l'affaire *Béguelin*<sup>15</sup> en précisant l'absence de toute idée d'entente entre une société mère et sa filiale dénuée d'autonomie de comportement sur le marché.

Le statut juridique est indifférent. Une personne physique peut être qualifiée d'entreprise. Les règles communautaires de concurrence s'appliquent aussi bien privées qu'aux entreprises publiques ; toutefois, ces derniers, lorsqu'elle assure la gestion d'un service d'intérêt économique générale, sont soumis à un régime particulier<sup>16</sup>.

En droit de la concurrence turc, la définition d'entreprise a été faite par l'article 3 de la loi de la Concurrence turque. Selon cette définition, toute personne morale ou physique qui produit, vend ou commercialise un produit ou un service sur le marché et dont les unités forment un ensemble économique prenant ses décisions indépendamment est considérée comme une entreprise. Cette définition assez large comprend les conditions de l'existence d'une activité économique et son exercice de façon indépendante prévues par le droit de la concurrence communautaire. En conséquence, la

---

<sup>10</sup> Communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, JOCE no.139, 24.12.1962.

<sup>11</sup> Ibid, p.49.

<sup>12</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, Droit communautaire matériel, Les Fondamentaux, Hachette 2001, p. 111.

<sup>13</sup> Décision de la Commission n° 69/195 du 18.6.1969, Christiani & Nielsen: JOCE, n° L 165/12, 165/ 14 du 5 juillet 1969.

<sup>14</sup> Décision de la Commission n° 70/332 du 30.6.1970, Kodak: JOCE, n° L 147/24, 147/25 165/ du 7 juillet 1970.

<sup>15</sup> CJCE, aff. 22/71 du 25.11.1971, Béguelin Import/G.L. Import Export, 25.11.1971.

<sup>16</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 111.

notion d'entreprise porte la même signification en droit de la concurrence turc et le droit de la concurrence communautaire.

### III. LA NOTION D'ENTENTE

La politique de concurrence telle que conçue par le Traité CE (art.2, 3 § 1 g et 4) exige que les entreprises définissent leur politique économique de manière autonome et ne la coordonnent pas entre elles<sup>17</sup>. Le Traité de Rome a la tendance d'englober toutes les formes d'entente contenant une volonté de restreindre la concurrence entre plusieurs entreprises. Plus précisément, l'article 81 § 1 TCE interdit toute collaboration consciente et volontaire entre des entreprises en vue d'une action commune susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres. Ce consensus peut prendre la forme d'un accord entre entreprises, d'une décision d'association d'entreprises ou encore d'une pratique concertée. En effet le juge communautaire et la Commission ont la tendance d'appliquer la notion d'infraction unique pour ces derniers.

#### A- L'ACCORD

L'accord entre entreprises est une convention par laquelle deux ou plusieurs entreprises organisent leur comportement sur le marché en vue d'adopter une attitude concurrentielle déterminée<sup>18</sup>. Il y a «accord» lorsque les parties ont abouti à un consensus ou un projet qui limite ou est de nature à limiter leur liberté commerciale en déterminant leur ligne d'action ou d'abstention d'action mutuelle sur le marché<sup>19</sup>.

La forme d'un accord ne revêt aucune importance. Il peut être écrit ou oral<sup>20</sup> ou encore résulter du comportement effectif des partenaires<sup>21</sup>. De même, des *gentlemen's agreement* sont susceptibles d'encourir l'interdiction de l'article 81 lorsqu'ils prévoient des clauses qui constituent l'expression de la volonté commune des parties<sup>22</sup>. En outre, un accord inexécuté est également soumis à l'article 81 TCE, s'il représente une menace potentielle pour la concurrence<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> CJCE, Aff. 172/80 du 14.7.1981, *Zuchener c/Bayerische Vereinsbank*, Rec. 1981, p.2021.

<sup>18</sup> CJCA, aff. 41/69 du 15.7.1970, *Chemiefarma*, Rec.1970, p.661.

<sup>19</sup> Décision de la Commission du 10.12.1990, *Carbonate de soude-Solvay* : JOCE n° L 152 du 15.6.1991.

<sup>20</sup> CJCA, aff. 28/77 du 20.6.1978, *Tepea*, Rec. 1978, p.1391, § 41.

<sup>21</sup> CJCE, aff. 107/82 du 6.5.1982 *AEG Telefunken*, Rec.1983, p. 3151, §37-39.

<sup>22</sup> CJCE, *Chemiefarma*, op.cit §112.

<sup>23</sup> Décision de la Commission n° 75/497 du 15 juillet 1975, *Règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut* : JOCE n° L 228/3 du 29.8.1975.

Le critère déterminant pour la formation d'un accord est la limitation volontaire, réelle ou potentielle de l'autonomie d'action individuelle des parties de l'entente<sup>24</sup>.

Le Conseil de la Concurrence turc effectue une interprétation conforme à la Cour de Justice. Dans l'arrêt *Aygaz*<sup>25</sup> le Conseil de la Concurrence Turc a décidé que les accords ne sont soumis à aucune condition de forme et que la seule limitation volontaire de l'autonomie d'action individuelle des parties suffit pour établir la preuve de l'existence d'un accord.

## **B- LA DÉCISION D'ASSOCIATION D'ENTREPRISE**

Ce qui est visé ici, c'est l'expression fidèle de la volonté de l'association de coordonner le comportement de ses membres sur le marché<sup>26</sup>. Un acte unilatéral ayant l'objet de l'entente entre ses membres. Une demande ayant pour but d'adopter un comportement faussant la concurrence.

En droit communautaire la notion comprend toutes sortes de décisions à condition qu'elles soient contraignantes pour ses membres<sup>27</sup>. Mais il ne s'agit pas nécessairement d'un acte créateur d'obligations juridiques<sup>28</sup>. Il suffit qu'elles remplissent deux conditions cumulatives, être l'expression fidèle de la volonté des membres de l'association<sup>29</sup> et exercer une influence sur la concurrence entre les Etats membres<sup>30</sup>.

La qualification du mode d'entente peut donner lieu à hésitation, puisque la pratique décisionnelle applique parfois la notion d'accords entre entreprises à des accords conclus par des associations professionnelles, en leur nom et pour le compte de leurs membres<sup>31</sup>. Afin d'échapper à l'application à l'article 81 TCE, une association peut prétendre qu'une restriction du commerce découle de l'accord d'exécution conclu entre quelques membres de l'association, mais non d'une décision de l'association elle-même<sup>32</sup>. Pour

---

<sup>24</sup> Décision de la Commission n° 86/398 du 23 avril 1986, Polypropylène : JOCE n° L 230/1 du 18.8.1986.

<sup>25</sup> Décision du Conseil de Concurrence n° 93-750-159 du 26.11.1998, *Aygaz* : JO n° 24255 du 9.12.2000.

<sup>26</sup> CJCE, aff. 218/78 du 29.10.1980, *Van Landewyck*, Rec.1980, p.3125, § 86.

<sup>27</sup> CJCE, aff. 45/85 du 27.01.1987, *Verband der Sachversicherer*, Rec.1987, p.405, §32.

<sup>28</sup> Décision de la Commission du 30.11.1994, *Ciment* : JOCE n° L 343 du 30.12.1994.

<sup>29</sup> CJCE, *Verband der Sachversicherer*, op.cit, §32.

<sup>30</sup> CJCE, aff. 71/74 du 15.5.1975, *Frubo/Commission*, Rec. 1975, p.563, §30.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> PIAGET Olivier, *La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2001, p.29.

éviter une telle manœuvre, la Cour de Justice donne une portée très large à l'article 81 TCE<sup>33</sup>.

En règle générale, l'appartenance à une association signifie en accepter les règles et le comportement. A moins d'un acte de dissentiment, ceci vaut non seulement pour les activités prévues par les statuts de l'association, mais également pour les activités de fait de celle-ci<sup>34</sup>. En revanche, l'imputation effective de la responsabilité semble plus rigoureuse. La Commission a en effet le devoir de prouver la participation effective de chaque entreprise inculpée à l'infraction sanctionnée<sup>35</sup>. Ni l'existence d'une responsabilité collective, ni celle d'une responsabilité objective étendue au-delà des actes commis par l'entreprise incriminée n'est acceptable<sup>36</sup>.

La différence fondamentale entre un accord et une décision d'association d'entreprise réside dans le mode d'expression de la volonté des parties. Dans le premier cas, un concours de volontés individuelles provenant de plusieurs structures indépendantes se manifeste, alors que dans le second cas, une volonté collective s'exprime par l'intermédiaire d'un organe unique, désigné par l'association et directement subordonné à cette dernière<sup>37</sup>.

Quant à la distinction entre la décision d'une association d'entreprise et une pratique concertée, elle se manifeste dans le mode d'expression de la volonté des entreprises.

La loi de la concurrence turque définit les associations d'entreprises dans son article 3. Selon cet article, toute union d'entreprises établie pour réaliser des buts déterminés, ayant ou non une personnalité juridique, est une association d'entreprises. Il faut encore examiner en détails la doctrine et la pratique du Conseil de Concurrence Turc pour concrétiser cette définition vague.

Une partie de la doctrine turque<sup>38</sup> penche vers l'application étroite de l'article 4 aux décisions d'associations d'entreprises tandis qu'une autre partie<sup>39</sup> penche vers une application plus large.

---

<sup>33</sup> Ibid, p.27.

<sup>34</sup> Décision de la Commission du 30.11.1994, Ciment, précitée, §44, ch.4.

<sup>35</sup> PIAGET Olivier, op.cit.

<sup>36</sup> TPI, aff. 2/89 du 24.10.1991 Petrofina/Commission, Rec. 1991, p.1087, §254 à 256.

<sup>37</sup> GOLDMAN B./ LYON-CAEN A./VOGEL L., Droit des affaires dans l'Union européenne, 2<sup>e</sup> édition, Litec, Paris, 1998, p.363.

<sup>38</sup> TOPÇUOĞLU Metin, Les pratiques des coopération entre les entreprises restreignant la concurrence et ses conséquences juridiques, L'institut des sciences sociales de l'Université de Marmara : travail pour l'obtention de titre de maître de conférence (non publié), p.50.

<sup>39</sup> ASLAN Yilmaz, Droit de concurrence, éditions Ekin, Bursa 2001, p.89.

En pratique, on constate que le Conseil de Concurrence Turc applique la notion d'une façon plus large que la Commission et la Cour de Justice. Dans l'arrêt BIAK<sup>40</sup> l'article 4 a été appliqué à une unité ne jouissant pas de la personnalité juridique et avec une telle vigueur que même les membres de l'association absents au moment de la prise de la décision illégale ont été tenus responsable. Leur absence ne constitue qu'une condition atténuante de responsabilité.

### C- LA PRATIQUE CONCERTÉE

En droit communautaire, cette notion fut définie pour la première fois par la Cour dans l'affaire dite «des matières colorantes <sup>41</sup>» en ce sens qu'il s'agit d'une forme de coordination entre entreprises qui n'avait pas été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite. Dans la pratique concertée, il y a la volonté, l'intention d'agir avec la certitude que les autres réagissent adéquatement mais au-delà du simple parallélisme. Par sa nature même, elle ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants<sup>42</sup>. En conséquence, la distinction entre un accord et une pratique concertée repose sur l'intensité de la collaboration des entreprises qui y participent<sup>43</sup>.

La notion de pratique concertée implique un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de causalité entre ces deux éléments<sup>44</sup>. En revanche, elle n'implique pas nécessairement que le comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence<sup>45</sup>. Selon la jurisprudence récente, sauf preuve contraire apportée par les parties, la concertation influence le comportement des parties sur le marché et permet de conclure que, sauf circonstances exceptionnelles, l'existence de la concertation permet normalement de présumer l'existence de pratiques concertées<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> Décision du Conseil de Concurrence n° 99-13/99-40 du 04.03.1999, BIAK : JO n° 23744 du 3.7.1999.

<sup>41</sup> CJCE, aff. 48/69 du 14.7.1972, Impérial Chemical Industries (ICI) Ltd., Rec.1972, p.619, §64.

<sup>42</sup> Ibid. § 65.

<sup>43</sup> PIAGET Olivier, op-cit., p.30.

<sup>44</sup> BIEBER R./ de COURTEN A./GABLIN S., Introduction au droit européen de la concurrence, Stämpfli Editions SA Berne, 2002, p.7.

<sup>45</sup> CJCE, aff. C-49/92 du 8.7.1999, Commission/ Anic Partecipazioni SpA, Rec.1999, p.4125, §117.

<sup>46</sup> TPI, Petrofina (polypropylène), op.cit, §214 à 216.

Mais il faut quand même relever que tout comportement parallèle, même conscient, n'implique pas une pratique concertée. La Cour énonce qu'un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication plausible<sup>47</sup>. Il paraît qu'une partie de la doctrine turque a été influencée par cet arrêt de la Cour<sup>48</sup>. La jurisprudence de la Cour de Justice, relayée par le Tribunal de Première Instance, impose que les présomptions ne soient utilisées qu'avec précaution<sup>49</sup>.

La distinction entre la pratique concertée et l'association d'entreprises est tranchée ainsi ; dans une pratique concertée, la volonté de chaque entreprise s'exprime par le biais d'un comportement unilatéral, dont l'assemblage produit un effet collectif. En revanche, dans le cadre d'une association d'entreprises, les décisions sont prises conjointement par l'intermédiaire d'un organe prévu à cet effet et censé représenter la volonté collective des entreprises participant à l'association<sup>50</sup>.

L'article 4 de la loi de la concurrence turque interdit aussi les pratiques concertées. Le Conseil de concurrence turc définit la notion dans la même sens que la Cour de Justice<sup>51</sup>. La doctrine turque admet aussi la même solution proposée par la Cour de Justice<sup>52</sup>.

#### **D- L'ÉVOLUTION RÉCENTE**

L'article 81§1 du TCE prévoit que l'entente peut se réaliser selon les trois formes citées ci-dessus. Avec l'apparition de la notion de l'infraction complexe ou unique, cette séparation est mise en cause.

La décision *Polypropylène*<sup>53</sup> de la Commission a fait l'usage du terme de l'infraction unique pour la première fois. Ensuite, le Tribunal<sup>54</sup> d'abord, puis la Cour<sup>55</sup>, se détachent de l'interprétation littérale de l'article 81§1 en faveur

<sup>47</sup> CJCE, aff. C-89, 125-129/85 du 27.9.1988, Ahlstrom (pâte de bois II), Rec.1988, p.5193, §71

<sup>48</sup> AKINCI Ateş, Comparaison de restriction horizontale de concurrence en droit américain et communautaire, Thèse de Doctorat, Institut de science social de l'Université d'Istanbul, 1988, p.176.

<sup>49</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 113.

<sup>50</sup> PIAGET Olivier, op.cit., p.31.

<sup>51</sup> Décision du Conseil de Concurrence n° 99-49/536-337(a) du 27.10.1999, JO n° 24190 du 04.10.2000.

<sup>52</sup> ASLAN Yilmaz, op.cit., p.81.

<sup>53</sup> Décision de la Commission du 23.04.1986, Polypropylène : JOCE n° L 230 du 18.8.1996, p.1.

<sup>54</sup> TPI, aff. 295/94 du 14.5.1998, Carton Rec.1998, p.813, et 4/89 du 17.12.1991, Basf, Rec. 1991, II 1523, §244 à 246.

<sup>55</sup> CJCE, Commission/ Anic Partecipazioni SpA, op.cit, §112, 113 et 132.

d'une lecture téléologique, et encore plus économique en admettant ce nouveau concept.

La Commission désire abandonner le problème de la qualification dans l'une ou l'autre des trois formes prévues. Encouragée par le juge communautaire, elle semble dorénavant prête à franchir l'ultime étape vers l'abandon de la diversité de l'entente<sup>56</sup>.

Cette tendance à analyser les comportements visés sous l'angle de l'infraction unique évolue donc nécessairement vers la notion globale<sup>57</sup> constituée par l'entente<sup>58</sup>. Suivant cette tendance, il suffit à la Commission de constater l'existence d'une concertation relevant de l'interdiction de l'article 81§1 TCE. Les entreprises, quant à elles, doivent, afin de constater leur participation à l'infraction, apporter la preuve que les éléments constitutifs de l'infraction en cause ne sont pas remplis<sup>59</sup>.

En droit de la concurrence turc il existe deux opinions sur le sujet ; une partie de la doctrine accepte la nouvelle approche de l'infraction unique en déclarant que la distinction n'a aucune portée pratique, tandis qu'une autre partie conteste en réclamant que la notion de l'infraction unique soit contraire à la systématique de la loi sur la concurrence turque<sup>60</sup>.

#### **IV. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 81 DU TCE**

L'article 81 ne s'applique qu'aux comportements susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. C'est la volonté des rédacteurs du Traité qui a posé cette condition générale. Le critère d'applicabilité est ainsi constitué par la notion d'affectation<sup>61</sup>. Cet article est un outil au service de la construction du Marché Unique, prévu à l'article 2 du TCE en ce qu'il prévient tout cloisonnement des marchés nationaux<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> LIANOS Ioannis, «La confusion des infractions» de l'article 81 § 1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique», RTDE 36 (2), avril-juin 2000, p.241.

<sup>57</sup> Elément déterminant d'une entente est la manifestation d'un concours de volontés entre deux ou plusieurs opérateurs économiques de se comporter d'une manière déterminée.

<sup>58</sup> BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S., op.cit, p.9.

<sup>59</sup> CJCE, Commission/ Anic Partecipazioni SpA, op.cit, §126-136.

<sup>60</sup> SANLI Cem Kerem, Les prohibitions dans la loi relative à la protection de la concurrence et la nullité des ententes et décisions d'associations d'entreprises contraire a ces dispositions, Editions de l'Autorité de Concurrence, Ankara 2000, p.86 et ASLAN Y. op.cit,p.80.

<sup>61</sup> CJCE, aff. 22/78 du 31.5.1979 Hugin, Rec.1979, p.1869.

<sup>62</sup> TERCINET Anne, op.cit, p.53.



## A- AFFECTATION DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

De façon générale, la notion d'atteinte au commerce entre Etats membres englobe tous les cas dans lesquels les échanges sont détournés de leur cours normal<sup>63</sup>.

Une entente est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres si elle permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant la possibilité d'exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres d'une manière à faire craindre qu'elle entrave la réalisation ou le bon fonctionnement d'un marché unique<sup>64</sup>.

Pour aboutir à une telle conclusion, il faut tenir compte d'un ensemble d'éléments de droit ou de fait. Ainsi, le critère d'affectation a une interprétation extensive donnée par la Cour de Justice qui indiquait qu'il n'était pas nécessaire d'établir qu'il y a eu affectation, mais seulement que le comportement est susceptible d'avoir un tel effet<sup>65</sup>.

L'affectation du commerce entre les Etats membres est présumée lorsque les produits font, ou feront probablement, l'objet du commerce entre Etats membres ou lorsque l'entente se réfère directement aux transactions internationales, spécialement si elle restreint les importations ou si les parties sont situées ou opèrent dans différents Etats membres<sup>66</sup>.

Exceptionnellement, une entente revêtant un caractère purement national peut aussi affecter le commerce entre les Etats membres. Pour cela l'entente doit avoir l'effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant l'interpénétration économique voulue par le Traité et assurant une protection à la production nationale<sup>67</sup>. Et encore, il y a une véritable extension de l'applicabilité des dispositions communautaires du droit de la concurrence à des situations internes à un Etat lorsque le territoire de l'Etat en cause peut être considéré comme une partie substantielle du Marché Commun<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S., op.cit, p.10.

<sup>64</sup> CJCE, aff. C-219/95 du 17.7.1997 Ferrier Nord, Rec.1997, p.4411, §20.

<sup>65</sup> CJCE, aff. 19/77 du 1.02.1978 Miller, Rec. 1978, p.131, §15.

<sup>66</sup> CJCE, aff. jointes 100 à 103/80 du 7.6.1983 Musique Diffusion française, Rec.1983, p.1825, §83.

<sup>67</sup> CJCE, aff. 8/72 du 17.10.1972 Vereeniging van Cementhandelaren, Rec. 1972, p.977, §29.

<sup>68</sup> CJCE aff. 42/84 du 11.7.1985 Remia, Rec.1985, p.2545, §22.

La notion d'affectation détermine la question de compétence, en matière de réglementation d'ententes en droit communautaire, et s'applique également aux abus de position dominante et aux concentrations.

## **B- ATTEINTE À LA CONCURRENCE À L'INTÉRIEUR DU MARCHÉ COMMUN**

Une entente n'est interdite que «si le but poursuivi ou l'effet obtenu est d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun », soit entre les seuls participants (concurrence interne), soit également à l'égard de tiers (concurrence externe)<sup>69</sup>. En pratique, la distinction n'est pas faite entre les termes ; c'est plutôt l'objectif défini à l'article 3(g) TCE qui est recherché : faire en sorte que se réalise « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée »<sup>70</sup>. Il faut admettre que l'interdiction à l'atteinte à la concurrence est valable sous quelque forme qu'il soit.

Afin de déterminer l'objet d'une entente, la Cour de Justice se réfère à la volonté des parties dont l'accord est supposé refléter l'expression. Elle ne recherche toutefois pas la volonté réelle et subjective des parties, mais fonde son raisonnement sur une analyse des clauses de l'entente examinée, définies comme une conscience présumée des effets prévisibles de l'entente<sup>71</sup>.

En l'absence d'objet anti-concurrentiel, une entente peut toujours être incriminée au titre des effets actuels ou potentiels<sup>72</sup>.

Indépendamment de la détermination de l'objet ou de l'effet anti-concurrentiel, il peut être nécessaire dans certains cas de s'interroger sur l'existence d'un lien de causalité entre l'accord, la décision ou la pratique concertée et la restriction de concurrence décelée sur le marché<sup>73</sup>. La Cour de justice fait usage du principe de l'effet cumulatif, selon lequel un seul contrat ne serait pas suffisant pour créer un effet restrictif de concurrence, mais il faut la conclusion de plusieurs contrats similaires pour en avoir<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.11.

<sup>70</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 113.

<sup>71</sup> CJCE Affaires jointes 96, 102,104, 105, 108, 110/82 du 8.11.1983 IAZ/Commission, Rec. 1983, p.3369, §25.

<sup>72</sup> CJCE, aff. C-7/95 John Deere du 28.5.1998, Rec.1998, p.3111, §77.

<sup>73</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 115.

<sup>74</sup> CJCE, aff. C-234/89 du 28.2.1991 Delimitis, Rec. 1991, p. I-935.

Quant à la localisation de l'effet anti-concurrentiel, elle doit se situer à l'intérieur du Marché Commun. Le fait qu'un grand nombre des participants à une entente illicite aient leur siège en dehors de la Communauté ne limite en rien leur responsabilité, lorsque ces entreprises réalisent l'essentiel de leurs affaires dans la Communauté<sup>75</sup>.

Il s'ensuit que le droit communautaire est applicable à une opération qui affecte les conditions du marché à l'intérieur de la Communauté, indépendamment du fait de savoir si l'opérateur économique est ou non établi sur le territoire de l'un des Etats membres de la Communauté<sup>76</sup>.

Une entente produisant entièrement ses effets dans des pays tiers échappe à l'interdiction de l'article<sup>77</sup>.

### C- CARACTÈRE SENSIBLE

Le Traité ne posant aucune condition s'agissant de l'intensité de l'affectation du commerce entre Etats membres et du jeu de la concurrence, logiquement les autorités communautaires ont déduit que les restrictions de concurrence doivent atteindre une certaine ampleur.

D'abord, le juge communautaire a imposé cette règle de *minimis non curat praetor* dans une affaire en indiquant qu'un accord conclu entre les participants occupant une faible position sur le marché des produits concernés n'affecte que légèrement le marché et par conséquent l'art 81 ne s'applique pas à cet accord<sup>78</sup>. Il faut considérer que l'entente produit un effet sensible lorsque les parties détiennent plus de 5% du marché en question<sup>79</sup>. Par contre, les accords entre les entreprises de grande taille, détenant moins de 5% peuvent constituer un effet sensible<sup>80</sup>.

Ultérieurement, la Commission a utilisé des critères chiffrés pour décider du caractère sensible ou non d'une restriction de concurrence<sup>81</sup>. Selon ces critères, l'article 81 § 1 est en principe<sup>82</sup> inapplicable lorsque les parts de

<sup>75</sup> Décision de la Commission du 13.7.1994 Carton, JOCE n°243, du 19.9.1994 p.1 §139

<sup>76</sup> CJCE, aff. 6/72 du 21.2.1973 Continental Can, Rec.1973, p.215, §14 à 17

<sup>77</sup> Décision de la Commission du 22.10.1964 DECA, JOCE n°173, p.2761

<sup>78</sup> CJCE, aff. 5/69 du 9.7.1969 Voelk/Vervaecke, Rec.1969, p.295, §7

<sup>79</sup> CJCE, Miller op.cit, §9,10

<sup>80</sup> Décision de la Commission du 28.11.1979 Floral, JOCE n° 39 1980 p.51

<sup>81</sup> Communication de la Commission du 27.5.1970, JOCE n° C 64 du 2.6.1970 et du 9.12.1997, JOCE n° C 372 remplacée par la Communication concernant les accords d'importance mineure «*de minimis* » qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81§1 TCE, du 22.12.2001 JOCE n° C 368/07 p.13

<sup>82</sup> CJCE, aff. 100 à 103/80 du 7.6.1983 Pioneer Rec.1983, p. 1825; la Cour a négligé le seuil du chiffre d'affaire fixé par la Commission.

marché détenues par les entreprises participantes ne dépassent pas, sur aucune des marchés concernés, le seuil de 10%, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation; et le seuil de 15%, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie. Pour les accords mixtes ou de qualification incertaine le seuil de 10% s'applique de nouveau.

Toutefois, ce seuil ne s'applique pas pour certains types d'accords comme des accords horizontaux fixant les prix, limitant la production ou les ventes, répartissant les marchés ou les sources d'approvisionnement, ou des accords verticaux fixant les prix de revente ou assurant à des entreprises participantes ou à des entreprises tierces une protection territoriale, car l'atteinte à la concurrence est fortement présumée<sup>83</sup>.

Il faut aussi signaler que la Commission reconnaît que les accords entre petites et moyennes entreprises, telles que définies dans l'annexe de la recommandation 96/280/CE<sup>84</sup> de la Commission sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres.

Un autre point important pour la détermination du degré de concurrence, praticable dans des circonstances données et portant effectivement atteinte à la concurrence, dans la mesure où la condition de l'effet sensible dépend des parts de marché des entreprises en cause, il convient de déterminer au préalable le marché en cause<sup>85</sup>. Ces critères de détermination sont aussi applicables dans le cadre de l'article 82 et nous allons les examiner au chapitre suivant.

## V. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LOI DE LA CONCURRENCE TURQUE

Le droit turc s'attache au principe de territorialité quant à l'application des normes élaborées par le législateur turc. L'article 2 de la loi sur la concurrence prévoit que toutes les activités dans le marché de biens et de services à l'intérieur des frontières turques, ou les applications ayant un effet sur le marché turc entre dans le champs d'application de loi turque. Il paraît que la théorie de l'effet trouve sa place aussi en droit turc de la concurrence<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Communication concernant les accords d'importance mineure «*de minimis* » qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81§1 TCE, JOCE n° C 372/1997, p.13, §9,11 et 12.

<sup>84</sup> JOCE L 107 du 30.4.1996, p.4. Cette recommandation va être révisée. Il est envisagé d'augmenter le seuil de chiffre d'affaire annuel de 40 millions d'euros à 50 millions d'euros et seuil de bilan annuel de 27 millions d'euro à 43 millions d'euros.

<sup>85</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 115 et BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.14.

<sup>86</sup> A contrario SANLI Kerem Cem, op.cit., p.40.

Le Conseil de Concurrence se dote de la théorie de l'effet dans ces décisions et juge que même les entreprises établies en dehors du territoire turc tombent dans le champ d'application de la loi de la concurrence, à cause de leurs effets sur l'exportation en Turquie<sup>87</sup>.

La loi de la concurrence, ne posant aucune condition au sujet de l'intensité de l'affectation du commerce et du jeu de la concurrence dans un premier temps, le Conseil de Concurrence en a déduit que les restrictions de concurrence doivent atteindre une certaine ampleur<sup>88</sup>. Tout récemment, dans une autre affaire, le Conseil a décidé qu'il n'existe aucune disposition en droit turc concernant la théorie de *minimis non curat praetor*. Selon le Conseil de Concurrence, le principe est un moyen pour déterminer la compétence de la Commission et il ne s'applique qu'aux comportements susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et seulement à l'intérieur du marché commun<sup>89</sup>. Le marché turc étant un marché homogène, l'application de ce principe sera contraire à la volonté de législateur turc.

Cette décision nous paraît très critiquable car le marché pertinent est différent dans chaque cas individuel, et il serait très logique de vérifier l'effet sensible et l'intensité de l'affectation du commerce et du jeu de la concurrence pour appliquer l'article 4 de loi de loi de la concurrence.

## **VI. LES DÉROGATIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE COMMUNAUTAIRE ET TURQUE**

### **A- LE SYSTÈME COMMUNAUTAIRE DES DÉROGATIONS**

Conformément à l'article 81 § 3<sup>90</sup> du TCE, certaines ententes interdites par

---

<sup>87</sup> Décision du Conseil de Concurrence n° 99-3/24-6 du 28.01.1999, DuPont/Tongkook : JO n° 23806 du 4.9.1999

<sup>88</sup> Décision du Conseil de Concurrence n° 53/384-44 du 19.02.1998, JO n° 23529 du 20.11.1998

<sup>89</sup> Décision du Conseil de Concurrence n° 01-31/313-91 du 06.07.2001, JO n° 25179 du 25.07.2003

<sup>90</sup> L'article 81 dispose en son paragraphe 3 que « ...les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises ; à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprise et à toute pratique concertée ou catégorie de pratique concertée

1. qui contribue à améliorer la production la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
2. tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans
  - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

le paragraphe 1 peuvent bénéficier d'une exemption de l'interdiction et par conséquent échappent à la nullité<sup>91</sup>.

L'exemption dépend avant tout de la mesure dans laquelle l'accord en question, à la lumière de sa teneur et de son objet, renforce ou affaiblit globalement la concurrence et aussi de la mesure dans laquelle il encourage ou empêche la réalisation des objectifs et missions générales de la Communauté<sup>92</sup>.

Il ressort de cet article que quatre conditions cumulatives doivent être remplies afin de bénéficier de l'exemption, de telle sorte qu'il suffit que l'une des conditions fasse défaut pour que l'exemption doive être refusée<sup>93</sup>.

Les conditions pour accorder l'exemption exigent d'abord que l'entente contribue à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique. La Cour annonce à ce sujet que l'amélioration des processus économiques requise pour l'octroi de l'exemption prévue à l'article 81 § 3, ne saurait être identifiée à tous les avantages que les partenaires retirent de l'accord quant à leur activité, mais il convient d'apprécier les risques qu'une mesure fait peser contre la concurrence au regard des améliorations qui en résultent<sup>94</sup>. Cette amélioration doit notamment présenter des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence<sup>95</sup>.

Deuxièmement, l'entente en question doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Cette condition ne vise pas concrètement la collectivité en général mais les tiers par rapport à l'entente qui interviennent effectivement dans le circuit économique du produit ou du service en cause, à titre de producteur, travailleur, distributeur, consommateur, etc.<sup>96</sup>. Le profit peut se traduire par une baisse de prix ou par une amélioration de la qualité ou de la sécurité d'un produit ou d'un service ou encore par un élargissement du choix proposé ou l'efficacité d'un service après vente<sup>97</sup>.

---

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.»

91 BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.14.

92 Ibid.

93 TPI, aff. T-17/93 du 15.7.1994 Matra Hachette, Rec.1994, p.II 595, §104.

94 CJCE, aff. 56 et 58/64 du 13.7.1966 Consten et Grundig, Rec.1966, pp.431 et 502.

95 MERCIER P. / MACH O. / GILLIERON H. / AFFOLTER S., Grands principes du droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles 1999, p.129.

96 DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 123.

97 Décision de la Commission du 10.12.1984 Eurochéque, JOCE n° L 35/1985, p.43.

Troisièmement, il faut que l'entente n'impose pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs. Pour remplir cette condition, il faut établir que les atteintes à la concurrence résultant du projet sont proportionnées à la contribution de celui-ci au progrès économique et/ou technique, ou à l'amélioration de la production et/ou de la distribution<sup>98</sup>. Les clauses de protection territoriale absolue, dans les contrats de concession exclusive, ne sont considérées comme indispensables que pour atteindre les effets bénéfiques de l'accord<sup>99</sup>.

Ensuite, l'entente ne doit pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. La Cour estime que les soucis des auteurs du Traité de conserver au marché, dans le cas où des restrictions de la concurrence sont admises, les possibilités d'une concurrence effective ou potentielle sont expressément précisés à l'article 81 paragraphe 3 du Traité<sup>100</sup>. Les entreprises tierces doivent néanmoins avoir accès au marché envisagé.

Les deux premières conditions permettent à la Commission d'examiner l'entente dans une perspective relativement large qui peut permettre de retenir ses avantages actuels ou potentiels pour l'environnement, l'emploi, l'encouragement aux petits et moyennes entreprises<sup>101</sup>. Mais encore, le paragraphe 3 de l'article 81 permet en générale d'harmoniser la politique de concurrence avec les autres politiques européennes.

Il existait jadis deux modalités possibles pour l'octroi d'exemptions. Mais le fameux règlement 17<sup>102</sup> du Conseil, permettant d'obtenir une exemption individuelle a été remplacé par un nouveau règlement<sup>103</sup> prévoyant un système d'exception légale et substituant le système d'autorisation préalable sur base de notification. Aujourd'hui, les autorités nationales et la Commission peuvent toujours exercer un contrôle *a posteriori* sur la validité d'une entente en cas de doute ou de contestation. Mais par conséquent, la procédure du contrôle *ex ante* sur la base de demande d'exemption individuelle a été abolie.

L'abolition du système d'autorisation permet en effet de décentraliser efficacement l'application du droit communautaire tant vers les autorités que vers les juridictions nationales.

---

<sup>98</sup> TPI, Matra Hachette SA, op.cit, § 135.

<sup>99</sup> CJCE, aff. 258/78 du 8.6.1982 Nungesser et Eisele, Rec.1982, p.2015.

<sup>100</sup> CJCE, Continental Can, op.cit, § 25.

<sup>101</sup> DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p.123.

<sup>102</sup> JOCE 13 du 21.2.1962, p.204/62.

<sup>103</sup> Règlement No 1/2003 du Conseil 16.12.2002, JOCE du 4.1.2003 L1 p.1.

Le règlement n° 17/62 mettait en place un système de contrôle centralisé selon lequel les ententes susceptibles de restreindre et d'affecter le commerce entre États membres devaient, pour bénéficier d'une exemption, être notifiées à la Commission. Cette compétence exclusive de la Commission pour l'autorisation d'accords restrictifs de la concurrence remplissant les conditions de l'article 81, paragraphe 3 du traité CE, a conduit les sociétés à notifier une multitude d'accords, ce qui a miné les efforts tendant à promouvoir une application rigoureuse et décentralisée des règles de concurrence.

Dans la perspective d'une Europe élargie, cette décentralisation est la condition *sine qua non* de l'application efficace des règles de concurrence<sup>104</sup>.

Pourtant, le nouveau règlement sauvegarde le système d'exemption par catégorie. Ce système fonctionne en générale en deux étapes; le Conseil confère à la Commission la compétence d'arrêter des règlements d'exemptions et cette dernière déclare l'article 81 paragraphe 1 du traité inapplicable à des catégories d'accords, de décisions et des pratiques concertées. Si les bénéfices espérés de l'exemption par catégorie indiquée à l'article 81 paragraphe 3 du traité ne sont pas atteints, la Commission ou les autorités de concurrence des Etats membres ont le pouvoir de retirer le règlement concerné<sup>105</sup>.

## **B- LE SYSTÈME TURC DES DÉROGATIONS**

Nous constatons que l'article 5 de la loi sur la concurrence turque dispose d'un système identique au système de dérogation de l'article 81 § 3 du TCE. Les conditions de fond pour accorder une exemption sont identiques.

L'article 5 (a) de la loi sur la concurrence exige que l'entente contribue à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique.

Selon le point (b) du même article, pour que l'entente puisse bénéficier de la dérogation, ses effets techniques ou économiques favorables ne doivent pas uniquement profiter aux entreprises participantes, une partie équitable du profit doit être réservée aux consommateurs.

L'article 5 (c) déclare que le comportement visé ne doit pas éliminer la concurrence pour une partie substantielle des marché en cause.

---

<sup>104</sup> Discours de Mario MONTI à Bruxelles, le 22 novembre 2002 sur « Les Reformes en cours en matière de concurrence mise en perspective. »

<sup>105</sup> Règlement No 1/2003 du Conseil op.cit., article 29



Et finalement, les restrictions non indispensables pour atteindre les effets favorables de l'entente tels qu'ils sont expliqués dans les point (a) et (b) sont interdites.

L'exemption est accordée pour une durée maximum de cinq ans mais elle est renouvelable si les conditions précitées existent toujours.

Le Conseil de Concurrence peut demander aux requérants de remplir certaines conditions

En droit de la concurrence turc l'ancien système européen subsiste toujours. Donc il existe deux modalités possibles pour l'octroi d'exemptions : le système d'exemption préalable sur base de notification et le système d'exemption par catégorie.

## **CONCLUSION**

La Turquie a éventuellement harmonisée sa législation avec celle d'Europe concernant la prohibition des ententes nuisible au jeu de la concurrence. Le futur statut de membre exige de transposer dans l'ordre juridique interne l'ensemble du droit communautaire de la concurrence.

Les deux systèmes interdisent les accords et les pratiques entre entreprises, les décisions et les actes des associations des entreprises qui ont pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser directement ou indirectement le jeu de la concurrence dans le marché de biens ou de produits.

Egalement dans les deux systèmes certaines ententes interdites par le paragraphe peuvent bénéficier d'une exemption de l'interdiction si les conditions similaires sont remplies. D'abord il faut respecter le principe de proportionnalité. L'exemption ne doit pas être accordé sauf si elle est nécessaire. Il faut aussi respecter le principe d'efficacité et le moyen adéquat au but visé. Ensuite la déclaration d'inapplication ne doit pas éliminer la concurrence en sa totalité. Et dernièrement l'entente doit améliorer la distribution, la production ou le progrès technique et elle doit être profitable aux utilisateurs.

Néanmoins le système de notification préalable pour les exemptions est aligné sur l'ancien régime de l'Union européenne qui a été modifiée tout récemment. La demande d'exemption individuelle par une notification préalable a été supprimée. Un alignement dans ce sens doit être effectué par le Conseil de Concurrence Turc.



# CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KOMŞU HAKLARA GENEL BİR BAKIŞ

*Ar. Gör. Pınar Memiş\**

Türk hukukunda “komşu hak” kavramı çok yeni bir kavramdır. İlk kez, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>1</sup>’nda 1995 yılında yapılan değişikliklerle, eser sahibinin maddi ve manevi haklarına zarar vermemek şartıyla, fikir ve sanat eserlerini özgün bir biçimde icra eden, yorumlayan icracı sanatçılarla, bir icrayı ya da sesleri ilk olarak tespit eden ses taşıyıcısı yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarının eser sahibine komşu hakları olduğu kabul edilmiştir.

Biz bu çalışmamızın ilk bölümünde komşu hak kavramını açıklayıp, bu hakların hangi uluslararası sözleşmelere konu olduğunu belirtmeye çalışacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, kimlerin komşu haklarına sahip olduklarını belirtip, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo ve televizyon yayın kuruluşlarını kısaca açıklamaya çalışacağız.

Son olarak, komşu hakların ihlal edilmesi halinde ceza hukuku bakımından yaptırımların neler olduğunu ifade etmeye çalışacağız.

## I. KOMŞU HAK KAVRAMI:

### A- GENEL OLARAK

Bir eserin sahibi onu meydana getirendir. Eserin sahibi tanımı FSEK’nun 8. maddesinin 1. fıkrasında bu şekilde yapılmaktadır. Bir eser kendisini yaratan kişiye aittir. Ancak bazı durumlarda bir eserin yaratılmış olması yetmez. Yaratılan eserin bir icracıya, görsel ve işitsel olarak temsil edilmeye ve hatta topluma kazandırılması için bir yayıncıya ihtiyacı olduğu haller bulunmaktadır.

Bu konuda 1995 yılına kadar suskun kalan FSEK, bu tip hallerin eser sahibinin hakları gibi değerlendirilemeyeceği düşüncesi ile doktrinin tanıdığı bir kavram olan “komşu hak”ka yer vermiştir.

FSEK’ı elimize aldığımızda 1/B maddesinde komşu hakların tanımlandığını görmekteyiz. Maddenin k bendinde Komşu haklar “*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri*

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Çalışmamızın devamında FSEK olarak kısaltılmış bir şekilde ifade edilecektir.

*özgün bir biçimde yorumlayan , tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo ve televizyon kuruluşlarının sahip oldukları hakları ifade eder” şeklinde düzenlenmiştir.*

Sayılan faaliyetleri ve onlardan doğan neticeleri hak olarak ele alırsak maddede rahatsız edici bir yön bulunmamaktadır. Ne var ki madem bu şekilde yani “tanımlar” başlıklı bir madde yapılıyor, hakkın tanımının verilmesi yerine hakka sahip kişilerin belirtilmesi yerinde olmamıştır.

FSEK'nın 1/B maddesinde tanımlanan komşu haklar, söz konusu kanunun 80. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Madde “*eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar*” başlığını taşımaktadır. Değişiklikten önce, madde başlığı “*eser sahibinin haklarına komşu haklar*” iken 21 şubat 2001 tarih ve 4630 sayılı kanunla komşu hak yerine bağlantılı hak terimi getirilmiştir. Böylelikle maddenin içeriği genişletilmiş ve söz konusu kanunun 1/B maddesinin j bendinde tarif edilen bağlantılı hak sahipleri de içine alınmıştır. Aslında, komşu hak kavramı bağlantılı bir haktır ve bağlantılı hakta sadece filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren hak sahipleri de yer almaktadır. Ancak kanunkoyucu seçmiş olduğu teknik ile bağlantılı hak kavramı ile komşu hak kavramını birbirinden farklı kavramlar olarak göstererek ortaya karmaşık bir durum çıkartmıştır.

## **B- KOMŞU HAKLARIN GELİŞİMİ VE BU ALANDAKİ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER**

### **1 - Genel Olarak**

Komşu hakların tanınması ve bu hakkın korunmasının sağlanmasına ilişkin kanuni düzenlemeler 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır<sup>2</sup>. Alman FSEK' da 1910 yılında yapılan değişiklikle, bir sanatçının müzik ya da edebiyat eserinin yorum ve icrasının tespitinde kullandığı vasıtalar o eserin işlenmesi olarak öngörülmüş ve icracı sanatçı da bu eserin işleyeni olarak kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Bu yaklaşım, zamanla diğer ülkelere de yansımış ve komşu hak kavramı bugünkü yerini almıştır.

### **2 - Uluslararası Sözleşmeler**

Komşu haklara ilişkin ilk ve en önemli temel metin 1961 tarihli Roma Sözleşmesidir. Sözleşmeye taraf olma şartı, Bern Sözleşmesi ve Evrensel Fikri

<sup>2</sup> ATEŞ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, 2003, Ankara, sah.201.

<sup>3</sup> AYİTER, Nuşen, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981, sah.74.

Haklar Sözleşmesine taraf olmaktadır. Pek çok ülkenin taraf olduğu<sup>4</sup> Sözleşmeyi Türkiye 4116 sayılı Kanun ile 1995 yılında onaylamıştır<sup>5</sup>.

Roma Sözleşmesi, icralar üzerinde sanatçıların, fonogramlar üzerinde fonogram yapımcılarının ve radyo televizyon yayınları üzerinde yayın kuruluşlarının haklarını düzenlemektedir. Sözleşmeye göre; İcracı sanatçılar, yaptıkları icraların topluma iletilmesi ve yayını, canlı icraların tespiti ve kaydı, hukuka uygun ya da aykırı yapılmış kayıtların yeniden üretilmesi yahut yasaklanması hakkını; fonogram yapımcıları, eserlerin çoğaltılmasına izin verme ya da yasaklamaya; yayın kuruluşları yayınların tespitine, tekrar yayınlanmasına, çoğaltılmasına, topluma iletilmesine izin verme ya da yasaklama haklarını haizlerdir. Sözleşme, komşu hakların korunması ile ilgili olarak 20 senelik asgari bir koruma süresi öngörmektedir.

Komşu hakların korunmasına ilişkin diğer bir sözleşme de “*Fonogram Yapımcıları Hakkında Cenevre Sözleşmesi*”dir. Sözleşme 1971 yılında Cenevre’de imzalanmış, fakat Türkiye henüz sözleşmeye taraf olmamıştır.

Roma sözleşmesinden farklı olarak, Cenevre Sözleşmesinde, sadece fonogramların izinsiz ve hukuka aykırı çoğaltılmasının önlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır<sup>6</sup>. Sözleşmeye göre koruma süresi, sesin ilk kez kaydedildiği tarih veya fonogramın yayımlanmasından itibaren 20 yıldır.

Komşu hakların düzenlendiği bir diğer uluslararası metin, 50 ülke tarafından imzalanıp, 34 ülke tarafından onaylanan 20 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe giren *WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması*<sup>7</sup>. Anlaşmanın koruma altına aldığı hak sahipleri, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarıdır.

Anlaşmayı diğer uluslararası sözleşmelerden farklı kılan, icracı sanatçılara icraları üzerinde manevi haklarının bulunduğunu kabul etmesidir<sup>8</sup>. Tabiidir ki bu durum da icracı sanatçıları sahip oldukları manevi haklar bakımından eser sahiplerine oldukça yaklaştırmaktadır.

WIPO Anlaşması, Roma Sözleşmesine nazaran daha uzun bir koruma süresi öngörmekte ve icralar tespit edildiği yıl sonundan itibaren, fonogramlar

<sup>4</sup> 15 Temmuz 2001 tarihine kadar Sözleşmeye taraf olan ülke sayısı 68’dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.wipo.org>.

<sup>5</sup> 4116 sayılı “*İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun*”, bkz. RG. 12/07/1995/22341.

<sup>6</sup> De BELLEFONDS, Linant Xavier, *Droits d’auteur et droits voisins*, Dalloz, 2002, sah.489.

<sup>7</sup> Sözleşme metni için bkz. <http://www.wipo.org/treaties/docs>

<sup>8</sup> BEŞİROĞLU, A, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, Ankara Patent Bürosu, Ankara, 1999, sah.203-214.

ise yayımlandığı veya tespit yapıldığı yıl sonundan itibaren 50 yıl süreyle korunması şeklinde belirtilmiştir.

Diğer bir Sözleşme de, 21 Mayıs 1974 tarihli *Uyduyla İletilen Program Sinyallerinin Dağıtımına Dair Brüksel Sözleşmesi*'dir. Sözleşme radyo-televizyon yayını yapan kuruluşların mafaatlerini korumayı hedeflemektedir. Sözleşmenin amacı, yeryüzündeki belli istasyonlara uydulardan yapılan radyo-televizyon yayınlarının, yayın hedefi durumundaki yer istasyonları tarafından "çalınmak sureti ile", kablo ile veya kablosuz yerel istasyonlara dağıtılmasına engel olmaktır<sup>9</sup>.

Topluluk anlaşmaları dışında komşu haklara ilişkin olarak Avrupa Konseyi nezdinde de birtakım uluslararası sözleşmelerin varlığı söz konusudur. Bunlar kısaca, 1958 tarihli Televizyon Filmleri Vasıtasıyla Program Değişimine İlişkin Avrupa Anlaşması, 1960 tarihli Televizyon Yayınlarının Korunması Hakkında Avrupa Anlaşması, 1965 tarihli Korsan Yayınların Engellenmesine İlişkin Avrupa Anlaşması ve son olarak 1989 tarihli Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'dir.

## II. KOMŞU HAKLAR VE KOMŞU HAK SAHİPLERİ

### A- GENEL OLARAK

Hukuk düzeni, eser sayılabilecek niteliğe sahip olmasa bile, sarf edilen emeği koruma altına almak ve eser sahiplerince meydana getirilen eseri yorumlayarak onun değerini ortaya koyan, o eserin daha iyi takdim ve tanıtılmasına kendi özgün çabaları ile katkıda bulunan kimselere de, eser sahibinin hak ve menfaatlerine benzer hak ve menfaatler tanımıştır.

Bu haklar, tam olarak eser olarak nitelendirilemeyecek bir fikri emek üzerinde tanınmış iseler de, bu fikri emeğin mevcut bir esere bağlı olarak sarf edilmiş olmasından dolayı, eserden tam olarak bağımsız düşünülmeceği açıktır<sup>10</sup>. Komşu haktan bahsedebilmek için mevcut bir eser olmalıdır. Bu şekilde, komşu hak sahibi özgün olarak bu eseri işleyecek, yorumlayacak ya da topluma tanıtılabilecektir.

Komşu hak kavramı daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, Türk hukukuna yeni girmiş bir kavramdır. FSEK' nun 80. maddesi ve devamında düzenlenen komşu haklar kendi içerisinde, icracı sanatçıların hakları, fonogram yapımcılarının hakları ve radyo ve televizyon kuruluşlarının hakları olarak üç farklı kategoride incelenmektedir (FSEK. M: 80/1,A;B;C).

<sup>9</sup> ATEŞ, M., age., sah.207.

<sup>10</sup> ATEŞ, M., age., sah.200-201.

## B- KOMŞU HAK SAHİPLERİ

FSEK, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere komşu hak sahiplerini üç gruba ayırarak incelemiştir. Biz de bu çalışmamızda Kanunun sistematliğini takip ederek konuyu izah etmeye çalışacağız.

### 1 - İcracı Sanatçılar ve Hakları

FSEK, icracı sanatçıları 80/1 maddesi uyarınca “*sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, çalan, söyleyen ve çeşitli biçimlerde icra eden kişidir*” şeklinde ifade edilmiştir. İcracı sanatçı, *Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği*<sup>11</sup> 4 üncü maddesinin b bendinde tanımlanmıştır. Buna göre; “*sanat eserleri ile folklor eserlerini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenleri ve dansçıları vb. diğer kişileri*” icracı sanatçı olarak tanımlamaktadır.

İcracı sanatçılara bu haklar tanınmasındaki amacın, sanatsal faaliyetlerinin ekonomik sonuçlarının korunması olarak belirtilmektedir<sup>12</sup>.

İcracı sanatçı tarafından yapılan icra ve yorumların fikri hukuk çerçevesinde korunabilmesi için, icranın özgün olması gerekmektedir. Bu durum ise, FSEK’ nun 80. maddesinde vurgulanmaktadır. Sıradan, herkesin yapabileceği şekildeki icra ve yorumlar hukuksal himayeden yararlanamaz<sup>13</sup>.

İcracı sanatçı kavramına kimlerin gireceği icra edilen eser türüne göre ayrı ayrı ele alınarak belirlenmelidir. Örneğin, musiki eserlerinde eseri söyleyen ve çalan kişiler ile koro ve orkestrada şef ve solistler, orkestra marifeti ile icra edilecek eserlerde şef ve solistler, tiyatro, opera ve bale gibi sahne eserlerinde şef, yönetmen, sanatçılar, aktörler, dansözler, şantözler, sinema eserlerinde kanunun eser sahibi olarak belirttiği yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo dışında kalan aktör, rejisör, kameraman, ışıkçı ve kostümcü gibi kişiler, “icracı” olarak nitelendirilebilir<sup>14</sup>.

İcracı sanatçı sayılmanın “özgün olma” dışında sayılan diğer bir şartı da, bir fikir ve sanat eserinin bulunması ve onun yorumlanarak icra edilmesidir. Bu sebeple, futbol, buz hokeyi, voleybol ve basketbol gibi spor müsabakalarını

<sup>11</sup> R.G.: 16/11/1997-23172.

<sup>12</sup> BAYGIN, Cem, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar, Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:V, sayı 1-4, Erzincan, sah.301.

<sup>13</sup> TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999, sah.256.

<sup>14</sup> ATEŞ, M., age., sah.215.

icra olarak nitlendirmek mümkün değildir<sup>15</sup>. Gerçekten de, komşu hak sahibi olan icracı sanatçı bir eser üzerinde oynayarak adeta ayrı bir eser yaratabilmektedir. Halbuki bu türlü spor müsabakalarının eser sayılmadığı düşünülürse, bu alanlarda faaliyet gösterenlerin de komşu haklarından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

İcracı sanatçının hakları “manevi haklar” ve “mali haklar” olmak üzere, eser sahibinin haklarıyla neredeyse aynı haklardan oluşmaktadır. Biz burada FSEK’ in sistematüğinden ayrılmadan bu hakları kısaca açıklamaya çalışacağız.

#### *a - İcracı sanatçının hakları*

4630 sayılı kanunla yapılan değışiklikten önce FSEK’ da, icracı sanatçının manevi hakkı olarak sadece “adın belirtilmesini isteme hakkı” tanınmıştı. Ancak, icracı sanatçının faaliyetini eser sahibininkine çok yaklaştığı ve bu alanda bir boşluk olduğu belirtilmekte ve bu boşluğunda eser sahibinin haklarını düzenleyen hükümlere yollama yapılarak doldurulması gerektiği doktrinde savunulmaktaydı<sup>16</sup>.

4630 sayılı Kanunla yapılan değışiklikle icracı sanatçının manevi hakları; “adın belirtilmesini talep” ve “icranın bütünlüğünün korunması” yetkileri ile donatılmış oldu.

İcracı sanatçılar, mali haklarını devretmiş olsalar dahi, devre konu olan hakkın üzerinde adının belirtilmesini isteme ve icranın tahrifatı halinde de buna karşı koyma hakkı söz konusudur. Zira, bir icracıya ait icranın, örneğin bir şarkının, başka bir kişi tarafından, onun özgün olarak icrasını bozan yorumu manevi hakkın özüne dokunur<sup>17</sup>. Gerçekten de, bu tür bir eserin yaratılması bazı hallerde tek başına yeterli değildir. Bu eseri icra eden kişi esere kendisinden bir şeyler katarak yorumlarken adeta yeni bir eser yaratmakta ve bu şekilde toplum tarafından benimsenmesini sağlamaktadır. Toplum tarafından da kabul gören ve adeta yorumcunun ortaya koyduğu bir eserin bir başkası tarafından tahrip edilmesi, aynen eserin bozulmasında eser sahibinin manevi hakkına olduğu kadar icracı sanatçının da hakkına dokunacaktır.

<sup>15</sup> TEKİNALP, Ü., age. sah.256.

<sup>16</sup> EREL, N.Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1998, sah.172 ve AYİTER, N., age.80.

<sup>17</sup> ATEŞ, M., age., sah.217.



### *b - İcracı sanatçının mali hakları*

FSEK'da 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklik, icracı sanatçının mali haklarını da genişletmiştir. Eski metinde icracı sanatçının mali hakları 80. maddenin 2. fıkrasında “*sanatçının icrasını tespit etme, bu tespiti çoğaltma, kiralama, icranın telli-telsiz her türlü araçlarla yayınlanması ya da temsili suretiyle faydalanma*” şeklinde iken, yeni metinde “*bir eseri sahibinin izni ile, özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu eserin tespit edilmesine, bu tespitini çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda da, komşu hak sahiplerinin eser sahibinin haklarına oldukça yaklaşan mali haklara sahip olduklarını tespit etmek yerinde olacaktır.

İcracı sanatçı bu hakları kendisi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere de devredebilir. İcracı sanatçı, eser sahibi de dahil olmak üzere üçüncü kişileri bu hakları kendi izni olmadan kullanmaktan menedebilir. Devir için icracı sanatçının vereceği bu iznin yazılı olması gerekmektedir. Bu koşul hem FSEK.m:80<sup>18</sup> hem de m: 52<sup>19</sup> den ortaya çıkmaktadır.

## **2 - Fonogram yapımcısı ve hakları**

FSEK'nun eski değişiklikten önceki halinde fonogram terimi yerine “ses taşıyıcısı” kullanılmakta ve KHY'nin 4. maddesinin f bendinde de “*Bir icranın, seslerin ya da elektronik yöntemle yapılmış eserlerin, üzerine tespit edildiği her türlü araç*” şeklinde tanımlanmaktaydı.

FSEK'nun da yapılan değişiklikle kanuna eklenen 1/B maddesinin f bendinde yeni terim kullanılmakta ve; “*sinema eseri gibi görsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortam*” şeklinde tarif edilmiştir.

Bu tanımdan ortaya çıkan sonuç ise, tespit edilen seslerin eser niteliği taşımaksızın FSEK'nun koruması altında olacağıdır. Tespit edilen eserin icrai niteliği olmasa dahi fonograma kaydedilen sesler koruma altındadır. Burada korunan değer fonogram yapımcısının emeği ve yatırımıdır.

<sup>18</sup> FSEK.m: 80/V: “*Komşu hak sahipleri ile filmelerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların verdiği izinlerin yazılı olması zorunludur.*”

<sup>19</sup> FSEK.m:52 “*mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.*”

Fonogram yapımcısının haklarının hukuki niteliği itibari ile icracı sanatçıların haklarından farklı olduğu ortaya çıkmaktadır. Burada korunan hukuki menfaat, yukarıda kısaca değindiğimiz üzere, eser ve icranın tespiti yapılan araçlarla bunları imal eden şahsın maddi menfaatlerinin korunmasıdır. Yani, bazı durumlarda eser sahibinin bazı durumlarda da icracı sanatçının iznine bağlı olarak eserlerin, icraların veya sair seslerin ilk defa tespitinin yapılmasıyla, sınırlı, fakat iktisap edilen haklar olarak ortaya konulmaktadır<sup>20</sup>. Burada özgün olma şartı aranmamaktadır. Bu şartın olmadığı zaten kanuni düzenlemeden ortaya çıkmaktadır.

Fonogram yapımcısına, icracı sanatçıya tanınmış olan manevi haklar tanınmamıştır. Ancak burada önemli bir hususa değinmekte fayda vardır. Haklı olarak yapımcının faaliyetinde manevi hakka ilişkin bir konu olmadığı belirtilebilir ne var ki yapımcının da yapmış olduğu ilk tespitin kendisine ait olduğunun ortaya konulması açısından icracı sanatçıda olduğu gibi adının belirtilmesini isteme hakkı tanınmalıdır.

Fonogram yapımcısının mali hakları ise FSEK' nun 80. maddesinin B bendinde düzenlenmektedir; *“doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, her türlü yöntemle satılması ve dağıtılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi, işaret, ses/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla umuma iletimi ve yeniden iletimi, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerin aslının veya kopyalarının satış ve diğer yollarla dağıtılması, telli veya telsiz araçlarla veya diğer yöntemlerle umuma iletilmesi, internet ortamında umuma iletilmesi”* dir.

İracı sanatçılar gibi fonogram yapımcıları da mali haklarını devrederken FSEK' nun 52. maddesi uyarınca devri yazılı şekil şartına uyarak gerçekleştirmek zorundadırlar.

### 3 - Radyo ve Televizyon yayın kuruluşlarının hakları

Radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınları üzerindeki hakla diğer komşu haklara nazaran daha önceki yıllarda fikri hukuk korumasının himayesinde olmuşlardır<sup>21</sup>. 1982 TC. Anayasasında 1993 önce radyo ve televizyon işletmesi Devlet tekelinde bulunuyordu, daha sonra bu hüküm tadil edilerek bunların işletilmesi Kanun dairesinde serbest bırakılmıştır. 1994 yılında kabul edilen 3984 sayılı Kanunla radyo ve televizyon kuruluşu ve yayınlarına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

<sup>20</sup> TEKİNALP,Ü., age., sah. 264.

<sup>21</sup> SARMAŞIK, Jale, Radyo ve Televizyon Yayıncılığında Eser Hakları”, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/jale\\_sarmasik](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/jale_sarmasik)

FSEK'nun 80-82. maddelerinde ise, radyo ve televizyon kuruluşlarının komşu hak sahipliği ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. FSEK' na göre, Türkiye Cumhuriyeti Sınırları içinde olan ya da Türkiye Cumhuriyeti Sınırları içindeki yarıticiler ile yayınlanan radyo ve televizyon programları ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümlerine göre korunan radyo ve televizyon kuruluşlarına uygulanacağı belirtilmektedir (FSEK.m:82).

Radyo ve televizyon kuruluşlarının FSEK'da korunan haklarının konusunu bunlar aracılığı ile yapılan yayınlar oluşturmaktadır. Yayın kuruluşlarının komşu haklarına konu olabilecek ürünler ya bir "eser"dir ya bir eserin "icrası" ya da bir eserin veya bir icranın bir yapımcı tarafından yapılan "tespiti"dir. FSEK, 80.maddesinin C bendinde "yayın kavramına yer vermiş, fakat bunun ne olduğunu belirtmemiştir. Halbuki, 2954 sayılı TRT Kanunu ( m: 3/a ve 3/b) ile 3984 sayılı RTÜK' te (m:3/b ve 3/c) radyo yayını ve televizyon yayını ayrı ayrı tanımlanmıştır. Bunlara göre radyo yayını; "*Elektromanyetik dalgalar ve diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan ses yayınları*" olarak, televizyon yayını ise; "*Elektromanyetik dalgalar yoluyla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan hareketli veya sabit resimlerin sesli veya sessiz, kalıcı olamayan yayını*" olarak tarif edilmiştir.

Bu tanımlarda yayınların niteliğine yer verilmediğinden reklamların da yayın olarak nitelendirildiği belirtilmektedir<sup>22</sup> ki bu çok doğru bir yaklaşımdır. Zira günümüz gelişen toplumlarında reklamların adeta kısa metrajlı film niteliğinde olması bu gerçeği yansıtmaktadır.

FSEK'nun 25. maddesinde yer alan yayın kavramı ile 80. maddede yer alan yayın kavramı arasında da fark olduğu belirtilmektedir<sup>23</sup>. Komşu haklara konu olan yayının eser niteliğinde olması gerekmediği halde 25. madde de yer alan yayının bir eserin yayınıdır<sup>24</sup>.

Radyo ve televizyon yayın kuruluşlarının komşu hak sahipliği çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir<sup>25</sup>. İlk olarak, yayın kurullarının tüzel kişi olarak istihdam ettikleri kişilerin meydana getirdikleri eserin mali hak sahipliği sıfatıyla bu eserin icra ve temsillerini yayınlamaları durumudur ki bu hallerde, eser ve yayının sahibi olarak yayının kuruluşunu kabul etmek gerekmekte denilmektedir<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> ATEŞ, M., age., sah.230.

<sup>23</sup> ATEŞ, M., ibid.

<sup>24</sup> TEKİNALP, Ü., age., sah.267, EREL,N.Ş., age., sah. 180

<sup>25</sup> ATEŞ, M., age., sah.230

<sup>26</sup> TEKİNALP, Ü., age., sah. 268; Yazar, "Kurtuluş" filmi örneğini göstererek, filmi yaptıran TRT kurumu bu film üzerinde eser sahipliği statüsüne ve komşu hak sahipliğine sahip olduğunu belirtmektedir.

Bunun yanı sıra, yayın kuruluşları eserin yayım hakkını asıl eser sahibinden devralarak yayınlamak veya icracı sanatçıyla yaptıkları sözleşme çerçevesinde icrayı doğrudan veya tespitini yaptırdıktan sonra yayınlamak ve son olarak yapımcı ile yaptıkları anlaşma dahilinde onun tarafından yapılan tespitten istifade ederek yayın yapmak gibi hallerde radyo ve televizyon kuruluşunun komşu hak sahipliğinden söz edildiği belirtilmektedir<sup>27</sup>.

FSEK 80. maddesinin C bendinde, radyo ve televizyon kuruluşları tüzel kişi olarak komşu hakları, organları veya işveren ya da tayin eden olarak istihdam ettikleri kişiler tarafından meydana getirilen eserler, icralar, tespitler ile, üçüncü kişi durumundaki eser sahipleri, icracı sanatçılar ve yapımcılardan yayın haklarını bir sözleşme ile devraldıkları programlar üzerinde; *“yayınların tespit edilmesi, bu tespitlerin çoğaltılması, telli-telsiz her türlü araçla yeniden yayınlanması ve girişi ücrete tabi yerlerde gösterilmesine izin verme ve yasaklama konusunda inhisari yetkilere sahiptirler”* düzenleme altına alınmıştır.

## **C- KOMŞU HAKLARIN İHLAL EDİLMESİ HALİNİN CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ**

### **1 - Ceza hükümleri**

Komşu haklar ve hak sahiplerinin ne çeşit haklara sahip olduklarını belirttikten sonra bu hakların ihlal edilmesi halinde FSEK’ nun ceza hukuku açısından getirdiği korumanın ne olduğunu belirtmenin gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

Komşu hak sahipleri FSEK uyarınca, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo ve televizyon yayın kuruluşları olarak belirtilmiştir. Fakat yaptığımız inceleme sonucunda, her bir hak sahibinin birbirine benzer ve fakat ayrı bir takım haklara sahip olduğu görülmektedir. Özellikle icracı sanatçıların durumu adeta eser sahibinin durumuna yaklaştırılmış ve yapılan son değişikliklerle de kendisine eser sahibinde olduğu gibi manevi hakları hazi olduğu belirtilmiştir. Bu durumda incelenmesi gereken hususlar sadece mali haklar değil, icracı sanatçıların manevi haklarının ihlal edilmesi hali ile komşu hak sahiplerinin mali haklarının ihlal edilmesi halleri olarak ortaya çıkmaktadır.

4630 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle icracı sanatçının manevi hakları; “adın belirtilmesini talep” ve “icranın bütünlüğünün korunması” yetkileri ile donatılmış oldu. Bu haklar, FSEK. 15. ve 16. maddelerinde belirtilen eser sahibinin manevi haklarına oldukça yakın haklardır.

<sup>27</sup> EREL,N.Ş., age., sah. 179-180.

Eser sahibinin manevi hakları FSEK. 71. maddesinde belirtilen ceza normu ile koruma altına alınmıştır. İcracı sanatçı ise diğer komşu hak sahiplerinin mali hakları ile beraber herhangi bir ayırım yapılmaksızın aynı kanunun 80/son. maddesi ile korunmaktadır. Tabiidir ki bir icracı sanatçı bir eseri yaratan kişi değildir. O kendisine ait olmayan ve bir başkasının yaratmış olduğu eseri yorumlayan kişidir. Ancak burada üzerinde önemle durulması gereken husus, icracı sanatçının faaliyeti aslında eser sahibinin faaliyetine oldukça yaklaşmaktadır.

Kanaatimizce, FSEK' nun 71. maddesinin lafzı sadece eser sahibinin manevi haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu durumda, icracı sanatçı kendisinin manevi haklarına hanel geldiği hallerde 80. maddenin son fıkraya hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır.

İcracı sanatçılarla birlikte, fonogram yapımcıları ve radyo ve televizyon yayın kuruluşlarının mali haklarının ihlale uğradığı hallerde de yine FSEK'nun 80. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm yani *“Bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz edenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis ve on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur”* uygulanacaktır.

Komşu hak sahiplerinin haklarının neler oldukları yukarıda ayrı ayrı belirtilmiş olması sebebi ile burada tekrarlanmayacaktır.

## **2 - Fail**

Komşu hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçunun faili herkes olabilir. Hüküm açıktır. Buna göre; *“Bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz edenler...”*. Böylelikle bağlantılı hak sahibinin haklarına tecavüz eden bir kimse bu suçun faili olacaktır.

## **3 - Suçun maddi unsuru**

FSEK. da eser sahibinin manevi ve mali hakları belirtildikten sonra bu hakları ihlal edebilecek suç teşkil eden fiiller belirtilmiş ve karşılarında da ceza yaptırımları gösterilmiştir. FSEK., gerek icracı sanatçının manevi hakları olsun gerekse diğer komşu hak sahipleri ile birlikte mali hakları olsun eser sahibinin haklarını koruduğu gibi ayrı bir düzenleme ile korumamakta, bu hakları düzenlediği 80. maddenin son fıkrası ile mali ve manevi hak ayırımı yapılmaksızın genel bir düzenlemeye gitmiştir.

FSEK.'e göre; *“Bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz edenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis ve on milyar liradan elli milyar lira-*

*ya kadar ağır para cezasına hükmolunur*". Burada cezalandırılan hareket komşu hak sahiplerinin haklarına tecavüzdür. Ancak FSEK., tecavüz teşkil eden hareketlerin ne olduğunu eser sahibinin haklarına tecavüzde olduğu gibi belirtmemiştir. İşte bu nedenle komşu haklara tecavüz teşkil eden hareketlerin tespiti, 80. maddede belirtilen hakların, komşu hak sahiplerinin rızaları hilafına kullanılmaları ile mümkün olacaktır.

Bu durumda, icracı sanatçının manevi haklarından "icralarının sahibi olarak tanıtılmaları"nı engelleyecek bir hareket ya da "icranın bütünlüğünün korunması" manevi hakkına halel getirebilecek bir hareket icracı sanatçının manevi hakkına tecavüz teşkil edecektir. Bunların ilk hakka örnek olarak, bir yorumcunun yorumunu rızası hilafına kendi yorumu gibi tanıtan bir kişinin fiili verilebilirken ikinci hakkın ihlali örneği olarak bir şarkının yorumunu, yorumcusunun rızası hilafına tanınmayacak hale getirilmesi ya da alay konusu yapılacak şekilde üzerinde değişiklikler yapılarak yorumlanması fiilleri tecavüzü teşkil edebilecek hareketlerdir.

Komşu hak sahiplerinin mali haklarına tecavüz ise, FSEK. 80. maddesinin A/B ve C bendlerinde yer alan komşu hak sahiplerinin haiz oldukları hakları rızaları olmaksızın adeta hak sahibi gibi hareket eden kişilerin fiilleri tecavüz teşkil edecektir. Tecavüz teşkil edecek hareketlere örnek olarak icracı sanatçı açısından yorumladığı eseri rızası hilafına yorumunu tespit eden, çoğaltan, satan, dağıtan, kiralayan ve ödünç veren kişi icracı sanatçının söz konusu mali haklarına tecavüz teşkil eden hareketleri yapmış olacaktır. Bunlar, FSEK. 80. maddesinin A bendinin 2. fıkrasında yer alan ve mali hakların bir kısmını teşkil eden haklardır. İracı sanatçının diğer mali hakları ise söz konusu madde ve bendin 3. ve 4. fıkralarında birtirmiştir.

Fonogram yapımcısının mali haklarına tecavüze örnek olarak da; fonogram yapımcısının, icracı sanatçıdan mali haklarını devraldıktan sonra yapmış olduğu tespitlerini rızası hilafına doğrudan ya da dolaylı olarak çoğaltan, dağıtan, satan, kiralayan ve kamuya ileten kişiler tecavüz teşkil eden hareketleri yapmış olacaklardır. Burada belirtilen fiiller fonogram yapımcısının haklarını teşkil etmekte ve söz konusu kanunun 80. maddesinin B bendinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Fonogram yapımcısının diğer mali hakları ise söz konusu madde ve bendin 2. ve 3. fıkralarında yer almaktadır.

Radyo ve televizyon kuruluşları açısından da yayınlarının rızası hilafına tespit edilmesi, bunların çoğaltılmaları, telli-telsiz her türlü araçla yeniden yayınlanması ve girişi ücretli yerlerde gösterilmesini temin eden kimseler söz konusu komşu hak sahibinin haklarına tecavüz teşkil eden hareketleri gerçekleştirmiş olacaklardır. Radyo ve televizyon kuruluşlarının komşu hakları FSEK. 80. maddesinin C bendinde düzenlenmiştir.

Burada tespit edilmesi gereken en önemli husus, tüm bu hak sahiplerinin sahip oldukları haklara tecavüz ancak ve ancak bu hakların rızaları hilafına kullanılması halinde söz konusu olabileceğidir.

#### **4 - Suça iştirak**

FSEK. 74. maddesi eser sahibinin manevi ve mali haklarına tecavüz eden faili düzenlemekte ve burada bir de iştirake ilişkin düzenleme getirmektedir<sup>28</sup>. Hüküm sadece FSEK. 71, 72 ve 73. maddelerinde yer alan suçların faillerini düzenleme altına almakta ve tabii olarak da komşu hakların ihlal edilmesi halinde bu hüküm uygulanmamaktadır. Buna ilişkin başka bir düzenleme de olmadığından, komşu haklara tecavüz fiilinde iştirak söz konusu olduğunda TCK. da yer alan genel hükümler uygulanacaktır.

#### **5 - Suçun manevi unsuru**

FSEK.nun 80. maddesinin son fıkrasında yer alan suçun manevi unsurunu tespit ederken icracı sanatçıya manevi haklar tanınmış olması sebebi ile bir ayırım yapmamız gereklidir.

İcracı sanatçının manevi haklarına tecavüz kasten işlenen bir suçtur. Burada fail suç teşkil eden fiili ve bu fiilden doğacak sonucu bilerek ve isteyerek işlemiş olacaktır. Bir kimsenin yorumunun tahrif edilmesi ya da yorumcunun yapmış olduğu yorumu kendi yorumu gibi tanıtan kimse bu fiili ancak kasten işleyebilir. Bu nedenle bu fiil taksirle işlenebilecek bir fiil değildir.

Mali haklara tecavüz de kasten işlenebilen bir suçtur. Failin, mali haklara tecavüz teşkil eden fiili ve bu fiilden doğan neticeyi bilerek ve isteyerek yapmış olması aranır. Ancak burada failin hareketini hak sahibinin rızası hilafına yapmış olması aranır. Zira rızanın olduğu hallerde yapılan fiilin suç teşkil etmesi mümkün değildir.

#### **6 - Kovuşturma ve tekerrür**

FSEK' nun 75. maddesi eser sahipleri ile komşu hak sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi durumunda kovuşturma ve tekerrür usulünü beraber düzenlemiştir.

Hak sahiplerinin haklarına yapılan tecavüz aynen eser sahibinin haklarına yapılan tecavüzde olduğu gibi şikayete bağlıdır. FSEK.da yer alan şikayet ile

<sup>28</sup> YARSUVAT, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984, sah.231. Karşı görüş için bkz. ÖZEK, Çetin, "Türk Basın Hukuku", Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, sah.575.

ilgili süre dava açmak süresi değildir<sup>29</sup>. Şikayet süresinde yapılmış olması halinde şahsi dava kamu davası gibi daha sonra ve fakat ceza davası zamanlaşımı süreleri içinde her zaman açılabilir<sup>30</sup>.

FSEK' nun 75. maddesinin 3. fıkrası, şikayet hakkını haiz olan hak sahiplerinin hakka tecavüzün gerçekleştiği veya sonuçlarının meydana geldiği yerin Cumhuriyet Başsavcılığına başvuracaklarını düzenlemektedir. Şikayet talebinde hak sahibi, yetkili mahkemeden usulsüz çoğaltımın gerçekleştiği yerin kapatılmasını, burada bulunan nüshalara ve yayınlara el konulmasını ve bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini talep edebilir.

75. maddenin 4. fıkrasında ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcının üç gün içinde yetkili mahkemeye sunulmak üzere el koyma ve mühürleme kararını re'sen vereceği düzenlenmektedir.

İlgili hükmün 5. fıkrasında ise, hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belgelerle birlikte, suçun dava zamanlaşımı süresi içinde kalmak koşulu ile tecavüzü ve faili öğrendikleri tarihten itibaren altı ay içinde Cumhuriyet Başsavcılığına başvurabilecekleri belirtilerek, muhakeme usulü olarak 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanununun uygulanacağı öngörülmüştür. Atıf yapılan kanunun 1. maddesinin (A) bendinde ve 4. maddesinde yer alan zaman kaydına bakılmaksızın muhakeme usulünün uygulanacağı belirtilmektedir.

Tekerrür ise 75. maddenin son fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre; “ *Bu kanunda yazılı suçlardan dolayı hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olan kişi, iki yıl içinde aynı suçu bir defa daha işler ise yeni suçtan dolayı verilecek ceza bir kat arttırılır*”.

## 7 - Görevli Mahkeme

FSEK' nun 76. maddesinde 4630 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce, görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesiydi. FSEK' da yer alan alan suçlar acele hallerden sayılmakta ve kanun Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 398-423. maddelerine atıf yapmaktaydı<sup>31</sup>.

2001 yılında 4630 sayılı kanun tarafından FSEK' nun 76. madde hükmü değiştirilmiş ve görevli mahkeme şu şekilde belirtilmiştir: “ *Bu kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın, görevli mahkeme*

<sup>29</sup> YARSUVAT,D., age., sah.238.

<sup>30</sup> KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku” İstanbul, 1974, sah.141, nakleden YARSUVAT, D., ibid.

<sup>31</sup> YARSUVAT, D., age., sah.240.



*Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kuruluş yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.*

*Şahsi dava açılmışsa Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 358. maddesi uygulanır. Ceza davasıyla birlikte şahsi hak da talep edilmişse beraat halinde, bu cihetlerin halli için evrak hukuk mahkemesine re'sen havale olunur”.*

Böylelikle FSEK uyarınca eser sahibinin hakları başta olmak üzere, icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve radyo ve televizyon yayın kuruluşlarının haklarına yönelik bir tecavüz halinde görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olacaktır.

## **8 - İspat**

İspat hususu üzerinde önemle durulması gereken bir durumdur. Zira ceza yargılamasına konu olan bir fiilde ispat vasıtalarının elde edilmiş biçimi ve sanık sıfatını taşıyan kişinin hakları önem arz etmektedir.

FSEK' nun 76. maddesinin 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik uyarınca ispata ilişkin düzenleme şu şekilde yapılmıştır: *“Bu kanun kapsamında açılacak davalarda mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktarda delil sunması halinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belitilen belge ve/veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta oluşuna karine teşkil eder”.*

Söz konusu hükümle açıkça kanuni karine öngören hüküm sanık açısından ne delillerin iddia makamı tarafından gösterileceği ne sanığın susma hakkını ne de in dubio pro reo ilkesini dikkate almıştır. Bu durumda sanığın masumiyet karinesi hakkını hiç bir şekilde sahip olmadığı bu kadar açık bir şekilde tanınmadığının belirtildiği bir hükümle karşılaşmış bulunmaktayız. Hukuk sisteminin bazı durumlarda ispat konusunda yetersiz kaldığı durumlar mevcuttur. İhlal edilen menfaatin özelliği, iddia makamının ispat hususunda çaresiz kalması sanığın aleyhine karineler yaratılmasına neden olabilmektedir.

## SONUÇ

Bir eser yaratıcısına aittir. Bu kural fikri hukuk alanını düzenleyen tüm ulusal ve uluslararası metinlerde belirtilmektedir. Ancak modern hayatın getirdikleri, teknolojinin gelişimi fikri hukuk alanında sadece eser sahibinin haklarının değil, yaratılmış olan eserin icrasına, tanıtılmasına, yorumlanmasına hizmet eden kişilerin haklarının da korunmasının gerekliliğini ortaya koymuştur.

Çalışmamızda da incelediğimiz gibi, eser sahibinin haklarına bağlı bir takım haklar söz konusudur. Bu hakların bir kısmı adeta kişiye eser sahibi gibi bir takım haklar bahsetmekte ve kanun tarafından koruma altına alınmaktadır. Buna ilişkin en önemli örnek ise icracı sanatçıların yani bir ses sanatçısının bir besteyi yorumlaması, bir aktörün tiyatro eserini sahnelemesi gibi faaliyetlerinin korunmasıdır.

Eser sahibinin haklarına komşu haklar olarak belirtilen bu haklar sadece icracı sanatçıların hakları değil, fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon yayın kuruluşlarının haklarını da kapsamaktadır. FSEK' nun da 2001 değişikliği ile değiştirilen 80. maddenin başlığı değişiklikten önce komşu haklar iken yeni metinde eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar olmuştur. Aslında bağlantılı haklar ve komşu haklar terimleri aynı anlama gelen terimlerdir. Ancak kanunkoyucunun bağlantılı haklar altında komşu haklardan bahsetmesi, bu hakları bağlantılı hakların içinde yer alan kavram olarak ele alınması sakıncasını doğurmuş ve filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları dışarıda bırakmıştır. Kanaatimizce, film yapımcılarının hakları da komşu hak ya da bağlantılı haktır ve bunları birbirlerin ayırmanın anlamlı olmadığı ortada olup, gereksiz bir kavram karmaşası yaratılmıştır.

Sonuç olarak, komşu haklar Türk hukukuna 1995 yılında girmiş olsa bile uluslararası sözleşmelerle iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Komşu haklar eser sahibinin hakları gibi görülmesi, daha açık bir ifade ile en az onun gibi koruma altına alınması gereken haklardır. Eser sahibi adeta manevi dünyasını dış aleme yansıtmakta ve ortaya özgün bir eser koymaktadır. Ancak bu eserin tanıtımının, topluma yansıtılmasını, icra edilmesini eser sahibi yapmıyorsa bir başkası meydana getirmekte ve adeta bir eser meydana getirmektedir.

## KAYNAKÇA

### A- GENEL YAPITLAR, UZMANLIK YAPITLARI, SÜRELİ YAYINLAR- DA YER ALAN MAKALELER YA DA TOPLANTILARDA SUNULAN TEBLİĞLER:

- ATEŞ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, 2003, Ankara AYİTER, Nuşen, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981.
- BAYGIN, Cem, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar, Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:V, sayı 1-4, Erzincan.
- BEŞİROĞLU, A, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Ankara Patent Bürosu, Ankara, 1999.
- De BELLEFONDS, Linant Xavier, Droits d'auteur et droits voisins, Dalloz, 2002.
- EREL, N.Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1998.
- 4116 sayılı *"İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun"*, bkz. RG. 12/07/1995/22341.
- ÖZEK, Çetin; "Türk Basın Hukuku", Fakülteler Matbaası, (İÜ Yayınlarından no: 2381), İstanbul, 1978.
- SARMAŞIK, Jale, Radyo ve Televizyon Yayıncılığında Eser Hakları", [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/jale\\_sarmasik](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/jale_sarmasik)
- TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999.
- YARSUVAT, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984.

### FAYDALANILAN İNTERNET ADRESLERİ

<http://www.hukukcu.com>

<http://www.wipo.org>



# LES MINORITÉS, LES PEUPLES ET LES PEUPLES AUTOCHTONES:

## UN PROBLÈME DE DÉFINITION\*

*Şinasi Özgür Mumcu\*\**

### Introduction

Les notions telles que la minorité, le peuple, les peuples autochtones sont difficiles à discerner sociologiquement, anthropologiquement aussi bien que juridiquement. Leur définition juridique va pouvoir servir à identifier le régime juridique à appliquer lors qu'il s'agit de ces entités. Ainsi, il est soutenu que quand on définira une entité en tant que l'un des ces groupes, leurs droits et leurs obligations seront déterminés en fonction de leur qualification. Cependant, les différences entre ces entités ne sont pas toujours assez claires. Il est si fréquent de voir un groupe de personnes identifier l'entité dont ils font partie comme un peuple, une minorité ou un peuple autochtone et réclamer les droits découlant de cette qualification. Il n'est pas surprenant de remarquer des groupes de personnes défendant qu'ils constituent une minorité alors que leur revendication n'est généralement pas prise en considération. Tandis que les peuples autochtones, à leur tour, montrent en général une hostilité vis-à-vis d'une qualification en tant que minorité et exigent les droits supplémentaires désignés principalement dans la Convention de l'Organisation Internationale de Travail (OIT) no 169<sup>1</sup>. Par ailleurs, on constate que la communauté internationale a déclaré des droits et a même établi des procédures de suivi sans définir ni les titulaires ni le contenu exact des droits<sup>2</sup>.

Alors la question est de savoir si dans l'absence des définitions juridiques, il est possible d'établir une relation entre deux variables indéfinies, le peuple et les minorités comme se demandait Rigaux<sup>3</sup>. Le scepticisme des Etats, à l'égard des groupes infra-étatiques, explique cette absence en droit

---

\* Cet article fait partie d'un mémoire de DEA intitulé « Le rôle de droit à l'autodétermination dans la protection internationale des minorités » qui est soutenu en 2003 à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

\*\* Assistant au département de droit international public de la Faculté de Droit de l'Université Galatasaray.

<sup>1</sup> Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Note: Date d'entrée en vigueur: 05:09:1991.).

<sup>2</sup> Packer J., « On the Content of Minority Rights » in Rääkkä J. (ed.), *Do We Need Minority Rights*, Kluwer Law International, Netherlands, 1996, p: 121.

<sup>3</sup> Rigaux F., « Mission Impossible : La Définition de la Minorité » in *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, No : 30, 1 Avril 1997, Numéro Spécial, La Protection des Minorités, p : 162.

international. Comme dans la phrase formulée par Christakis, *le droit international aime l'Etat*<sup>4</sup> alors que l'Etat en règle générale n'aime pas trop les entités infra-étatiques. Plusieurs conflits survenant au monde, proviennent d'une part des exigences des entités infra-étatiques pour être reconnues afin d'exercer leurs droits<sup>5</sup> et d'autre part, de l'interprétation large de contenu de ces droits en y incluant l'autonomie ou même la sécession. La diversité culturelle, ethnique, linguistique, religieuse est l'un des défis les plus importants pour le monde actuel et pour la structuration de son avenir.

Le droit international attribue des droits aux personnes appartenant aux minorités, sans pourtant définir la notion de «minorité». Plus particulièrement, sur le plan européen mais aussi international, les textes reconnaissant ces droits se multiplient; les modifications dans les législations étatiques dans le but d'une meilleure protection des minorités deviennent une pratique courante.

Les droits spécifiques des peuples autochtones sont dans une grande partie en une phase de formation. Certains de ces droits étant collectifs, on parle même d'un droit à l'autodétermination dans le projet de déclaration sur les peuples autochtones tandis qu'il est très douteux de les distinguer des minorités. Quant aux peuples, le droit des peuples à l'autodétermination est en train d'évoluer à cause de la quasi-extinction de la colonisation.

Il paraît fructueux d'examiner plus profondément ces notions. Les peuples, les minorités et les peuples autochtones semblent avoir des régimes juridiques différents. Cependant tant qu'on ne les spécifie et qu'on ne démontre pas les imbrications possibles entre ces régimes juridiques, les tensions provenant de l'existence des différents groupes ne cesseront pas de s'aggraver. Le but de ce travail est de voir quelles sont les différences entre les minorités, les peuples et les peuples autochtones et si ces différences sont bien claires pour pouvoir justifier les différents régimes juridiques qui leur sont appliqués.

Un autre but de ce travail, est de démontrer qu'il n'est pas possible de dissocier d'une manière conceptuelle, les entités comme les «minorités», les «peuples» et les «peuples autochtones». La démonstration de l'échec des tentatives des définitions du terme de «minorité» et la comparaison des critères proposés par la doctrine pour identifier des entités différentes, sont deux pistes qui seront suivies afin d'essayer de prouver cette impossibilité de dissociation.

---

<sup>4</sup> Christakis T., *Le Droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires Université d'Aix-Marseille III, 1999, dans la préface.

<sup>5</sup> Bengoa J.M., « Minorités : Existence et Reconnaissance », E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2, 2000, § :5.

## **CHAPITRE I :**

### **A LA RECHERCHE DE LA DÉFINITION INTROUVABLE**

La «minorité» n'est pas un terme juridiquement défini. On parle du régime juridique de la protection des minorités sans savoir ce que la minorité veut exactement dire. Les populations des Etats sont rarement homogènes. Plusieurs groupes ethniques, linguistiques, religieux cohabitent au sein d'un même Etat. Forcément, certains de ces groupes sont numériquement inférieurs aux autres. Au niveau de droit international, il n'est pas possible d'évoquer une définition juridiquement établie qui peut servir à identifier les bénéficiaires de la protection internationale des minorités. Le manque de la définition provoque des ambiguïtés. Sans savoir les titulaires des droits, il est difficile d'attribuer ces droits. Cette ambiguïté relève de l'échec des tentatives de définition et d'identification des minorités en termes juridiques spécifiques. Cette situation est également source des tensions entre les minorités et les Etats. Les différents groupes réclament des droits, alors que les Etats ont tendance à refuser leurs identités minoritaires. En général, on entend par les minorités, des groupes ethniques et en particulier ceux qui revendiquent leurs droits plus activement que les autres. Or, si le seul critère est d'être en minorité par rapport au reste de la population d'un Etat, plusieurs groupes de tous les types pourraient demander d'être les bénéficiaires du régime juridique des minorités. Il est utile d'analyser pourquoi et comment le droit international a échoué à apporter une définition pour les minorités. Il faut également questionner s'il est nécessaire de trouver une telle définition. Est-ce que l'élasticité d'une notion aide à l'évolution et au développement de son régime juridique ou est-ce qu'un manque de définition bouleverse la sécurité juridique. Il y a plusieurs questions tumultueuses sur une définition qui n'existe pas. Il faut cependant étudier ce problème de la définition afin de comprendre les motifs de la réticence des Etats en vue d'élaborer une telle définition.

#### **Section 1. Les tentatives de définition**

Le droit international est témoin de plusieurs tentatives de définitions pour le terme de «minorité». Insaisissable, le terme de «minorité» a fait couler beaucoup d'encre sans un résultat satisfaisant. La mention dudit terme dans les traités internationaux ou dans les déclarations des organisations internationales, a suscité le besoin de l'identifier. A l'échelle internationale, à cause de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte) et de la Déclaration sur les personnes appartenant aux minorités, les travaux principaux sont entrepris au sein des Nations Unies. Après que les Nations Unies ont abandonné ces travaux, ce sont les organisations européennes qui ont à leur tour, tenté de trouver une

définition pour le terme de «minorité» dans le cadre des traités élaborés dans leurs enceintes. Dans cette section, l'évolution de ces tentatives de définition sera étudiée, afin de démontrer comment la communauté internationale a refusé de définir la «minorité».

## **A- DÉFINIR LE TERME DE «MINORITÉ» AU NIVEAU INTERNATIONAL**

De 'Société des Nations' aux 'Nations Unies', on témoigne des tentatives de définition à propos des minorités. Il est impressionnant de remarquer que les organisations à vocation universelle s'efforcent en vain, de définir la minorité, depuis la première guerre mondiale.

### **1 - Cour Permanente de la Justice Internationale**

Dès la fin de la première guerre mondiale, la Société des Nations a établi un système de protection internationale des minorités, basé sur un ensemble des traités conclus entre les puissances alliées et des Etats nouvellement créés ou ceux qui ont connu un agrandissement territorial considérable, suite à la guerre<sup>6</sup>. Les traités bilatéraux contenaient également des dispositions portant sur la protection des minorités. Comme, ces traités, relatifs aux minorités spécifiaient généralement chaque minorité bénéficiant d'une protection, une définition globale de terme de «minorité» n'est pas apparue comme un problème. L'identification des minorités est demeurée une question de l'interprétation des traités en fonction des cas spécifiques.

On peut remonter jusqu'en 1930, pour l'expérience d'un besoin de la tentative de la définition du terme de la «minorité». Dans le but d'interpréter le terme de «communauté» mentionné dans un traité bilatéral entre la Grèce et la Bulgarie, la Cour Permanente de la Justice Internationale (CPJI) s'est vue obligée de donner une définition à ce terme. Cette définition ne porte pas forcément sur les minorités. Néanmoins elle est utile pour voir comment la CPJI a identifié un groupe infra-étatique. En plus, dans cette affaire, il s'agit d'un groupe qui est sous une protection établie par un traité international. De ce fait, le terme de la «communauté» employé dans le traité gréco-bulgare n'est pas très loin du terme de la «minorité» dans le sens d'un groupe distinct du reste de la population qui jouit d'une protection assurée par les normes internationales. La CPJI définit la «communauté» au sens du traité gréco-bulgare comme :

---

<sup>6</sup> Shulte-Tenckhoff I., «Les Minorités en Droit International», in Fenet A.(ed.), *Le Droit et les Minorités-Analyses et Textes*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p : 36-37.



“D’après la tradition, qui a une force si particulière dans les pays d’Orient, la communauté apparaît comme une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnée, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres, et unies par l’identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l’effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d’assurer l’instruction et l’éducation de leurs enfants conformément au génie de leur race et de s’assister mutuellement<sup>7</sup>”.

Il faut noter cependant que la définition donnée par la CPJI n’a pas un caractère général même si la Cour a annoncé ce qu’elle entend par la communauté «*d’après la tradition*», car elle se prononce sur un cas concret. Ainsi, l’effet relatif de la chose jugée ne peut pas permettre d’en déduire une définition globalement appliquée. En effet, dans le cas d’espèce bien qu’il y ait des similitudes, la Cour s’est prononcée sur les communautés et pas sur les minorités. La mention des «pays d’Orient» était pour souligner la tradition des *milletts* de l’Empire Ottomane qui a influencé les pays de l’Europe de l’Est issus de l’Empire. Rigaux considère que les communautés sont différentes des minorités car la communauté «*désigne des minorités instituées, dont l’autonomie avait été reconnue par l’Etat territorial, en l’occurrence l’Empire Ottoman. Ainsi, tant sur le plan de sa nature propre que sur celui des effets juridiques, la communauté se présente comme un groupe plus structuré que ne l’est parfois une minorité*»<sup>8</sup>. Par conséquent, il n’est pas vraisemblable de prendre cette définition de la Cour comme une définition juridique d’une instance judiciaire apportée aux minorités. Toutefois, on voit que la quasi-totalité des auteurs ne s’intéressent pas à la distinction entre les minorités et les communautés au sens de l’affaire en question.

Cinq ans plus tard, dans une autre affaire, la CPJI a raisonné sur le but du système de la protection des minorités comme «*d’assurer à des groupes sociaux incorporés dans un Etat, dont la population est d’une race, d’une langue ou d’une religion autre que la leur, la possibilité d’une coexistence pacifique et d’une collaboration cordiale avec cette population tout en gardant les caractères par lesquels ils se distinguent de la majorité et en satisfaisant aux exigences qui en découlent*»<sup>9</sup>. En effet, dans cette affaire, il est clair de constater que la Cour n’a pas donné une définition juridique mais elle a

<sup>7</sup> CPJI, Ser.B., No. 17, p : 19 , cité par Irene Daes E., « Activités Normatives : Evolution des normes concernant les droits des autochtones, Document de travail du Président-Rapporteur sur la notion de « peuple autochtone », E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, § : 48.

<sup>8</sup> Rigaux F., *Pour une déclaration universelle des droits des peuples – identité nationale et coopération internationale*, Chronique Sociale, Lyon, 1990, p : 115.

<sup>9</sup> CPJI, Rec. Série A/B, no : 64, p.17 cité par Capotorti F., *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nations Unies, New York, 1991, p : 15.

plutôt tenté de clarifier certaines caractéristiques de la minorité qui servent à la différencier de la majorité de la population. Ces caractéristiques sont déterminées comme la race, la religion et la langue. Dans la définition relative à l'affaire gréco-bulgare, on observe aussi le facteur subjectif qui se révèle comme «*un sentiment de solidarité*» pour la conservation des traditions, le maintien du culte etc. Néanmoins, il est fort douteux de conclure que la CPJI ait donné une définition globale pour le terme de «minorité».

## **2 - La période d'après la deuxième guerre mondiale**

En 1947, par la Résolution 9 (ii) de 1946, le Conseil Economique et Social a autorisé la Commission des droits de l'homme à trouver une définition des minorités et à élaborer un projet qui contient les mesures nécessaires pour la protection des minorités. Par conséquent, une sous-commission de la prévention de la discrimination et de la protection des minorités (Sous-commission) était créée dans le but d'entamer des études, sous la lumière de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de faire des recommandations à la Commission des droits de l'homme concernant la prévention de la discrimination et la protection des minorités. La Sous-commission a déterminé certaines caractéristiques de base de la minorité dans sa première session. D'après la Sous-commission, la minorité est un groupe non dominant qui voudrait préserver ses caractéristiques. La Sous-commission a estimé que les caractéristiques qui mériteraient d'être protégées étaient la race, la religion et la langue. Dans les sessions suivantes, la Sous-commission a continué des travaux visant à trouver une définition légale pour la notion de la «minorité». En 1951, la Sous-commission a élaboré un projet de la résolution contenant une définition des minorités. Le projet faisait des recommandations à la Commission des droits de l'homme pour que cette dernière adopte une définition. Le projet se constituait des plusieurs recommandations expliquant les facteurs à prendre en considération afin de définir la minorité. Les recommandations principales<sup>10</sup> indiquaient que le terme de «minorité» devrait inclure uniquement les groupes non-dominants qui veulent préserver les traditions ethniques, linguistiques ou religieuses. L'obligation de loyauté envers l'Etat dont les membres de la minorité sont des nationaux et l'exigence de constituer un groupe numériquement assez grand pour pouvoir conserver ses traditions étaient d'autres recommandations de la Sous-commission. Ces recommandations n'étaient pas retenues par la Commission des droits de l'homme et finalement en 1954, la Sous-commission a décidé d'abandonner les travaux entrepris pour trouver une définition.

---

<sup>10</sup> E/CN.4/Sub.2/194, § :26, p : 11, cité par Ibid.

En outre, un mémorandum préparé par le Secrétaire général des Nations Unies en 1950 et qui est soumis au cours de la troisième session de la Sous-commission est également intéressant. D'après le mémorandum en question, une minorité pouvait se former d'une des ces façons suivantes:

- a) Elle pouvait constituer antérieurement une nation indépendante organisée en Etat distinct (ou une organisation tribale plus ou moins indépendante)
- b) Elle pouvait faire partie antérieurement d'une nation organisée en Etat distinct et avoir été par la suite séparée de cet Etat et annexée à un autre
- c) Enfin, elle pouvait constituer autrefois, ou peut-être encore un groupe régional ou dispersé qui, s'il est lié par certains sentiments de solidarité au groupe prédominant, n'a pas été réellement assimilé, même au plus faible degré, par celui-ci<sup>11</sup>.

Le secrétaire général a considéré comme minorité, les groupes qui étaient déjà politiquement organisés en tant qu'Etat ou en tant qu'organisation tribale et qui par la suite étaient colonisés ou annexés. Les groupes que le secrétaire général avait considérés comme minorités étaient ensuite estimés comme peuples pendant la période de la décolonisation. Ce mémorandum qui date de 1950 démontre combien il est difficile d'établir la ligne de la démarcation entre les peuples et les minorités.

Les tentatives de la Sous-commission pour éclaircir le problème de la définition de la minorité n'ont pas abouti à une conclusion. Cependant, on constate que les projets des définitions de la Sous-commission entre 1947 et 1954 ne sont pas très différents des définitions de la CPJI. Ces définitions mettent toutes l'accent sur les caractéristiques ethniques, linguistiques et religieuses. Le critère subjectif, c'est-à-dire, l'intention de préserver la culture est aussi considérée comme un élément indispensable de la définition de la «minorité» par la CPJI et par la Sous-commission dans les premières années de son mandat. La nouveauté que la Sous-commission a apportée aux tentatives de définition est la position non-dominante de la minorité. On a vu l'importance de ce critère quand il s'agissait des Etats où un groupe numériquement inférieur au reste de la population contrôlait la quasi-totalité du pouvoir exécutif et législatif.

---

<sup>11</sup> Définition et la classification des minorités (mémorandum présenté par le secrétaire général aux Nations Unies – Commission des droits de l'homme et la protection des minorités, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires), Lake Success New York, The United Nations, 1950, § : 37, 38.

### 3 - L'article 27 et la renaissance des tentatives de définition

La disposition la plus importante concernant la protection des minorités est l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui stipule que:

“Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.”

Les travaux préparatoires de l'article 27 ont engendré encore une fois, un besoin de retour à la définition de la notion de la «minorité».

Le projet initial de la Sous-commission sur l'article 27 ne contenait pas la formulation «*Dans les Etats où il existe des minorités*». Le texte de l'article préparé par la Sous-commission a été amendé par une proposition d'un délégué du Chili. Le but de l'amendement était premièrement d'empêcher la création des nouvelles minorités et deuxièmement, d'éviter la naissance d'une conscience de minorité chez les groupes déjà assimilés<sup>12</sup>.

Il n'est pas très invraisemblable de constater que l'amendement chilien ait rendu toute tentative de définition du terme de «minorité» inutile car l'article 27 accorde aux Etats, toute mission de définition de la «minorité». Le rapporteur spécial Capotorti a sévèrement critiqué une interprétation pareille. D'après lui, «(...) on ne peut pas admettre que les seuls Etats ayant des obligations en vertu de l'article 27 soient ceux qui reconnaissent officiellement l'existence d'une minorité sur leur territoire»<sup>13</sup>. Il considère qu'une situation pareille «(...) équivaudrait en effet à faire dépendre l'application de l'article 27 de la bonne volonté des Etats partie au Pacte»<sup>14</sup>. Le rapporteur spécial n'étant pas d'accord avec une interprétation pareille, a estimé qu'il fallait des critères objectifs pour déterminer l'existence des minorités. Par conséquent, Capotorti a donné sa propre définition de travail qui est devenue très célèbre et considérée comme définition de référence pour tous les auteurs qui étudient ce problème de la définition. Capotorti avait défini la minorité comme :

“Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en

<sup>12</sup> Shaw Malcolm N., “The Definition of Minorities in International Law”, in Dinstein Y., Tabory M. (eds.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, p: 11.

<sup>13</sup> Capotorti F., *Etude des droits des ...*, op.cit, p : 37.

<sup>14</sup> Ibid.

position non dominante, dont les membres – ressortissants de l'Etat – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue<sup>15</sup>.”

#### 4 - Déclaration sur les minorités

Une autre étude, un autre rapporteur spécial, Deschênes à son tour a donné une définition de la minorité sur la même ligne que celle de Capotorti. L'étude de Deschênes était préparée sur la demande de la Commission de droits de l'homme, pour l'occasion d'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les personnes appartenant aux minorités. La définition de Deschênes était la suivante :

“Un groupe de citoyens d'un État, en minorité numérique et en position non dominante dans cet État, doté de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité de la population, solidaires les uns des autres, animés, fût ce implicitement, d'une volonté collective de survie et visant à l'égalité en fait et en droit avec la majorité<sup>16</sup>.”

On voit qu'en substance, les deux définitions sont similaires. L'accent est toujours mis sur les caractéristiques ethniques, linguistiques et religieuses, l'élément subjectif est conservé et l'exigence d'être citoyen de l'Etat est retenue.

Cependant, ni la définition de Capotorti, ni celle de Deschênes n'étaient acceptées par les Etats. Par conséquent, la Sous-commission a abandonné encore une fois, la tentative de définir la notion de «minorité». De ce fait, la Déclaration de l'ONU sur les minorités est adoptée sans aucune définition de la «minorité ». Le fait que les définitions élaborées par ces études ne sont pas entrées dans les documents internationaux est une preuve importante qui démontre que les Etats n'ont pas l'intention d'adopter une définition de la notion de «minorité».

#### B- Le terme de «minorité» dans l'espace juridique européen

L'Europe n'a pas suivi une approche plus différente que celle des Nations Unies<sup>17</sup>. La période qui a marqué l'évolution de la protection des minorités

<sup>15</sup> Ibid, p : 102.

<sup>16</sup> Deschênes J., «Qu'est-ce qu'une minorité», in *Les cahiers de droit*, 27 (1986), pp : 255-291.

<sup>17</sup> Welhengama G., *Minorities' Claims : From Autonomy to Secession – International law and state practice*, Ashgate, 2000, p : 60.

au niveau européen est sans doute celle d'après la guerre froide. Préoccupée par les tensions ethniques qui surgissent notamment dans la région balkanique, les organisations européennes et en particulier le Conseil de l'Europe et l'OSCE ont pris l'initiative en ce qui concerne les minorités. Les initiatives européennes étaient plutôt concentrées sur les moyens de protection des minorités que les questions substantives relevant de la définition<sup>18</sup>. Néanmoins, en particulier, le Conseil de l'Europe n'a pas tardé à essayer de trouver une définition de la minorité.

### **1 - L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe**

Dans la recommandation 1201 de l'Assemblée parlementaire, on remarque une définition qui est inspirée de celles de Capotorti et de Deschênes. Cette recommandation était préparée comme une proposition d'un protocole, sur les droits des minorités, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. L'article premier de la recommandation définit la notion de la minorité ainsi de suite:

“Aux fins de cette Convention, l'expression «minorité nationale» désigne un groupe de personnes dans un État qui : a. résident sur le territoire de cet État et en sont citoyens. b. entretiennent des liens anciens, solides et durables avec cet État. c. présentent des caractéristiques ethniques, culturelles, religieuses ou linguistiques spécifiques ; d. sont suffisamment représentatives, tout en étant moins nombreuses que le reste de la population de cet État ou d'une région de cet État ; e. sont animées de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune, notamment leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue”.

### **2 - Commission de Venise**

Toujours au sein du Conseil de l'Europe, la Commission de la démocratie par le droit (Commission de Venise) a également tenté de définir la «minorité» dans le cadre de ses travaux pour une Convention européenne sur la protection des minorités. L'article 2 du projet de la Convention a donné la définition suivante pour la «minorité» :

“Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, dont les membres, qui ont la nationalité de cet État, possèdent des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes du reste

---

<sup>18</sup> McGoldrick, D, «The Development of the Conference on Security and Cooperation in Europe : From Process to Institutions», in McGoldrick D (ed)., *Legal Vision of the New Europe : Essays Celebrating the Centenary of the Faculty of Law*, Graham and Trotman, London, p : 157, cité par Ibid, p : 61.

de la population et sont animés de la volonté de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue”.

Le destin des définitions européennes est comparable à celui des définitions réalisées au sein des Nations Unies. Malgré les tentatives de l'Assemblée parlementaire et de la Commission de Venise, aucun traité européen touchant à la protection des minorités ne contient une définition de minorité. Le rapport explicatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités explique le motif de l'absence d'une définition, par souci d'adopter une approche pragmatique. D'après le rapport explicatif, cette approche pragmatique est « (...) fondée sur le constat qu'il n'est pas possible de recueillir le soutien global de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe »<sup>19</sup>.

Le manque d'une définition de la notion de « minorité nationale » a provoqué des interprétations différentes de la Convention-cadre. Les Etats partis ont pris des attitudes bien différentes concernant la *rationa personnae* de la Convention. Quand on étudie les réserves et les déclarations interprétatives<sup>20</sup>, on constate qu'il n'existe pas de cohérence entre les approches des Etats. Un certain groupe des Etats comme le Danemark, l'Allemagne et la Suède a nommé un par un les groupes auxquelles la Convention-cadre est applicable. Un autre groupe d'Etats comme l'Estonie et le Luxembourg ont donné leur définition propre de la minorité qui n'est pas très loin de celle de l'Assemblée parlementaire. D'autres Etats comme l'Autriche ou l'ancienne république yougoslave de Macédoine ont préféré se référer à leurs constitutions ou à leurs législations internes afin de déterminer les bénéficiaires de la Convention-cadre. Un dernier groupe d'Etats a pris une attitude assez intéressante. Le Liechtenstein et le Malte ont indiqué qu'il n'existe pas des minorités au sens de la Convention-cadre dans leur territoire. Le Liechtenstein a justifié sa ratification malgré l'absence des minorités sur son territoire, par «*la solidarité*». Le Malte a annoncé l'inexistence des minorités en Malte dans sa réserve formulée pour les articles 24 et 25 de la Convention qui prévoient le mécanisme de suivi de la Convention. Défendre l'absence des minorités au sens de la Convention-cadre est un peu problématique car le manque de la définition dans la Convention-cadre rend le sens cherché introuvable.

---

<sup>19</sup> Rapport Explicatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales, H (1995) 010, § : 12, le rapport est à trouver dans le site d'Internet du Conseil de l'Europe : [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>20</sup> Liste des déclarations, réserves et autres communications, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/CadreListeTraites.htm>.

## **Section 2. Les caractéristiques de la minorité d'après les définitions doctrinales**

Sous la lumière des définitions établies par les travaux des rapporteurs des Nations Unies et les recommandations européennes, il est possible d'en déduire les caractéristiques de la minorité même s'il n'existe pas une définition globalement admise par les Etats. Ces caractéristiques sont susceptibles de servir à comprendre en quoi le droit des minorités fait allusion, dans ses lignes générales. Il est probable de constater deux critères principaux pour classer les caractéristiques de la minorité. Le premier étant objectif, le deuxième demeure subjectif.

### **A- LE CRITÈRE OBJECTIF**

Les caractéristiques ethniques, linguistiques ou religieuses, l'infériorité numérique et la position non-dominante sont considérées comme les éléments objectifs de la définition de terme de «minorité». Pourtant, il n'est pas toujours facile d'affirmer l'objectivité de ce critère, car les éléments susmentionnés des définitions doctrinales ont tous des points faibles qui mettent en question leur objectivité.

#### **1 - Les caractéristiques ethniques, linguistiques ou religieuses**

D'après le rapporteur spécial Capotorti, les caractéristiques ethniques, linguistiques ou religieuses sont reconnaissables objectivement et elles doivent être admises comme «*le point de départ pour toute définition*»<sup>21</sup>. Ces caractéristiques sont nécessaires pour distinguer un groupe du reste de la population. C'est la raison pour laquelle, Capotorti insistait sur la possession «*du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population*». Deschênes à son tour suit l'exemple de Capotorti en employant la formulation des «*caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité de la population*».

Le texte de l'article 27 a joué un rôle important sur la détermination d'ethnicité, de la langue et de la religion en tant que les caractéristiques révélatrices des minorités. Cependant, une petite différence entre ces deux définitions risque de devenir problématique. Capotorti parle d'être différent «*du reste de la population*» alors que Deschênes préfère utiliser «*caractéristiques (...) différentes de celles de la majorité de la population*». Henrard défend que la formulation de Capotorti permette l'existence des

---

<sup>21</sup> Capotorti F., *Etude des droits des personnes...*, op.cit, p : 12.



plusieurs minorités au sein d'un Etat, alors que celle de Deschênes a comme point de référence un bloc monolithique en tant que reste de la population<sup>22</sup>. Cette différence pose un problème quand il n'existe pas une majorité visible parmi la population. Autrement dit, quand plusieurs groupes ayant des caractéristiques ethniques, linguistiques ou religieuses différents cohabitent, sans qu'aucun d'entre eux dépasse le 50% de la population. C'est notamment le cas de Sénégal. Le représentant du Sénégal à l'Assemblée Générale des Nations Unies a souligné qu'au Sénégal, la plupart des personnes ignoraient de quels groupes ethniques ils faisaient parti, parmi les sept existants dans le pays<sup>23</sup>. La définition de Capotorti apporte une protection pour toutes les minorités dans un Etat. C'est-à-dire, dans les Etats où il n'existe pas de majorité visible<sup>24</sup>. La population d'un Etat peut se constituer des plusieurs minorités sans aucune majorité. Ainsi, on remarque que même les définitions les plus prestigieuses et qui se ressemblent beaucoup peuvent diverger sur les caractéristiques admises comme objectif.

Packer critique l'accent mis sur les caractéristiques ethniques, linguistiques et religieuses. D'après lui, les choses se compliquent davantage quand les adjectifs eux-mêmes ne sont pas très clairs. Packer indique que le vert en tant que couleur est une notion bien établie alors que l'ethnicité ne l'est pas<sup>25</sup>. De ce fait, une minorité ethnique n'est pas à définir facilement car ni la notion de la minorité ni celle de l'ethnicité n'est claire. C'est pourquoi, sa définition de la minorité ne repose pas sur le critère objectif. Il entend par la minorité «(...) a group of people who freely associate for an established purpose where their shared desire differs from that expressed by the majority rule»<sup>26</sup>.

## 2 - Le facteur numérique et la position non-dominante

Le sens ordinaire du mot « minorité » indique que le groupe en question doit être numériquement inférieur par rapport au reste de la population. Il est fondé à se demander s'il faut un seuil minimum pour pouvoir constituer une minorité. Déjà en 1950, la Sous-commission avait noté que les minorités

<sup>22</sup> Henrard K., *Devising an Adequate System of Minority Protection-Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp: 31-32.

<sup>23</sup> UN Doc. A/42/40 (1987), cité par Shaw Malcolm N., "The Definition of Minorities ...", loc.cit, p : 24.

<sup>24</sup> Henrard, Op.Cit, p : 32.

<sup>25</sup> Packer J., « On the definition of minorities », in Packer J. , Myntii K. (eds.), *The Protection of Ethnics and Linguistic Minorities in Europe*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 1993, p : 57.

<sup>26</sup> Ibid, p : 45.

devaient avoir un nombre suffisant de personnes pour préserver elles-mêmes leurs caractéristiques traditionnelles<sup>27</sup>. En réponse à l'étude de Capotorti, les observations gouvernementales démontrent que même une caractéristique qui est en général considéré comme évident peut provoquer des interprétations différentes.

Par exemple, le gouvernement grec a défendu que la minorité doit être suffisamment importante numériquement mais il a souligné que *«l'infériorité numérique (...) (ne) constitue (pas) un critère véritablement adéquat pour la définition du terme 'minorité'»*. Le gouvernement néerlandais a observé que bien qu'il faille un nombre minimum pour que la minorité se constitue, *«l'importance numérique du groupe ne semble pas être un élément pertinent pour ce qui est de savoir s'il s'agit bien d'une minorité»*. En revanche, le gouvernement roumain a insisté que l'infériorité numérique soit un élément pertinent de la définition. Le gouvernement suédois est allé plus loin jusqu'à déterminer un seuil minimum pour qu'une minorité puisse exister. Il a proposé que le groupe en question soit *«composé d'une centaine de personnes au moins.»*<sup>28</sup>.

Un autre problème est celui des minorités qui constituent la majorité dans un territoire donné. Toujours d'après le rapport de Capotorti, à cause de la probabilité des minorités concentrées dans une zone déterminée, le gouvernement yougoslave a soutenu que la notion de la minorité est relative et que l'importance numérique ne doit pas être prise en compte comme critère de base pour une définition. Actuellement, grâce à une affaire tranchée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>29</sup>, au moins dans le cadre de l'article 27, on sait que la minorité est déterminée d'après le critère national. Dans cette affaire, le Comité a conclu que la minorité anglophone au Québec ne constitue pas une minorité au sens de l'article 27, car elle est majoritaire dans tout le pays. D'après Henrard, c'est une occasion manquée pour offrir une protection aux minorités comme les anglophones au Québec. En effet, les personnes qui font partie de la majorité au niveau national peuvent être minoritaires dans une région spécifique de l'Etat. La solution choisie par le Comité de droits de l'homme est contestable, en particulier, quand il s'agit des régions dotées des institutions autonomes car ces personnes, malgré leur position majoritaire à l'échelle nationale, peuvent être dans une position non-dominante par rapport au reste de la population dans une région donnée.

---

<sup>27</sup> E/CN.4/Sub.2/194, § :200 cité par Shaw Malcolm N., "The Definition of Minorities...", loc.cit, p: 25.

<sup>28</sup> Capotorti F., *Etude des droits des personnes...*, op.cit, p : 9-10.

<sup>29</sup> Ballantyne, Davidson, Mc Intyre c. Canada, CCPR/C/47/D/385/1989.

La position non-dominante est entrée dans la terminologie de droit des minorités avec la première session de la Sous-commission. Elle est retenue par presque toutes les tentatives de définition qui ont suivi cette période et aujourd'hui encore, elle est considérée comme un élément essentiel pour pouvoir parler d'une minorité. Bokatola a indiqué qu'un groupe existe en tant que minorité «parce qu'un groupe dominant l'a mise dans une situation de dominée»<sup>30</sup>.

L'importance de cet élément est relevée par les exemples comme le régime d'apartheid en Afrique du Sud. Pendant ce régime de ségrégation, un groupe numériquement inférieur par rapport au reste de la population contrôlait tout le système politique et gouvernemental. De ce fait, d'après la définition doctrinale de la minorité, les blancs de l'Afrique du Sud pendant l'apartheid, dû à leur position dominante ne peuvent pas être considérés comme minorité donc ne peuvent pas bénéficier de la protection internationale des minorités. Bien évidemment, un groupe dominant n'a pas besoin d'une protection de ce type. Cependant, il est vraisemblable d'évoquer qu'une fois la position dominante perdue, le groupe en question peut devenir une minorité et peut bénéficier de la protection offerte aux minorités.

Il est généralement admis que la position non-dominante n'est pas l'équivalent d'être opprimé<sup>31</sup>. Comme Nowak a souligné, la non-dominance n'est pas toujours par rapport au pouvoir politique mais aussi par rapport au statut économique, social et culturel<sup>32</sup>.

Dinstein a considéré la position non-dominante tellement importante que selon lui, lors du régime d'apartheid, les noirs constituaient une minorité à cause de leur position non-dominante. Selon lui, dans les circonstances similaires, la majorité démographique doit être considérée juridiquement comme une minorité<sup>33</sup>. En revanche, Shaw a critiqué ce point de vue. Il a constaté qu'interpréter les minorités pour y inclure les majorités était déraisonnable<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Bokatola I.O, *l'Organisation des Nations Unies et la Protection des Minorités*, Bruylant, Bruxelles, 1992., p : 9.

<sup>31</sup> Thornberry P, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p : 169.

<sup>32</sup> Nowak M., *U.N Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, N.P Engel publisher, p : 488.

<sup>33</sup> Dinstein Y., «State Sovereignty and the Rights of Minorities» in Sicilianos L.A (ed.), *Nouvelles Formes de Discrimination-New Forms of Discrimination*, Pedone, Paris, 1995, p: 222.

<sup>34</sup> Shaw Malcolm N., "The Definition of Minorities...", loc.cit, p: 26.

La notion de la position non-dominante pose des problèmes comme c'est le cas concernant les caractéristiques ethniques, religieuses et linguistiques. Sauf les cas extrêmes comme l'exemple dépassé de l'Afrique du Sud, il n'est pas clair de constater la position non-dominante. Chaque groupe peut revendiquer qu'il est dans une position non-dominante au sein de la société. Tenter de faire une différence entre l'oppression et la domination n'est pas très fructueuse pour une clarification. Il n'est pas vraisemblable de trouver des critères permettant à distinguer entre les faits d'être dominé ou opprimé. La position non-dominante était incluse dans les définitions pour éviter d'attribuer le statut de minorité aux groupes minoritaires exerçant l'oppression ou la domination au reste de la population. Néanmoins, il est clair que ces groupes minoritaires ne nécessitent et ne cherchent pas les droits découlant du fait d'être une minorité. La notion de la non-dominance a un autre inconvénient énoncé par Irene-Daes : *«Ce qui est plus inquiétant c'est qu'en retenant la non-dominance comme caractéristique clefs des minorités ou des peuples autochtones on aboutit à une situation paradoxale dans laquelle le groupe cesse d'être une minorité ou un peuple autochtone lorsqu'il acquiert la reconnaissance de ses droits individuels ou lorsqu'il obtient l'égalité sociale et politique. Nous nous trouvons devant un dilemme logique. Soit nous admettons que l'égalité visée ne sera jamais pleinement atteinte, soit nous acceptons que des termes comme celui de "minorité" sont des termes purement situationnels et provisoires»*<sup>35</sup>.

## **B- LE CRITÈRE SUBJECTIF**

Le sentiment de solidarité pour pouvoir conserver les traditions est un autre élément important de la définition du terme de «minorité». En absence de ce sentiment, le groupe minoritaire serait assimilé au reste de la population donc, il n'existerait pas en tant que minorité et par conséquent, cela ne nécessiterait pas une protection particulière. Cependant, encore une fois, les attitudes des Etats concernant cet aspect de la définition n'ont pas été homogènes<sup>36</sup>.

Alors que l'Italie, la Grèce ou la Suède avaient exigé une expression ouverte de ce sentiment, la Yougoslavie a proposé de ne pas trop insister sur le caractère subjectif. Car, selon la Yougoslavie, certaines minorités *«subissent des pressions visant à obtenir leur assimilation systématique»*. Par conséquent, l'élément subjectif est susceptible de favoriser les politiques d'assimilation. La position yougoslave est discutable. D'après cette position,

<sup>35</sup> Irene Daes E. et Eide A., «Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones», E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19/07/2000, § :30.

<sup>36</sup> Capotorti F., op.cit, pp : 8-9.

on est obligé de chercher une minorité quand la minorité a préféré être assimilée<sup>37</sup>. L'assimilation volontaire est une pratique courante et quand un groupe est assimilé et ne manifeste plus un sentiment de solidarité pour préserver son identité, le droit des minorités n'est plus pertinent avec la situation.

Le critère subjectif est le critère le plus net malgré l'ambiguïté trompeuse des termes comme le «sentiment» ou la «solidarité». L'existence d'un groupe est la preuve de ce sentiment. Si un groupe existe séparément du reste de la population, cela veut forcément dire qu'il existe un sentiment de solidarité.

### **C- LES OPINIONS CONTROVERSÉES SUR LA NÉCESSITÉ DE DÉFINIR LA MINORITÉ**

Les points des vues doctrinaux divergent, quand il s'agit de la nécessité de définir la minorité, en termes juridiques. D'une part, certains estiment que la minorité ne se définit pas et c'est la raison pour laquelle, il est plus préférable de renoncer aux recherches doctrinales destinées à trouver une réponse à la question de la définition ; d'autre part, il existe des auteurs soutenant qu'il est nécessaire d'établir une définition juridique de la minorité pour pouvoir adopter une meilleure protection à celles-ci. Pour ceux qui sont contre une définition, la minorité est une question de fait et par conséquent, tenter de la définir serait une démarche vaine. D'après les partisans d'une définition universelle de la minorité, le fonctionnement du système de la protection internationale des minorités dépend de l'identification de la minorité.

#### **1 - Je connais la minorité quand j'en vois une**

Comme on vient d'étudier, malgré l'accord général de la doctrine sur certains aspects d'une définition -qui se concrétise dans celles de Capotorti et de Deschênes- de la minorité, actuellement, il ne semble pas possible de parvenir à une définition juridique. Capotorti, dans son rapport, avait déjà constaté l'improbabilité d'établir une définition juridique. Il avait déclaré que *«l'élaboration d'une définition susceptible de recueillir une adhésion universelle s'est toujours révélée être une tâche si difficile et si complexe que ni la doctrine ni les organisations internationales n'ont pu le résoudre jusqu'à présent»*<sup>38</sup>. Cette adhésion universelle n'est pas à recueillir aujourd'hui plus qu'hier. Chaque tentative de la définition, au sein d'une organisation

<sup>37</sup> Grammatikas V., «The definition of minorities in international law» in *Revue Hellénique de Droit International*, 52, 1999, p : 357.

<sup>38</sup> Capotorti F., op.cit, p : 5.

internationale, a échoué. La doctrine se penchait sur les notions abstraites comme l'ethnicité et la position non-dominante et elle n'a pas pu apporter une réponse acceptable par les Etats. Dans ces conditions, il est fondé à se demander si un effort en vue de définir le terme de la minorité sert à quelque chose.

La frustration due à l'inefficacité des essais de définition a provoqué un point de vue doctrinal qui défend l'abandon définitif de toute tentative de définition. Le propos symbolique reflétant ce courant de pensée est celui de Max van der Stoep, le haut commissaire des Minorités Nationales de l'OSCE : « *What is a minority ? I do not pretend to improve on the work of many experts who over the years have not been able to agree on a definition, so I won't offer you one of my own. I would note, however, that the existence of a minority is a question of fact and not of definition...Even though, I may not have a definition of what constitutes a minority, I would dare to say that i know a minority when i see one* »<sup>39</sup>.

Selon Thornberry, l'absence d'une définition universelle n'empêche pas de décrire ce qu'on entend par les termes. Il considère qu'il est toujours possible d'avoir une signification de base<sup>40</sup>. Même le père fondateur de la définition la plus acceptée au niveau doctrinal avait souligné, déjà en 1979, qu'une définition des minorités n'est pas une condition préalable à l'application de l'article 27<sup>41</sup>. Il avait indiqué qu'« *il existe d'autres exemples qui montrent qu'une règle est parfois appliquée en droit positif sans qu'on soit parvenu à un accord général sur la signification précise des termes qu'elle contient* »<sup>42</sup>. Rigaux qualifie les tentatives de définition comme une « *mission impossible* »<sup>43</sup>. Il explique qu'« *il ne faut pas faire grief à la protection des minorités d'avoir un objet inexistant parce qu'il échapperait à toute définition par genre et espèce* »<sup>44</sup>. A propos d'une étude faite pour le groupe de travail sur les minorités, Bengoa explique que « *les définitions qui essayent de cerner le phénomène des minorités en quelques lignes ont été contredites par la réalité sociologique et politique évidente pour l'observateur impartial* »<sup>45</sup>.

D'après cette position doctrinale, le manque de la définition n'est pas un obstacle pour la protection des minorités, la définition juridique des minorités n'est ni incontournable ni nécessaire pour leur protection.

---

<sup>39</sup> cité par Welhengama, op.cit, p : 49, c'est nous qui soulignons.

<sup>40</sup> Thornberry P, *International Law and the Protection of Minorities*, op.cit, p : 164.

<sup>41</sup> Capotorti F., op.cit, p : 101.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Rigaux F., «Mission impossible», loc.cit, p : 155.

<sup>44</sup> Ibid, p : 174.

<sup>45</sup> Bengoa J.M, op.cit, p : 3.

## 2 - Définir la minorité est essentielle

Malgré tous les échecs des recherches pour une définition, il existe des auteurs qui considèrent qu'une définition est essentielle pour une protection efficace des minorités. La porte-parole de cette approche est sans doute Ermacora. Il a clairement exprimé ce point de vue dans son cours à l'Académie de la Haye. Selon lui, la protection des minorités n'est possible que dans la présence d'une définition. En ce qui concerne la politique législative des Nations Unies, l'évaluation des rapports étatiques par la Commission des droits de l'homme, la résolution des litiges étatiques etc. nécessitent de connaître ce que la minorité veut dire<sup>46</sup>. Pejic admet qu'il est impossible de parvenir à une définition générale pour les minorités mais elle défend qu'il ne faut pas abandonner de chercher des définitions au moins pour certains groupes minoritaires afin d'adopter les instruments juridiques pertinents à leurs droits. D'après elle, une définition pourrait contribuer à la clarification des ambiguïtés et au contenu des droits des minorités en droit international<sup>47</sup>.

Il est clair qu'il est impossible d'arriver à une définition juridiquement obligatoire. L'histoire des tentatives de définition en démontre ainsi. L'hostilité des Etats vis-à-vis d'une définition contraignante est l'un des motifs de cette impasse. Cependant, il s'avère que le motif le plus important est la notion elle-même qui s'échappe à toutes les définitions comme affirmait Rigaux. On est face à une notion qui «*dépend de son contexte*»<sup>48</sup>.

La définition est impossible mais son manque provoque des problèmes. Sans une définition, les bénéficiaires seront ambigus aussi bien que le contenu des droits. Face à cette situation, l'observation générale de l'article 27 propose que «*l'existence dans un Etat partie donné d'une minorité ethnique, religieuse ou linguistique ne doit être tributaire d'une décision de celui-ci, mais doit être établie à l'aide des critères objectifs.*»<sup>49</sup>. Cependant il est fort douteux d'affirmer que ces critères sont assez clairs pour déterminer si un groupe est une minorité ou non. Les critères élaborés par la doctrine pour définir les minorités ne sont pas en soi un remède pour une définition. De ce fait, il est convenable de conclure que le problème de la définition est toujours au cœur de droit des minorités.

---

<sup>46</sup> Ermacora F., «Protection of Minorities before the United Nations», Académie de Droit International Recueil des Cours, Vol. 182 (1983-IV) p : 287.

<sup>47</sup> Pejic J., «Minority Rights in International Law», in *Human Rights Quarterly*, Vol.19, No.3, p : 675.

<sup>48</sup> Rigaux F., «Mission impossible...»,loc.cit, p : 174.

<sup>49</sup> Les droits de minorités (art.27) : 08/04/94, CCPR Observation Générale 23.

On est face à un cercle vicieux. Les personnes appartenant aux minorités ont certains droits internationalement reconnus. A quelle entité appartiennent ces personnes n'est pas défini juridiquement. Par conséquent, ce sont les Etats qui décident si un groupe est une minorité au sens de la protection internationale des minorités alors que l'observation générale de l'article 27 et une grande partie de la doctrine supposent qu'il faut des critères objectifs pour déterminer une minorité. Ces critères sont tirés des éléments des définitions doctrinales tandis que ces éléments dits objectifs manquent d'objectivité et ne sont pas juridiquement obligatoires. C'est la raison pour laquelle, le manque d'une définition cause l'interprétation unilatérale et dangereuse de la notion par les groupes, les Etats et les organisations internationales<sup>50</sup>. Essayer d'attribuer les droits sans définir les bénéficiaires de ces droits paraît comme mettre le chariot devant le cheval<sup>51</sup>. Par conséquent, tout un système de protection des minorités est paralysé. Il se peut que la protection internationale des minorités ne soit pas bien conçue et que tout le système de la protection internationale des minorités –sauf la protection par les traités bilatéraux où on cite spécifiquement les groupes auxquels les droits sont accordés- est une nébuleuse vide de contenu et de bénéficiaires. Avec ou sans définition, il est possible que ce problème soit insoluble.

---

<sup>50</sup> Packer J, *On the Definition of Minorities*, loc.cit, p : 27.

<sup>51</sup> Ibid, p : 50.



## CHAPITRE II.

### AUTRES ENTITÉS ANALOGUES

Il est vraisemblable de constater que le terme de «minorité» ne se définit pas en l'isolant d'autres entités similaires. Ces entités similaires sont les «peuples» et les «peuples autochtones» qui occupent une place importante dans le droit international. Il faut analyser ce qu'on entend par ces entités afin de mieux comprendre la signification du terme de «minorité». En se référant aux «peuples» ou aux «peuples autochtones», il peut être réalisable de déterminer la ligne de démarcation entre ces entités et les minorités. Mais, puisque cette ligne de démarcation ne se révèle pas, les droits des personnes appartenant aux minorités ne sont que l'affirmation des droits individuels déjà reconnus dans des divers textes internationaux. Ce n'est qu'une affirmation parce qu'on ne peut pas identifier à quelle entité appartiennent ces personnes. C'est la raison pour laquelle, on va étudier les «peuples autochtones» et les «peuples» afin de voir ce qu'il faut entendre ou pas par le terme de minorité. Il est possible de constater, à l'avance, qu'en principe il n'existe pas de grande différence entre les «minorités», les «peuples» et les «peuples autochtones». Comme explique Brownlie «(...) *the issues of self-determination, the treatment of minorities, and the status of indigenous populations, are the same, and the segregation of topics is an impediment to fruitful work. The rights and claims of the groups with their own cultural histories and identities are in principle same-they must be. (...) This association of categories is not generally accepted, and the separation of the categories is one reason for the hesitant approach to the definition of 'peoples' or 'minorities' or 'indigenous populations'*»<sup>52</sup>. En conséquence, comme il est difficile de postuler une différence entre les «minorités», les «peuples» et les «peuples autochtones», il est également illusoire d'estimer que différents régimes juridiques leurs sont applicables. Dans les sections suivantes, on va essayer de démontrer pourquoi ces entités analogues ne sont pas différentes au niveau conceptuel et comment l'approche qui vise la séparation de ces entités crée des impasses aux Etats, aux entités elles-mêmes et par conséquent au droit international.

#### **Section 1. Le statut juridique du peuple**

Ce qui est primordial dans ce travail, à propos du statut juridique des peuples en droit international, est tout d'abord de voir dans quelle mesure les peuples sont différents des Etats et s'ils sont différents d'après quels critères peut-on les distinguer des minorités. Là, on est face aux certains

---

<sup>52</sup> Brownlie I., «The Rights of Peoples in Modern International Law», in Crawford J.(ed.), *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p : 16.

problèmes. Le premier est de savoir si l'autodétermination est un droit qui prend fin dès la première utilisation. Si ce n'est pas le cas, il faut examiner vers quoi évalue le contenu de ce droit pour un peuple déjà décolonisé. Par rapport à cette situation, il faudra également étudier la validité de ce même droit au sein des Etats qui ne sont pas issus de la décolonisation. Dans ce cas-ci, on sera obligé de revenir sur la définition du peuple. La population d'un Etat n'étant pas homogène, il sera relativement difficile d'appliquer le nouveau contenu de l'autodétermination.

## **A- LA NOTION DU PEUPLE DANS LE CONTEXTE DE L'AUTODÉTERMINATION**

L'entrée de la notion du peuple dans le droit international remonte à l'article 1(2) de la Charte des Nations Unies. Avant l'adoption de la Charte, le peuple et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes étaient une conception politique ayant des différentes caractéristiques élaborées par des personnages si contradictoires l'un de l'autre comme Wilson et Lénine. Le processus de la décolonisation a beaucoup concrétisé la notion du peuple et son droit à l'autodétermination. Malgré cela, il est encore assez discutable de qualifier un groupe en tant que peuple mais pas en tant qu'une minorité. Comme Sir Ivor Jennings avait souligné : *«on the surface it seemed reasonable : let the people decide. It is in fact ridiculous because the people cannot decide until somebody decides who are the people»*<sup>53</sup>. En fait, la pratique internationale ne tente pas de fournir ou d'utiliser une définition unique pour le peuple<sup>54</sup>. L'emploi du terme de peuple est assez diversifié politiquement dans les relations internationales et cela a un effet sur les normes de droit international. Il paraît raisonnable d'analyser la notion de peuple par rapport au droit à l'autodétermination afin de connaître si les autres entités aussi jouissent de ce régime juridique.

### **1 - L'évolution historique du droit à l'autodétermination**

Si on résume très brièvement l'évolution du droit à l'autodétermination, on va se retrouver face à trois périodes distinctes. La période après la première guerre mondiale, celle après la deuxième guerre mondiale et finalement la période de la décolonisation. Dans la période qui suit la première guerre mondiale, l'autodétermination n'était qu'un idéal politique qui était appliqué au cas où cela conviendrait aux intérêts géopolitiques et stratégiques des

<sup>53</sup> Jennings Ivor, *The Approach to Self-Government*, 1956, p.55-56, cité par Musgrave T.D, *Self-Determination and National Minorities*, Clarendon Press. Oxford, 1997, p : 148.

<sup>54</sup> Vukas B., *States, Peoples and Minorities*, Académie de Droit International Recueil des Cours, Vol.231, 1991-VI, p : 318.

Etats vainqueurs<sup>55</sup>. Après la fin de la deuxième guerre mondiale, suite à l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945, l'autodétermination est devenue un principe juridique qui n'imposait pas des obligations aux Etats partis. Le droit à l'autodétermination n'est pas fourni en tant que droit par le texte de la Charte des Nations Unies<sup>56</sup>. La mention de l'autodétermination dans les articles 1 (2) et 55 de la Charte indique plutôt le droit des peuples d'un Etat d'être protégés de l'ingérence des autres Etats ou gouvernements<sup>57</sup>. Les chapitres XI et XII de la Charte concernant les territoires non autonomes et le système de tutelle ne font pas allusion à l'autodétermination.

C'est bien après l'adoption de la Charte des Nations Unies, que les résolutions de l'Assemblée Générale notamment celles de 1514 (XV) sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux et de 1541 (XV) ont marqué la période de la décolonisation. Avec l'entrée en vigueur en 1977 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques et le Pacte International relatif aux droits économiques, sociales et culturels qui ont repris la formulation de la Résolution de 1514 concernant l'autodétermination<sup>58</sup>, le principe juridique est devenu un véritable droit imposant des obligations juridiques aux Etats. Néanmoins, cette transformation de l'autodétermination d'un principe à un droit par l'article premier commun aux deux Pactes sur les droits de l'homme n'a clarifié ni le titulaire ni le contenu du droit<sup>59</sup>. C'est avec la Résolution 2625 (XXV) intitulée «Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats» que le contenu dudit droit a commencé à se révéler. Le chapitre consacré à l'égalité des droits des peuples et le droit à disposer d'eux-mêmes cite la création d'un Etat, la libre association ou l'intégration avec d'autres Etats, l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par le peuple<sup>60</sup> comme les moyens de l'exercice de l'autodétermination.

---

<sup>55</sup> Hannum Hurst, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination : The Accomodation of Conflicting Rights*, 1990, p : 28.

<sup>56</sup> Higgins R., *Problems&Process International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p : 112.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.

<sup>59</sup> Trifunovska S., «One Theme in Two Variations – Self Determination for Minorities and Indigenous Peoples», in *International Journal on Minority and Group Rights*, Volume 5/1997, p : 181.

<sup>60</sup> «La création d'un Etat souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un Etat indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer d'eux-mêmes».

Une fois que ces trois périodes de l'évolution de l'autodétermination sont achevées, on a commencé à se demander si un droit à l'autodétermination existe au-delà de la période de la décolonisation. Actuellement, il est généralement admis que le droit à l'autodétermination existe en dehors des cas de décolonisation. L'indice le plus important de cette affirmation est la Résolution 2625 de l'Assemblée Générale qui indique que le droit à l'autodétermination est applicable également aux peuples sous la domination étrangère. Une autre disposition de la Résolution 2625 paraît y ajouter comme bénéficiaires de ce droit, les peuples n'ayant pas un gouvernement représentatif.

## 2 - Peuples ou Etats?

Kelsen avait utilisé la notion de peuple comme équivalent de notion de l'Etat<sup>61</sup>. Au premier regard et dans les conditions de l'élaboration de la Charte, il semble avoir raison. Si on analyse la disposition 1(2) de la Charte : « Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droits à disposer d'eux-mêmes » avec les formulations « A proclamer à nouveau notre foi (...) dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations<sup>62</sup> grandes et petites » et « Nous, peuples des Nations Unies » du préambule de la Charte, cela relève que les notions de la nation et du peuple sont employées d'une manière interchangeable pour désigner les Etats. Le choix du terme du peuple au lieu des parties hautes contractantes était pour montrer que la Charte, par sa nature devrait être un accord entre les gouvernements des Nations Unies<sup>63</sup>. Le représentant du Royaume Uni a bien expliqué ce qu'on considérait par l'emploi du terme « peuple » :

What was meant by people? That was the principal difficulty which the Committee would have to overcome in elaborating the principle of self-determination. In context of the Charter, 'peoples' meant essentially those who were so organized as to constitute a State in the territory which they occupy. That was clear from the Preamble, which declared that the Charter had been concluded in the name of the 'peoples' of the United Nations<sup>64</sup>.

Cette considération de l'après seconde guerre mondiale est dépassée par l'émergence de la décolonisation qui a démontré que l'Etat et le peuple, d'une

---

<sup>61</sup> Kelsen Hans, *The law of the United Nations; a critical analysis of its fundamental problems*, Stevens, London, 1951, p : 52

<sup>62</sup> C'est nous qui soulignons

<sup>63</sup> Welhengama G., op.cit, p : 81

<sup>64</sup> Cité par Ibid.

certaines mesures, étaient des entités séparées et distinctes<sup>65</sup>. Mais la problématique posée par Jennings est toujours là, quelqu'un doit décider quel groupe est le peuple pour qu'il puisse profiter du régime juridique découlant du fait d'être un peuple. Dans ces résolutions régulant le processus de la décolonisation, l'Assemblée Générale des Nations Unies a manifesté sa volonté pour être ce *quelqu'un* que Jennings cherche<sup>66</sup>. Dans un avis consultatif, la Cour Internationale de Justice a reconnu implicitement cette manifestation de volonté, en lui permettant de révoquer unilatéralement le mandat tenu de la Société des Nations, par l'Afrique du Sud sur Namibie<sup>67</sup>.

En fait dans la période de la décolonisation, la définition du peuple n'était pas restreinte seulement aux peuples colonisés. Evidemment, l'Assemblée Générale n'a pas limité l'emploi du terme de «peuple» uniquement pour les cas des peuples colonisés. Les peuples de la Palestine et les peuples de l'Afrique du Sud étaient identifiés eux aussi comme les peuples<sup>68</sup>.

### 3 - La signification de «tous les peuples»

C'est encore l'atmosphère de la guerre froide qui a conduit les Etats à adopter la formulation de «tous les peuples» au lieu de «peuples» ou de «nations» dans les articles communs des deux pactes susmentionnés. A l'exception de la Résolution 2625 (XXV), les résolutions concernant la décolonisation reflètent les points des vues du Tiers monde et de l'Union soviétique. C'est la raison pour laquelle Weil a constaté que *«le droit des peuples était devenu un mot codé et, du même coup, une arme au service de la lutte antioccidentale menée au sein des Nations Unies par l'Union soviétique, ses satellites et ses alliés»*<sup>69</sup>. La proposition initiale de l'article sur

<sup>65</sup> «Tout l'Etat a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droits à disposer d'eux-mêmes (...) », Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies : Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies.

Quand les Etats sont tenu de respecter les droits des peuples, on peut en déduire qu'ils sont des entités séparées.

<sup>66</sup> Principalement les résolutions 1514 (XV), 1541 (XV), 2621 (XXV), 2625 (XXV).

<sup>67</sup> Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif de 21 Juin 1971.

<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/cnamsommaire710621.htm>.

<sup>68</sup> Résolutions 2396 (XXII) de 1968 et 2672C (XXV) du 1970.

<sup>69</sup> Weil P., « Toujours le même et toujours recommencé : les thèmes contrastés du changement et de la permanence du droit international. Cours général de droit international public », Académie de Droit International Recueil des Cours, Académie de Droit International Recueil des Cours, Vol.237, p : 124.

L'autodétermination avait considéré les peuples et les nations comme les titulaires de droit. La proposition était formulée d'une telle façon que les Etats occidentaux ont craint qu'elle vise uniquement les peuples colonisés. Pour cette raison, ils ont fait une autre proposition qualifiant les titulaires de droit comme tous les peuples. L'objectif était de ne pas limiter l'application de ce droit à l'égard des peuples colonisés mais de détenir également une arme contre le bloc soviétique. Cette arme était tous les peuples dans tous les territoires y compris ceux des Etats indépendants en tant que titulaires de droit à l'autodétermination. La déclaration sur les relations amicales a aussi repris l'expression de tous les peuples.

Par conséquent, la question est de savoir si les minorités sont encadrées par cette expression de «tous les peuples». Les travaux préparatoires de la Déclaration sur les relations amicales de 2625, ne donnent pas une réponse affirmative à cette question. Plusieurs représentants ont exprimé qu'ils excluent les minorités du contexte de la Déclaration<sup>70</sup>. De ce fait, il était conclu que le peuple désignait la population permanente d'un territoire concerné. On peut en déduire que pour les représentants des Etats il s'agissait en effet de *demos* mais pas d'*ethnos*.

La conception classique de droit à l'autodétermination réduit ce dernier à un simple droit à la décolonisation, qui revient à un «*droit à réalisation instantanée et s'épuisant dans un unique usage*»<sup>71</sup>. Si c'est le cas, «*à l'heure actuelle, le droit international général demeure trop marqué par l'assimilation du droit à l'autodétermination au droit à l'indépendance étatique pour prétendre offrir un véritable système juridique de défense et de protection minoritaire*»<sup>72</sup>. Pour certains, considérer l'autodétermination de cette manière sera de rendre «*l'énorme travail effectué pour formuler avec précision le droit à l'autodétermination (...) un vain exercice intellectuel*»<sup>73</sup>.

## **B- LES PEUPLES ET LES MINORITÉS**

Comme affirme Cristescu, le rapporteur spécial de la Sous-commission, «*il n'existe ni texte, ni définition reconnue permettant de déterminer ce qu'est un «peuple» bénéficiaire de ce droit (à l'autodétermination)*»<sup>74</sup>. Dès lors, ni le

<sup>70</sup> Pour les déclarations étatiques sur ce sujet Voir, Welhengama, Op.Cit, pp : 86-89.

<sup>71</sup> Combacau J., Sur S., *Droit International Public*, Montchrestien, 2001, p : 263.

<sup>72</sup> Rouland N (ed.), Pierré-Caps S., Poumarède J., *Droit des Minorités et des peuples autochtones*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, p : 212.

<sup>73</sup> Bokatola I.O., op.cit, p : 110.

<sup>74</sup> Cristescu A, *Le Droit à L'Autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, Nations Unies, New York, 1981, p : 37.

peuple ni la minorité ne sont définis juridiquement. De ce fait, il n'est pas possible de les distinguer sur la base d'une comparaison des définitions. Plusieurs opinions controversées sont émises concernant la signification du terme de «peuple»<sup>75</sup>. Certains estiment que l'existence des différents peuples est possible au sein d'un Etat alors qu'en particulier, les rapporteurs spéciaux comme Espiell<sup>76</sup> et Cristescu refusent toute liaison entre les minorités et les peuples. L'opinion dominante dans la doctrine dont les portes-paroles sont les rapporteurs spéciaux des Nations Unies, considère uniquement trois catégories de peuples qui peuvent jouir du droit à l'autodétermination: les peuples colonisés, les peuples sous l'occupation étrangère et les peuples sous la domination raciste<sup>77</sup>. Le postulat de «tous les peuples» était donc réduit à ces trois cas. Cette réduction est déduite de la pratique des Nations Unies. «*L'Organisation des Nations Unies n'a affirmé le droit à l'autodétermination que dans les limites étroites de la libération d'une domination coloniale ou étrangère* »<sup>78</sup>. De ce fait, il est généralement conclu que l'autodétermination «*n'a pas été étendue comme un principe de protection des groupes nationaux ou ethniques* »<sup>79</sup>. Cependant, en particulier, les portes-paroles des groupes qui se définissent comme des minorités défendent qu'ils soient les titulaires du droit à l'autodétermination donc qu'ils soient en effet des peuples au sens de droit international. Ces aspirations sont également encouragées par divers leaders politiques. Higgins constate que : « *(...) to the international lawyer the rhetoric is confused. It seems that many governments have come all the way from an insistence in the 1950s that self-determination was not a legal right (Western view) ; and from an insistence that it had no application beyond colonization (the Third World view) ; to an assumption, by many European leaders at least, that self-determination is a right that authorizes minorities to break away* »<sup>80</sup>.

La pratique étatique, les points des vues doctrinales et la pratique des Nations Unies confirment que le droit international n'admet pas le droit à l'autodétermination aux minorités. Quand on se demande la raison de cette déduction, la réponse est souvent assez simple : Le droit à l'autodétermination est un droit des peuples et pas des minorités. Les minorités ont un autre régime juridique dont l'indicateur principal est

<sup>75</sup> Pour différents points des vues exprimés sur ce sujet voir Ibid, pp : 37-38.

<sup>76</sup> Espiell H.G, *Le Droit à L'Autodétermination- Application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, Nations Unies, New York, 1979.

<sup>77</sup> Parmi d'autres voir, Cassese A, *Le droit international dans le monde divisé*, Paris, Berger-Levrault, 1986, pp : 123-126.

<sup>78</sup> Rigaux F., *Pour une déclaration universelle...*, loc.cit, p : 19.

<sup>79</sup> Ibid, p : 126.

<sup>80</sup> Higgins R., *Problems&Process International Law and How We Use It*, op.cit, p : 124.

l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Résolution 2625 de l'Assemblée Générale des Nations Unies ne permet pas l'utilisation de droit à l'autodétermination contre l'intégrité territoriale et l'unité politique des Etats souverains. Le rapporteur spécial Espiell explique très fermement ce positionnement. Il constate que «*le droit international a du accepter, sans qu'il y ait le moindre doute à ce sujet, que la libre détermination constitue un droit des peuples assujettis à une domination coloniale et étrangère*»<sup>81</sup>. Il accepte néanmoins qu'il soit difficile de différencier la notion de «peuple» des notions analogues. Quand même, il n'hésite pas à confirmer que le droit international ne confère pas aux minorités le droit à l'autodétermination<sup>82</sup>. Toutefois, s'il est difficile de distinguer les peuples des entités analogues comme les minorités, la raison pour laquelle le droit international ne confère pas ce droit aux minorités n'est pas clair. Espiell ne tente pas de surmonter cette difficulté de distinction et se content d'indiquer que ce sont seuls les peuples qui ont ce droit. Cristescu à son tour, considère l'importance de trouver une définition pour les peuples. D'après lui, un manque de définition «*peut influencer sur les mesures à prendre concernant certains aspects de la question, notamment l'aspect politique de l'exercice du droit à l'autodétermination, c'est-à-dire le droit des peuples à choisir leur statut politique international*»<sup>83</sup>. Conscient de la nécessité de formuler une définition, il suggère la définition suivante :

“a) Le terme «peuple» désigne une entité sociale possédant une évidente identité et ayant des caractéristiques propres;

b) Il implique une relation avec le territoire, même si le peuple en question en avait été injustement expulsé et artificiellement remplacé par une autre population;

c) Le peuple ne se confond pas avec les minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, dont l'existence et les droits sont reconnus à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>84</sup>.”

Les éléments de la définition de Cristescu peuvent être trouvés dans diverses définitions proposées par la doctrine concernant les minorités. Les alinéas a et b de sa définition peuvent être également valable pour définir les minorités. En revanche, l'alinéa c de la définition présume que les peuples ne doivent pas se confondre avec les minorités. Néanmoins, Cristescu ne donne pas un motif pour l'exclusion des minorités de sa définition. Ils se content de déclarer que le terme de «peuple» n'englobe pas les minorités. Le

---

<sup>81</sup> Espiell H.G, op.cit, p : 9.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Cristescu, op.cit, p : 38.

<sup>84</sup> Ibid.



seul motif qu'on peut en tirer est la mention de l'article 27 du Pacte dans l'alinéa c. Implicitement, l'existence de l'article 27 est utilisé par Cristescu pour justifier l'exclusion des minorités de la définition de terme de « peuple ». Il vaut mieux analyser l'article premier et 27 du Pacte afin de constater si cette exclusion est justifiée.

### **1 - Les peuples et les minorités d'après le Pacte**

Le traité le plus important concernant les minorités, dû au caractère quasi-universel de ses participants, est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte) et plus spécifiquement son article 27 . L'article 27 est l'une des dispositions la plus étudiée du Pacte. Pendant longtemps elle était la seule disposition internationale dépassant le cadre bilatéral et ayant le pouvoir juridique contraignant dans le domaine de la protection des minorités. C'est la raison pour laquelle, cette disposition est décisive pour observer le statut juridique des minorités en droit international. Les articles 1 et 27 du Pacte portent sur le droit à l'autodétermination et les droits des personnes appartenant aux minorités. La question est de savoir si une combinaison des droits découlant de ces articles constitue mutuellement un droit à l'autodétermination aux minorités. L'article premier dispose de la fameuse formulation du droit à l'autodétermination :

“Tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.”

La juxtaposition de droit à l'autodétermination dans l'article 1 avec les droit des minorités dans l'article 27 du Pacte, procure une opportunité de comparer plus étroitement ce que le droit international offre respectivement aux peuples et aux minorités<sup>85</sup>. La logique du Pacte consacre deux régimes juridiques à part aux peuples et aux personnes appartenant aux minorités. Le rapport de la Troisième Commission exprime bien l'intention des Etats à distinguer les peuples des minorités en ce qui concerne les régimes juridiques à appliquer en vue du Pacte.

The dangers of including the article had been exaggerated. It was true that the right could be and had been misused, but that did not invalidate it. It was said that the article was not concerned with minorities or the right of secession, and the terms « peoples » and « nations » were not intended to cover such questions<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Thornberry P., «Self-Determination, Minorities, Human Rights : A review of International Instruments» in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, p : 877.

<sup>86</sup> Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, U.N. DOC

Constater que l'article premier du Pacte ne concerne pas les minorités, n'a pas beaucoup de sens quand on ne définit pas ce qu'on entend par le peuple ou la minorité. C'est la raison pour laquelle, dans la phase de la ratification du Pacte, on a remarqué plusieurs déclarations interprétatives et les réserves concernant l'article premier. Par exemple, alors que l'Inde a déclaré que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne peut pas être appliqué aux Etats souverains ou à une partie du peuple ou de la nation, la République fédérale d'Allemagne a objecté fermement à la réserve indienne en constatant :

“The right of self-determination ... applies to all peoples and not only to those under foreign domination... The Federal Government cannot consider as valid any interpretation of the right of self-determination which is contrary to the clear language of the provisions in question. It moreover considers that any limitation of their applicability to all nations is incompatible with the object and purpose of the Covenants<sup>87</sup>”.

Par conséquent, bien que deux régimes juridiques soient prévus pour les peuples et les personnes appartenant aux minorités dans les articles 1 et 27 du Pacte, on constate que l'ambiguïté des notions empêche de discerner ces régimes juridiques. A part des rapporteurs spéciaux Espiell et Cristescu, Higgins a aussi très explicitement montré son hostilité contre une conjonction éventuelle entre les articles 1 et 27 du Pacte en considérant qu'une tentative pareille revenait à ne pas tenir en compte la réalité du Pacte<sup>88</sup>. Une approche similaire peut également être observée chez Eide<sup>89</sup>.

Malgré le rejet déterminé d'une grande partie de la doctrine contre toutes les interprétations cherchant à établir une combinaison entre les articles 1 et 27, on ne voit que la logique du Pacte comme motif pour justifier l'inapplicabilité de l'article premier aux minorités. Dans ce cas-là, il vaut mieux étudier les analyses et les interprétations du Comité de droits de l'homme à propos des articles en question. L'observation générale du Comité de droits de l'homme est susceptible de donner une piste pour associer l'article 1 et 27 en affirmant que « *Ce droit (le droit à l'autodétermination), et*

---

A/2929 (1955), § : 39, cité par : Hannum H., «Rethinking Self-Determination» in *Self-Determination in International Law*, McCorquodale (ed), Ashgate Dartmouth, 2000, p : 219

<sup>87</sup> Centre for Human Rights, Human Rights –Status of International Documents 9 (1987), U.N. Sales No. E.87.XIV.2., cité par *ibid* p : 220.

<sup>88</sup> Higgins R., «Postmodern Tribalism and the right to secession – Comments» in Brölmann C. , Lefeber R., Zieck M. (eds), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p : 32.

<sup>89</sup> Eide A et Daes Erika Iraen, «Prévention de la discrimination à l'égard des minorités et protection des minorités», E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 juillet 2000, § : 2, <http://193.194.138.190/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/4b3232bc0596aaf7c125692900513f0e?Opendocument>.

*les obligations correspondantes qui ont trait à sa mise en œuvre, sont indissociables des autres dispositions du Pacte et des règles de droit international.»*<sup>90</sup>. En revanche, cette affirmation restant assez vague, n'était pas confirmée par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme sur les affaires relatives aux litiges concernant les personnes appartenant aux minorités. Ceci est assez clairement exprimé dans une autre observation générale du Comité comme :

Dans certaines communications présentées au Comité en application du Protocole facultatif, le droit consacré à l'article 27 a été confondu avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, énoncé à l'article premier du Pacte. En outre, dans les rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 40 du Pacte, les obligations imposées aux Etats parties par l'article 27 ont parfois été confondues avec le devoir qu'ils ont en application du paragraphe 1 et de l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte, sans distinction aucune, ainsi qu'avec les droits à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi énoncé à l'article 26.

Une distinction est faite dans le Pacte entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et les droits consacrés à l'article 27. Le premier droit est considéré comme un droit appartenant aux peuples et fait l'objet d'une partie distincte du Pacte (première partie). Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est pas susceptible d'être invoqué en vertu du Protocole facultatif. Par ailleurs, l'article 27 confère des droits à des particuliers et, à ce titre, il figure comme les articles concernant les autres droits individuels conférés à des particuliers, dans la troisième partie du Pacte et peut faire l'objet d'une communication en vertu du Protocole facultatif.<sup>91</sup>

## **2 - Les peuples et les minorités d'après la jurisprudence du Comité des droits de l'homme**

Cette confusion soulignée par le Comité est due aux certaines affaires étudiées par ce dernier en vertu du protocole facultatif du Pacte, notamment ceux d'Ominayak, de Mikmaq et du Kitok. L'article 2 dudit protocole stipule que *«Sous réserve des dispositions de l'article premier, tout particulier qui prétend être victime d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut*

<sup>90</sup> Observation Générale 12, Le droit des peuples à disposer (art. 1) : 13/03/84, [http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CCPR+Observation+generale+12.Fr?OpenDocument](http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/(symbol)/CCPR+Observation+generale+12.Fr?OpenDocument).

<sup>91</sup> Observation Générale 23, Les droits des minorités (art. 27) : 08/04/94, [http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CCPR+Observation+generale+23.Fr?OpenDocument](http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/(symbol)/CCPR+Observation+generale+23.Fr?OpenDocument).

*présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine*». On remarque certains recours individuels qui réclament la violation de l'article 27 du Pacte en appuyant sur cette disposition. Il est également possible de remarquer certaines affaires qui prétendent la violation de l'article premier. Il faut quand même noter que dans ces affaires, il ne s'agit pas des minorités au sens qu'il est admis d'une manière générale par la doctrine, mais des peuples autochtones qui se voient face à un droit émergent de l'autodétermination. On va étudier le cas des peuples autochtones plus loin, cependant bien que ces affaires ne concernent pas directement les minorités, elles sont utiles afin de comprendre la relation entre l'article 1 et 27 du Pacte. Les personnes appartenant aux peuples autochtones, comme celles appartenant aux minorités sont sous la protection de l'article 27. Par ailleurs, la question de savoir si ces différences sont assez essentielles pour faire une distinction entre ces deux entités est à analyser plus loin dans cette étude.

Le 30 septembre 1980, un individu a saisi le Comité de droits de l'homme sous le motif que le gouvernement du Canada ne respecte pas le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en ce qui concerne le peuple de la société tribale de Micmaq. Le plaideur a demandé la reconnaissance officielle du gouvernement traditionnel de la société tribale de Micmaq en tant que tel et de la nation de Micmaq en tant que l'Etat. Répondant à une requête de clarification du Comité, le plaideur a refusé catégoriquement l'application de l'article 27, en soulignant que l'article 1 du Pacte représentait leur but ainsi que leur vision<sup>92</sup>. Le gouvernement du Canada a défendu que l'article 1 du Pacte ne puisse mettre en question ni l'intégrité territoriale d'un Etat, ni les principes découlant des Résolutions 1514 et 2625 de l'Assemblée Générale. Le Canada a également soutenu qu'un individu ne peut pas saisir le Comité pour la violation de l'article 1 car celui-ci réfère à un droit collectif. En plus, le gouvernement canadien a souligné que le plaideur n'a pas de qualité pour agir au nom du peuple de Micmaq.

Le Comité a déclaré l'affaire inadmissible pour deux raisons<sup>93</sup>: Premièrement, faute des preuves montrant que le plaideur a l'habilité d'agir au nom du peuple de Micmaq et deuxièmement faute des faits prouvant que l'individu en question est personnellement victime d'une violation de l'article premier. Ces obstacles soulevés par le Comité des droits de l'homme contre

<sup>92</sup> «article I is our goal, our vision» en texte anglais, CCPR/C/22/D/78/1980 29 July 1984, §: 3. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/c5f07474c41b69fec1256aca004f33f2?OpenDocument&Highlight=0,78%2F1980>

<sup>93</sup> The Human Rights Committee observes that the author has not proven that he is authorized to act as a representative on behalf of the Mikmaq tribal society. In addition, the author has failed to advance any pertinent facts supporting his claim that he is personally a victim of a violation of any rights contained in the Covenant.

la saisine du plaideur peuvent être procéduraux aussi bien que substantiels<sup>94</sup>. La décision du Comité manque de clarté sur plusieurs aspects qu'Errera a souligné dans une opinion individuelle. D'après lui, le Comité n'a pas répondu à certaines questions essentielles. Premièrement, est-ce que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes fait parti des droits dont la violation peut être réclamée en vertu du protocole facultatif. Deuxièmement, si la réponse à la première question est affirmative, est-il possible de saisir le Comité individuellement, pour la violation et dernièrement si le peuple de Micmaq constitue un peuple au sens de l'article 1 du Pacte<sup>95</sup>.

Une autre affaire concernant une entité infra-étatique et la question de l'applicabilité de l'article 1 est encore contre Canada. Il s'agit de l'affaire Ominayak. Bernard Ominayak est le chef et le représentant du Lubicon Lake Band dans le district d'Alberta au Canada. En 14 février 1984, le Canada était accusé par M.Ominayak, pour la violation de l'article 1. Cette violation était due aux activités économiques entretenues par une entreprise étrangère dans les régions où vivaient les membres du Lubicon Lake Band. Le gouvernement du Canada, comme dans l'affaire précédente a défendu que l'article 1 ne puisse pas être l'objet d'une saisine individuelle car il s'agit d'un droit collectif. Le Comité a pris une attitude assez évasive en étudiant l'applicabilité de l'article 1 dans le cas d'espèce en tant qu'une question procédurale et en refusant la saisine individuelle pour une violation éventuelle de l'article 1 du Pacte<sup>96</sup>. En revanche, comme le Lubicon Lake Band ne refusait pas catégoriquement l'application de l'article 27, le Comité a décidé que les effets des activités économiques sur le terrain de chasse traditionnelle constituent une violation de l'article 27. Par conséquent, le Comité a considéré hors de sa compétence, la qualification juridique d'un groupe en tant que «peuple» et a annoncé encore une fois que la saisine du

<sup>94</sup> Thornberry P., « Self-determination, Minorities, Human Rights... », Op.Cit, p :882.

<sup>95</sup> CCPR/C/22/D/78/1980 29 July 1984, op.cit, Appendix.

<sup>96</sup> CCPR/C/38/D/167/1984 10 May 1990, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf /385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/c316bb134879a76fc125696f0053d379?OpenDocument&Highlight=0,167%2F1984 § :32.1>

«The question has arisen of whether any claim under article 1 of the Covenant remains, the Committee's decision on admissibility notwithstanding. While all peoples have the right of self-determination and the right freely to determine their political status, pursue their economic, social and cultural development and dispose of their natural wealth and resources, as stipulated in article 1 of the Covenant, the question whether the Lubicon Lake Band constitutes a "people" is not an issue for the Committee to address under the Optional Protocol to the Covenant. The Optional Protocol provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights have been violated. These rights are set out in part III of the Covenant, articles 6 to 27, inclusive. There is, however, no objection to a group of individuals, who claim to be similarly affected, collectively to submit a communication about alleged breaches of their rights.»

Comité sous le protocole facultatif n'est pas possible pour les violations éventuelles de l'article 1 du Pacte. Le Comité a insisté sur sa conclusion dans l'affaire de Kitok où un plaideur a soutenu que les Saami constituaient un peuple dans le sens de l'article 1.

Welhengama constate que dans ces affaires, le Comité ne refuse pas que ces entités aient le droit à l'autodétermination<sup>97</sup>. Il paraît plutôt que le Comité a essayé d'éviter une question ayant plusieurs aspects sensibles, en se cachant derrière une interprétation procédurale. Par ailleurs, on ne peut pas en déduire une conjonction entre l'article 1 et 27 du Pacte. Cependant, ceci est vrai pour les raisons procédurales. Compte tenu de nombre restreint des Etats parties au protocole facultatif et de l'hésitation du Comité pour trancher ce problème, ce qui est vrai pour le plan procédural n'est pas forcément vrai sur le plan normatif. Comme le Comité n'a jamais affirmé que les entités infra-étatiques ne disposent pas de droit à l'autodétermination, on n'est pas sur le point de confirmer qu'il existe une véritable différence entre les «peuples» et les «minorités», au sens du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce qu'on peut tirer comme conséquence des décisions du Comité, c'est que les violations de l'article premier du Pacte ne peuvent pas être un motif pour la saisine du Comité. Pourtant, cette conséquence est raisonnable compte tenu du caractère individuel des saisines. Tout de même, seul le fait que ledit article du protocole facultatif exclut la saisine individuelle sur la base d'une violation de l'article premier du Pacte n'est pas en soi un motif pour pouvoir distinguer les peuples des minorités. Cette situation prouve uniquement que l'article premier du Pacte comprend les droits collectifs ou les droits de groupe. Par conséquent, il n'est pas déraisonnable de conclure que le Pacte ne donne pas de pistes pour pouvoir ni associer ni distinguer les peuples des minorités.

## **Section 2. La question de «peuples autochtones»**

L'absence de la définition n'affecte pas seulement les minorités ou les peuples. Il n'y a pas de «*définition juridique globale servant à qualifier les autochtones*»<sup>98</sup> non plus. C'est à partir de cette «*absence de définition des sujets de droits composées comme des groupes particuliers que les imbrications entre les notions de «minorité» et de «peuple autochtone» se trouvent généralement appréhendées*»<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Welhengama, op.cit, p : 149.

<sup>98</sup> Rouland N (ed.), Pierré-Caps S., Poumarède J., op.cit, p : 428.

<sup>99</sup> Koubi G. et Schulte-Tenckhoff I., "Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations" in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2000.45, p : 2.

## **A- LES DIFFÉRENCES DOCTRINALES ENTRE LES PEUPLES AUTOCHTONES ET LES MINORITÉS**

Il est douteux de confirmer une telle différence entre ces entités infra-étatiques pour justifier une différence entre le contenu des droits dont elles jouissent. Il est également contestable de préciser la ligne de démarcation entre les minorités et les peuples autochtones. Comme dans l'exemple des minorités, en dépit d'une définition juridiquement obligatoire, il existe certaines définitions doctrinales pour identifier les peuples autochtones.

L'équivalent de la définition de Capotorti dans le domaine de la protection des peuples autochtones est celle du rapporteur spécial Martinez Cobo :

Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développés sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de leurs territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société, et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constitue la base de leur continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques<sup>100</sup>.

La définition de Cobo est reposée sur quatre éléments. La continuité historique, la distinction culturelle du reste de la population, la non-dominance et l'auto-identification. Cette définition est similaire à la définition classique de la minorité en ce qui concerne la position non-dominante et la distinction culturelle. Par conséquent, la différence présumée par la définition de Cobo entre les minorités et les peuples autochtones, est la continuité historique et l'auto-identification.

### **1 - La continuité historique**

Selon Cobo, cette continuité historique peut consister dans le maintien de l'un des certains facteurs ci-dessous :

- “a) l'occupation des terres ancestrales ou au moins d'une partie de ces terres ;
- b) l'ascendance commune avec les premiers occupants de ces terres

---

<sup>100</sup> E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, § : 379 cité par Commission des droits de l'homme, *Questions se rapportant aux populations autochtones*, E/CN.4/1998/11/Add.1, § :8.

c) la culture en générale ou sous certaines de ses manifestations (telle que la religion, vie en système tribal, appartenance à une communauté autochtone, costume, moyen d'existence, mode de vie etc.);

d) la langue (qu'elle soit utilisée comme langue unique, comme langue maternelle, comme moyen habituel de communication au foyer ou dans la famille, ou comme langue principale, préférée, habituelle, générale ou normale);

e) l'implantation dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde

f) d'autres facteurs pertinents<sup>101</sup>.

Il est invraisemblable que ces facteurs soient exclusivement réservés aux peuples autochtones. Un groupe infra-étatique peut avoir en même temps les éléments de la définition du terme de «minorité» et de «peuples autochtones». Si l'on prend en considération la continuité historique comme l'élément de base de la distinction entre ces deux groupes, il est probable de conclure que tous les peuples autochtones sont les minorités mais toutes les minorités ne sont pas des peuples autochtones. Plus précisément, il est possible de formuler qu'un peuple autochtone soit une minorité qui a une continuité historique. Plusieurs groupes infra-étatiques considérés traditionnellement comme des minorités peuvent défendre qu'ils aient cette continuité historique tel qu'elle est décrite par Cobo. Les Kurdes, les Basques, les Catalans et les Irlandais ont incontestablement une continuité historique dans les régions où ils résident traditionnellement.

En général, il est présumé que la continuité historique ne concerne pas les minorités européennes. La continuité historique est donc prise en considération, par rapport à la conquête ou à la colonisation<sup>102</sup>. Cette approche est, en particulier, due aux efforts entrepris par les Etats comme L'Inde et le Bangladesh. Certains Etats ont l'intention de restreindre le fait d'être autochtone aux populations issues de la colonisation ou des conquêtes européennes. D'après ce point de vue, les peuples autochtones sont les produits de «*blue water colonialism*»<sup>103</sup>. «*L'autochtonie ne peut donc être conçue qu'en fonction de l'expansionnisme et du colonialisme de l'Occident*»<sup>104</sup>. Restreindre l'autochtonie seule aux populations victimes des

---

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Brölmann C.M, Zieck M.Y.A, « Indigenous peoples » in Brölmann C. , Lefeber R., Zieck M. (eds), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p : 192.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Koubi G. et Schulte-Tenckhoff I., "Peuple autochtone et minorité...", loc.Cit, p : 7.



conquêtes et de la colonisation européenne ne semble pas très justifié car les populations ayant les caractéristiques similaires aux populations autochtones de l'Amérique du Nord ou de Scandinavie devraient également se positionner dans le même régime juridique que ces derniers. Un autre obstacle pour affirmer la pertinence de la continuité historique comme un élément constitutif de la définition de terme de «peuple autochtone » est la difficulté quand il s'agit de la vérification de cette continuité. «*L'autochtone d'aujourd'hui peut être aussi le conquérant d'autrefois*»<sup>105</sup>. Par conséquent, il n'est pas incorrect de constater que la continuité historique ne constitue pas en soi un élément décisif pour la distinction entre les minorités et les peuples autochtones.

## 2 - L'Auto-identification

Un autre élément relevant de la définition de Cobo, est l'auto-identification. La formulation «Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui (...) *se jugent* distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires»<sup>106</sup> prévoit le critère de l'auto-identification. La Convention, après avoir défini le fait d'être autochtone,

“du fait qu'il descendent des populations qui habitaient le pays ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou l'établissement des frontières actuels de l'Etat et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles<sup>107</sup>.”

souligne l'importance de l'auto-identification dans son article 1, paragraphe 2 de la convention no 169 de 1989 de l'OIT

“le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention<sup>108</sup>.”

Le projet de Déclaration des droits des peuples autochtones reprend cet élément dans son article 8 qui dispose que

“Les peuples autochtones ont le droit, collectif et individuel, de conserver et de développer leurs caractéristiques et identités distinctes, *y compris le droit*

<sup>105</sup> Rouland N (ed.), Pierré-Caps S., Poumarède J., op.cit, p : 432.

<sup>106</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>107</sup> <http://www.oit.org/ilolex/french/convdisp1.htm>.

<sup>108</sup> Ibid.

*de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tel.s*<sup>109.</sup>

L'auto-identification permet donc aux «*autochtones de devenir des sujets de droit en s'identifiant eux-mêmes*»<sup>110</sup>. Dans ce cas-là, on n'a pas vraiment besoin d'une définition pour déterminer les bénéficiaires des droits quand il s'agit des peuples autochtones. Selon Schulte-Tenckhoff, définir les bénéficiaires serait «*en contradiction flagrante avec le principe de l'auto-identification revendiqué à juste titre par les Autochtones et admis sur le plan international*»<sup>111</sup>.

On voit qu'un élément de la définition des peuples autochtones est susceptible de détruire même la nécessité de la définition. Il n'est pas insensé de constater que le principe de l'auto-identification est dangereux concernant la sécurité juridique. L'absence d'une définition est déjà nocive pour la sécurité juridique, mais laisser tous les groupes déterminer leur qualification ne ferait qu'aggraver cette insécurité. De même, une entité infra-étatique qui considérée traditionnellement comme minorité (comme les Basques en Espagne, les hongrois en Roumanie etc.) pourrait se déclarer «peuple autochtone». Il est incontestable que le principe de l'auto-identification empêcherait toutes tentatives de distinction entre les minorités et les peuples autochtones.

### **3 - D'autres différences proposées entre les minorités et les peuples autochtones**

Il existe d'autres différences entre les minorités et les peuples autochtones qui ne découlent pas de la définition de Cobo. Certains auteurs abordent d'autres facteurs pour justifier la différence entre ces deux notions.

Le premier facteur repose sur la souveraineté des peuples autochtones sur leurs territoires avant l'arrivée des occidentaux et surtout sur les traités conclus entre les États européens et les peuples autochtones concernant le transfert de la souveraineté. En concluant des traités avec les représentants des peuples autochtones, la partie étatique a admis que ces derniers ont la capacité de conclure des traités. Comme cette capacité est un «*attribut essentiel de la souveraineté externe*», ils sont au moins des entités étatiques indépendantes<sup>112</sup>. Un rapport de groupe de travail sur les populations autochtones, a parvenu à la même conclusion<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>110</sup> Rouland N (ed.), Pierré-Caps S., Poumarède J., op.cit, p : 434.

<sup>111</sup> Schulte-Tenckhoff I., *La question des peuples autochtones*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p : 141.

<sup>112</sup> Koubi G. et Schulte-Tenckhoff I., "Peuple autochtone et ...", loc.cit, p : 9-11.

Cependant, la qualification juridique des accords entre les États et les peuples autochtones n'est pas sans équivoque. Il est difficile de les catégoriser en tant que traité au sens strict du terme. Le rapporteur spécial a souligné cette difficulté dans son rapport *«une définition étroite des notions de traité et de conclusion de traité entraverait (ou rendrait même impossible) toute tentative pour rendre compte fidèlement des vues des autochtones sur cette question, rien qu'en raison de l'argument fréquent selon lequel les peuples autochtones ne sont pas des États au sens courant du terme en droit international»*<sup>114</sup>. Bien que cela soit un sujet très intéressant, la souveraineté présumée des peuples autochtones, à travers une interprétation large des notions de traité et de conclusion des traités, ne paraît pas assez solide pour justifier une différence entre les minorités et les peuples autochtones. Il ne s'avère pas possible que la définition bien établie de la notion de traité puisse être interprétée largement afin d'arriver à une *«réflexion novatrice»* pour *«surmonter les problèmes difficiles auxquels se heurtent actuellement de nombreux peuples autochtones»*<sup>115</sup>. Même si l'on acceptait une approche pareille, cela serait valable uniquement pour les peuples qui ont conclu des «traités» avec les puissances européennes.

La relation particulière des peuples autochtones avec la terre est mentionnée comme un autre facteur pertinent à une distinction. Le point de vue qui considère cette relation assez importante, pour pouvoir distinguer les peuples autochtones des autres groupes infra-étatiques, a deux dimensions : dimensions géographique et spirituelle<sup>116</sup>. D'après Irene-Daes, cette relation particulière est tellement importante que celle-ci constitue ensemble avec la continuité historique, les deux éléments principaux afin de former un peuple autochtone. Elle dénomme cette relation en tant qu'un *«fort attachement à un territoire donné»*<sup>117</sup>. Cependant, chaque groupe infra-étatique peut réclamer qu'il ait un fort attachement à un territoire donné. En effet, celui-ci est souvent la source de tensions entre les différentes entités. Il n'est pas clair non plus ce que désigne une relation particulière avec la terre. De plus, essayer d'incorporer au langage juridique des notions comme la spiritualité ne sert qu'à accroître l'ambiguïté qui est déjà remarquable.

D'autres facteurs comme le sous développement économique par rapport à la civilisation moderne, le maintien de régulations propres sont également

---

<sup>113</sup> Martinez M.A, «Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones», E/CN.4/Sub.2/1999/20.

<sup>114</sup> Ibid, § : 55.

<sup>115</sup> Ibid, § : 54.

<sup>116</sup> Brölmann C.M, Zieck M.Y.A, « Indigenous peoples » loc.cit, p : 193.

<sup>117</sup> Irene Daes E., «Activités Normatives : Evolution des normes concernant les droits des autochtones, Document de travail du Président-Rapporteur sur la notion de «peuple autochtone», E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, § : 60-64.

évoqués pour distinguer les peuples autochtones des minorités<sup>118</sup>. Néanmoins, ces facteurs à leur tour, ne sont pas assez clairs pour pouvoir justifier une différenciation entre les minorités et les peuples autochtones.

## **B- L'IMPOSSIBILITÉ DE DISTINCTION ENTRE LES PEUPLES AUTOCHTONES ET LES MINORITÉS**

Au sein de la Sous-commission, la création de groupe de travail des peuples autochtones, à côté de groupe de travail sur les minorités, démontre qu'au moins les Nations Unies considèrent les minorités et les peuples autochtones en tant qu'entités séparées. Certains auteurs estiment que les peuples autochtones constituent la seule catégorie des groupes définis d'une manière claire et doivent être séparés des minorités car ceux-ci existaient avant la civilisation moderne alors que les minorités existent à cause des pratiques étatiques<sup>119</sup>. Les peuples autochtones, très actifs et bien organisés en forme d'organisations non-gouvernementales, aspirent à un traitement et donc à un statut juridique distinct des minorités.

L'étude des facteurs de distinction relevés par une partie de la doctrine démontre que ces facteurs-ci ne sont pas assez clairs pour établir cette différence. Il est convenable de noter que sociologiquement ou anthropologiquement, il est possible de faire une distinction entre ces groupes infra-étatiques. Il en va de même pour les distinctions faites pour plusieurs couches d'une société. Bien évidemment, les Basques, les Sioux et les Hongrois de Roumanie ont des différences considérables, des points de vues sociologiques et anthropologiques. Cependant, il ne paraît pas possible de faire une distinction entre les peuples autochtones et les minorités en fonctions des critères juridiques.

Chaque tentative de définition pour un groupe serait susceptible d'être valable pour l'autre. Peut-être c'est pourquoi, Eide a constaté que « *L'intérêt d'une distinction tranchée entre minorités et peuples autochtones est discutable. La Sous-commission, y compris les deux auteurs du présent document, a beaucoup contribué à faire prévaloir une approche à "deux pistes". Le moment est peut-être venu pour la Sous-commission de reprendre l'examen de la question.* »<sup>120</sup>.

En effet, il est fort douteux qu'une distinction entre les minorités et les peuples autochtones existe en réalité. Pourtant, les essais qui visent à établir

<sup>118</sup> Grammatikas Vassilios, «The definition of minorities in international law», loc.cit, p : 338.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Irene Daes E. et Eide A., «Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones», loc.Cit, § : 25.

un régime juridique différent comprenant un droit à l'autonomie aux peuples autochtones, nécessitent de parvenir à une distinction. Compte tenu de l'impossibilité de distinguer juridiquement ces deux entités infra-étatiques, peut-être il vaudrait mieux abandonner les travaux visant à les octroyer un droit à l'autonomie. On va étudier brièvement l'état actuel de ces travaux.

### **C- LA PROBLÉMATIQUE DE DROIT À L'AUTONOMIE DES PEUPLES AUTOCHTONES**

L'établissement d'une distinction entre les peuples autochtones et les minorités n'a pas seulement une valeur doctrinale. Celui-ci risque de classer ces deux entités en tant que les bénéficiaires des différentes catégories des droits. En effet, Irene-Daes a souligné dans un rapport soumis au groupe de travail sur les minorités, que «*la principale distinction juridique entre les droits des minorités et les peuples autochtones en droit international contemporain concerne l'autodétermination interne, à savoir le droit d'un groupe à être autonome à l'intérieur d'une zone géographique reconnue*»<sup>121</sup>. Néanmoins, ce droit à l'autonomie qu'évoque Irene-Daes n'existe pas encore en droit positif. Il y a quand même des efforts dans ce sens.

#### **1 - La Convention 169 de l'OIT**

Les débats sur une confusion possible des peuples autochtones avec les peuples, ont commencé par la convention 169 de l'OIT. Le terme de «populations autochtones», employé jusqu'à cette date était remplacé par le terme «peuples autochtones». Plusieurs Etats ont exprimé leur crainte pour l'emploi de ce terme dans la Convention 169<sup>122</sup>. Le terme «peuples autochtones» était bel et bien utilisé dans la Convention. Néanmoins, l'article 3 de la Convention contient une disposition qui vise à éviter toute confusion avec le terme de « peuple ». Ledit article stipule que:

L'emploi du terme « peuples » dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international.

La Convention 169 préfère employer le terme «peuples» avec l'adjectif «autochtones» au lieu du terme «population», et ensuite annonce que le terme

<sup>121</sup> Ibid, § : 43.

<sup>122</sup> voir ; Lerner N., «The 1989 ILO Convention on Indigenous Populations : New Standarts ?» in Dinstein Y., Tabory M. (eds.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, p: 218.

du peuple utilisé dans la Convention n'a pas d'implications aux droits qui sont reconnus aux peuples en droit international. L'objectif mené par la Convention est incertain. Si les peuples autochtones ne bénéficient pas des droits reconnus aux peuples pourquoi les qualifier comme des peuples au lieu des populations comme auparavant. Il paraît qu'il s'agit-là d'un compromis entre les revendications des représentants des peuples autochtones et des gouvernements.

## **2 - Le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones**

Un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones est élaboré au sein de groupe de travail et ceci est en cours d'examen à la Commission des droits de l'homme. Le projet contient des dispositions assez osées et encore plein des confusions, en ce qui concerne l'autodétermination. L'article 3 du projet reprend la formulation classique du droit à l'autodétermination. Cette disposition indique que *«Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.»*. L'article 3 de la Convention 169 avait exclu toutes implications de *«quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher»* au terme de *«peuple»* en droit international, alors que le projet de Déclaration, au moins au premier regard, contredit cette disposition en reprenant la formulation classique de droit à l'autodétermination des articles premiers qui sont communs aux deux pactes onusiens concernant les droits de l'homme.

Néanmoins l'ambiguïté qu'on aperçoit au sein de la Convention 169 existe aussi dans le projet de la Déclaration. Bien que le projet reconnaisse le droit à l'autodétermination dans sa formulation classique, aux peuples autochtones, dans son article 31, le projet spécifie le champ d'application de ce droit à l'autodétermination ;

Les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales, et notamment la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de non-membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes.

Il paraît que le projet vise uniquement à accorder aux peuples autochtones un droit à l'autonomie dans le cadre de l'autodétermination. Par conséquent,

on peut en déduire que d'après le projet, la dimension interne de l'autodétermination est à octroyer aux peuples autochtones sous forme de l'autonomie. Si ceci est le cas, il est fondé à se demander pourquoi l'article 3 du même projet reprend la formulation du droit à l'autodétermination tant qu'elle est utilisée pour les peuples. Il est incontestable que le projet a besoin d'être modifié afin d'obtenir une cohérence entre ses dispositions.

Le projet de Déclaration n'a pas de valeur juridique. Il est très douteux qu'il devienne une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies. Même si l'Assemblée Générale l'adopte, la Déclaration n'aurait pas de force juridique obligatoire. Cependant, certains Etats et les représentants des peuples autochtones vont probablement défendre la création d'un *opinio juris* dans le domaine de la protection internationale des peuples autochtones.

Quand il est impossible de préciser la ligne de démarcation entre les minorités et les peuples autochtones et quand il est presque impossible de parvenir à une définition pour ces entités, accorder à un de ces entités les droits collectifs, sous forme d'autonomie, n'apporterait que de confusion mais pas de protection aux peuples autochtones.

## CONCLUSION

Une analyse portant sur les bénéficiaires du droit à l'autodétermination démontre qu'il n'est pas possible, d'une manière notionnelle, d'établir les différences susceptibles de distinguer les minorités d'autres entités analogues. Une même entité peut se réclamer en tant que peuple, peuple autochtone ou minorité et peut également trouver des arguments pour justifier sa réclamation, toujours en fonction des critères établis par les définitions doctrinales.

Etant donné que juridiquement, on ne peut définir ni le « peuple » ni la « minorité », le postulat qui affirme que les minorités ne bénéficient pas de droit à l'autodétermination sous prétexte qu'elles ne constituent pas des peuples, ne semble pas convaincant. Ainsi, il paraît opportun de penser au droit à l'autodétermination en fonction de son contenu. Dans ce cadre, il vaut mieux affirmer que les minorités ne bénéficient pas du droit à l'autodétermination non parce qu'elles ne sont pas des peuples mais parce qu'elles ne sont pas sous une administration coloniale ou une occupation étrangère. Quand l'Etat auquel les minorités sont attachées, se trouve dans une de situations citées ci-dessus, les minorités ont le droit à l'autodétermination à seule condition de l'exercer avec le reste de la population. Cette condition semble pertinente car le colonialisme et

l'occupation étrangère comprennent l'intégralité de la population d'un Etat donné ; donc comme toutes les couches de la population sont face à la même situation, il est logique qu'elles utilisent leur droit ensemble.

En revanche, si l'Etat dans lequel se trouve la minorité n'est pas doté d'un gouvernement représentatif, elle peut jouir du droit à l'autodétermination toute seule, car un gouvernement non-représentatif correspondrait au colonialisme ou à l'occupation étrangère à l'égard de la minorité. Cependant, cette possibilité n'est qu'une déduction théorique. Comme le droit à un gouvernement représentatif n'existe pas en droit international, il est impossible d'établir des critères pour qualifier un gouvernement en tant que non-représentatif. Dans ce cadre, le seul remède juridique concernant les minorités sous l'oppression demeure donc la Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Si les mesures du gouvernement -dit- non-représentatif à l'égard des minorités sont considérées comme une menace contre la paix par le Conseil de Sécurité, celles-ci peuvent ainsi disposer d'un appui des Nations Unies afin de mettre un point à l'oppression. Tout de même, dans ce cas -comme le cas des Kurdes d'Iraq du Nord après la guerre de Golfe- l'appui serait grâce à une qualification de l'oppression en tant qu'une menace contre la paix. De ce fait, si l'oppression ne serait pas jugée en tant que telle par le Conseil de Sécurité, les minorités sous l'oppression ne pourraient bénéficier que d'un appui international d'ordre politique.

Le droit à l'autodétermination n'est pas susceptible d'être un grand secours pour surmonter les tensions provenant de l'hétérogénéité des populations des Etats. Une interprétation large des droits de l'homme, tout en tenant en considération des besoins des personnes appartenant aux minorités, apparaît comme une solution plus convenable vis-à-vis des problèmes qu'affrontent les Etats ayant des populations fragmentées.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İÇTİHADİ İŞİĞİNDE REFAH PARTİSİ KARARI: BİR İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ Mİ?\*

*Halil Volkan Arıkan\*\**

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), kurmayı amaçladığı Avrupa İnsan Hakları Düzenini, getirdiği hükümler, aldığı hukuksal önlemler ve tüm bunları jürisprüdansiyel anlamda yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) aracılığıyla koruyan bir “uluslar üstü Anayasa Şartı” olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>.

AİHS'nin amacı, başlangıç bölümündeki “Aynı inancı taşıyan ve siyasi gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa Devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri’de (B.M. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi) yer alan bazı hakların topluca güvenceye bağlanmasını sağlama yönünde ilk adımları atmayı kararlaştırarak”<sup>2</sup> sözleriyle açıkça belirtilmiştir. Sözleşmenin amacının özü, “bazı hakların topluca güvenceye bağlanması” tamlamasında saklıdır. Amaç, tek kelimeyle “güvence”dir.

Mücadeleci demokrasi anlayışı ve Sözleşme ilişkisi tam da bu noktada yoğunlaşmaktadır. AİHS'nin 17. maddesi “hakların kötüye kullanılması yasağı”<sup>1</sup> 8,9,10,11. maddeleri ise kendi düzenleme alanlarına giren hakların sınırlandırılabilceğini belirtmektedir.

## A- ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA SİYASİ PARTİLER

AİHS'nin “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü” başlıklı 11. maddesi şöyledir: “1. Herkes barışçıl toplanma özgürlüğü ve çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya girme hakkı dahil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir. 2. Bu hakların kullanımına, ulusal güvenliğin ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağ-

---

\* Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı, Prof. Münci Kapani ve Prof. Bahri Savcı İnsan Hakları İnceleme Yarışması Birincilik Ödülü.

\*\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. sınıf öğrencisi.*

1 Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1993, s.215-217.

2 Süheyl Batum-Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 3. Bası, Beta, İstanbul, s.224.

lıgın ya da ahlakın korunması için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için hukukun öngördüğü(yasayla öngörülen-yasayla konulan) ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyecektir. Bu madde, silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da devlet idaresi mensupları tarafından bu hakların kullanılmasına hukuka uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir<sup>3</sup>.”

Sözleşme bütünlemesine incelendiği takdirde, göze çarpacaktır ki, bu madde sözleşmenin kollektif özgürlükleri düzenleyen tek maddesidir.

Mahkeme 30.01.1998 tarihinde verdiği Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye kararına değin, 11. maddeye ilişkin sadece 15 davaya bakmıştır ve bunların bir tanesi (Vogt / Almanya, 26.09.1995) dışında hepsi sendikal faaliyetlere ilişkindir<sup>4</sup>. Belirtmek gerekir ki, örgütlenme özgürlüğünün içeriğini AİHM kendi içtihadıyla doldurmuştur. Sözleşmenin 11. maddesi örgütlenme özgürlüğünü düzenlerken örgüt, sendika sözcüklerini kullanmış olmasına rağmen siyasi parti kavramına yer vermemiş, aşağıda belirtileceği üzere, Mahkeme, siyasi partilerin de 11. maddenin korumasından yararlanacağını içtihat yoluyla tespit etmiştir.

RP / Türkiye kararının değerlendirmesine geçilmeden önce, AİHM'nin 11. maddeyi ne şekilde yorumladığını, ne gibi içtihatlar geliştirdiği incelenmeye çalışılacaktır.

#### *a - Türkiye Birleşik Komünist Partisi Kararı ve 11. Madde Kapsamında Siyasi Partiler*

04.06.1990 tarihinde kurulan ve kuruluşundan on gün sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca hakkında kapatma davası açılan TBKP, tüzük ve programının azınlık yaratma yasağını ihlal ettiği ve yasaklanan bir parti adı kullandığı gerekçesiyle oy birliğiyle kapatılmıştır<sup>5</sup>.

TBKP / Türkiye davasında, hükümet savunmasında, Sözleşmenin hiçbir hükmünün siyasi partileri kapsamadığını, dolayısıyla 11. maddenin siyasi partilere uygulanmasının doğru olmayacağını ya da Sözleşmenin “hakların kötüye kullanılması yasağını” düzenleyen 17. maddesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler)*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999, s.10-11. Batum-Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, s.230.

<sup>4</sup> Bernadette Duarté, “Les Partis Politiques, la Démocratie et la Convention Européen des Droits de l'Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, No:38, 1999, s. 317.

<sup>5</sup> AYM, E.1990/1, K.1991/1, Kt. 16.07.1991, *AYMKD*, sayı 27/2 s. 885-969.

<sup>6</sup> Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye (TBKP / Türkiye), prg. 19 (kara-

Mahkemeye göre, 11. maddede “... sendika kurma ... hakkı da dahil, örgütlenme özgürlüğü” denilmesine karşın, buradaki “dahil” bağlacı, örgütlenme özgürlüğünün kullanılma biçimleri içinde sendikaların bir örnek olduğunu göstermektedir ve bu sebeple, Sözleşmeyi hazırlayanların siyasi partileri madde kapsamı dışında bırakmak istedikleri ileri sürülemez<sup>7</sup>. Ayrıca AİHM’ye göre, 11. maddenin lafzından daha da ikna edici olan şey, siyasi partilerin demokrasinin tam olarak gerçekleşmesi için gerekli temel örgütlenme biçimlerinden biri olmasıdır. Sözleşme sisteminde demokrasinin öneminde bakıldığında siyasi partilerin 11. maddenin kapsamına girdiği kuşkusuzdur<sup>8</sup>.

AİHM maddeyi, “Sözleşmenin konusu ve amacı ışığında okuyarak”<sup>9</sup> siyasi partilerin 11. madde kapsamında “örgüt” olduklarını belirtmiştir. Mahkeme, evrensel bir bakış açısını kendisine yol gösterici olarak almış, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen İnsan Hakları Sözleşmesine içtihadıyla siyasi partileri de dahil etmiştir.

TBKP / Türkiye kararıyla Mahkeme, bundan sonra önüne gelecek siyasi parti kapatma davalarında da uygulayacağı temel ilkeleri tespit etmiştir<sup>10</sup>. Bu karar adeta, AİHS uygulamasında siyasi partiler açısından içtihat kapısının açıldığı noktayı teşkil etmektedir.

#### *b - AİHM Kararları Işığında 11.Maddenin Uygulanması*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir çok kararında hangi hallerde siyasi partilerin sözleşmeye uygun bir şekilde yasaklanabileceğini belirlemiştir. Mahkemenin bu konudaki yaklaşımın özlü bir anlatımı Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’nin isteği üzerine hazırlanan “Siyasi Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Önlemler Hakkında Temel İlkeler” adlı Venedik Komisyonu raporunda yer almaktadır. Bu rapora göre siyasi partilerin yasaklanması ya da kapatılması ancak partilerin anayasayla güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde, demokratik, anayasal düzeni yıkmak için şiddeti savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumunda haklılaştırılabilir. Bir partinin anayasanın barışçıl yollarla değişmesini savunması tek başına o partinin yasaklanması ya

rının Türkçe metni için bkz. *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, çev. Osman Doğru / Sibel İnceoğlu, cilt 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998). Çalışmada atıf yapılan AİHM kararlarının İngilizce ve Fransızca metinleri, Mahkemenin resmi internet sitesinden alınmıştır : <http://hudoc.echr.cor.int>

7 TBKP / Türkiye, prg. 24.

8 TBKP / Türkiye, prg. 25.

9 Duarté, “Les Partis Politiques”, s. 319.

10 Holly Cullen, “Freedom of Association as a Political Right”, (1999) 24 *European Law Review Human Rights Survey*, s. 31.

da kapatılması için yeterli gerekçe oluşturmaz. Partilerin yasaklanması ya da kapatılması önlemine çok istisnai durumlarda başvurulabilir. Hükümetler ya da devletin diğer organları, yetkili yargı organından bir partinin yasaklanmasını ya da kapatılmasını istemeden önce ülkenin durumunu dikkate alarak, söz konusu partinin özgür ve demokratik siyasal düzen için gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığını, bu tehlikenin daha hafif önlemlerle engellenip engellenemeyeceğini değerlendirmelidirler<sup>11</sup>.”

AİHM, siyasi parti kapatılmasına dair davalarda, 11. maddeyi, maddenin kendine has bir uygulama alanının varlığına karşın, düşünceleri açıklama özgürlüğünü düzenleyen 9. ve 10. maddesi ışığında değerlendirmektedir; zira Mahkemeye göre, 9. ve 10. maddelerde düzenlenen düşüncelerin korunması ve bunların açıklanması özgürlüğü, 11. maddenin de unsurları arasındadır<sup>12</sup>. Bu maddelerin ihlali, 11. maddenin ihlaline ilave olacaktır<sup>13</sup>. AİHM’ye göre “ifade özgürlüğü demokrasinin esaslı temellerinden birisidir<sup>14</sup>”.

“Çoğulculuk” açısından da Mahkemeye göre, “Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü 2. fıkradaki sınırlamalara bağlı olmak kaydıyla, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşüncelere’ değil, inciten rahatsız eden veya kaygı verici olanlara da uygulanır<sup>15</sup>.”

Buna ek olarak AİHM, siyasi partilerin, ulusal makamlarca faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve kısıtlamalara karşı çıktıkları kabul edildiği için, Sözleşmenin sağladığı korumanın dışında tutulamayacağını belirtmektedir<sup>16</sup>.

AİHM, siyasi partilerin korunmasına dair söylemlerde bulunurken Sözleşmenin başlangıç bölümünde belirtilen ve çoğu kez ilk önce ulusal anayasalar tarafından şekillendirilen “siyasi gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukuk devleti bakımından ortak mirasa” göndermelerde bulunmaktadır. Aynı

11 Oktay Uygun, “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, No. 17, Ankara, 2000, s. 258-259. Raporun tam metni için bkz. <http://venice.coe.int/site/interface/francais.htm>

12 TBKP / Türkiye, prg. 42; Özgürlük ve Demokrasi Partisi / Türkiye (08.12.1999) prg. 37; Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye (31.07.2001) prg.43; Yazar, Karataş, Aksoy ve Halkın Emek Partisi / Türkiye (09.04.2002) prg. 46.

13 Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.368.

14 TBKP / Türkiye, prg. 45.

15 TBKP / Türkiye, prg. 43; ayrıca HEP / Türkiye, prg. 46, SP / Türkiye, prg. 41, ÖZDEP / Türkiye, prg. 37.

16 TBKP / Türkiye, prg. 27; ayrıca HEP / Türkiye, prg. 32, SP / Türkiye, prg. 29.

paragraf içerisinde Mahkeme, Sözleşmenin, ikincillik (subsidiarité) ilkesine uygun olarak, ulusal düzeyde sağlanan korumayı hiçbir biçimde sınırlamayan düzenlemesine değiniyor (Sözleşme madde 60)<sup>17</sup>. Aynı şekilde bir sonraki paragrafta Sözleşmenin 1. maddesinin, üye devletlerin egemenliklerinin herhangi bir kısmını sözleşmenin denetiminin dışında bırakmadığı, devletlerin düzenleyici tasarruflarının da aynı şekilde tümüyle denetim altında olduğu belirtilmektedir. Bu yönüyle AİHM Sözleşmeciler devletlerin ilk önce anayasaları vasıtasıyla kullandıkları egemenlik yetkilerine bir bütün olarak saygı göstermekle birlikte, kendilerinden sözleşmeye uygun davranmalarını istemektedir<sup>18</sup>.

AİHM'nin önüne gelen davaları, devletin kurumsal yapısına ilişkin olanlar ve temel haklara ilişkin olanlar gibi bir ayrıma tutmaya çalışmak güç ve hatta yapay olabilir. Özel olarak siyasi parti kapatma davalarında, siyasi partilerin oynadıkları rol de göz önüne tutulduğu takdirde, örgütlenme özgürlüğü ve bununla birlikte ilgili devletteki demokrasi etkilenecektir<sup>19</sup>. Ancak buradan devletin, kurumlarını faaliyetleriyle tehlikeye düşüren örgütler karşısında korumasız kaldığı anlaşılabilir. Zira Mahkemeye göre, "faaliyetleri ile herhangi bir devletin kurumlarını tehlikeye atan örgütler, bu kurumların sağladığı korumadan mahrum kalırlar". Bu bağlamda yapılacak müdahalenin 11. maddenin 2. fıkrasına uygunluğu zorunludur<sup>20</sup>.

Diğer bir deyişle, siyasi partilerin kapatılması yönündeki müdahaleler, Sözleşme hükümlerince mümkündür; ancak 11. maddeye uygunluk gerek şarttır.

### *c - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Örgütlenme Özgürlüğünün Sınırları*

AİHS'nin 11. maddesinin örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin 2. fıkrası şöyledir: "2. Bu hakların kullanımına, ulusal güvenliğinin ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için hukukun öngördüğü ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyecektir. Bu madde, silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da devlet idaresi mensupları tarafından bu hakların kullanılmasına hukuka uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir."

<sup>17</sup> TBKP / Türkiye, prg. 28.

<sup>18</sup> TBKP / Türkiye, prg. 29-30.

<sup>19</sup> TBKP / Türkiye, prg. 31.

<sup>20</sup> TBKP / Türkiye, prg. 32.

AİHS sisteminde, örgütlenme özgürlüğüne yapılan herhangi bir müdahale (özelde konumuz olan siyasi parti kapatılması), ancak yasayla öngörüldüğü, 11. maddede sayılarak tüketilen sınırlama sebeplerinden birisi amaçlanarak yapıldığı ve demokratik bir toplumun gereği olduğu zaman sözleşmeye aykırı düşmez.

Görüldüğü gibi yasayla öngörülme ilk şarttır. 1982 Anayasasının, 4709 sayılı kanunla<sup>21</sup> değişik 13. maddesi de, “temel hak ve hürriyetler ... ancak kanunla sınırlanabilir” düzenlemesiyle bu yasayla ön görülme şartını kabul etmiştir. Sözleşme uygulamasında “yasayla öngörülme” kavramı, hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin iç hukukta yasal dayanağının bulunması zorunluluğunu ifade eder<sup>22</sup>.

Yasayla öngörülebilmenin kendi içinde şartları vardır. AİHM’ye göre yasalık şartının varlığı için üç koşulun gerçekleşmesi gerekir: Müdahalenin yerel hukukta bir temeli olması, normun “ulaşılabilirliği” (accessibilité) ve normun “öngörülebilirliği” (previsibilité)<sup>23</sup>.

Buradaki “yasa”, şekli anlamıyla “yasa” olmak durumunda değildir. İç hukukta adlandırılması ne olursa olsun, düzenleyici tasarruflar sözleşmenin zikrettiği “yasa” sözcüğünün kavramsal çerçevesinin içine girer<sup>24</sup>.

Bu noktada, “ulaşılabilir” ve “öngörülebilir” olma şartlarının içini açmamız gerekirse, sözcük anlamlarından da anlaşılacağı gibi ulaşılabilirlik, vatandaşın belli bir konuya uygulanacak hukuk kuralına kolayca ulaşabilmesini yani varlığından haberdar olabilmesini; öngörülebilirlik ise bir hukuk kuralının sonuçlarını önceden kesin ve açık bir şekilde tahmin edilebilir olmasını ifade eder<sup>25</sup>. Bu şekilde kriterlerin koyulmasının arkasındaki amaç Sözleşmeciler devlet organlarının keyfi müdahalesini engellemek ve hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmektir<sup>26</sup>.

Örgütlenme özgürlüğüne yapılan herhangi bir müdahalenin AİHS’ye uygun görülebilmesi için ikinci şart, sınırlamanın, Sözleşmenin tüketerek saydığı, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarından biri veya birkaçının gözetilerek gerçekleştirilmesidir.

<sup>21</sup> RG. 17.10.2001-24556 (mükerrer).

<sup>22</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.375.

<sup>23</sup> Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s. 267.

<sup>24</sup> Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s. 265; Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.376.

<sup>25</sup> Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s. 267; Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.376.

<sup>26</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.375.

Altının çizilmesi gereken bir konu, Sözleşmenin 11. maddesinin 2. fıkrasında sınırlamayı meşru kılacak amaçların teker teker (sarih ve sınırlı sayım)<sup>27</sup> sayılmasıdır. Demek oluyor ki, hiçbir şekilde başka amaçlar öne sürülerek sınırlama yapılamayacaktır. “Örgütlenme özgürlüğü ancak ... sınırlanabilir” cümlesinin lafzındaki “ancak” sözcüğü sayılan amaçların 11. maddenin 1. fıkrasındaki örgüt şekillerinin zikredilmesinde olduğu gibi örnek olarak değil, tüketici olarak teker teker sayıldığını bize anlatmaktadır.

Siyasi partiler mevzu olduğunda, 11. maddede belirtilen istisnaların çok dar anlamda yorumlanacağı, sadece “ikna edici ve zorlayıcı sebeplerin” siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını haklı gösterebileceği Mahkeme içtihadıyla sabittir<sup>28</sup>.

Diğer bir kriter ise “demokratik toplumda gereklilik” kavramıdır. AİHM’nin oluşturduğu “demokratik toplum” tanımı ve “gereklilik” kavramının anlamı müdahalenin meşruluğu kavramının içini dolduracaktır.

AİHM, demokratik toplumdaki ne anladığını Handyside / Birleşik Krallık kararında açıklıkla ortaya koymuştur. Mahkeme, kararında “düşünceleri açıklama özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birini oluşturduğunu” belirler. Mahkeme ayrıca, “hatta düşünceleri açıklama özgürlüğü, sadece olağan karşılanan, zararsız ve önemsiz görülen ‘bilgiler’ ya da ‘düşüncelerin’ açıklanması açısından değil, tam tersine, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne karşı gelen, onları şoke eden ve rahatsız eden düşüncelerin açıklanması açısından da geçerlidir”<sup>29</sup> demektedir.

Demokratik toplumun en önemli unsurlarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık düşüncesi bunu gerektirir<sup>30</sup>. AİHM bu yüzden ifade özgürlüğünün inciten, rahatsız eden veya kaygı verici olan düşüncelere de uygulanacağını belirtmiştir<sup>31</sup>.

AİHM’ye göre çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz<sup>32</sup>. Ancak buradaki çoğulculuğu sadece kurumsal anlamda değil ideolojik anlamda, düşüncelerin farklılığı ve çeşitliliği anlamında anlamak gerekir<sup>33</sup>. Ayrıca, demokratik top-

<sup>27</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.374.

<sup>28</sup> TBKP / Türkiye, prg. 46; ayrıca SP / Türkiye, prg. 50; ÖZDEP / Türkiye, prg. 44.

<sup>29</sup> Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s. 236.

<sup>30</sup> Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s. 236.

<sup>31</sup> TBKP / Türkiye, prg. 43.

<sup>32</sup> TBKP / Türkiye, prg. 43.

<sup>33</sup> Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s. 239.

lumun temellerinden bir diğeri 9. maddeyle korunan “düşünce, inanç ve din özgürlüğü”dür<sup>34</sup>.

Tüm bunlara ek olarak AİHM'nin “Mahkeme, demokrasinin başta gelen özelliklerinden birinin, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı olsa bile diyalog yoluyla, çözüme imkanının tanınması olduğunu kabul etmektedir”<sup>35</sup> ifadesi ve “demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir”<sup>36</sup> yönündeki ifadeleri, AİHM'ye göre demokratik toplumun kriterlerini ortaya koymak açısından belirleyicidir. Aynı şekilde Mahkemeye göre “Demokrasi, hiç kuşkusuz, Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir.” TBKP/Türkiye kararında belirtilen bu düşünceye RP/Türkiye ve HEP/Türkiye kararlarında da doğrudan atıf vardır<sup>37</sup>.

11. maddedeki “gerekli” sözcüğü “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın (gereksinim)” (besoin social imperieux) varlığını gerektirir<sup>38</sup>. Mahkeme yine, Handyside/Birleşik Krallık kararında “gerekli” sözcüğünden ne anladığını açıklamaktadır. Mahkemeye göre “gerekli” nitelemesi, 40. maddenin 2. fıkrası anlamında “vazgeçilmez” terimiyle eş anlamlı olmadığı gibi, “makul” ve “normal” sözcüklerinin yumuşaklığına da sahip değildir. Bu konuda gerekliliğe karar verme iradesi ulusal makamlara aittir<sup>39</sup>.

Özetle demokratik toplumun kriterleri; insan haklarına saygı, hukuk devleti ve 1 nolu protokol 3. maddesinde ifade edilen serbest siyaset katılım ilkesine ek olarak çoğulculuk olarak sınıflandırılabilir<sup>40</sup>.

AİHS'ye egemen olan ikincilik ilkesinin ışığında, sözleşmeyle tanınan hak ve özgürlüklerin korunması, sözleşmenin 1. maddesi uyarınca öncelikle sözleşmecî devletin görevidir. Devletler özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda bir takdir payına (marge d'appréciation) sahiptir. Mahkeme'nin görevi ise devletlerin kendi takdir payı dahilinde olduğunu düşünerek yaptığı müdahalelerin Sözleşmenin çizdiği çerçevenin dışına çıkıp çıkmadığını denetlemektir. Mahkeme Handyside/Birleşik Krallık (7.12.1976) kararında açık bir dille takdir payı kavramını açıklamıştır : “ (...) Sözleşme ile ihdas edilen koruma mekanizması, insan haklarının korunması konusundaki ulusal sistemlere nazaran ikincil niteliktedir. (...) Sözleşme, içerdiği hak ve özgürlüklerin kullanımını sağlama sorumluluğunu ilkin sözleşen devletlere bırak-

<sup>34</sup> RP / Türkiye, prg. 48.

<sup>35</sup> TBKP / Türkiye, prg. 57; SP / Türkiye, prg. 45.

<sup>36</sup> TBKP / Türkiye, prg. 57.

<sup>37</sup> TBKP / Türkiye, prg. 45; RP / Türkiye, prg. 44; HEP / Türkiye, prg. 47.

<sup>38</sup> RP / Türkiye, prg. 52; HEP / Türkiye, prg. 51.

<sup>39</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.147.

<sup>40</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.380.



mıştır. (...)Devletin yetkili resmi mercileri, ülkelerinin yaşamsal gerçekleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde olmaları nedeniyle, söz konusu yaşamsal koşulların gereklerinin belirgin içeriği ve bu ihtiyaca cevap teşkil edecek “kısıtlama” veya “müeyyidenin” “gerekli” niteliği konusunda karar vermek için, uluslar arası yargıçtan, ilke olarak, daha elverişli durumda ve yetkilidir. Sonuç olarak Mahkeme, yetkili ulusal yargı mercilerin yerine geçmekle değil, fakat bunların takdir hakları çerçevesinde verdikleri kararları 10. madde açısından değerlendirmekle görevlidir<sup>41</sup>.”

Sözleşmeyi yorumlayan Mahkeme siyasi partilerin faaliyetleri açısından devletlerin takdir payını çok dar tutmuş, bir başka deyişle siyasal örgütlenmelere geniş hareket alanı bırakmıştır. Meşru ve demokratik araçlar kullanmak ve demokrasinin temel prensiplerine uymak koşuluyla siyasi partiler, devletlerin anayasal yapısında bile bir değişikliği projelendirebileceklerdir<sup>42</sup>.

AİHM'nin kullandığı son kriter ise devletin sınırlandırmada bulunurken amacı ile kullandığı araç arasındaki dengeyi incelemektedir. Ölçülülük (proportionalité) ilkesi sözleşmenin hiçbir yerinde adı geçmemesine rağmen Mahkemenin meşru amaçla bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında bir dengeyi test etmek için kullandığı bir kriterdir. Mahkeme müdahalenin haklılığını veya haksızlığını değil ihlâl karşısındaki yaptırımın ihlâl ile arasındaki orantıyı, dengeyi ölçerken bu kriteri kullanır<sup>43</sup>. AİHM, ölçülülük denetimi yaparken ulusal makamların gösterdiği kapatma gerekçelerinin, “uygun ve yeterli” (pertinent et suffisant) olması şartını aramaktadır<sup>44</sup>.

## **B- AİHM REFAH PARTİSİ KARARI VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

### *a - AİHM Kararı*

Anayasa Mahkemesinin (AYM) parti kapatma kararlarını inceleyen AİHM'nin, 1998 yılından itibaren verdiği kararlar incelenirse RP/Türkiye kararı AİHM'nin kendine has inceleme prosedürüne uzak bir yol izlenerek alınmamıştır.

Mahkemenin inceleme prosedürü kendi içtihadı ile sabittir. Önce, temel haklara bir müdahalenin mevcudiyeti araştırılır, sonra müdahalenin sözleşme hukukuna uygunluğu, yasallık, meşru amaca yönelme, demokratik toplum-

<sup>41</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.147-148.

<sup>42</sup> TBKP / Türkiye, prg.50; RP / Türkiye prg. 46; HEP / Türkiye, prg. 49. Benzer olarak SP / Türkiye, prg.46.

<sup>43</sup> Gölcüklü-Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s.144-145.

<sup>44</sup> RP/Türkiye prg. 82; TBKP/Türkiye prg.47.

da gerekli olma, müdahalenin güdülen amaçla orantılı olma kriterleri ışığında incelenir.

AYM 16.01.1998 tarihli kararı<sup>45</sup> ile Refah Partisini kapatmıştır. Partinin malları hazineye intikal etmiş ve bazı yöneticileri siyasi haklarından geçici olarak mahrum kalmıştır. Refah Partisi AİHS'nin 9,10,11,14,17,18 nolu maddelerinin ve 1 no'lu protokolün 1. ve 3. maddelerinin ihlalini öne sürerek komisyona başvurmuştur. 11 no'lu protokolün yürürlüğe girmesiyle bu başvurular mahkemeye intikal etmiştir<sup>46</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, AİHM müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra, bu müdahalenin birinci bölümde anlatılan 11. maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki meşru amaçlardan birinin ileri sürülerek gerçekleştirildiğini saptamıştır. Mahkeme yasallık denetimini yaparken tarafların yazılı açıklamalarından, her iki tarafın da uyuşmazlığın yasalarda öngörülmesi konusunda tereddütlerinin olmamasını dikkate almıştır<sup>47</sup>. Türkiye için laiklik prensibinin önemine dikkat çeken Mahkeme, kapatma kararının, madde 11 kapsamında tüketilerek sayılan meşru amaçların birkaç tanesine yönelik olarak verildiğini tespit ediyor<sup>48</sup>.

Mahkeme açısından aşılması gereken tek husus kapatmanın “demokratik toplumun gereği” olup olmadığının ortaya konmasıdır. Ancak Mahkeme, bu değerlendirmeden önce, bir dizi prensip sıralamıştır.

Sözleşmenin bir bütün olarak anlaşılması gerektiğinin altını çizen Mahkeme, insan haklarının insanın saygınlığını korumayı amaçlayan bir sistem olduğunu; demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün de bu konuda kilit bir rol üstlendiğini vurguluyor. Bir ülke halkının çoğunluk kararıyla dahi olsa, halk önünde sorumlu olmayan bir otorite lehine yasama ve yargı yetkisinden feragat etmesinin, bu otorite ister laik ister dinî olsun demokrasiyle bağdaşmayacağı Mahkemece belirtiliyor<sup>49</sup>.

Aynı doğrultuda Mahkeme, hukukun üstünlüğünden tüm insanların yasalar önünde eşit olmasını anladığını ve herhangi bir nedenle ayrımcılığın hukukun üstünlüğü ilkesiyle ters düşeceğini vurguluyor<sup>50</sup>.

Mahkeme, 11. maddenin tüm özerkliğine rağmen 10. madde ile anlaşılması gerektiğinin altını çiziyor. Bu noktada Örgütlenme Özgürlüğünün Düşünce

<sup>45</sup> E.1997/1, K.1998/1, Kt.16.1.1998, AYMKD, sy.34/2, s.762 vd.

<sup>46</sup> RP/Türkiye prg 3-4.

<sup>47</sup> RP/Türkiye prg. 38.

<sup>48</sup> RP/Türkiye prg. 41.

<sup>49</sup> RP/Türkiye prg. 42.

<sup>50</sup> RP/Türkiye prg. 42.

ve İfade Özgürlüğü'nün korunması altında olduğunu belirtiyor. Düşünce ve İfade Özgürlüğü, çoğulculuk ve demokrasi arasındaki bağı, “çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz” diyerek açıklıyor. Mahkeme, Handyside/Birleşik Krallık kararına atıfta bulunarak “düşünceleri açıklama özgürlüğü, sadece olağan karşılanan, zararsız ve önemsiz görülen ‘bilgiler’ ya da ‘düşüncelerin’ açıklanması açısından değil, tam tersine, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne karşı gelen, onları şoke eden ve rahatsız eden düşüncelerin açıklanması açısından da geçerlidir” paragrafını ve siyasi partilerin eylemleri ile kolektif bir ifade özgürlüğünden yaralandığını belirterek, siyasi partilerin 10.ve 11. maddenin korunmasından yararlanabileceği doğrultusundaki içtihadını yineliyor<sup>51</sup>.

Bir siyasi partinin, hangi durumlarda devletin anayasal yapısında bir değişikliği projelendirebileceğini değerlendiren Mahkeme, ilk olarak bu amaca yönelik araçların meşru ve demokratik olması gerektiğini, ikinci olarak devletin yapısına yönelik bile olsa bu değişikliğin demokrasinin temellerine yönelmemesi gerektiğini ifade ediyor. Mahkeme şiddete başvurmayı yüreklen-diren ve demokrasinin bir veya birkaç ilkesiyle uyuşmayan projeleri bulunan veya demokrasiyi yok etmek amacıyla, demokratik düzende güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin yok edilmesini amaçlayan bir siyasi partinin tüm bunlar nedeniyle kendisine uygulanan müeyyidelere karşı, Sözleşmenin korunmasından yararlanamayacağını belirtiyor<sup>52</sup>.

Mahkeme, bu noktada SP/Türkiye ve TBKP/Türkiye kararlarının aynı yön-deki cümlelerini referans göstererek, bir siyasi partinin program ve açıklamalarının gerçek amacını ve niyetini saklayabileceğini o nedenle, siyasi partinin program ve açıklamalarının içeriğinin, partinin eylemleri ve parti yöneticilerinin konu önündeki duruşlarıyla karşılaştırılması gerektiğini bildiriyor<sup>53</sup>.

Tüm bunları açıklarken tabii ki Mahkemenin bir amacı vardır. Hatırlanacağı üzere Mahkeme henüz, “demokratik toplumda gereklilik” prensibine uygun bir müdahalenin varlığını tartışmadı. Bu noktada mahkeme yerleşmiş tavrını yineleyerek “gereklilik” kavramını “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kriterinin doğrultusunda anlaşılması gerektiğini bildiriyor<sup>54</sup>.

Mahkeme, “gereklilik” kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiğini açıkladıktan sonra, mevcut durumda “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”ın varlığını tar-

---

51 RP/Türkiye prg. 43.

52 RP/Türkiye prg. 46.

53 RP/Türkiye prg. 47.

54 RP/Türkiye prg. 52.

tışmaya geçmiştir; “meşru amaca yönelmiş ölçülü” bir müdahalenin mevcudiyetini tartışacağını bildirmiştir<sup>55</sup>.

Tarafların demokratik sistemin korunması açısından, laikliğin önemi konusunda mutabık olduklarını belirten Mahkeme, laikliğin içeriği, yorumlanması ve uygulanması konusunda tarafların aynı şeyleri anlamadığını belirtiyor. Laiklik kavramının Türkiye de demokrasinin kurucu unsurlarından biri olduğunu ve Türk Hukuk Tarihi’nin teokratik deneyimlerinin çok uzak olmadığını<sup>56</sup> belirleyen Mahkeme, RP’nin laiklik karşıtı olarak nitelendirilen tavrını üç grupta değerlendirileceğini belirtiyor : Birinci olarak dinsel ayrıma dayanan çok hukuklu bir sistem kurma isteği, ikinci olarak RP’nin şeriatı müslüman toplumu için uygulama isteği ve son olarak RP mensuplarının siyasi yöntem olarak cihadı referans göstermeleri<sup>57</sup>.

Hükümetin savunmasında yer alan laiklik karşıtı eylemlerin “odağı olma” durumu iddiası için kullandığı, dinsel ayrıma dayanan çok hukuklu sistemin<sup>58</sup> bireyler arasında dine dayanan ayrıma neden olacağı, böylece hak ve özgürlüklerin bireyselliğinin ortadan kalkarak dinsel inancın belirleyici olacağı yönündeki ifadeleri Mahkeme de kabul etmiştir. Bu durum iki neden dolayısıyla Sözleşme sistemine aykırı olacaktır. Birinci olarak, devletin çeşitli inanç ve dinlerin demokratik bir toplumda uygulanması için düzenleyici, bireysel hak ve özgürlükler için garantör rolünü yok edecektir. Çünkü bu durum devletin koyduğu kurallara değil, dinî kurallara itibar edilmesini zorunlu bırakacaktır. Ama Sözleşmeci devletlerin, herkesin vazgeçilmez hak ve özgürlüklerin korunmasında pozitif bir yükümlülüğü vardır. İkinci olarak, bir sistem hem bir dine dayanarak kurulup hem de dinsel inançtan doğan farklı muameleleri 14. madde açısından adil olarak dengelenmesini sağlayamaz<sup>59</sup>. Burada vurgulanması gereken; çok hukuklu bir sistemin, sözleşmeyi uygulamakla yükümlü olan devletin bu anlamda AİHS karşısında üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmesi yolunda bir engel teşkil edeceğidir.

AİHM, partinin şeriatı baz alan bir hukuki sistem kurma isteği ve AYM’nin şeriatı demokrasinin antitezi olarak ne sürmesine yönelik iddiasını incelemiştir. Faaliyetleriyle şeriatı gerçekleştirmeyi hedefleyen bir siyasal örgütün, Sözleşme düzenine uyumlu bir oluşum olacağı Mahkemece kabul edilmemiştir<sup>60</sup>. Necmettin Erbakan ve diğer parti ileri gelenlerinin konuşmala-

<sup>55</sup> RP/Türkiye prg. 63.

<sup>56</sup> RP/Türkiye prg. 64.

<sup>57</sup> RP/Türkiye prg. 67.

<sup>58</sup> RP/Türkiye prg. 25.

<sup>59</sup> RP/Türkiye prg. 69.

<sup>60</sup> RP/Türkiye prg. 71.

rının kimilerinin açık ve net olarak, kimilerinin zımnî olarak şeriatı kurmak hedefine yöneldiğini AİHM de belirlemiştir<sup>61</sup>. Şeriatın demokrasiyle bağdaştırılmasının zor olduğunun ve konuşmaların bütünlemesine incelendiğinde dinî yada ilahî kuralların referans alındığının altını çizen Mahkeme, şeriatın, ilahî dogmatik kurallar olduğunu ve bu kuralların tanımları gereği değişmez ve durağan olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, RP ileri gelenlerinin toplumsal ihtiyaçların dini esaslara göre şekillendirilmesine yönelik tavırlarının, başbakanlık konutunda tarikat liderlerine verilen yemeğin ve Adalet Bakanı Şevket Kazan'ın cezaevi ziyaretinin teker teker tehdit oluşturmamasına rağmen, toplu olarak incelendiğinde RP'nin saklı emellerinin olabileceğine kâni olduğunu belirtmektedir<sup>62</sup>.

Cihat konusunu üçüncü aşamada inceleyen Mahkeme, cihat teriminin bir çok RP'li konuşmacı tarafından kullanıldığını, bu kavramın, İslam'ın toplumda egemenliğine yönelik yürütülen savaşı ifade ettiğini ve iktidarı ele geçirmek, orada kalmak için tüm engellerin güç kullanarak aşılabileceğine yönelik muğlak anlamının da mevcut olduğunu saptamış ve bu muğlaklığın giderilmesi için RP'nin elinden gelebilecek önlemleri almadığını belirtmiştir<sup>63</sup>.

Sonuç olarak Mahkeme, RP'nin iktidarı ele geçirme projelerinin boş ve teorik değil aksine somut ve gerçekleştirilebilir bulmuş, Türk Hukuk Tarihinin teokratik bir sisteme yabancı olmadığını, dolayısıyla "hazır ve yakın" tehlikenin oluştuğunu, aynı şekilde RP'nin yerel yönetimlerde çoğunluğu ve 157 milletvekiliyle meclisin üçte birini elinde bulundurduğunu dolayısıyla yukarıda açıklanan şeriat yaklaşımıyla tek başına iktidara gelme ihtimali birleşince "hazır ve yakın" tehlikenin, toplum düzeni için baş gösterdiğini belirtmiştir<sup>64</sup>.

Mahkeme RP'nin, ceza alan mensupları hakkında disiplin önlemleri alındığı, bu yersiz sözlerin bazılarının söz konusu şahısların politik makamlara seçilmeden evvel zikredildiği ve bu nedenle RP'yi sorumlu tutmanın doğru olmayacağına yönelik talebini yerinde bulmamıştır. Mahkemeye göre söz konusu kişiler seçilmelerinden önce ve sonra teokratik rejimi öven, savunan konuşmalarda bulunmuşlardır. Kaldı ki, RP'nin itirazı yersizdir çünkü tüm bu konuşmalar RP'yi bu kişileri önemli siyasi görevlere aday göstermesine engel olmamıştır. Aksine parti kapatma süreci başlayıncaya kadar bu kişiler RP içinde kaygı yaratmamaktaydılar. Bu kişilerin partiden ilişkisinin kesilmesi ise, kapatılma kararından kaçış umuduyla gerçekleştiğinden Mahkemeyi bağlamayacaktır<sup>65</sup>.

61 RP/Türkiye prg. 70.

62 RP/Türkiye prg. 72.

63 RP/Türkiye prg. 73.

64 RP/Türkiye prg. 75-76.

65 RP/Türkiye prg. 77.

RP'nin, laiklik karşıtı olarak nitelendirilen tavır ve eylemlerinin, gerçekleştirildikleri dönemde cezaî kovuşturmalarının yapılmadığını ileri sürmesine karşı AİHM, Necmettin Erbakan'ın laiklik karşıtı eylemlerin TCK 163 gereği koğuşturulmasını kendisinin de tasvip etmediği yönündeki 10.10.1993 tarihli konuşmasını da hatırlatarak bu tür hareketlerin Türkiye'de cezaî koğuşturmasının yapılmadığını belirtiyor. Mahkeme ayrıca, söz konusu maddenin (TCK, md.163) kaldırılmasının, başvuruclar tarafından da istendiği ve savunulduğunun altını çiziyor<sup>66</sup>.

RP'nin ne koalisyon programında ne de kendi programında anayasal düzeni değiştirmek gibi bir tavrının olmadığını ileri sürmesine karşı Mahkeme, TBKP/Türkiye kararına atıfta bulunarak bir siyasi partinin programında belirttiğinden farklı amaçlarının bulunabileceğini ancak partinin amaçlarının gizli olup olmadığı konusundaki tetkikin programıyla faaliyetlerinin karşılaştırılması sonucu yapılabileceği yönündeki görüşünü tekrarlıyor<sup>67</sup>. Aynı görüşü SP/Türkiye ve ÖZDEP/Türkiye kararlarında görüyoruz<sup>68</sup>.

Sonuç olarak Mahkeme kararını “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” prensibine dayandırmıştır. RP laiklik prensibine farklı bir içerik katarak, çok hukuklu bir sistem ve şeriatı kurma niyetini açıklamış, iktidarı ele geçirmek için güç kullanabileceği şüphesini üzerinden atamamıştır. Mahkeme, Devletin siyasi parti kapatma davalarında takdir payının dar olması gerektiğini düşünmesine rağmen, çoğulculuğun ve siyasi partilerin demokrasiye içkin olduğunu, ayrıca bu tarzdaki politik projelerin, Sözleşmenin kurallarıyla bağdaşmasının mümkün olmamasından dolayı, pratiğe dökülmeden önce toplum barışı ve demokratik düzeni tehlikeye düşürmesi halinde engellenebileceğini düşünmektedir<sup>69</sup>.

Mahkeme, kapatma kararını ölçülülük açısından incelerken sadece 5 parti üyesinin geçici olarak milletvekili görevinden ve siyasi parti yöneticiliğinden men edildiğini, diğer 152 milletvekilin ise, politik kariyerlerine ve milletvekilliği görevlerine devam ettiğini, ayrıca kapatmadan dolayı parti mallarının hazineye intikali ile ilgili olarak parti yöneticilerinden ekonomik olarak mağdur oldukları yönünde bir düşünce ileri sürülmediğini belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme müdahalenin doğası ve ağırlığının ölçülülük kriteri incelenirken ayrıca dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>70</sup>.

Mahkeme, AYM'nin RP'nin kapatılması yönündeki kararının, yürütülen

---

<sup>66</sup> RP/Türkiye prg. 78.

<sup>67</sup> RP/Türkiye prg. 79.

<sup>68</sup> SP/Türkiye prg. 48; ÖZDEP/Türkiye prg. 42.

<sup>69</sup> RP/Türkiye prg. 80.

<sup>70</sup> RP/Türkiye prg. 81.

amaç çerçevesinde ölçsüz olmadığı, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kavramına dayandığı, AYM’nin davada ileri sürdüğü gerekçelerin ve diğer dilekçe veren kişilerin bazı kamusal haklarından geçici olarak kaldırılmasının “yeterli ve uygun” (pertinent et suffisant) olduğu gerekçeleriyle, 11. maddeye uygun olduğu hükmüne varmış ve aykırılık talebini reddetmiştir<sup>71</sup>.

#### *b - Karşı Oy Yazısı*<sup>72</sup>

Karşı Oy Yazısı’nın gerekçesi 11. madde kapsamında olan parti kapatma kararının ve kişisel haklar olan siyasi hakların beş seneye kısıtlanması kararının ölçsüz olmasıdır<sup>73</sup>.

Muhalif hakimler, RP/Türkiye kararının son yıllarda AYM’ce verilmiş 15. parti kapatma kararı ve AİHM’nin önüne gelen 4. uyuşmazlık olduğunun altını çiziyor. Karşı Oy Yazısı’na göre bu kararlar arasında en önemlisi RP kararıdır. Zira TBKP, ÖZDEP ve SP kurulmalarından çok kısa süre sonra kapatılmış ancak RP 1983 yılından kapatılmasına kadar varlığını sürdürmüştür. RP, kapatıldığı sırada 4,3 milyon üyeye, son genel seçimlerde aldığı %22 oy oranı ile mecliste çoğunluğa (158 milletvekili) ve son yerel seçimlerde %35’e varan oy oranına sahiptir<sup>74</sup>.

Daha önceki AYM kararlarında, parti programında devletin bölünmez bütünlüğüne yönelik ifadelerin olması, Kürt-Türk toplumu olarak ayrımların bulunması, parti isminde geçen “komünist” sözcüğü kapatmaların gerekçelerini oluşturmuştu. Ancak muhalif hakimlere göre, RP kararı farklıdır<sup>75</sup>. Daha önceki kararlar programa veya tüzüğe dayandırılırken RP kararı ise parti yöneticilerinin, üyelerinin ve eski üyelerinin ifadelerine ve eylemlerine dayandırılmıştır. Muhalif hakimlere göre ne Cumhuriyet Başsavcısı prosedürü başlatırken ne de AYM kapatma kararını verirken, parti programından, tüzüğünden ve basılı dokümanlarından bahsetmişlerdir. Özellikle Başsavcı ve AYM, parti programında ve tüzüğünde detaylı bir tetkik sonucu teokratik devleti hedefleyen ve laik devlete yönelen bir tavır bulamamışlardır. Aksine parti programı temel laiklik prensibinin önemini açıkça vurgulamaktadır<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> RP/Türkiye prg. 82-83.

<sup>72</sup> Karşı Oy Yazısı, internetten alındığı için sayfa numaraları belli değildir ve paragraf numaralandırması tarafımdan yapılmıştır.

<sup>73</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 1.

<sup>74</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 2.

<sup>75</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 4.

<sup>76</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 6.

Muhalif hakimler yasallık konusunda çoğunluk kararıyla hem fikirdir<sup>77</sup>. Refah Partisi'nin, kapatılma sebeplerinin laiklik karşıtı görüşleri için değil gerçekte devletin borçlanması karşı geliştirdikleri özel ekonomi politikaları olduğu ve bu tavrın bazı grupların çıkarlarına uymadığından dolayı kapatıldığı yönündeki iddiası karşı görüş tarafından da kabul edilmemiştir. Türkiye'nin demokratik düzeni açısından laikliğin temel kavram olduğu belirtilen Karşı Oy Yazısında, müdahalede meşru amacın varlığı ve müdahalenin bir çok meşru amaç hedeflenerek gerçekleştirildiğine değinilmektedir<sup>78</sup>. Muhalif hakimler, TBKP/Türkiye kararında olduğu gibi 17. maddenin uygulanması yönündeki Türk Hükümeti talebinin RP tüzüğünde ve programında demokrasiye karşı oldukları yönünde bir ifadenin olmaması nedeniyle reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>79</sup>.

Karşı Oy Yazısı, kapatmanın parti programına veya tüzüğüne değil, parti yöneticilerinin konuşmalarına ve eylemlerine dayandırıldığını ve parti kapatma kararlarının özellikle ikna edici ve buyurucu sebeplerle haklılaştırılması gerektiğini bildiriyor. Yasaklanan üç parti mensubunun bir eylem veya söylemleri yüzünden şimdiye kadar koğuşurmaya tabi tutulmadıklarının, bazı parti mensuplarının açıklamalarından dolayı soruşturulduğunun ancak bir tanesi hariç bu soruşturmaların hepsinin kapatma prosedürünün başlaması sonrası yapıldığının altı çiziliyor<sup>80</sup>.

Muhalif hakimler, çoğunluğun kararında yalnızca beş parti üyesinin geçici olarak bazı kamusal haklarından men edilmesini ölçülülük ilkesine uygun olarak değerlendirmesini ikna edici bulmadıklarını ve çoğunluğun karardaki tavrının yanlış olduğunu ileri sürüyorlar. Çünkü Karşı Oy, RP'nin Sözleşme önünde ayrı bir kişiliği olduğunu ve asıl dilekçe sahibi olarak, kapatılmaktan yani kimliğinin yok olmasından ve mallarının müsaderesinden zarar görenin, bu kişilik olduğunu bildiriyor<sup>81</sup>.

Karşı Oy'a göre Erbakan'ın çok hukukla ilgili açıklamaları yeterli temelden yoksundur. Erbakan'ın açıklamaları 1993'te yapılmış çok uzun bir konuşmanın parçasıdır ve partinin kapatılmasından dört yıldan daha uzun bir süre önce, iktidara gelmesinden ise üç yıl önce gerçekleştirilmiş olup Türk laik düzenine gerçek bir tehdit oluşturmamaktadır<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 10.

<sup>78</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 11, 12.

<sup>79</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 16-17.

<sup>80</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 19.

<sup>81</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 20.

<sup>82</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 32.



Sözleşmeye aykırı bir tavrın somut olaylarda kendini göstermeden evvel durdurulması çoğunluğun görüşüne göre yerel makamların hakkı iken, karşı oya göre bu ikna edici değildir. Çünkü, RP'nin hükümet olmasından önce veya sonra, Sözleşmeyle bağdaşmayan projeleri gerçekleştirmek, laik toplumu yok etmek, temelden çökertmek amacını güttüğü; şiddeti kullanmayı veya teşvik etmeyi amaçladığı, dinsel düşmanlığı teşviki hedeflediği yahut başka şekillerde hukukî düzeni ve Türkiye'deki demokrasiyi tehdit ettiği yönündeki resmi deliller inandırıcı değildir<sup>83</sup>.

Karşı oy yazısı ve karar incelenirse Mahkeme hakimlerinin karar inceleme tarzının ne kadar sabit olduğu göz önüne serilir. Karara imza atan dört hakimle, karşı oy yazısına imza atan hakimler arasında tek fark vardır: dört hakim, RP mensuplarınca zaman içerisinde gerçekleştirilen eylemlerin ve söylemlerin demokrasiye tehdit oluşturduğuna inanmaktadır, üç hakim ise inanmamaktadır. Arada çok ince bir çizgi vardır çünkü bu kararda AİHM daha önceki kararlarının aksine sadece program veya tüzüğü değil ister parlamentoda ister mitingde yapılsın, konuşmaların delil oluşturabileceğine kanaat getirmiştir. Muhalif hakimlerin en büyük çekincesi ise bu noktadadır: Delillerin inandırıcı olmaması. Karşı oy yazısı, son bölümde eleştirilecek olan mantığın aksine gayet bilimsel bir üslupla kararı eleştirmektedir.

### *c - Refah Partisi Kararı'nın Düşündürdükleri*

Bu başlıkta bazı alıntılarla karara karşı yapılan bazı eleştirilerin, bir başka deyişle Türkiye'de yazılan bazı "karşı oy"ların, çekinceleri ve itirazları incelenecektir.

"Bu karar mahkemenin Alman Anayasa Mahkemesi'nin yarım asır önceki içtihadına geri dönüş anlamını da taşıyor."<sup>84</sup> "Şimdi, Refah Partisi ile ilgili karardaki 'sapma' şuradadır: Bu karar siyasi partilerin Sözleşme'nin –ve özel olarak da 11. maddesinin– öngördüğü korumadan yararlanabilmeleri için –şiddete teşvik etmeme veya kullanmama dışında– yeni bir şart daha getirmektedir: Önerilen değişikliklerin içeriği bakımından da demokratik olması. Yani, mahkeme –eğer bu kararındaki muhakemeyi sürdüreceyse– artık siyasi partilerin barışçı demokratik yöntemden ayrılıp ayrılmadığına bakmakla yetinmeyecek ve ayrıca programlarının da içeriği bakımından demokratik olup olmadıklarını araştıracaktır. Bu demektir ki, AİHM şimdiye kadar 'demokrasinin özü' olarak gördüğü şeyi –yani 'kamusal tartışmayı'– ulusal makamların ideolojik gerekçelerle sınırlamalarını, kimi ideolojik eğilimleri kamu alanından kategorik olarak dışlamalarını onaylayacaktır. Daha

<sup>83</sup> RP/Türkiye Karşı Oy Yazısı, prg. 47-48.

<sup>84</sup> Mustafa Erdoğan, "AİHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri", *Liberal Düşünce*, Yıl 6, sy.23, 2001, s. 41.

açıkçası Avrupa mahkemesi daha önce haklı olarak rağbet etmediği –ve yürüttüğü akıl yürütme biçimine bakarsanız, zımnen mahkum ettiği– ‘militan demokrasi’ anlayışını benimsemenin eşğine gelmiştir. Oysa bu anlayış Sözleşme’nin birçok yerinde atıfta bulunulan ‘demokratik toplumla’ bariz bir çelişki içindedir. Çünkü, ‘militan demokrasi’ anlayışı tartışmayı ortadan kaldırmakta ve belli bir anda yürürlükte bulunan ‘kurulu düzen’in sorgulanmaksızın devamını garanti altına almaktadır; Oysa kurumsal yapının sabitleştirildiği ve bu haliyle koruma altına alındığı bir yerde demokratik bir toplumdaki söz edilemez. Demokratik düzen durağan değil, dinamik bir yapıdadır<sup>85</sup>.”

Kararın Mahkemenin yerleşik içtihadından belirgin bir ayrılışı ifade ettiğini düşünen bu görüş ile aynı kanıyı paylaşmıyorum. Zira Mahkeme yerleşik içtihadında parti kapatılmayacağını değil, parti kapatma davalarında Sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğini ve kendi içtihadıyla sabit kriterler oluştuğunda bir siyasi partinin kapatılabileceğini belirtmektedir. Yeni bir kriter olarak getirildiği iddia edilen, *siyasi partinin amaçlarının demokrasinin temellerine uygun olması gerektiği* şeklinde özetleyebileceğimiz kriter, AİHM’nin TBKP/Türkiye kararının 50. paragrafında aynen, SP/Türkiye kararının 46. paragrafında benzer sözcüklerle tekrarlanmaktadır. Benzer bir görüşün TBKP kararında yer aldığı, RP kararı verilmeden 2 yıl önce KABOĞLU tarafından telaffuz edilmiş olduğunu vurgulamak isterim<sup>86</sup>. Hatırlanacağı üzere Mahkeme Türkiye’deki laikliğin, demokrasi açısından önemi üzerinde vurgu yaparak meşru “amaç” problemini aşmıştır. Kaldı ki Mahkeme kararına çok ciddi muhalefet eden Karşı Oy Yazısı bile böyle bir yorum yapmamıştır.

Tüm bunlara rağmen karara ters bir bakış açısıyla bakıp Türkiye’de demokrasi tam anlamıyla kurulmuştur, Türk Anayasa Mahkemesi ile AİHM kararları aynı yola girmiştir veya bu kararı AYM kararları lehine AİHM içtihadından bir sapma olmuştur diye yorumlamak yanlış olur.

Aynı şekilde, bu kararın bir istisna olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira karar incelendiğinde fark edilecektir ki, kararda yerleşik içtihat takip edilip mahkemenin daha önceki kararlarında telaffuz ettiği kriterler oluştuğu için

<sup>85</sup> Mustafa Erdoğan, “AİHM’nin RP Kararının Düşündürdükleri”, s. 45.

<sup>86</sup> “İHAM, (...) siyasi partilere İHAS md.17’yi uygulama olanağını gözardı etmemektedir. Komisyon gibi, Mahkeme de, 17. maddenin uygulanma koşulunu demokratik düzeni tehlikeye sokan durumlarla kayıtlamaktadır.” İbrahim Ö. Kaboğlu, “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, *Anayasa Yargısı*, No:16, 1999, s.126. Her ne kadar yazar, burada Sözleşmenin 17. maddesinin uygulanmasından bahsetse de, 17. maddenin bir siyasi parti kapatma vakasına uygulanması, diğer şartların da varlığı halinde bu müdahalenin haklılığı sonucunu doğuracağından, yazarın düşünceleri görüşümüze örnek teşkil etmektedir.

parti kapatma kararına itiraz reddedilmiştir. Kaldı ki istisna olma iddiası, vardığı sonuç itibarıyla ender görülen bir karar olması nedeniyle ise doğrudur. Ancak karar yerleşik içtihattan farklı, istisnaî, buradaki özel duruma göre verilmiş bir karar değildir. Ne daha önceki TBKP/Türkiye kararında ne de daha sonraki HEP/Türkiye kararında farklı bir terminoloji kullanılmıştır.

Kararın dörde üç çoğunlukla alınması yazık ki, onun meşruiyetinden şüphe eden veya 4 hakimden birinin Türk olmasına dikkat çeken görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bu kararın meşruiyetini tartışmak çok yerlidir. Mahkemenin kararının meşruiyetini, kapatma kararına olumlu yönde oy veren hakimlerden birinin Türk olduğunu ileri sürerek sorgulayan talihsiz bir mantığı<sup>87</sup> benimseyen görüş, Karşı Oy Yazısı'na imzasını atan hakimlerden birinin Türkiye'nin siyaseten sorunlu olduğu bir coğrafyadan olduğunu vurgulayan bir başka görüşle karşılaşabilir ki, asıl talihsizlik bu noktada başlar. Kararın Türk hükümetinin siyasi bir başarısı olarak nitelendiren görüş<sup>88</sup> bile, kararı bu kadar siyasileştiremeyecektir. Ama en üzücü olan nokta, bu tarzdaki bir meşrutiyet problemini ortaya atanların akademik ünvan açısından üst düzeyde olmalarıdır.

AIHM kararını eleştiren görüşlerden birisinin, demokrasi ve şeriat arasında kurduğu ilişki de kanımca eleştirilmeye değerdir : "(...) Demokrasinin temel prensiplerinin prosedürel kurallarla sınırlı olarak anlaşılması gerekir. Buna göre, programında başka ne öneriliyor olursa olsun, siyasi parti eğer genel ve eşit oy hakkını, serbest seçimleri ve parlamento kurumunu reddetmiyorsa 'demokrasinin temel prensipleriyle bağdaşabilir' sayılmalıdır"<sup>89</sup> cümlesinin arkasından, bu görüşünün ardındaki niyeti ortaya koyar gibi "(...)konuyu bilenlerin kolaylıkla takdir edebilecekleri gibi, şeriat'ın çağdaş insan hakları anlayışlarıyla her bakımdan uyduğu söylenemez, ama onun hukuk devletinin asgari gereklerini karşılayan ve ciddi uzmanlar elinde kendini sürekli yenileme potansiyeline sahip dinamik bir yapı oluşturduğu da bir gerçektir"<sup>90</sup> sözleri dökülürmektedir. Hatırlanacağı üzere aynı makaleden alıntılanan başka bir bölümde, AIHM'nin RP kararı sonrası, durağan, dinamik olmayan bir demokrasi sistemine doğru yol almaya başlamış olduğumuz vurgulanıyordu! Ama makalenin devamında şeriatın, dinamik yapısı ile bize demokratik bir gelecek vaat ettiği izah edilmeye çalışılıyor! Oysa dinî kurallara dayanan bir sistem nasıl oluyor da demokrasinin temellerini bünyesinde barındırıyor? Cevabı, söz konusu makalenin içinde bulamıyoruz.

<sup>87</sup> Atilla Yayla, "AIHM'nin RP Kararı Üzerine", *Liberal Düşünce*, Yıl 6, sy.23, 2001, s. 76; Stefan Sotiaux- Dajo de Prins, "La Cour Européenne des droits de l'homme et les organisations antidémocratiques", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, No:52, 2002, s. 1011.

<sup>88</sup> Mustafa Erdoğan, "AIHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri", s.50.

<sup>89</sup> Mustafa Erdoğan, "AIHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri", s.43.

<sup>90</sup> Mustafa Erdoğan, "AIHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri", s.47.

Bu noktada, hem çalışmanın konu bütünlüğü hem de eleştirdiğim makalede AIHM'nin RP/Türkiye kararı ile ilişkisi dile getirilen “mücadeleci demokrasi” anlayışından kısaca bahsetmek gerekiyor. Mücadeleci demokrasi anlayışı, 2. Dünya Savaşı'ndan önce İtalya ve Almanya'da faşist ve nasyonal sosyalist rejimlerin şekli anlamda demokratik seçimlerle iktidarı ele geçirmeleri deneyiminin bir yansımasıdır. Özü itibariyle, özgürlüğü ortadan kaldırmak amacıyla demokrasiden yararlanmak isteyen toplumsal güçlere karşı mücadeleci demokrasi anlayışı geliştirilmiştir. Bu görüş çoğunluğun kararları ile demokrasinin kavramsal özü arasındaki ayrıma dikkat çekmektedir. Zira çoğunluğun kuralı demokratik düzenin geçerlilik nedeni değil, sadece karar alma aracıdır. Demokrasi, kendi kavramsal anlamı itibariyle özgür karar verebilmeyi de bünyesinde barındırır. Eğer ki, sonraki kuşakların özgür karar verebilmeleri olanaksız duruma gelmişse çoğunluk genel ve eşit oy ilkesini, serbest seçimleri ve parlamento gibi demokrasinin şekli unsurlarını kabul etse de, önceki kuşağın totaliter bir düzen kurma kararı demokrasi fikrine uymaz<sup>91</sup>.

Mücadeleci demokrasi ve Sözleşme ilişkisinin RP kararı ile ilgileri üstüne çektiği doğrudur. Ancak kanımca bu durum sadece bu sorunun tekrar akıllara takılmasından ibarettir. Zira AIHS kesinlikle mücadeleci bir yapıya sahiptir<sup>92</sup>. 8,9,10,11. maddelerin ikinci fıkraları ve bizzat 17. maddenin kendisi Sözleşmenin korumasından yararlanarak sözleşmenin koruduğu özgürlükleri tehdit eden oluşumlara karşı mücadeleyi amaçlamaktadır<sup>93</sup>. Çağdaş demokrasi, düşmanlarına karşı yansız değildir; aksine düşmanlarına karşı önlem alan mücadele eden, bu anlamda militan bir demokrasidir. Burada kullanılan militan sözcüğü soyut devletin değil özgürlükçü demokrasinin bir sıfatıdır<sup>94</sup>. Özellikle 17. madde Türk Hükümeti tarafından Komisyona, Alman Komünist Partinin kapatılmasına dair karar örnek alınarak defalarca ileri sürülmüştür. Ancak bu noktada Mahkeme, her karşıtlığı nazara almakta saldırgan bir tehdidin ciddi anlamda varlığını aramaktadır.

Mahkeme, bu noktada yapmadığı bir şeyi yapıp insan hakları ve hukukun evrenselliğinden yola çıkarak Amerikan Hukuk sisteminden “clear and present danger” kavramını almış<sup>95</sup> ve bu demokrasiyi kullanarak demokrasiyi

91 O.Korkut Kanadoğlu, “Almanya’da Mücadeleci Demokrasi”, *Oğuz İmregün’e Armağan*, İÜHFY, No.715, İstanbul, 1998, s.978.

92 Sottiaux-De Prins, “La Cour Européenne des droits de l’homme et les organisations antidémocratiques”, s.1020.

93 17. maddenin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Sébastien Van Drooghenbroeck, “L’article 17 de la convention européenne des droits de l’homme est-il indispensable?”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, No: 46, 2001, s.541 vd.

94 Fazıl Sağlam, “Siyasi Parti Özgürlüğü”, *İnsan Hakları*, YKY, İstanbul, 1998, s. 206.

95 “Hazır ve yakın tehlike” kavramının kullanılımlıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Sottia-

yok etmeye çalışan siyasi oluşumları engellemek amacıyla kullanılabileceğini söylemiştir.

Hollanda doktrini de bu kavram üzerine görüşler ileri sürmektedir. Bu görüşlere göre demokrasinin temel prensipleriyle sorunu olan parti cezalandırılmalıdır. Ancak tamamlayan bir başka görüşe göre ise “hazır ve yakın tehlike” kriteri parti kapatma davalarında kullanıldığı takdirde partinin yasaklanması “ultimum remedium” olmalıdır yani yasaklama son çare olmalıdır. İlginç olan başka bir görüşe göre ise partilerin kapatılırken arkalarındaki oy kapasitesinin dikkate alınması gerektiğini söyleyen görüştür. Bu görüşe göre temsil oranı düşük olan bir partinin kapatılması daha olasıdır. Çünkü bu tarzda bir müdahale, meşruiyet açısından bir ortak görüşü sağlamış sayılabilir<sup>96</sup>.

Bu görüşlere birçokları eklenebilir. Ancak demokrasinin temel prensipleri denirken hangi demokrasinin anlaşılması gerektiği nasıl ki sürekli bir tartışmanın konusu olmaya mahkumsa, “hazır ve yakın tehlike” kriteri de kamınca aynı şekilde tartışılacaktır. Çünkü tehlikenin nerede yakın olduğu bir yorum sorunudur. Her tez de pek tabii ki kendi antitezini karşısında bulacaktır. Burada mesele demokrasiyi koruyacak kurumları kurmak değil, demokrasiyi özümsemiş insanlar yetiştirmektedir. Çünkü her ne kadar demokrasiyi koruma konusunda kararlı kurumlar geliştirilse de demokrasi karşıtı düşünce akıllarda büyür ve gelişirse, dolayısıyla çoğunluğa erişirse, karşılaşacağımız sorun “hazır ve yakın tehlike” gibi kavramlarla bertaraf edilecek nitelikten çok uzaklaşmış olur.

## SONUÇ YERİNE

Her şeyi hep beyaz, ya da hep siyah görme tavrımızı bırakmalıyız. Bu karar ne türbana karşı verilen bir mahkumiyetin onanmasıdır, ne de Türkiye’deki demokratikleşme sürecinin tamamlandığına dair bir işarettir. AİHM siyasi bir kurum değil, nihayetinde bir yargı kurumudur ve demokrasinin ciddi anlamda tehlikeye düştüğünü düşünerek kapatma kararına karşı itirazı reddetmiştir. Sonuç olarak bu karar karşısında ne sevinmeli ne de üzölmeliyiz. Yalnızca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarını inceleyen ciddi makalelerde, dergilerde, Türkiye’nin kötü sicilinden söz edilmesinin neden bu kadar yoğun, Türkiye’nin hakkında incelemelerin neden en çok İnsan Hakları ve ihlalleri konusunda olduğunu düşünmeliyiz.

---

ux-De Prins, “La Cour Européenne des droits de l’homme et les organisations antidémocratiques”, s.1021-1029.

<sup>96</sup> Sottiaux-De Prins, “La Cour Européenne des droits de l’homme et les organisations antidémocratiques” s.1027.



# **ÖZEL HUKUK**





# MARKA HAKKININ NİTELİĞİ VE TANINMIŞ MARKALAR HAKKINDA

## Yargıtay 11. HD.sinin KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Prof. Dr. Hamdi Yasaman\**

Yargıtay 11. HD.si 19.4.2002 tarihinde verdiği bir kararda (E.2001/9903, K. 2002/3699) marka hakkının doğumunu irdelemiş ve Türkiye’de tescil edilmemiş bir yabancı markanın tanınmış olup olmadığını da gözönünde tutarak, tescilli markanın terkinine karar vermiştir<sup>1</sup>. Öneme binaen, kararı aşağıda veriyorum<sup>2</sup>:

“Davacı vekili, müvekkiline ait ve uluslar arası tescil kaydı yapılan “Alvorada” markasının, Türkiye’de davalı tarafından aynen tescil ettirilmek suretiyle iltibasa sebebiyet verildiğini ileri sürerek, davalı markasının sicilden terkinini, bu ibarenin tanınmış marka olduğunun tespitini, markaya tecavüzün men’ini, fazlaya ilişkin hak saklı kalmak üzere şimdilik 500.000.000.- lira maddi ve 2.000.000.000.- lira manevi tazminatın faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın hak düşürücü süre içinde açılmadığını, müvekkilinin kötü niyetinin bulunmadığını, markanın Türkiye’de müvekkili tarafından maruf kıldığını ve iddiaların doğru olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemeleri sonucuna göre, davacı markasının Türkiye’de tanınmış olmadığı, markanın Türkiye’de davalı tarafından tanıtıldığı ve davalının da kötü niyetli olmadığı gerekçeyle ve benimsenen son bilirkişi raporları doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, tescilli markanın terkinini, markaya tecavüzün menine, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, yukarıda özetlenen gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kanıtlara göre, Alvorada markasını çay ürünlerinde kullanmak üzere davacı yabancı şirket tarafından Paris Sözleşmesi’ne taraf 15’ten faz-

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kara Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

1 Yargıtay kararları Dergisi, C.28, S.9, Eylül 2002, s.1346 vd.

2 Bu kararın Fransızca tercümesi için bkz. Fulürya Yusufoglu GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2003/2, s.451 vd.

la ülke ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü OMPI'de davalıdan önce tescil ettirilmiştir. Davalı ise, aynı markayı aynı ürün sınıfı için 1992 tarihinde Türkiye'de tescil ettirmiştir.

İsviçre-Türk Markalar Hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkedden biri olan marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir ki buna "gerçek hak sahibi"denilir ve bu gibi durumlarda markanın tescili sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuş bulunmaktadır. Buna karşı, bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin, sadece seçip tescil ettiren bir kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Bu tür tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp, bu markayı tescil ettireceği tarihin kadar kurucu etki sahipliği devam eder. Çünkü, marka üzerindeki gerçek hak sahipliği, ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımaz. Markanın gerçek hak sahibi, markasının aynısını ve ayırd edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin bu eylemi gerçek marka sahibinin hakkına tecavüz sayılır ve bu tecavüzü TTK'nun 56 ve izleyen maddelerde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve özellikle bu konudaki özel düzenlemeyi teşkil eden 556 sayılı Markalar Hakkındaki KHK'nin 8/III ve 42/I-b ve önceki 551 sayılı Markalar Kanununun 47.maddesine göre önlenebilir ve sonradan tescil edilmiş markanın terkinini istenebilir.

Diğer taraftan Dairemizin kararlık gösteren uygulamasına göre, Türkiye'nin de katıldığı Paris Sözleşmesinin 6.mükerrer maddesine göre, üye ülkeler kötüniyetle tescil edilmiş olan markanın terkinini talep için süre koyamazlar ve "Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu Antlaşma'dan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesce bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek Ülke mevzuatı müsait olduğu taktirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine red ve hükümsüz kılmayı taahhüt eder". Bu hüküm uyarınca, birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Dünya Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunması gerekir. Öte yandan, davalı da çay konusunda uluslararası ticari alanda faaliyet gösteren bu kuruluş olması nedeniyle dünyadaki bu konudaki gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescilini takip etmek zorundadır. Bu zorunluluk basiretli bir tacir olmanın da zaruri sonucudur. O halde, aynı sahada çalışan davalının 15 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, mümkün görülemez. Şu halde Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 6.maddesi 3.bendi anlamında kötüniyetli bir tescil vardır ve bu şekilde oluşturulan tescilin terkinini gerçek marka sahibince talep edilebilir.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği halde, bu açıklamaya aykırı düşen gerekçeler ile davanın reddine karar verilmiş olması isabetli görülmediğinden kararın bozulması gerekmektedir”

## **I. KARARIN İNCELENMESİ**

Kararda üç husus incelenmiş ve sonuca varılmıştır. Bunardan ilki, marka hakkının doğması ve gerçek hak sahipliği konusudur. Karardaki ikinci konu, markanın Paris Anlaşması çerçevesinde tanınmış olup olmadığının saptanmasıdır. Yargıtayın üçüncü olarak üstünde durduğu mesele ise, tanınmış markanın tescilinde kötüniyet sorunudur.

### **1 - Marka Üzerindeki Hak**

Bilindiği üzere marka, bir ürün veya hizmeti aynı veya benzer ürün ve hizmetlerden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. Markanın özelliği ayırteci niteliğinin bulunmasıdır. Ayırt etmeyi sağlamak koşulu ile her türlü kişi adları, sözcükler, şekiller, resimler, logolar, harfler, sayılar, malların veya ambalajların biçimi, üç boyutlu şekiller, renkler, kokular marka olarak alınabilir. Alınan bu işaretin orijinal veya bunun fikri haklarda aranan yaratının özelliğini taşıması gerekmemektedir. Ayırteci niteliği bulunmayan ve cins, çeşit, kalite, miktar, değer, coğrafi kaynak gibi nitelikte olan işaretlerde markalarda aranan ayırteci nitelik bulunmamaktadır. Bir marka kanunlarda kabul edilmeyen ya da yasaklanmayan her türlü işareten oluşabilir. Bu işareti ilk defa düşünen ve mal veya hizmeti kullanan kişi onun sahibidir. Diğer bir ifade ile yaratma ile marka hakkı doğar. Markanın kullanılması ile markanın ayırteci ve tanıtıcı niteliği artar ve belirgin hale gelir. Marka yaratıldığı anda “zayıf marka”dır. Markanın kullanılması ve kullanıldığı ürün veya hizmetin piyasaya arz edilmesi ve belli bir tanınmışlık kazanması ile marka “kuvvetli marka” haline gelir. Marka kullanıldığı iş muhitinin dışına çıkıp, belli bir müşteri çevresi arasında tanımaya başlaması ile “maruf marka”, bu çevrenin aşılması ve tanınmışlığın bölge, ülke ve ülkelerarası ve giderek kıtalarası tanınmışlığa erişmesi halinde “tanınmış marka” ortaya çıkar.

556 sayılı KHK tescil sistemini kabul etmesine rağmen, getirdiği istisnalar sebebiyle “kullanma sistemi”ne daha yakındır. Şöyle ki, tanınmış marka sahibine, Paris Anlaşması uyarınca üye ülkelerden birinde tescilli markaya karşı dava açarak, bunun hükümsüzlüğünü isteme hakkı verilmiştir. Bunun gibi, bir marka Paris Anlaşmasına göre rüçhan hakkından yararlanabiliyorsa, tescilli bir markanın terkinin istenebilir (KHK. m. 25-28). Bunun gibi 7. maddenin son fıkrasına göre, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve

tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise tescili reddedilemez. *Bu durum "kullanma ilkesi"nin kabülüne yol açabilecek bir hükümdür.* Bu hüküm 551 sayılı Markalar Kanunundaki imkandan daha geniş imkan sağlamaktadır. 551 sayılı mülga Markalar Kanununda markanın maruf olması aranırken, 556 sayılı HKH'de işaretin "ayırtedici" nitelik kazanması yeterli sayılmıştır. Bir işaret ayırt edici nitelik kazanmışsa, daha önce aynı işareti marka olarak tescil ettirmiş kişi bu tescile itiraz edemez. Ayırt edici işaretin sahibi KHK'nin 42. maddesine dayanarak tescilli markanın terkinini talep edebilir<sup>3</sup>.

Sabih Arkan da, 556 sayılı KHK'de getirilen sistemin 551 sayılı Markalar Kanunundan farklı olmadığı ve sonuç itibarıyla KHK'nin ilk kullanma sistemiyle yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir sistem olduğunu ileri sürmüştür<sup>4</sup>.

Ünal Tekinalp ise bu görüşlerin karşısındadır. Yazara göre, tescilli markadan önce bir markayı kullanan ve ayırt edici nitelik kazandıran kişi tescile başvurduğu zaman, markanın tescilini önleyen 7. maddenin (b), (c) ve (d) bendlerindeki mutlak red sebepleri bu kişiye karşı ileri sürülemez ve markasının tescili gerekir<sup>5</sup>. Ancak, Tekinalp bir markanın tek bir sahibinin olabileceğini ve markalar arasındaki iltibas izah edememektedir. Yazar şu gerekçeyi ileri sürmüştür: "KHK, kazanılan "ayırt edici nitelik" dolayısıyla piyasada aynı onunla ayniyet içinde bulunan birden fazla markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı ve benzer marka arasındaki karıştırılma (iltibas) riskini ortadan kaldıracaklarını kabul etmekte ve aynı zamanda da tescilsiz kullanılan markaya tescil hakkı vererek ona sınırlı bir koruma bahşetmektedir. 551 sayılı Markalar Kanunu "kullanma sistemi"ni kabul etmişti. Bu Kanunun 15. maddesine göre, bir markayı ilk defa kullanan ve maruf hale getiren kişi, tescilli markanın sicilden terkinini talep edebiliyordu. Bunun için de öğrenmeden itibaren 6 ay ve herhalükarda 3 yılda bu talep sona eriyordu. 556 sayılı KHK'nin 6. maddesine göre ise "marka hakkının elde edilmesi" başlığı altında "marka koruması tescil yoluyla elde" edilir hükmü getirilmiştir. Bu hüküm karşısında yeni düzenlemenin tescil sistemini kabul ettiği sonucu çıkarılmaktadır. Ancak, bu ilkeye getirilen istisnalar o kadar fazladır ki, sistemin kullanma sistemi olduğunu iddia etmek mümkün hale gelmiştir. Tescilli markaya karşı tescilsiz markalara üstünlük tanıyan haller şunlardır:

<sup>3</sup> Tekinalp, buradaki hakkın Markalar Kanununun 15. maddesindeki hakka nazaran daha zayıf bir hak olduğunu; burada markanın terkininin talep edilemeyeceğini; ancak marka olarak tescil talep edilebileceğini ve bu talebinin TPE tarafından reddi halinde de 7(2). Maddeye dayanarak tescil davası ikame edilebileceğini ileri sürmüştür (Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2002, 2.bası, s.355-356).

<sup>4</sup> Arkan, Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997, s. 129.

<sup>5</sup> Tekinalp, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.475.

- a) Tanınmış markalar (m. 7 b. (i) )
- b) Ayırt edici nitelik kazanan işaretler (m. 7/son fıkra)
- c) Rüçhan hakkından yararlanan markalar (m.25-26)
- d) Tescil talebini önleyebilen tescilsiz markalar ve ticaret sırasında kullanılan işaretler (m. 8 f.3 (a ) ve (b) bendleri).

Görüldüğü gibi, 556 sayılı KHK kullanma sistemine büyük ölçüde yer vermiş ve ilk kullanma ve yaratmayı öncelikle uygulamıştır. Arkan da , bu sisteme “yumuşatılmış tescil sistemi” adını vermiştir. Kanaatimce, 6. maddede ki tescille korumayı şu şekilde anlamak gerekir. Bir markanın tescil edilmesi ile 556 sayılı KHK’deki bütün hükümler uygulanır ve bu dzenlemedeki bütün koruyucu hükümlerden marka sahibi yararlanır. Tescilsiz marka sahibinin bu haklardan yararlanması mümkün değil. Ancak, kendisine tanının hükümsüzlük davacı açma ve sicilden terkin imkanını kullanıp, markasının tescil ettirdikten sonra tam olarak korunma sağlanır.

Yargıtay söz konusu kararında kullanma ilkesini kabul ederek kararını vermiştir. Yargıtay markalar hukukundaki en önemli üç ilkeden birisinin öncelik hakkının, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye ait olduğunu belirtmiş ve “gerçek hak sahibi” o markayı ilk defa kullananın olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay bu kararda entresan bir görüş ileri sürmüştür. Markanın tescilinin kurucu veya açıklayıcı etkisinin bulunduğunu; bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin sadece seçip tescil ettirenin tescilinin kurucu olduğu; buna karşılık bir markayı önceden kullananının tescilinin açıklayıcı olduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay daha da ileri giderek, tescilin sadece başlangıçta hak sahibine şarta bağlı bir hak sağladığı görüşüne yer vermiştir.

## **2 - Tanınmış Marka**

Kararda Alvarado markasının 15 ülkede tescilli olması markanın tanınmış olması için yeterli sayılmıştır. Alvarado markası Türkiye’de davacı adına tescilli olmamasına rağmen Paris Anlaşması 4. mükerrer 6. maddesi ve KHK’nin 7. maddesinin (i) bendine göre tescilli markanın terkinine karar vermiştir.

Paris Anlaşmasının 1. mükerrer 6. maddesine göre, menşe ülkede usulüne uygun tescil edilmiş olan marka, diğer üye devletlerde de aynen tevdie kabul edilecek ve korunacaktır. Bu markanın tescili, ancak işaretin korumanın talep edildiği ülkede üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar vermesi,

ayırım gücünden yoksun olması, ahlak ve adaba aykırı olması ve halkı aldatıcı nitelikte olması şartıyla red olunabilir . Üye ülkeler, tanınmış markaların, bir başkası adına tescilini önlemeyi de kabul etmişlerdir (6. madde 1. mükerrer)<sup>6</sup>.

556 sayılı KHK'nin 7. maddesinin (1) bendine göre Paris Anlaşmasının 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış marka, marka tescilinde mutlak red sebepleri arasında sayılmıştır. Tescilde mutlak red sebebi olarak belirtilmesine rağmen, tescil vuku bulmuşsa, tanınmış marka sahibi KHK'nin 42. maddesine göre markanın hükümsüzlüğünü tescilden itibaren 5 yıl içinde isteyebilir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa, iptal davası süreye bağlı değildir.

Gerçekten bir markanın birden çok ülkede tescil ettirilmesi o markanın belli bir kitleye hitap ettiği ve tanındığını gösterir. Eğer, bu tesciller göstermelik değilse, malın o ülkelerde satıldığı ve kitlelere ulaştığı kabul edilir. Bir malın birden çok ülkede masraflar yapılarak tescil ettirilmesi, ilan edilmesi ve malın piyasaya çıkarılması ve reklam yapılması markanın ününü genişletir. Bu bakımdan birden çok ülkede tescil markanın tanınmışlığı için önemli bir göstergedir. Nitekim, Yargıtay bu kararın dışında da, bu ilkeyi sıkça uygulamaktadır<sup>7</sup>.

Bir markanın tanınmışlığı sadece tescillerin fazlalığı ile belirlenmez. Bunların dışında da bazı kriterler vardır. Fikri Mülkiyet Dünya Örgütü (Organisation Mondiale de la Propriete Intellectuelle) yayınladığı bir tavsiye kararında (Recommandation commune concernant les dispositions à la protection relatives a la protection des marques notaires) tanınmış marka için bazı kriterler tesbit etmiştir.

a) İlgili toplum sektöründe markanın tanınma derecesi. Markanın tanınma oranı tükeci nezdinde yapılan anketler ve sondajlar ile tesbit edilebilir. Almanya'da bir markanın "çok tanınmış" (haute renommée) sayılabilmesi için tesadüfen seçilen kişilerden en az % 80'inin markayı bilmesi gerekmektedir<sup>8</sup>. Tanınmış markalar da, malın veya hizmetin yöneldiği çevrede yapılacak anket ve sondajlarda oranın bu mertebelerde olması gerekir.

b) Markanın süre, yaygınlık ve coğrafi alan itibarıyla her türlü kullanımı. Örneğin 1987 tarihinde 5.600.000 kişinin Visa kartı sahibi olması bu marka-

<sup>6</sup> Yasaman, Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/1, Oğuzman Armağanı, s. 300 vd.

<sup>7</sup> Yarg. 11.HD. 10.4.1997 tarih ve 1997/1920 E. 1997/2708 K.-İrfan Dönmez, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, s.128; Yarg. 11. HD. 27.9.1999 tarih ve 1999/5162 E. 1999/136 K.-Yasa Dergisi C.19, S.221, s. 590; Yarg. 11. HD. 6.7.1998, 1998/1734 E. 1998/5146 K. -Ankara barosu FMR Dergisi, C.I, s. 146).

<sup>8</sup> Bertrand, s. 369.

nın tanınmışlığını ortaya koyar (CA Paris 4e ch. 27.sept.1990 Richard c/Visa PIBD 1991 III 134). Bir malın yaygın olarak kullanılması ve satış cirosunun çok yüksek olması da markanın yayılmasına ve tanınmasına yardım eder.Milyonlarca satan bir ürünün bilinirliği de oranda genişler. Bu bakımdan, markayı taşıyan ürünün cirosu da tanınmışlık konusunda bir veridir.

c) Markanın tatbik edildiği malın veya hizmet ile ilgili reklam ve temsil, fuarlar ve gösterimler de dahil olma üzere, markaya yapılan promosyonunun süresi, yaygınlığı ve coğrafi çevresi. Televizyon ve medyanının büyük gücü ile bazen bir marka çok kısa zamanda tanıtılabilir. Bunun gibi, tanınmışlığın yaygınlaştırılması ve hafızalarda yer etmesi için reklamlar önemli yer tutar. Bu bakımdan, bir markaya harcanan reklam tutarı tanınmışlığın elde edilmesinde önemli bir rolü vardır.

d) Süre ve coğrafi alanı kapsayan her türlü tescil veya tescil başvurusu. Bir markanın tescilinin çok eski olması ve markanın uzun müddetten beri kullanılması tanınma konusunda önemli bir unsurdur. Ancak bu unsur her zaman belirleyici değildir. Zira, bazı alanlarla tanınma çok kısa dönemlerde de olabilmektedir. Örneğin Microsoft markası veya Apple markası bir yıllık süreler için çok tanınmış marka haline gelebilmişlerdir.

e) Marka haklarında etkili yaptırımlar; özellikle yetkili makamlar tarafından markanın tanınmış marka olarak kabulü.

f) Markanın ekonomik değeri. Markanın değerlendirilmesi bilimsel olarak mümkündür. Bu bakımdan markayı taşıyan ürünün piyasadaki yeri, cirosu, işletmenin önemi, müşteri çevresi (good-will) vb. Unsurların değerlendirilmesi yolu ile markanın değeri bulunur. Bu değer yüksekse, marka tanınmış demektir.

İngiltere’de İnter Brand Group tarafından 1993 yılında yapılan bir değerlendirmede dünyanın en pahalı markaları belirlenmiştir.En pahalı marka 39.4 milyar dolar ile Malboro markası olmuştur. Bunu 33.4 milyar dolar ile Coca Cola, 17.8 milyar dolar ile İntel, 9.1 milyar dolar ile Nescafe markaları izlemiştir<sup>9</sup>. Business Week dergisinin, 2003 yılının Ağustos ayında yayınladığı araştırmaya göre, dünyanın en pahalı markası 70.45 milyar dolar ile Coca-Cola markası olmuştur. Bunu 65.17 milyar dolar ile Microsoft markası ile 51.77 milyar dolar ile IBM markası takip etmektedir. Marlboro markası ise, 22.18 milyar dolarlık değeri ile 9. sırada bulunmaktadır.

Markanın tanınmış olup olmadığının tayininde yukarıda belirtilen unsurların nazara alınması gerekir. Bazen bu belirtilen unsurlardan biri veya bir kaç tanınmışlığın tesbitinde yetirli olur. Bu bakımdan Yargıtayın markanı-

<sup>9</sup> Betrand, s.370.

nın birden çok ülkede tescilli olmasını tanınmış marka için yeterli olması bazen yanıltıcı olabilir<sup>10</sup>.

Bir markanın tanınmış sayılabilmesi için markanın konulduğu malın veya hizmetin yöneldiği tüketici çevresinde veya ilgiyi sektörde tanınması yeterlidir. Eğer marka, malın hitap ettiği çevrenin dışında da, bu malla ilgisi olmayan çevrece de tanınıyorsa “çok tanınmış” veya “dünyaca tanınmış” marka söz konusudur. Markanın ilgili çevrede bilinmesi markanın tanınmışlığı için yeterlidir<sup>11</sup>. Toplumdaki ilgili çevreden anlaşılması gereken ise şudur: halihazır veya patansiyel tüketiciler; ilgili malın veya hizmetin dağıtım kanalları ve pazarlaması ile ilgili kişiler; bu tip ürün veya hizmet ile ilişkili faaliyetlerde bulunan ekonomik çevrelerdir.

### 3 - Kötüniyet

556 sayılı KHK'nin 7. maddesinin (1) bendine göre Paris Anlaşmasının 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış marka, marka tescilinde mutlak red sebepleri arasında sayılmıştır. Tescilde mutlak red sebebi olarak belirtilmesine rağmen, tescil vuku bulmuşsa, tanınmış marka sahibi HKH'nin 42. maddesine göre markanın hükümsüzlüğünü tescilden itibaren 5 yıl içinde isteyebilir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa, iptal davası süreye bağlı değildir.

Yargıtay kararında da, davalının kötüniyetli olduğu kabul edilmiştir. Davalının çay konusunda uluslararası ticari alanda faaliyet gösterdiği ve bu alandaki gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescillerini takip edebileceğini ve bu zorunluluğun tebdirli bir tacir olmanın zaruri bir sonucu olduğunu; 15 ülkede tescilli bir markanın bilmediğini ileri sürmesinin TTK 21/2 maddeye aykırı olmasından başka MK.nun 2. maddeye de aykırı olduğunu belirtmiştir. Tanınmış marka ihlalleri tacirler tarafından yapılırsa, kötüniyetin varlığı daha kolay kabul edilir. Zira, tacir ilgili olduğu bir konuda tanınmış markadan haksız olarak yararlanmaya çalışır. Tacir olmasının verdiği bilgi ve tecrübe ile tanınmış markaları bilmesi doğaldır. Bu bakımdan tanınmış markanın ilgili tacir ve tüketici nezdinde bilinmesi normal olduğu için, olayların büyük çoğunluğunda kötüniyetin var olduğunu kabul etmek gerekecektir.

<sup>10</sup> Ali Dural, Yargıtay 11. HD.sinin Tanınmış Markalara İlişkin 8.6.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuzman'a Armağan, 2002/1, s. 864; Kutlu Oytaç, Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Karkaşasına Son, Ankara Barosu FMR Dergisi, C.I, S. 3. s.101.

<sup>11</sup> Aksi görüş: Ali Dural, aynı makale, s.862.



# HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARIN BİRLEŞMESİ

*Prof. Dr. H. Ercüment Erdem\**

## GİRİŞ

### A- KONUNUN TANITILMASI

Günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile rekabetçi koşullar bir yandan gittikçe daha büyük sermaye katkısına, diğer yandan da daha güçlü piyasa oyuncularına gereksinim yaratmaktadır. Bu gereksinimi gidermek amacıyla, son yıllarda gittikçe artan sayıda teşebbüsün birleştikleri veya devralındıkları görülmektedir.

Birleşme de devralmalar aynı zamanda “kurumlaşma” ve “büyük işletme” politikası bakımından önemli kurumlardır<sup>1</sup>. Büyük işletme politikası işletmelerin bütünlüğünü koruyarak rekabet gücünü en uygun düzeye çıkaracaktır. Bu nedenle, işletmelerin birleşme ve devralmada (veya nev’i değiştirmede) olduğu gibi tasfiye edilmeksizin yapı değiştirmesi ve kendisini ekonomik koşullara uydurması önemlidir<sup>2</sup>. Nitekim AB’de de üye Devletler’in teşebbüsleri arası birleşmeler AB ekonomisine olacak katkıları nedeniyle özendirilmekte, böylece AB boyutunda teşebbüsler yaratılması amaçlanmaktadır, bu boyuttaki teşebbüsler aracılığı ile Amerikan ve Japon ortaklıklarının rekabetine karşı koymak hedeflenmektedir<sup>3</sup>.

Teşebbüslerarası devralmalar ve birleşmeler, her seviyede, rekabet hukukunu yakından ilgilendirir. Zira, bu şekilde belli bir merkezde veya elde yoğunlaşan ekonomik güç, rekabetçi koşulların da etkilenmesine neden olabilir. Nitekim çeşitli ülkelerde ve hukuk sistemlerinde, rekabet otoriteleri birleşme ve devralmaları, rekabet hukuku açısından özel düzenlemelere bağlamaktadır<sup>4</sup>.

---

\* GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Yazar Anabilim Dalı Araş. Gör. Anlam Altay’a kaynaklara ulaşmada gösterdiği yardımdan ötürü teşekkür eder.

Bu makale 10.12.2003 tarihinde yürürlükte olan mevzuata göre hazırlanmıştır.

1 Büyük işletme kavramı için bkz. *Karayalçın, Yaşar: Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme*, Ankara 1985, s. 36 vd., 48, 61 vd.

2 Bkz. *Karayalçın, Yaşar: Muhasebe Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1988, s. 64 (Anılış: *Karayalçın, Muhasebe Hukuku*). Aynı yönde bkz. *Yasaman, Hamdi: “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”*, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 695-696 (Anılış: *Yasaman, Tekinalp’e Armağan*).

3 *Ripert, Georges/Roblot, René (par Germain, Michel): Traité de Droit Commercial*, T. 1, 18ème édition, Paris 2002, no. 1985.

4 Türk hukuku açısından konu RKHK m. 7 ile düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca bir ha-

Devralmalar ve birleşmeler ayrıca teşebbüslerin işçilerini, pay sahiplerini ve küçük yatırımcıları da yakından ilgilendirir. Zira, hisse senetleri borsada işlem görsün veya görmesin HAAO'da, genellikle yönetimde söz hakkı olmayan veya ortaklığın yönetimi ile ilgilenmeyen küçük pay sahiplerinin korunmaları sistemin sağlıklı çalışması açısından gerekli, hatta kaçınılmazdır. HAAO'a yapılan yatırımlarda, yatırımcılar çok çeşitli etkenleri değerlendirebilirler. Bunlar arasında ortaklığın sermaye yapısı (yabancı sermayeli olup olmaması), bağlı olduğu grup, çalıştığı sektör, ihracat olanakları, hakim sermaye sahiplerinin kimliği vb. sayılabilir. Küçük pay sahiplerinin HAAO'a yaptığı yatırım sırasında dikkate aldığı bu unsurlar ve/veya varolan yapı, birleşme veya devralma sonucunda, küçük pay sahiplerinin çıkarları aleyhine değişebilir. Hakim sermaye sahipleri karşısında küçük pay sahiplerinin menfaatlerini korumak ve kollamak SPK Kurulu'nun görevidir<sup>5</sup>.

Nitekim Avrupa Topluluğunda da "Roma Antlaşmasının 54 (3) (g) maddesine Dayanan Anonim Ortaklıkların Birleşmesine Dair 9 Ekim 1978 tarihli Üçüncü Konsey Yönergesi"<sup>6</sup> ile yerleşme serbestisini sağlamak amacıyla anonim ortaklıkların (kooperatifler Yönerge'nin kapsamı dışındadır) birleşmesine, pay sahiplerinin, üçüncü kişilerin, ortaklık alacaklılarının (tahvil sahipleri veya diğer bir nedenle ortaklıktan alacaklı olanlar da dahil olarak birleşen ortaklıklardan alacaklı olanlar) menfaatlerinin korunmasına, bir-

---

kim durum yaratan veya varolan bir hakim durumu güçlendiren ve böylece etkin rekabetin bozulmasına neden olan birleşme ve devralmalar yasaktır. Hüküm, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuken geçerli olarak gerçekleştirileceğini saptamak amacıyla Tebliğ çıkarma yetkisini Rekabet Kurulu'na bırakmıştır. Rekabet Kurulu da "*Rekabet Kurulu'nda İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, Tebliğ No: 1997/1*" i yayınlamaya gerekli düzenlemeyi yapmıştır.

Avrupa Topluluğunda ise konu "*Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 21 Aralık 1989 tarih ve 4064/89/AET sayılı Konsey Tüzüğü*" ile düzenlenmiştir.

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem, H. Ercüment: Türk ve Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul 2003.

<sup>5</sup> Doktrinde de birleşmede ortakların menfaatinin, alacaklıların menfaatinin ve kamu düzeninin korunması savunulur, bkz. *Karayalçın*, Muhasebe, s. 161. Alacaklıların ve ortakların menfaatlerinin korunması açısından bkz. *Yasaman, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, Ankara 1987, s. 95 vd. (Anılış: *Yasaman*, Birleşme).

<sup>6</sup> 78/885/EEC, ATRG, 20.10.1978, L 295, s. 36. Yönerge'nin Türk hukuku üzerindeki muhtemel etkileri ve TTK'da yapılması gereken değişiklikler açısından bkz. *Odman, Ayşe: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, in *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu –Acquis Communautaire'in Alınması-, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Ünal Tekinalp), İstanbul 2001, s. 567 vd.

Fransız hukukunda, 1966 tarihli FrTOK'nun birleşmelere ilişkin genel hükümleri (m. 371-374) ve anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin hükümler 88-17 sayılı ve 5 Ocak 1988 tarihli Kanun ile Üçüncü Konsey Yönergesi doğrultusunda değiştirilmiştir.

Bu gelişmelere rağmen AT Hukuku'nda anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin düzenlemelerin yeterli olmadığı hususunda bkz. *Kellerhals, Andreas: "Neues zur Europaeischen Gesellschaft"*, SJZ, 1997, s. 339.

leşmeye taraf ortaklıkların pay sahiplerinin aydınlatılmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir<sup>7</sup>.

“Kamunun aydınlatılmasında özel durumlar” başlığını taşıyan SPK m. 16/A'nın 1nci fıkrası uyarınca, “*halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunulmasına veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesine veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar*”. SPK Kurulu bu amaçla daha önce, *Seri: IV No: 8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği*<sup>8</sup> ve *Seri: VIII No: 20 sayılı Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği*<sup>9</sup> yayınlamıştır. SPK Kurulu bu defa da birleşme işlemlerinde taraflardan en az birinin HAAO olması durumunda, birleşme işlemlerinde uyulacak esasları düzenlemek amacıyla, SPK m. 16/A'nın kendisine verdiği yetkiye dayanarak, *Seri: I No: 31 sayılı Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği*<sup>10</sup> ni yayınlamıştır<sup>10</sup>.

Tebliğ hükümleri incelendiğinde, SPK Kurulu'nun Yönerge'den büyük ölçüde esinlendiği görülmektedir.

Bu incelemenin amacı HAAO'ın taraf olduğu birleşme ve devralama işlemlerinin Tebliğ çerçevesinde değerlendirilmesidir.

<sup>7</sup> Roma Antlaşmasınının 54 (3) (g) maddesi Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmada 44 (2) (g) maddesi haline gelmiştir.

AB'de esas amaç üye Devletlerin teşebbüsleri arasındaki birleşmeleri düzenleyerek AB dışı devletlerin ortaklıkları ile rekabet edebilmektir. Bu amaçla pek çok çalışma da yapılmıştır. Ancak üye Devletlerin millî mevzuatları arasındaki farklılık bu yönde bir çalışmayı çok baltaladığından bu Yönerge ile üye Devletlerin iç hukuklarındaki birleşme hükümlerinin yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır. Bu konudaki gelişmeler açısından bkz. *Ripert/Roblot*, no. 1985. Anonim ortaklıkların birleşmelerinin Avrupa Hukuku düzeyinde ele alınmasının aslı amacı, alacaklıların ve pay sahiplerinin korunmasıdır. Bu bağlamda, başka bir üye devletin tâbiyetinde bulunan ve birleşen anonim ortaklıklardan birinin pay sahibi veya alacaklısı sıfatını taşıyan kişiler de, Yönerge'nin koruma kapsamına girmektedir, *Habersack, Mathias*: Europäisches Gesellschaftsrecht, Münih 1999, No. 207.

<sup>8</sup> RG 9.3.1994, S. 21872.

<sup>9</sup> RG 6.7.1993, S. 21629 (mükerrer).

<sup>10</sup> RG 14.7.2003, S. 25168.

## B- KONUNUN SINIRLANMASI

Bu incelemede birleşme ve devralmalar ayrıca ve genel olarak irdelenmeyecektir. Bu konuda daha önce yapılmış kıymetli çalışmalar olduğu gibi<sup>11</sup>, böyle bir incelemenin bir makalenin sınırlarına sığdırılması da söz konusu değildir.

Tebliğ, kamunun aydınlatılmasında özel bir duruma ilişkin olmakla beraber, SPK Kurulu'nun kamunun aydınlatılmasına yönelik düzenlemeleri ve tebliğleri de, bu incelemede ayrıca el alınmayacaktır.

HAAO'la ilgili birleşme ve bölünme işlemleri ayrıca SPK Kurulu'nun *Seri: I No: 26 sayılı Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği* ile de düzenlenmiştir<sup>12</sup>. *Seri: I No: 26 sayılı Tebliğ m. 2/f hükmü*<sup>13</sup> uyarınca taraflardan birinin halka açık olması halinde birleşme nedeniyle hisse senedi ihracı, bu tebliğ kapsamındadır. Aynı tebliğin 12nci maddesinin 2nci fıkrası uyarınca birleşme sözleşmesinin genel kurulda onaylanmasından önce SPK Kurulu'ndan izin alınması ve birleşmenin onaylanmasından sonra da ihraç edilecek hisse senetlerinin SPK Kurulu kaydına alınması zorunludur. SPK Kurulundan alınacak izin zaten inceleme konumuz olan Tebliğ'de etraflıca ele alındığından ve ihraç edilecek hisse senetlerinin SPK Kurulu kaydına alınması HAAO'ın birleşmesine özgü olmayıp genel olarak hisse senetlerinin kayda alınması konusunu ilgilendirdiğinden *Seri: I No: 26 sayılı Tebliğ* de ayrıca incelenmemiştir.

Nihayet, birleşme ve devralmaların rekabet hukuku açısından gösterdikleri özel öneme karşın, bu incelemede, kıyaslama amacı dışında RKHK ve Rekabet Kurulu Tebliğlerinin HAAO'ın taraf oldukları birleşme ve devralmalar üzerindeki etkileri üzerinde de durulmayacaktır. Birleşme ve devralmaların rekabet hukuku açısından incelenmesi başlı başına bir çalışma konusudur.

## II. TEBLİĞİN KAPSAMI

### TEBLİĞİN KAPSAMI İKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLEBİLİR:

#### A- TARAFLAR AÇISINDAN

Tebliğ en az bir tarafı HAAO olan birleşme işlemlerini ele almaktadır (m. 1

<sup>11</sup> Bkz. *Türk, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*, Ankara 1986 (Anılış: *Türk, Birleşme*); *Türk, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde "Nevilerin Aynı Olması" Koşulu*, Ankara 1986; *Yasaman, Hamdi: Anonim Ortaklıklarının Birleşmesi*, Ankara 1987.

<sup>12</sup> RG 15.11.1998, S. 23524.

<sup>13</sup> Bu hüküm *Seri: I No: 28 sayılı Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ m. 1 hükmü* ile değiştirilmiştir. RG 18.2.2003, S. 25024.

ve m. 3). Bu nedenle Tebliğ kapsamında değerlendirilecek birleşmeler nitelikli birleşmelerdir.

HAAO'dan ne anlaşılması gerektiği Tebliğ m. 3'de belirtilmiştir<sup>14</sup>. Buna göre, "hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklık" HAAO'tır. Bu tanım SPK m. 3/g'de verilen tanım ile aynıdır. Bu nedenle Tebliğ'de ayrıca bir tanım vermenin gerekli olmadığı ve doğrudan SPK'na atıf yapılabileceği de savunulabilir.

a) *Hisse senetleri halka arzedilmiş olan* anonim ortaklık, hisse senetleri borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem gören anonim ortaklıklar ile SPK'na göre sermaye artırımını dolayısıyla hisse senetleri halka arzedilmiş olan anonim ortaklıkları ifade eder (SPK m. 3/c)<sup>15</sup>.

b) *Hisse senetleri halka arzedilmiş sayılan* anonim ortaklık, SPK m. 11 uyarınca pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıklardır. Ortak sayısı 250'yi aştığında, anonim ortaklığın hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar HAAO hükümlerine tabi olurlar<sup>16</sup>.

## B- HUKUKİ İŞLEM AÇISINDAN

Hukukî işlem açısından, Tebliğ birleşme işlemlerini esas almaktadır. Tebliğ m. 3'de birleşmenin, ortaklık devralma yoluyla veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Tebliğ birleşmenin bir tanımını

<sup>14</sup> Halka açık anonim ortaklık statüsünün kazanılması ve saptanması açısından özellikle bkz. *Karahan, Sami*: "Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması", *BATİDER*, C. XXI, S. 2, s. 28-29.

<sup>15</sup> SPK m. 3 (c)'de halka arz şu şekilde tanımlanmıştır:

"*Halka arz: Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder*".

<sup>16</sup> Bkz. ayrıca SPK Kurulu'nun Seri: I No: 26 sayılı Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği (RG 15.11.1998, S. 23524); Seri: IV No: 1 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliği (RG 26.2.1982, S. 17617).

Pay sahibi sayısının 250'yi aşması suretiyle halka açık anonim ortaklık statüsünün kazanılması bakımından, çoğunluk iradesinin rolü tartışmalıdır. *Tekinalp*, çoğunluğun iradesi oluşmadan sırf pahasahibi sayısının 250'yi aşmasıyla ortaklığın halka açık anonim ortaklık statüsünü kazanamayacağını savunurken (*Tekinalp, Ünal*: "Anonim Ortaklık Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Hukuki Niteliği", *BATİDER*, C. XVII, S. 2, s. 32 vd.), *Teoman*, ortaklığın anonim ortaklık tipi içinde sınıf değiştirmesi bakımından çoğunluk iradesine herhangi bir rol izafe etmemektedir (*Teoman, Ömer*: "Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması ve Çoğunluğun İradesi", *BATİDER*, C. XVII, S. 3, s. 39 vd).

nı vermekten ziyade kapsama aldığı iki türünü belirtmekle yetinmiş daha sonra da bu türleri tanımlamıştır.

Yönerge’de de birleşme kavram olarak ele alınarak tanımlanmamış, buna karşılık, m. 3’de devralma yoluyla birleşme, m. 4’de ise yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır.

#### TEBLİĞ M. 3 UYARINCA

a) ortaklık devralma yoluyla birleşme “*en az bir ortaklığın, aktif ve pasifini bir bütün olarak başka bir ortaklığa devrederek, tasfiyesiz infisah etmesi, devralan ortaklığın hisselerinden devrolan ortaklığın ortaklarına verilmesi ve devralan ortaklığın tüzel kişiliğini devam ettirmesi*”ni<sup>17</sup>,

b) yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme ise “*iki veya daha çok ortaklığın, tasfiyesiz infisah yoluyla, tüzel kişiliklerini sona erdirerek aktif ve pasiflerini bir bütün olarak birleştirmek suretiyle kurulacak yeni bir ortaklığa devretmeleri ve yeni kurulan ortaklığın hisselerinin sona eren ortaklıkların ortaklarına hisseleri oranında verilmesini*” ifade eder<sup>18</sup>.

Bu tanımların TTK m. 146, 451 ve 452’den hareketle hazırlandıkları ve doktrinde önerilen diğer tanımlarla paralel oldukları söylenebilir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Bu tanım Yönerge m. 3 (1)’de verilen tanıma paraleldir. Ancak Yönerge m. 3’de devralma sonrasında devrolunan ortaklığın pay sahiplerine devralan ortaklığın hisse senetleri yanında, yeni çıkarılacak hisse senetlerinin nominal değerlerinin (eğer nominal değerleri yoksa, defter değerlerinin “*accounting par value*”-) 10%’u oranında nakit ödeme yapılacağı de öngörmektedir. Ayrıca Yönerge m. 3 (2), Üye Devletlerin kanunlarının devralma yoluyla birleşmenin tasfiye halindeki ortaklıklar açısından da uygulanmasını öngörebileceklerini, ancak bunun için dağıtımına başlanmamış olması gerektiğini düzenlemektedir.

<sup>18</sup> Bu tanım Yönerge m. 4 (1)’de verilen tanıma paraleldir. Ancak Yönerge m. 4’de de, tıpkı m. 3 (1)’de olduğu gibi, birleşme sonrasında pay sahiplerine yeni kurulacak ortaklığın hisse senetleri yanında, yeni çıkarılacak hisse senetlerinin nominal değerlerinin (eğer nominal değerleri yoksa, defter değerlerinin “*accounting par value*”-) 10%’u oranında nakit ödeme yapılabilmesine de olanak tanımaktadır. Ayrıca Yönerge m. 4 (2), m. 3 (2)’deki hükmü tekrar ederek, üye Devletlerin kanunlarının yeni ortaklık kurma yoluyla birleşmenin tasfiye halindeki ortaklıklar açısından da uygulanmasını öngörebileceklerini, ancak bunun için dağıtımına başlanmamış olması gerektiğini aramaktadır.

<sup>19</sup> *Türk*, ticaret ortaklıklarının birleşmesini her iki türü de ayrı ayrı ele alarak şöyle tanımlar: “*En az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (devralma yoluyla birleşme); veyahut en az iki ortaklığın ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme) sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesi*”, *Türk*, Birleşme, s. 37. Ayrıca yazar karşılaştırmalı hukuktaki mevzuat, doktrin ve içtihatlarda verilen tanımlar da dahil olmak üzere çok geniş bir tanım yelpazesi vermektedir, s. 11-37. Benzer bir tanım için bkz. *Çelik, Orhan: Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi*, Ankara 1999, s. 127-128.

Tebliğ'in dayanağını oluşturan SPK m. 16/A hükmü "ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmelerinde" de SPK Kurulu'nun gerekli düzenlemeleri yapabileceğini öngörmüştür. Tebliğ ise sadece hukukî anlamda birleşmeleri ele almış buna karşılık pay devirlerini, önemi, büyüklüğü ve sonuçları ne olursa olsun düzenlememiştir. Uygulamada, pay devirleri yoluyla da ortaklığın tüm kontrolünün ele geçirildiği, sermaye ve/veya yönetim yapısının değiştirildiği bilinmektedir. Bu durumda da küçük pay sahiplerinin çıkarlarının zedelenmesi söz konusu olabilir. Nitekim RKHK m. 7 çerçevesinde Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan *Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*, Tebliğ No: 1997/1<sup>20</sup> m. 2/b, c hükmü, pay, mal varlığı veya yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınmasını veya kontrol edilmesini ve ortak girişim kurulmasını da birleşme olarak değerlendirmiş ve belli koşullar altında Rekabet Kurulu'nun iznine bağlamıştır. Rekabet Kurulu düzenlemesinin, rekabet koşullarının sağlanması ve korunması açısından geniş tutulduğu düşünülebilir. Ancak, sermaye piyasalarının sağlıklı işlemesi için küçük pay sahiplerinin korunmasının önemi dikkate alındığında inceleme konusu Tebliğ'in kapsamının da daha geniş tutulmasında yarar olduğu ve özellikle sermaye ve/veya yönetimde kontrolü ele geçirecek şekilde pay ve/veya malvarlığı devirlerinin de kapsama alınması gerektiği savunulabilir<sup>21</sup>.

---

*Tekinalp*, ise birleşmeye ait *unsurları* da ele alarak şu tanımı verir: "Teknik-hukukî anlamında birleşme bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır", *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000, no. 141 (Amlış: *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar).

*Yasaman*, dar ve teknik anlamda birleşmeyi "çeşitli sermaye ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin bir ortaklık haline gelmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıkların pay sahiplerine, bu ortaklığın paylarının verilmesidir" şeklinde tanımlar (*Yasaman*, Birleşme, s. 5.) *Yasaman*'ın *Tekinalp* ile aynı doğrultuda daha ayrıntılı bir tanımı için bkz. *Yasaman*, *Tekinalp*'e Armağan, s. 700.

Fransız hukukunda *Germain*, birleşmeleri genel anlamda birden çok ortaklığın tek bir ortaklığa dönüşmek üzere bütünleşmeleri olarak tanımlamaktadır (*Ripert/Roblot*, no. 1974).

İsviçre hukukunda *Ruedin*'e göre birleşme "iki veya daha fazla ortaklığın, ortaklık ilişkisinin devamı amacıyla, mal varlığının külli halefiyet yoluyla geçmesiyle münfesihten ortaklıkların tasfiye edilmeksizin tek bir ortaklık altında sözleşmesel olarak birleşmeleridir" (*Ruedin, Roland: Droit des sociétés*, Bern 1999, No. 2141).

<sup>20</sup> RG 12.08.1997, S. 23078.

<sup>21</sup> Sermaye piyasasında "yatırımcıların" korunmasına ilişkin yöntemler için özellikle bkz. *Kılıç, Saim*: Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, Ankara 1997, s. 17-33; ayrıca meselenin Türk sermaye piyasası özelinde incelenmesi için bkz. *Küçüksozen, Cemal*: Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara 1999, s. 77 vd.

SPK Kurulu tarafından yine SPK m. 16/A'ya dayanılarak çıkarılan *Seri: IV No: 8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği*<sup>22</sup> kanımca birleşme nedeniyle gerçekleşen kontrol değişikliklerini doğrudan düzenlememekte ve bu nedenle gündeme getirilen sorun herhangi bir düzenlemeye bağlanmamış olmaktadır.

Bununla beraber, *Seri: IV No: 8 sayılı Tebliğ m. 17'nin*, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, tek başına veya birlikte hareket eden kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın sermayesinin ve oy haklarının %25'ine veya daha fazlasına ya da bu orana bağlı olmaksızın yönetim kontrolünü sağlayan paylarına sahip olanların diğer ortaklara ait hisse senetlerini satın almak üzere çağrıda bulunmakla yükümlü olduğunu öngörmesinin, küçük pay sahipleri için belli bir koruma yarattığı ve bu nedenle konunun ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak bu halde de SPK Kurulu Tebliği arasında bir kopukluk olmaktadır. Bu nedenle, Tebliğ'ler arasında bir eşgüdüm sağlanmasında yarar vardır.

Yönerge'nin Dördüncü Bölümü m. 24 vd. bir ortaklığın paylarının tamamını veya %90 veya daha fazlasını elinde tutan bir ortaklığın payları devralmasını düzenlemekte ve bu durumda da İkinci Bölüm hükümlerinin (bazı hükümlerin ayrı tutulması kaydıyla) uygulanmasını öngörmektedir. Eş deyişle, bu halde de devralma yoluyla birleşmenin varlığını kabul etmektedir. Yönerge m. 24 bir ortaklığın paylarının tamamını elinde tutan ortaklığın yavru ortaklığı devralmasına ilişkindir. Bu hükmünün uygulandığı durumlarda, belli koşulların yerine getirilmesi halinde, genel kurul onayına ilişkin Yönerge m. 7'de öngörülen gereklerin yerine getirilmesine gerek kalmaz (Yönerge m. 25). Yönerge m. 27 devralan ortaklığın devralınan ortaklığın paylarının %90 veya daha fazlasını elinde bulundurması halindeki devralmalarda, belli koşulların yerine getirilmesi üzerine, genel kurul onayına gerek kalmayacağını düzenlemektedir. Bu maddeye tabi birleşmelere Yönerge m. 9 ila 11 hükümleri de uygulanmaz.

### III. BİRLEŞME İŞLEMLERİ

Tebliğ'de birleşmenin iki ayrı türü gözetilmeksizin ortak hükümler öngörülmüştür. Yönerge ise farklı bir yöntem izleyerek İkinci Bölümde m. 5 vd.'nda devralma yoluyla birleşmeye, Üçüncü Bölümde m. 23'de ise yeni ortaklık kurma yoluyla birleşmeye ilişkin işlemleri düzenlemiştir. Ancak Yönerge m. 23 hükmü, Yönerge m. 5, 6, 7, 9 ila 22 maddelere atıf yaptığından (68/151/EEC sayılı Yönerge m. 11 ve 12 hükümleri saklı olmak üzere), her iki türün büyük ölçüde ortak hükümlere bağlı olduğu görülmektedir.

<sup>22</sup> RG 9.3.1994, S. 21872.



Tebliğ’de birleşme işlemleri için belli bir sıralama öngörülmesi dahi, Tebliğ hükümlerinin incelenmesinden aşağıdaki işlemlerin yapılmasının gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

## A- ÖN KOŞULLAR

### 1 - Nevilerin Aynı Olması

TTK m. 147 uyarınca, birleşme yalnız aynı nev’iden olan ortaklıklar açısından caizdir<sup>23</sup>. Bu çerçevede kolektif ile komandit ortaklıklar ve anonim ile sermayesi paylara bölünmüş ortaklıklar aynı nev’iden sayılır. Hükümde açıklık olmamasına rağmen, doktrin oybirliği ile iki anonim ortaklığında aynı nevinden olarak birleşebileceğini belirtmektedir<sup>24</sup>, zaten TTK m. 451 vd. anonim ortaklıkların birleşmelerinin özel olarak düzenlenmesi de bu görüşün yasal dayanağını oluşturmaktadır.

İnceleme konusu Tebliğ, en az bir tarafında HAAO’ın bulunduğu anonim ortaklıkların birleşmesini düzenlediğinden, TTK m. 147’nin düzenlediği önkoşul da gerçekleşmiş olmaktadır.

### 2 - Borca Batık Olmama – Ara Bilanço

Tebliğ m. 5/son hükmü uyarınca, TTK m. 324 hükmü çerçevesinde aktiflerin satış fiyatı esas alınarak düzenlenen bilançoya göre sermayesinin 2/3’ü karşılıksız kalan ortaklık, devralan ortaklık sıfatıyla birleşme işlemine katılamaz. Burada sadece devralan açısından öngörülen bir sınırlama söz konusudur ve ortaklığın malî yapısının devralma işlemi sonrasında daha da zayıflamasına engel olmaya yöneliktir.

Tebliğ m. 5/son hükmünün TTK m. 324’e yaptığı gönderme, ara bilançonun ne şekilde ve hangi esas üzerinden hazırlanacağını belirlemeye yöneliktir. Hatırlanacağı üzere TTK m. 324/II uyarınca, ortaklığın aciz halinde olduğuna ilişkin kuşkuvarlığında, yönetim kurulu aktiflerin satış fiyatlarını esas alarak bir ara bilançosu düzenler.

<sup>23</sup> Bu koşulun eleştirisi açısından genel olarak bkz. *Türk, Hikmet Sami*: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu, Ankara 1986; *Yasaman*, Birleşme, s. 33; *Odman, N. Ayşe*: “Ticaret Ortaklıklarının Bölünmesi ve Birleşmesi”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 48; *Karayalçın, Yaşar*: 40. Yılında TTK Semineri Tartışmaları, 2. Kitap: Ticaret Şirketleri, İstanbul 1998, s. 48; *Karayalçın*, Muhasebe Hukuku, s. 164; *Türk, Hikmet Sami*, 40. Yılında TTK Semineri Tartışmaları, 2. Kitap: Ticaret Şirketleri, İstanbul 1998, s. 49.

<sup>24</sup> Bu yönde *Türk*, Birleşme, s. 44 vd., *Yasaman*, Birleşme, s. 34; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar, no. 150; *Erdem*, s. 43.

Tebliğ m. 5 hükmünden dolayı olarak, birleşmeye taraf ortaklıkların mali tablolarının, TTK m. 324/II çerçevesinde aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenmiş bir ara bilanço içermesi gerektiği de anlaşılmaktadır. Eğer aktiflerin satış fiyatı üzerinden düzenlenecek bilançoda sermayenin 2/3'nün kaybedildiği anlaşılırsa, ortaklık devralan sıfatıyla birleşmeye taraf olamaz. Ancak bu durum ortaklığın devrolan sıfatıyla devralma işlemine veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemine taraf olmasına engel oluşturmaz.

## B- YETKİLİ ORGANLARIN ÖN KARARI

Tebliğ m. 4 hükmü uyarınca birleşme işlemlerine başlanabilmesi için birleşmeye taraf ortaklıkların yönetim kurullarının bir karar alması gerekli ve yeterlidir. Ancak ortaklık esas sözleşmesi ve/veya ortaklar sözleşmesi/pay sahipleri sözleşmesi ("*shareholders agreement*") hükümlerine göre, bu konuda yetkili kılınmış genel kurul da bir ön kararı alabilir.

Doktrinde birleşme işlemlerinin bir ön aşaması olarak bir ön karar almanın gerekip gerekmediği tartışılmıştır. TTK'da bu karara/izne ilişkin olarak açık bir hüküm yoktur. *Arslanlı*, birleşmeyi kararlaştırmaya yetkili organın, birleşmeye, sözleşmenin hazırlanmasına ve gerektiğinde sözleşmenin ana noktalarına ilişkin olarak izin vermesi gerektiğini savunur<sup>25</sup>.

Bu karar birleşme işlemine, birleşme sözleşmesinin hazırlanmasına ve sözleşmenin hüküm ve şartlarına ilişkin olacaktır. Böylece, kararın genel kurul tarafından alındığı hallerde yönetim kuruluna, yönetim kurulunca alındığı hallerde de, birleşme işlemlerini yürütecek olan yönetim kurulu üyelerine veya murahhas aza veya murahhas müdüre veya müdürlere bir "yol haritası" işlevi görecektir. Bu nedenle genel kurul tarafından alınsa dahi, aşağıda detaylı olarak görüleceği gibi, Tebliğ m. 13 ve TTK m. 148'de öngörülen birleşmenin onayına ilişkin genel kurul kararından farklıdır.

Birleşme işlemlerinin, özellikle bu Tebliğ'de öngörüldüğü şekilde gerçekleşeceklerin, hem uzun zaman alacağı hem de masraflı olacağı kuşkusuzdur. Birleşme kararını verecek olan genel kurul kararından önce özellikle genel kurulca bu yönde bir karar alınması, ileride genel kurulun aksi yönde bir karar alma olasılığını ve böylece harcanan zaman ve yapılan masrafların boşa gitmesine engel olacaktır.

<sup>25</sup> Bkz. *Arslanlı, Halil*: Anonim Şirketler, C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 244; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar, no. 151b.

### C- BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Tebliğ m. 6 hükmü uyarınca birleşmeye taraf ortaklıkların özkaynaklarının saptanması amacıyla, mahkemece atanan bir bilirkişiye, malî tablolar üzerinde bir inceleme yaptırılır.

Tebliğ ile mahkemeye bilirkişi atama yönünde bir görev yüklenemeyeceğine göre, tarafların bu bilirkişi incelemesini bir tespit şeklinde talep etmeleri akla daha yakın gelmektedir. Tebliğ’de incelemeyi gerçekleştirecek bilirkişi sayısı belirtilmediğine göre, kanımca, takdir yetkisi mahkemenindir. Mahkeme birleşmeye taraf ortaklıkların hacmine ve malî tabloların karmaşıklığına göre bir veya birden fazla bilirkişi atayabilir. Birden fazla bilirkişi atanması durumunda bunlar kurul olarak hareket ederler (HUMK m. 281).

Birleşme oranının saptanmasında sadece özkaynak yönteminin uygulanması halinde bu yöntemle göre, bu yöntem dışında başka bir yöntem (örneğin borsa fiyatlarının esas alınması, Tebliğ m. 7) de uygulanması halinde ise hem özkaynak hem de seçilen diğer yöntemle göre hesaplanacak birleşme oranlarına, değiştirme oranına ve birleşme sonrası sermaye tutarına hazırlanacak bilirkişi raporunda yer verilmesi zorunludur (Tebliğ m. 7). Bilirkişi raporunun içeriğine ilişkin bu düzenlemeye Tebliğ m. 6’da değil de “*Birleşme oranının hesaplanmasında uygulanabilecek yöntemler*”e ilişkin Tebliğ m. 7’de yer verilmesi başlı başına bir özensizlik göstergesidir.

Bilirkişi raporunun değerlendirilmesine ilişkin Tebliğ Ek 1 incelendiğinde, bilirkişiden beklenen saptamaların özel bağımsız denetim raporunda da ele alınabileceği anlaşılmaktadır. Böylece bilirkişi raporu, birleşme işlem basamaklarında bir fazlalık, taraflar açısından da ek bir külfet olarak değerlendirilebilir.

Tebliğ m. 6’da öngörülen incelemeye ek olarak, birleşme sonrası sermaye tutarını saptamak için de bilirkişi incelemesi yapılacaktır (m. 7/II). Yeni sermayenin bu şekilde saptanması gerekli ve yararlıdır; zira pay sahiplerinin her türlü ortaksal hakları bu sermayedeki paylarına göre belirlenecektir.

### D- BİRLEŞME ORANININ SAPTANMASI

Tebliğ m. 7 hükmü uyarınca birleşme oranının saptanmasında öncelikle taraflarca benimsenen yöntem dikkate alınır. Bu nedenle taraflar diledikleri yöntemi seçmekte özgürdür. Ancak Tebliğ hükmü, varsayım olarak, özkaynak yöntemi ve borsa fiyatı yöntemi olarak iki yöntem öngörmektedir. Böylece, SPK, hiç değilse HAAO yönünden doktrinde tartışmalı bir konuya da açıklık getirmiş olmaktadır<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Doktrinde değiştirme biriminin saptanmasında çeşitli yöntemler önerilmektedir. *Tekinalp*,

## 1 - Öz Kaynak Yöntemi

Tebliğ m. 7 hükmünde açıkça belirtilmese de birleşme oranının saptanmasında öngörülen asıl yöntemin özkaynak yöntemi olduğu düşünülebilir. Zira Tebliğ özkaynakların saptanması amacıyla bilirkişi (m. 6) ve uzman kuruluş incelemesi yapılmasını öngörmektedir (m. 8). Bununla beraber Tebliğ'de öz kaynak yöntemi tanımlanmamıştır.

Özkaynakların hesaplanmasında çeşitli yöntemler söz konusu olabilir. Ancak Tebliğ m. 7/son uyarınca, özkaynaklar, varlıkların rayiç değer üzerinden değerlemeye tabi tutulması suretiyle hesaplanıyorsa ve varlıklar arasında gayrimenkuller de varsa, bunların değerlendirilmesi SPK Kurulu tarafından listeye alınan gayrimenkul değerlendirme şirketleri tarafından yapılır. Bilirkişi raporunda, gayrimenkul değerlendirme şirketi tarafından yapılan değerlemenin sonuçları esas alınır.

## 2 - Borsa Fiyatı Yöntemi

Tebliğ m. 7 hükmünde ikinci bir yöntem olarak borsa fiyatları öngörülmuş ancak yöntemin uygulanması iki koşula bağlanmıştır. Buna göre, onay için SPK Kuruluna başvuru yapıldığı tarih itibarıyla

- En az halka açıklık oranı %25 olması (halka arzedilmiş hisse senetlerinin nominal değerleri toplamının, ortaklığın nominal sermayesinin oranının en az %25 olması) ve hisse senetlerinin borsada işlem görmesi;
- Son bir yıllık düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalamasının esas alınması gerekir.

SPK Kurulu yukarıda anılan koşullarda değişiklik yapabileceği gibi ek koşullar da öngörebilir.

---

Kurumlar Vergisi Kanunundan hareketle (m. 36-39) sadece bir yöntemin seçileceğinin söylenemeyeceğini, ortaklıklar hukuku açısından en adil yöntemin seçilmesinin eşyanın tabii gereği olduğunu belirterek, özvarlık yöntemini önerir. Özvarlık ortaklığın sermayesi ile açık yedek akçeleri ve yeniden değerlendirme fonunun toplamından -varsa- bilanço zararlarının çıkarılması ile bulunur, *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar, no. 145a-145c. *Karayalçın*, birleşme bilançosunun tam malvarlığı bilançosu şeklinde hazırlanmasının gerekli olmadığını, değerlendirmenin yıl sonu bilançolarındaki esaslara göre de yapılabileceğini, ancak bilançonun doğru, tam ve samimi olmasının şart olduğunu, uzmanların bilanço yorumlayarak ortaklığın gerçek malvarlığı durumunu belirleyebileceklerini, önemli olanın bilançonun bu tür bir yoruma elverişli olması olduğunu belirtir, *Karayalçın*, Muhasebe, s. 164. *Yasaman* ise tasfiye bilançosuna göre mal varlığının değerlendirilmesini, malvarlığının satış değeri dikkate alınarak gerçek değerinin bulunmasını, gizli yedek akçelerin hesaba katılmasını, aktifleştirilmesi mümkün ise good-will'in de aynı şekilde hesaba katılmasını önermektedir, *Yasaman*, Birleşme, s. 47-48.

## E- UZMAN KURULUŞ İNCELEMESİ

Tebliğ m. 8 hükmü uyarınca, birleşmeye taraf ortaklıkların özkaynaklarının saptanması amacıyla yapılan bilirkişi incelemesiyle (m. 6) yetinilmeyerek bir de uzman bir kuruluştan rapor alınır.

Tebliğ m. 8 hükmünde uzman kuruluş olarak, (i) bağımsız denetim kuruluşları (nitelikleri SPKuruluna belirlenenler), (ii) danışmanlık şirketleri<sup>27</sup>; (iii) aracı kurumlar (halka arza aracılık ve yatırım danışmanlığı yetki belgelerinin her ikisine de sahip olmak koşuluyla) ve (iv) mevduat kabul etmeyen bankalar sayılmaktadır.

Özkaynaklara ilişkin bu çift inceleme SPKurulunun benimsediği esas yöntemin özkaynak yöntemi olduğu kanısını pekiştirmektedir. Kuşkusuz SPKurulunun bu “çifte kavrulmuş” denetiminin altında küçük yatırımcıyı korumak endişesi yatmaktadır. Ancak çift incelemenin işlemleri uzatacağı ve masrafları arttıracacağı da unutulmamalıdır.

Tebliğ m. 8/II hükmü uzman kuruluş incelemesine farklı bir anlam katmaktadır. Kanımca bu inceleme birleşmeye taraf ortaklıklarca seçilen birleşme yöntemlerini doğrulamaya yöneliktir. Raporda özkaynak yöntemi ve bu yöntemle beraber uygulanacak en az iki yöntem ve bu yöntemlere göre hesaplanacak birleşme oranlarına, seçilen yöntemin gerekçesine, değiştirme oranlarına ve birleşme sonrası sermaye tutarına yer verilmesi istendiğine göre, uzman kuruluş incelemesiyle, birleşmeye taraf ortaklıkların seçtikleri yöntemin ve bu seçimin gerçekleşmesinin sınanması ve doğrulanması amaçlanmaktadır.

Yönerge m. 10'da bilirkişiler tarafından yürütülecek inceleme düzenlenmektedir. Her ne kadar incelemenin bilirkişiler (“*experts*”) tarafından yapılacağı öngörülmüşse de, burada Tebliğ m. 6'da düzenlenen bilirkişi incelenemesinden ziyade yukarıda açıklanan uzman kuruluş incelemesi söz konusudur. Bu nedenle Tebliğ m. 8 hükmünün, farklılıkları olsa da, Yönerge m. 10'dan esinlenerek hazırlandığı düşünülebilir.

Yönerge m. 10 (1) uyarınca birleşen ortaklıkların her biri hesabına hareket eden ve bir mahkeme veya idarî makam tarafından atanan veya onan bağımsız bir veya birden fazla bilirkişi taslak birleşme koşullarını inceleyerek pay sahiplerine hitaben bir rapor hazırlar. Üye Devletlerin kanunlarının izin

<sup>27</sup> Danışmanlık şirketlerinden anlaşılması gereken, nitelikleri SPKurulunca belirlenen bağımsız denetim kuruluşlarının üyelik anlaşmasına sahip oldukları yabancı şirketlerle yaptıkları lisans, know-how ve benzeri sözleşmeler çerçevesinde faaliyette bulunan danışmanlık şirketleridir.

verdiği ölçüde bu bağımsız bilirkişiler gerçek veya tüzel kişi (ortaklık) olabilir<sup>28</sup>.

Yönerge m. 10 (2) gereğince, bilirkişiler raporlarında her halde değişim oranının makul ve adil olup olmadığını belirteceklerdir. Raporlarında ayrıca (a) önerilen değişim oranına ulaşmada kullanılan yöntem veya yöntemleri belirtecekler ve (b) somut olayda bu yöntem veya yöntemlerin uygun olup olmadığını, kullanılan yöntemlerle varılan sonuçları irdeleyecekler ve bu yöntemlerin önemine ilişkin görüşlerini belirteceklerdir. Rapor ayrıca herhangi bir değerlendirme zorluğu varsa bunu da gösterecektir.

Yönerge m. 10 (3) hükmü, bilirkişilere raporlarını hazırlamaları için birleşen ortaklıklardan gerekli her türlü bilgi ve belgeyi isteme yetkisi vermektedir.

## F- BİRLEŞME SÖZLEŞMESİ

### 1 - Genel Olarak

Birleşme sözleşmesi (Tebliğ m. 9) Tebliğ'de öngörülen her iki tür birleşmeyi de (ortaklık devralma yoluyla veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme) kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Gerekliliği. Ortaklıkların birleşmesinin genel olarak düzenlendiği TTK m. 146 vd. da ve anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin TTK m. 451-452 hükümlerinde birleşme sözleşmesinin gerekliliği ve unsurları açıkça düzenlenmiş değildir. Sadece TTK m. 452/II, 1 hükmünde “*şirketler imzaları noterce tasdikli birleşme mukavelesinde; birleştiklerini, yeni anonim şirketin esas mukavelesini tanzim ettiklerini, bütün hisselerin taahhüt olduğunu, mevcut şirketlerin mallarını sermaye olarak yeni şirkete koyduklarını ve yeni şirketin lüzumlu organlarını tayin ettiklerini tesbit ederler*” denilmekle, birleşme sözleşmesi ve içeriği öngörülmektedir. Bu hükmün yetersizliğine karşı doktrin bu hükümden de yararlanarak birleşmede, bir sözleşmenin gerekliliğini savunmaktadır<sup>29</sup>. Kanımca da, hem HAAO’ın, hem de kapalı AO’ın taraf oldu-

<sup>28</sup> Fransız hukukunda, FrTOK m. 377 uyarınca, ticaret mahkemesi başkanı tarafından bir veya birden çok denetçi (“*commissaires*”) atanır. Denetçiler mahkemeye kayıtlı bilirkişiler veya yeminli mali müşavirler arasından seçilebilir. Denetçilerin görevi değişim oranının adil olup olmadığını saptamak ve bu konuda bir rapor hazırlamaktır. Raporlarında değerlendirme açısından izlenen yöntemi de irdeleyeceklerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ripert/Roblot*, no. 1978.

<sup>29</sup> Birleşme sözleşmesinin, birleşme için vazgeçilmez bir unsur olduğu yönünde bkz. *Yasaman*, Birleşme, s. 7; *Böckli, Peter*: Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Nachdruck, Zürich 1997, No. 294c, *Karayalçın*, tarafların birleşme şartları konusunda olumlu sonuca varması halinde bir protokol (birleşme anlaşması) taslağı düzenleneceğini belirtmekte, ancak birleşme sözleşmesinin zorunluluğuna değinmemektedir, *Karayalçın*, Muhasebe Hukuku, s. 165; *Odman*, -kapalı tip anonim ortaklıklar bakımından- birleşme sözleşmesine yer veril-

ğu birleşmelerin karmaşık yapısı, birleşme öncesinde ve birleşme sonrasında hukukî işlemlerin sayıca çokluğu ve nitelikleri, birleşmeye taraflar dışında başka kişilerin müdahale olasılığı (örneğin SPK ve/veya Rekabet Kurulu), tarafların birleşmenin yan sonuçlarını da düzenleme istekleri (sır saklama, rekabet yasakları, işçilerin durumu, basın ile ilişkiler, vb) birleşme sözleşmelerini zorunlu kılmaktadır.

Hukukî niteliği. Birleşme sözleşmesi unsurları yasada açıkça düzenlenmemiş sözleşmelerden olmakla, isimsiz veya atipik sözleşmeler grubundadır ve bu çerçevede en geniş anlamda sözleşme özgürlüğünden yararlanır<sup>30</sup>. Ancak, birleşmeye taraf ortaklıkların karşılıklı hak ve borçlarını düzenlediğinden temelde bir borçlandırıcı sözleşmedir. Bunun yanı sıra birleşme sözleşmesi kaçınılmaz olarak birleşen ortaklıkların ortak olma iradelerini de içerdiğinden bir ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.

Birleşme sözleşmesi şarta bağlı olarak kurulur. Kapalı AO'lar açısından yegane şart, genel kurul onayı ve koşulları oluşmuşsa Rekabet Kurulu izni, HAAO açısından ise bunla ilaveten SPK Kurulu kaydına alınmadır<sup>31</sup>.

Yetkili organ. Birleşme sözleşmesini hazırlamaya yetkili organ Yönetim Kurulu'dur (Tebliğ m. 9). Yönetim Kurulunun bu yetkisini veya görevini ayrıca

---

mesine de lege feranda gerek olmadığı, bunun yerine ilgili ortaklıkların, ana sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin usul ve esaslar dairesinde ayrı ayrı karar vermelerinin ve bu kararların tescil ve ilan edilmesinin yeterli olacağı görüşündedir, *Odman*, Bölünme ve Birleşme, s. 51-52 dn. 2. Birleşen ortaklıkların ana sözleşmelerinde yapacakları değişiklikler gerçekle birleşme sözleşmesinin sonuçlarından sadece biridir. Tarafların birleşme sırasındaki hak ve borçlarını sadece ana sözleşme değişikliklerine hasretmek ve bunu yeterli görmek doğru değildir. Birleşme sözleşmesi, kapalı ortaklıklarda dahi, hem azınlık pay sahiplerinin bilgilendirilmesi ve böylece haklarını koruma olanağı tanınması, hem alacaklıların korunması hem de yönetim kurulunun birleşme işlemlerini sağlıklı olarak yürütülebilmesi açısından gereklidir.

<sup>30</sup> Sözleşmenin isimsiz sözleşmeler kategorisinde yer aldığı hususunda bkz. ayrıca *Ruedin*, no. 2173. Birleşme sözleşmesinin hukukî niteliği hakkındaki görüşler açısından bkz. *Yasaman*, Birleşme, s. 39-45; *Tekinalp* birleşme sözleşmesinin bir borçlanma, tasarruf ve örgütlenme sözleşmesi olduğunu, bu sözleşmenin hem aynı hem de borçlar hukuku ve eşya hukukuna ilişkin unsurlar içerdiğini belirtir. *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, Ortaklıklar, No. 156. Birleşme sözleşmesinin bir borçlandırıcı sözleşme olduğunda kuşku yoktur. Ancak tasarruf sözleşmesi olduğunu söylemek zordur. Zira, tasarruf sözleşmelerinde ("*Verfügungsverträge*") taraflardan biri diğeri yararına bir hakkı veya bir hukukî ilişkiyi kesin olarak devreder, kısıtlar veya ortadan kaldırır (Bkz. *Eren, Fikret*: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1988, s. 196). Bu tür sözleşmelerin klâsik örneği ise menkul mülkiyetini devreden tasarruf sözleşmesi (aynî sözleşme) ile alacağın temliki sözleşmesidir. Kanımca, birleşme sözleşmesinin ise bu tür bir niteliği yoktur. Devralma yoluyla birleşmede, devrolan ortaklık sözleşme ile ortadan kalkmadığı gibi, devralan ortaklığın payları da devrolan ortaklığın ortaklarına sözleşme anında verilmemektedir. Keza, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede de yeni ortaklık birleşme sözleşmesiyle kurulmamaktadır.

<sup>31</sup> *Tekinalp*'e göre birleşme sözleşmesi geciktirici şarta bağlıdır ve sözleşme bu şekilde düzenlenmese bile böyle addedilmelidir. *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, Ortaklıklar, No. 156.

belirtmeye gerek yoktur, zira TTK m. 317 uyarınca Yönetim Kurulu ortaklığı idare ve temsile yetkilidir.

Yönerge m. 5 (1) ise “birleşmenin taslak koşullarının” (“*draft terms of merger*”) birleşen ortaklıkların idarî veya yönetsel organları tarafından hazırlanacağını öngörmektedir<sup>32</sup>.

## 2 - Zorunlu İçerik

Sözleşmenin asgarî ve zorunlu içeriği Tebliğ Ek 3'te belirtilmiştir<sup>33</sup>. Yönerge m. 5 (2)'de de “birleşmenin taslak koşullarının” neler olduğu sayılmıştır.

<sup>32</sup> Fransız hukukunda birleşme sözleşmesi taslağı (“*projet de fusion*”) birleşmeye taraf ortaklıkların yönetim kurulları veya icra kurulları tarafından hazırlanır FrTOK m. 374/I. Sözleşmenin içeriği, ilanı ve diğer hususlar açısından bkz. *Ripert/Roblot*, no. 1977.

<sup>33</sup> Tebliğ Ek. 3 uyarınca birleşme işlemine taraf ortaklıkların yönetim kurulları tarafından hazırlanan birleşme sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurlar aşağıda verilmiştir.

1. Birleşmeye katılacak tarafları tanıttıcı genel bilgiler,
2. Ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde karşılıklı ve birbirine uygun devrolma ve devralma iradeleri ile devrolan ortaklığın malvarlığının tasfiyesiz ve bir bütün halinde devralan ortaklığa geçeceğini belirten hüküm, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde ise infisah edecek ortaklıkların malvarlıklarının tasfiyesiz ve bir bütün halinde yeni kurulacak ortaklığa geçeceğini belirten hüküm,
3. Birleşme işlemine esas teşkil eden bilirkişi raporunun, uzman kuruluşun birleşmeye ilişkin raporunun ve Kurul'dan alınan onayın tarih ve sayısı,
4. Birleşme işleminin hangi tarihli mali tablolar üzerinden gerçekleştirileceği,
5. Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde, devralan ortaklığın artırılacak sermaye tutarı veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde yeni kurulacak ortaklığın sermaye tutarı ile her iki halde de değiştirme oranı, infisah eden ortaklığın pay sahiplerine verilecek hisse senetlerinin nevi ve nominal değeri,
6. Hisse senetlerinin değişimi sonucu küsurat kalması halinde ortaklara kesir makbuzu verileceğini belirten hüküm,
7. Birleşme işlemine taraf ortaklıklarda imtiyazlı paylar, intifa senetleri ile tahvil ve benzeri borçlanma senetlerinin varlığı halinde birleşme sonrasında ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devralan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise yeni kurulacak ortaklık bünyesinde söz konusu senetlere ilişkin hakların devam edip etmeyeceği,
8. Varsa oydan yoksun hisse senetlerine ilişkin olarak uygulanacak olan esaslar,
9. Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devralan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise yeni kurulacak ortaklığın, birleşme işlemine taraf ortaklıkların tahakkuk etmiş ve birleşme tarihine kadar tahakkuk edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer yükümlülüklerini yerine getireceğini bir taahhütname ile vergi dairesine yasal süresi içerisinde bildireceğini belirten hüküm,
10. Devralma yoluyla birleşme işleminde devrolan ortaklıkların, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemine ise infisah edecek ortaklıkların üçüncü şahıslara olan borçlarının vadelerinde devralan veya yeni kurulacak ortaklık tarafından tam ve eksiksiz olarak ödeneceğini belirten hüküm,



Bu içerik TTK m. 452/1'in öngördüğü yetersiz içerik karşısında uygulamaya yön vermesi açısından tatminkârdır. Ancak, özellikle yabancı ortaklıkların taraf olduğu birleşmelerde anglo-sakson hukukundan esinlenerek hazırlanan çok ayrıntılı sözleşmeler kullanıldığı dikkate alındığında Ek 3'de sayılan unsurlara eklemeler yapılacağı kuşkusuzdur. Bu çerçevede, sözleşmede tarafların birbirlerine karşı çeşitli beyan ve tekefüllerde ("*representations and warranties*") bulunacakları unutulmamalıdır. Bu beyan ve tekefüller çok çeşitli olmakla beraber uygulamada genellikle ve özetle şu konular çerçevesinde yoğunlaştığı görülür: (i) devir konusu hisselerin takyidatsız olması; (ii) bilanço ve eklerinin gerçeğe uygunluğu ve devredilen ortaklığın borç ve taahhütlerinin kefalet, teminat ve garantilerinin durumu; (iii) devredilen şirketin vergi borçları ve diğer kamusal borçları; (iv) devredilen şirketin işçilerinin durumu, kıdem tazminat yükü; (v) devredilen şirketin mevzuata uygun olarak kurulması ve çalışması.

Sözleşmede ayrıca devir bedelinin ödenmesine, devirden sonra ortaya çıkacak borç ve sorumluluklara, işlemin tamamlanması için alınması gerekli izinlere (örneğin Rekabet Kurulu, Hazine Müsteşarlığı) uyumsuzlukların çözümlenmesine ilişkin hükümlerde bulunur.

### 3 - Şekil

Tebliğ m. 9 hükmü birleşme sözleşmesi için özel bir şekil öngörmemektedir.

- 
11. Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devrolan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise infisah edecek ortaklıkların vadesi geldiği halde alacaklıların müracaat etmemesi nedeniyle ödenmemiş olan borçları ile vadesi gelmemiş ve/veya ihtilaflı bulunan borçlarına ilişkin olarak TTK'nın 445. maddesi çerçevesinde hareket edileceğini belirten hüküm,
  12. Birleşme işleminin taraflara yüklediği diğer borç ve yükümlülükler,
  13. Tarafların birleşme sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda tarafların katlanacağı sonuçları belirten hüküm,
  14. Ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde devralan ortaklığın esas sözleşmesinde yapılacak değişiklikler ile yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde yeni kurulacak ortaklığın esas sözleşme taslağı,
  15. Tarafların yönetim kurulları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süre, bu süre içerisinde genel kurulların toplanamaması halinde birleşme sözleşmesinin geçersiz sayılacağına ilişkin hüküm,
  16. Hisse senetlerinin teslim esasları,
  17. Ortaklık devralma yoluyla birleşme işlemlerinde devrolan, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde ise infisah edecek ortaklıkların hangi tarih itibarıyla infisah edeceğine ilişkin açıklama,
  18. Birleşme işleminin hangi tarihten itibaren geçerli olacağı ve hisse senedi sahiplerinin hangi tarihten itibaren kar payı alma hakkına sahip olacağı,
  19. Varsa birleşmeye taraf ortaklıkların yönetim ve denetim organları, bilirkişiler ile birleşmeye ilişkin raporu hazırlayan uzman kuruluşa sağlanan özel menfaatler.

Ancak Tebliğ anonim ortaklıkların birleşmesini düzenlediğine göre, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede, TTK m. 452’de öngörülen “noter tasdiki” koşulu aranmalıdır.

TTK m. 452 hükmünün yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmelere ilişkin olmasına karşın, devralma yoluyla birleşmelere de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır<sup>34</sup>. Gerçekte kanun koyucunun “noter tasdiki” koşulunu sadece yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmelerde öngördüğünü ve devralma yoluyla birleşmelerde bu koşulu aramadığını savunmanın haklı bir gerekçesi de yoktur<sup>35</sup>. Bununla beraber, yasada açık bir düzenleme olmaması karşısında devralma yoluyla birleşmelerde noter tasdiki şartının aranmaması, ancak sözleşmenin yazılı şekilde yapılması görüşümdedir. Zaten Ek 3’ün içeriği de yazılı bir sözleşmenin düşünüldüğünü göstermektedir. Taraflar, ihtiyarî olarak birleşme sözleşmesini noter tasdikine veya noterce resen düzenleme şartına da bağlayabilirler. *De lege ferende* gereksiz noter masraflarına ve damga vergisine neden olan, TTK m. 452’de öngörülen noter tasdiki koşulunun kaldırılması yerinde olur.

Yönerge m. 5 (1) uyarınca birleşmenin taslak koşullarının yazılı olarak belirlenmesi gerekir. Yönerge özel bir yazılı şekil öngörmemiştir.

## G- YÖNETİM KURULU RAPORU

Konu Tebliğ m. 10 hükmü ile düzenlenmiştir. Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan bu raporun şirket ortaklarını aydınlatmaya yönelik olduğu ve genel kurula sunularak ortakların birleşme işlemini değerlendirmesine yardımcı olmak amacıyla öngörüldüğü düşünülebilir. Pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla, onların incelenmesine sunulacak belgeler arasında, Tebliğ m. 12’de yönetim kurulu raporunun da sayılmış olması bu görüşü desteklemektedir.

Yönetim kurulu raporunda birleşme sözleşmesinin hükümlerini ve birleşme oranını açıklayacak, birleşmenin hukukî ve ekonomik gerekçelerini (şirket için gerekliliği ve yararları da dahil olarak) ortaya koyacak ve değerlemeyi etkileyen hususlara da yer verecektir (Tebliğ m. 10). Tebliğ’in “ayrıntılı” bir

<sup>34</sup> TTK m. 452/1 hükmünün devralma yoluyla birleşmelere de uygulanması açısından bkz. Arslanlı, s. 245; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, 2. Cilt, 2. Bası, İstanbul 1976, No. 492. Aksi yönde Yasaman, Birleşme, s. 38, Karayalçın, Muhasebe Hukuku, s. 166.

<sup>35</sup> TTK m. 452’de öngörülen birleşme sözleşmesinin, yeni kurulacak anonim ortaklığın ana sözleşmesini de içermesi nedeniyle noter tasdikli olması gerektiği, böylece yeni kurulacak anonim ortaklık esas sözleşmesinin tüm kurucularca imzalanması ve noter tasdikli olması koşulunun (TTK m. 279) yerine getirildiği savunulabilirse de, bu görüş uygulama açısından gerçekçi değildir. Zira, yeni ortaklığın kuruluş işlemlerinin tamamlanması açısından gerekli sayıda ortaklık ana sözleşmesi her halükarda ayrıca düzenlenecek ve ticaret siciline tescil için bu ana sözleşmeler kullanılacaktır.

rapordan söz etmesi karşısında, raporun birleşme işlemi açısından sağlıklı bir karar alınmasına el verecek ölçüde kapsamlı olması, gerektiğinde yönetim kurulunun birleşme işlemleri kapsamında yaptırdığı özel çalışmalara (piyasa veya pazar araştırmaları; değerlendirme çalışmaları gibi) da yer vermesi beklenir. Tebliğ'in temel amacı küçük yatırımcıların korunması ve kamunun aydınlatılması olduğuna göre, yönetim kurulu raporu da bu amacı gerçekleştirecek ayrıntı ve düzeyde olmalıdır<sup>36</sup>.

Tebliğ m. 10 hükmünde açıkça öngörülmemiş olmasına karşın bu raporun birleşme sözleşmesinin bir eki olarak hazırlanmasının amaca daha iyi hizmet edeceği kanısındayım.

Yönerge m. 9'da, birleşen ortaklıkların yönetim veya idare organlarının detaylı bir rapor hazırlayarak, birleşmenin taslak koşullarını, bu koşulların ekonomik ve hukukî gerekçelerini ve özellikle değişim oranını açıklamaları aranmıştır<sup>37</sup>. Tebliğ m. 10 hükmü Yönerge ile uyumludur.

## H- KURUL ONAYI

Tebliğ m. 11 hükmü uyarınca, birleşme sözleşmesi yetkili kurullarda onaylanmadan önce SPK Kurulu'ndan onay alınması zorunludur.

Onay için SPK Kurulu'na yapılacak başvuruya eklenecek belgeler Tebliğ'in 4 no'lu Ek'inde sayılmıştır: (i) birleşmeye ilişkin yetkili organ kararları; (ii) birleşmeye taraf ortaklıkların her birinin tek bir metin haline getirilmiş esas sözleşmeleri; (iii) birleşme sözleşmesi taslağı; (iv) mahkemece tayin edilecek bilirkişilerce hazırlanacak rapor; (v) uzman kuruluşun birleşmeye ilişkin raporu; (vi) özkaynakların rayiç bedel üzerinden değerlendirilmesi halinde ekspertiz raporları; (vii) özel bağımsız denetim raporları; (viii) ortaklık devralma yoluyla birleşme işleminde devralan ortaklığın varsa esas sözleşmesinde yapılacak değişikliklere ilişkin esas sözleşme tadil metinleri ve esas sözleşme değişikliğine ilişkin yönetim kurulu kararı ile yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde yeni kurulacak ortaklığın esas sözleşme taslağı, (ix) Ortaklık devralma yoluyla birleşmede, devralan; yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede, infisah edecek ortaklıkların ortaklarına verilecek hisselerin miktar ve oranı ile hisselerin niteliğine ilişkin bilgi; (x) Rekabet Kurumu'ndan birleşmeye ilişkin olarak alınan izin belgesi; (xi) birleşmeye taraf ortaklıkların tabi oldukları özel mevzuat hükümleri uyarınca diğer resmi kurumlardan alınacak onaylar; (xii) birleşmeye taraf ortaklıkların sermaye-

<sup>36</sup> Sermaye Piyasası Hukuku'nda yatırımcının korunmasına egemen olan "liyakat yaklaşımı" ve "kamuyu aydınlatma yaklaşımı" için bkz. *Karababa, Serdar*: Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara 2001, s. 47-52.

<sup>37</sup> Fransız hukukunda bu rapor FrTOK m. 376'da düzenlenmiştir ve Yönergenin bir tekrarı niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ripert / Roblot*, no. 1979.

lerinin ödendiğini gösteren mali müşavir raporları; (xiii) birleşmenin hukuki ve iktisadi gerekçelerini ortaya koyan ayrıntılı yönetim kurulu raporu; (xiv) Devir veya birleşmeden itibaren 3 yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini mali tablolar ile birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu; (xv) birleşme gerekçesi ve (xvi) Kurul'ca istenecek diğer bilgi ve belgeler.

SPK Kurulu'nun onay vermek veya vermemek konusunda hangi kıstaslara göre hareket edeceği Tebliğ hükümlerinden açıkça anlaşılmamaktadır. Tebliğ m. 11/II hükmünde yer alan "...söz konusu başvuru, Kurul tarafından Kanunun amaç ve ilkeleri çerçevesinde incelenerek sonuçlandırılır..." ifadesi de çok soyuttur ve SPK Kurulu'na geniş bir takdir hakkı vermektedir. Ancak Tebliğ, SPK m. 16/A'da öngörülen amaca hizmet için çıkarıldığına göre "...küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak ..." üzere bir inceleme yapılacağı ve birleşme sözleşmesine onay verileceği veya verilmeyeceği düşünülebilir.

Tebliğ m. 11 hükmünde SPK Kurulu'nun incelemesi sonrasında şartlı onay verip veremeyeceği hakkında bir açıklık yoktur. Kuşkusuz, yaptığı inceleme sonrasında SPK Kurulu küçük pay sahiplerinin yeteri kadar korunmadığı veya kamunun aydınlatılmadığı fikrinde ise gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınması koşuluna bağlı olarak da onay verebilir.

## I- REKABET KURULU ONAYI

Tebliğ'de Rekabet Kurulu'nun onayına ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak SPK Kurulu'na yapılacak onay başvurusuna eklenecek belgeler arasında "*Rekabet Kurumu'ndan birleşmeye ilişkin olarak alınan izin belgesi*" de sayılmıştır<sup>38</sup>. Kuşkusuz Rekabet Kurulu'na yapılacak başvurunun Tebliğ'de ayrı bir madde olarak düzenlenmesi hem işlemlerin sırasını belirlemek hem de uygulamaya ışık tutmak açısından çok daha doğru olurdu.

Gerçekte Tebliğ'de konuya hiç değinilmemiş olsa dahi, bu durum Tebliğ kapsamındaki anonim şirketlerin birleşme işleminin rekabet kurallarına uygunluğu açısından Rekabet Kurulu'na başvurma gereğini ortadan kaldırmaz.

RKHK m. 7/II uyarınca "*hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilecek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder*". Rekabet kurulu bu kapsam'da "*Rekabet Kurulu'nda İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*,

<sup>38</sup> İzin Belgesi vermeye yetkili organın "Rekabet Kurulu" olarak anlaşılması gerekir. Zira, RKHK m. 7/II uyarınca birleşme ve devralmalara izin vermeye yetkili olan Rekabet Kurulu'dur.

*Tebliğ No: 1997/1*’i yayınlıyarak, bildirim ve dolayısıyla izne tabi birleşme ve devralmaları belirlemiştir.

1997/1 sayılı Tebliğ m. 2 kapsamında “bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi”, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde Rekabet Kurulu’nun iznine bağlıdır.

Şu halde halka açık anonim ortaklıkların birleşmesinde Rekabet Kurulu’ndan izin alınmasını gerektiren ilk koşul “en az biri halka açık olmak üzere bağımsız en az iki anonim ortaklığın birleşmesi”dir. Bağımsızlık ile kastedilen, anonim ortaklığın kendi çıkarları ve tercihleri doğrultusunda, ekonomik koşulların gerektirdiği şekilde, diğer teşebbüslerden etkilenmeden kendi başına karar verebilmesidir<sup>39</sup>.

“Bağımsızlık” Tebliğ’de öngörülen ve SPK Kurulu’na başvurmayı ve ondan izin almayı etkileyen bir faktör değildir. Bu nedenle birleşme işlemi, rekabet hukuku anlamında, bağımsız olmayan halka açık anonim ortaklıklar arasında gerçekleşse dahi, yine de SPK Kurulu’ndan birleşme için onay almak gerekir.

Buna karşın birleşmeye taraf halka açık anonim ortaklıklar aynı ekonomik birlik içinde bulunuyorlarsa, “bağımsız” olmadıklarından Rekabet Kurulu’ndan izin almaları gerekmez<sup>40</sup>.

Rekabet Kurulu’ndan izin alınmasını gerektiren ikinci koşul ise 1997/1 sayılı Tebliğ m. 4’de öngörülen eşiklerin aşılmasıdır. Bu maddede iki tür eşik öngörülmektedir: Pazar payı eşiği ve ciro eşiği. Birleşmeye taraf teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının piyasanın %25’ini aşması halinde (pazar payı eşiği) veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu’ndan izin alınması zorunludur<sup>41</sup>.

Rekabet Kurulu değerlendirmesini birleşmenin ilgili ürün pazarında ve ilgili coğrafi pazarda rekabet üzerindeki etkileri açısından yapacaktır<sup>42</sup>. Buna göre hakim durum yaratmayan veya bu hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşmelere Rekabet Kurulu’nca izin verilir (1997/1 sayılı Tebliğ m. 6/II).

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, s. 16.

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi ve Rekabet Kurulu’nun örnek kararları için bkz. *Erdem*, s. 45-46.

<sup>41</sup> 1997/1 sayılı Tebliğ eşiklerin hesaplanmasında mali kurumlar için farklı esaslar benimsemiştir. Ciro ve pazar payı eşikleri için bkz. *Erdem*, s. 132 vd.

<sup>42</sup> İlgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar kavramları için bkz. *Erdem*, s. 135-138.

## **J- Pay Sahiplerinin Bilgilendirilmesi**

Tebliğ m. 12'de birleşmenin tarafı şirket pay sahiplerinin bilgilendirilmesi açısından üç yöntem öngörmüştür.

Yönerge m. 6 uyarınca birleşmenin taslak koşulları 68/151/EEC sayılı Yönerge m. 3 doğrultusunda her üye Devletin mevzuatına uygun olarak, birleşmenin onaylanacağı genel kurul toplantılarından en az bir ay önce ilan edilmiştir.

### **1 - Gazete İlanı**

Devralma yoluyla birleşme işleminde Tebliğ'in 5 no'lu Eki'ne ve yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işleminde ise Tebliğ'in 6 no'lu Eki'nde yer alan örneğe uygun olarak hazırlanan ve SPK Kurulu tarafından onaylanan duyuru metni ve eki birleşme sözleşmesi birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantısından en az 30 gün önce gazetede ilan edilerek tasarruf sahiplerine duyurulur.

- a) Hisse senetleri İMKB'de işlem gören ortaklıklar açısından ilan, bir gazetenin Türkiye baskısı ile ortaklık merkezinin bulunduğu yerde çıkan yüksek tirajlı mahallî gazeteden birinde yapılır.
- b) Hisse senetleri İMKB'de işlem görmeyen ortaklıklar açısından ise, ilan ortaklık merkezinde yayınlanan ve dağıtılan en az iki gazetede yapılır. Ortaklıklar mahallî gazetede ilan yükümlerini ülke çapında dağıtılan gazetelere ilan vermekle de yerine getirebilirler.

### **2 - Borsa Bülteni ve İMKB web Sayfasında İlan**

Birleşmeye taraf ortaklıklardan en az birinin hisse senetlerinin İMKB'de işlem görmesi halinde duyuru Borsa Bülteni ve İMKB web sayfasında ilan edilmek üzere Kurul'a gönderilir. Hisse senetleri İMKB'de işlem görmeyen ortaklıklarda ise duyuru ve eki birleşme sözleşmesi Kurul'un web sayfasında ilan edilir.

İlan yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede, yeni ortaklığın tesciline, devralma yoluyla birleşmede ise sermaye artırımının tesciline, artımın gerekli olmadığı hallerde birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantısının tesciline kadar devam eder.

### 3 - Pay Sahiplerinin İncelemesine Açık Bulundurma

Birleşmeye ilişkin ve/veya birleşme işlemine dayanak oluşturan belgeler, birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantısından en az 30 gün önce pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla birleşmeye taraf ortaklıkların merkez ve şubelerinde incelemeye açık bulundurulur (krş. TTK 362/I). Bu belgeler özellikle şunlardır: Birleşme sözleşmesi, işleme taraf ortakların son üç yıllık mali tabloları, varsa bağımsız denetim raporları ile faaliyet raporları, birleşmeye esas mali tablolara ilişkin bağımsız denetim raporları, bilirkişi raporu, uzman kuruluş raporu, birleşmenin hukuki ve iktisadi gerekçelerini ortaya koyan yönetim kurulu raporu, duyuru metni, birleşmeye esas mali tablo tarihi ile birleşme sözleşmesinin onaylanacağı genel kurul toplantı tarihi arasındaki en son 3 aylık ara mali tablolar, devir veya birleşmeden itibaren 3 yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini mali tablolar ile birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu. Tebliğ’de sayılan bu belgeler bir asgari içerik oluşturur. Kanımca, ortaklıklar, pay sahiplerinin bilgilendirilmesi için gerekli ve yararlı buldukları diğer belgeleri de incelemeye sunabilirler. Ortaklar, masrafi ortaklık tarafından karşılanmak üzere belgelerden suret alabilirler (krş. TTK m. 362/II).

Birleşmeye taraf ortaklıkların pay sahiplerinin bilgi alma hakkı, TTK m. 362 ve 363’de düzenlenen “malumat alma hakkı”nın özel bir uygulaması olarak görülmelidir. Bu nedenle kanımca burada, esas sözleşme veya şirket genel kurul kararı veya birleşme sözleşmeleri ile kaldırılamayan veya sınırlanamayan bir mutlak müstesep hak söz konusudur<sup>43</sup>.

Yatırımcıların ve özellikle küçük tasarruf sahiplerinin korunması açısından, Tebliğ’in pay sahiplerinin bilgilendirilmesi açısından öngördüğü düzenleme yerindedir<sup>44</sup>. Ancak bu düzenlemenin uygulamada iki açıdan sıkıntı yarata-

<sup>43</sup> Bilgi alma hakkını vazgeçilemez hak olarak sınıflandıran *Tekinalp*, söz konusu hakkı, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması ilkesinin mutlak anlam taşıdığı hallerden biri olarak nitelendirmektedir, *Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)*, Ortaklıklar, No.1007; aynı yönde *Ruedin*, No. 1370. Ayrıca bkz. *Kaya, Arslan*: “Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 156. *Tekinalp*, İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 109 II 48 sayılı içtihadına paralel olarak Türk Hukuku’nda da, bilgi vermeyi reddeden anonim ortaklık aleyhine pahasahibinin mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğunu savunmaktadır, *Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)*, Ortaklıklar, No.1007. Nitekim Alman Hukuku’nda da AktG § 132 hükmüyle pahasahibine “anonim ortaklığı bilgi vermeye zorlama hakkı” tanınmıştır; bu konuda bkz. *Grünewald, Barbara*: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2000, s. 279, usul bakımından özellikle bkz. Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, 4. neubearbeitete Auflage, Münih 1999, § 132 No.6-10. Bilgi alma hakkını sosyal haklar, diğer bir deyişle “pay sahipliği sıfatına bağlı olan, pay sahiplerinin bireysel olarak ileri sürebileceği haklar” kategorisine dahil eden *Tekil*, bilgi alma hakkının müstesep hak niteliğinde olduğu görüşündedir; bkz. *Tekil*, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 392-393.

<sup>44</sup> Pay sahibinin bilgi alma hakkını tanıyan düzenlemelerin mümkün olduğu kadar pay sa-

cağı kanısındayım. İlk ilanı istenen birleşme sözleşmeleri çok kapsamlı ve ayrıntılı olduklarından, sözleşmenin tümünü yayınlamanın gazetelerde bu tür ilanlar için ayrılan yer ve masraflar açısından zor olacağını düşünüyorum. İkinci olarak da, birleşme sözleşmelerinin, işleme taraf şirketler açısından ticarî sır niteliğinde bilgiler içereceği dikkate alındığında, birleşmeye taraf şirketlerin ticarî sırlarının açıklanması, rakipler karşısında bu şirketleri zor durumda bırakabilecektir. Rekabet hukuku uygulamalarının aksine ticarî sır konusunun, Tebliğ'de öngörülmemiş olması yadırganmalıdır<sup>45</sup>. Bu endişeleri gidermek amacıyla birleşme sözleşmesinin tamamını yayınlamak yerine, Kurul tarafından belirlenecek bir içeriğe uygun özetinin ilanını daha doğru ve amacı gerçekleştirmek için yeterli buluyorum. Zira, pay sahipleri birleşme sözleşmesinin yanı sıra ilgili tüm belgeleri zaten şirket merkez ve şubelerinde inceleyebilir ve hatta örnek alabilirler.

Ortakların belgeleri inceleme hakkı Yönerge m. 11 (1)'de bağımsız bir hüküm altında düzenlenmiştir. Tüm ortaklar, birleşmenin taslak hükümlerinin onaylanacağı genel kurul toplantı tarihinden en az bir ay öncesinde ortaklık merkezinde şu belgeleri inceleme hakkına sahiptir: (a) birleşmenin taslak hükümleri; (b) geçmiş üç yıl için birleşen ortaklıkların yıllık hesapları ve yıllık raporları; (c) son yıllık hesap, birleşmenin taslak hükümlerinin tarihinden altı ay öncesine dayanıyorsa, ortaklıkların son üç aylık durumlarını gösteren ortaklık hesapları; (d) Yönetim veya idarî organların Yönerge m. 9'da öngörülen raporları; (e) Bilirkişilerin Yönerge m. 10 uyarınca hazırladıkları raporları. Yönerge m. 11 (2) yıllık hesapların nasıl hazırlanacağına ilişkindir. Ortakların, istekleri halinde ve masrafsız olarak inceledikleri belgelerden kısmen veya tamamen örnek alma hakları ise Yönerge m. 11 (3)'de düzenlenmiştir<sup>46</sup>.

## K- GENEL KURUL KARARI

Tebliğ m. 13 hükmü uyarınca, SPK Kurulu'nun onayından geçen birleşme sözleşmesi birleşen şirketlerin genel kurullarında ayrı ayrı oylanır. Aynı esas yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede TTK m. 452/II, 2'de öngörülmüştür.

Genel kuruldan alınacak karar, izlenen birleşme yöntemine göre farklılık gösterir:

---

hibi lehine yorumlanması esastır, bu konuda bkz. *Tschaeni Rudolf/Von Planta Andreas/Oertle Matthias*, Corporate Acquisitions and Mergers in Switzerland, The Hague, London, Boston 2000, s. 6.

<sup>45</sup> RKHK m. 53/II uyarınca "Kurul kararları kesinleştikten sonra tarafların ticari nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde Resmi Gazetelerde yayınlanır". Bu çerçevede, Rekabet Kurulu yayınlanan kararlarda ciro miktarlarını ve pazar paylarını belirtmemektedir.

<sup>46</sup> Fransız hukuku açısından bkz. *Ripert/Roblot*, no. 1980.



a) Devralma yoluyla birleşmede, devralan şirketin genel kurulunda devralma ve sermaye artırımı kararı, devrolunan şirketin genel kurulunda da devrolma ve bu şekilde infisah kararı alınır (krş. TTK m. 434/7, m. 451).

b) Yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise, taraf şirketlerin genel kurullarında birleşme ve bu şekilde infisah kararı alınır (krş. TTK m. 434/7, m.452/II, 2).

TTK m. 148 uyarınca genel kurul ana sözleşmesinin değiştirilmesi hakkındaki hükümlere göre karar verir. Bu nedenle birleşen ortaklıkların ana sözleşmeleri farklı bir düzenleme öngörmediği takdirde, TTK m. 388/III-IV hükümlerine göre karar alınır. İlk toplantıda sermayeyi temsil eden payların en az yarısının hazır bulunması veya temsil edilmesi, bu oran gerçekleşmediği takdirde, en geç bir ay içinde yapılacak ikinci toplantıda, sermayeyi temsil eden payların en az üçte birinin hazır bulunması veya temsil edilmesi gereklidir (TTK m. 388/III). Kararlar, bu nisaplara uygun olarak toplanan payların çoğunluğu ile alınır (TTK m. 388/IV).

Genel kurulların yukarıda açıklanan kararlarının uygulanması, bu kararların imtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri ile tahvil ve benzeri borçlanma senedi sahiplerinin yapacakları bir özel genel kurulda onaylanması talikî şartına bağlıdır. Anılan özel genel kurullarda ayrıca onama kararı alınmadıkça, genel kurul kararları uygulanmaz. Burada gerçekte TTK m. 389, TTK m. 429-430'un özel bir uygulaması söz konusudur.

Yönerge m. 7 (1)'de de birleşmenin, birleşen ortaklıkların, en azından, genel kurullarında ayrı ayrı onaylanması aranmaktadır. Üye Devletlerin kanunları, genel kurul kararının en az 2/3 çoğunlukla alınmasını öngörebilir<sup>47</sup>. Birden fazla kategori pay varsa, birleşme nedeniyle hakları etkilenen her bir kategori payın ayrı ayrı birleşmeyi onaylaması gerekir (Yönerge m. 7 (2)). Bir başka deyişle, imtiyazlı pay sahiplerinin de, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, birleşmeyi ayrıca onaylaması aranır. Onama kararı hem taslak birleşme koşullarını, hem de birleşmenin gerekli kıldığı ana sözleşme değişikliklerini kapsar (Yönerge m. 7 (3)).

Ancak Yönerge m. 8, üye Devlet kanunlarının, belli koşulların yerine getirilmesi şartıyla, devralan ortaklığın genel kurulunda birleşmenin onaylanmasını aramak zorunda olmadıklarını belirtmektedir. Bu koşullar (a) Yönerge m. 6'da öngörülen ilân keyfiyetinin yerine getirilmesi; (b) ilândan en az bir ay önce, devralan ortaklığın pay sahiplerinin Yönerge m. 11 (1)'de öngörülen

<sup>47</sup> Bununla beraber Yönerge m. 7 (1) uyarınca, üye Devletlerin kanunları, taahhüt edilen sermayenin en az yarısının toplantıda temsil edilmesi durumunda, salt çoğunluğun da yeterli olacağını öngörebilirler. Ayrıca, uygun düştüğü ölçüde ortaklık ana sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kurallar uygulanır.

belgeleri ortaklık merkezinde inceleme olanağına sahip olması ve (c) devralan ortaklığın azınlık pay sahibi veya sahiplerinin genel kurulu birleşmeyi onaylamak üzere toplantıya çağırma hakkına sahip olmalarıdır. Azınlık pay sahibi olmak oranı %5'den fazla olarak öngörülemez.

TTK m. 452/II, 2'nin açık hükmü karşısında, Türk hukuku açısından, birleşmenin onaylanmasına ilişkin genel kuruldan vazgeçmek olanaklı değildir.

Yönerge m. 16 hükmü, üye Devletlerin kanunlarının genel kurulların idarî veya adli makamlarca denetlenmesini düzenlemediği veya bu denetimin birleşme için gerekli tüm işlemleri kapsamadığı durumlarda, genel kurul kararlarının ve buna göre oluşturulacak birleşme sözleşmesinin uygun bir hukukî biçimde tasdik edilmesini öngörmektedir.

Yönerge m. 18 uyarınca birleşmenin 68/151/EEC sayılı Yönerge m. 3'e uygun olarak ilân edilmesi gerekir.

## **L- KURUL KAYDINA ALINMA**

Birleşmeye taraf şirketlerin genel kurul kararlarını takip eden 15 gün içerisinde daha önce SPKurul kaydında bulunmayan hisse senetlerinin kayda alınması için SPKurul'u'na başvurulur (Tebliğ m. 14).

Söz konusu hisse senetleri seçilen birleşme yöntemine göre gruplandırılabilir:

- a) Devralma yoluyla birleşmede, yeni ihraç edilecek hisse senetleri ile devralan şirketin henüz kurul kaydında bulunmayan hisse senetleri;
- b) Yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede, kurulacak yeni şirketin hisse senetleri ile birleşme nedeniyle infisah eden şirketlerin henüz Kurul kaydında bulunmayan hisse senetleri.

Kurul kaydına alınmak için yapılan başvuruya Tebliğ'in 7 no.lu Ek'indeki belgelerde eklenir. Kurul'un hisse senetlerini kayda alması SPK m. 4 ve Seri I No 26 Tebliği çerçevesinde gerçekleştirilir<sup>48</sup>.

## **M- HİSSE SENETLERİNİN TESLİMİ**

Birleşme sonrasında birleşen şirketlerin pay sahiplerine yeni hisse senedi dağıtılacaktır. Devralma yoluyla birleşmede devralınan şirket ortaklarına, yeni şirket kurulması yolunda da yeni kurulan şirketin ortaklarına hisse senedi dağıtılacaktır.

<sup>48</sup> RG 15.11.1998, S. 23524. Bu Tebliğ daha sonra Seri I No. 27 (RG 6.5.2000, S. 24041) ve Seri I No. 29 (RG 18.2.2003, S. 25024) sayılı Tebliğlerle değişikliğe uğramıştır.

Dağıtımın yapılacağı yer ve süre hakkında Tebliğ m. 15'de ayrıntılı hükümler vardır:

a) Dağıtımın yapılacağı yerler, dağıtımın başlayacağı tarihten en az iki iş günü önce, Tebliğ'in 8 no.lu Ek'inde verilen örneğe uygun olarak hazırlanan ve kurul tarafından onaylanan hisse senetlerinin dağıtımına ilişkin duyuru ile, pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amacı ile izlenen yöntemine uygun olarak ilan edilir. (krş. Tebliğ m. 12, yukarıda J).

b) Dağıtımın yapılacağı süre, hem şirketlerin sermaye yapılarına hem de hisse senetlerinin türüne göre farklılık gösterir:

i) Esas sermaye sistemine bağlı şirketlerde hamiline yazılı hisse senetleri 30 gün, nama yazılı hisse senetleri ise 90 gün içinde dağıtılır ve pay sahiplerine teslim edilir. Bu süreler

- Devralma yoluyla birleşmede, sermaye artırımının tescilinden;

- Yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede, yeni kurulan ortaklığın tescilinden itibaren işler.

ii) Kayıtlı sermaye sistemindeki şirketlerin hisse senetlerinin dağıtımına ise tescile esas oluşturan belgenin tescilinden itibaren 15 gün içinde başlanır. Esas sermaye sisteminden farklı olarak, SPK Kurulu dağıtımın tamamlanması gereken bir süre öngörmemiştir. Bu farklılığın gerekçelerini anlamak zordur.

Tebliğ m. 15/son hükmü sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin düzenlemeleri saklı tutarak, hisse senetlerinin kaydı değer haline getirilmesi olasılığında, hisse senedi tesliminin zorunlu olmadığını öngörmektedir. (Bkz. SPK m. 10/A ve Seri IV No: 22 Tebliği<sup>49</sup> ve Seri IV No: 28 Tebliği<sup>50</sup>).

Devralma yoluyla birleşme sonrasında sermayenin ulaşacağı miktarın nasıl saptanacağı Tebliğ m. 17'de düzenlenmiştir. Birleşme sonrası artırılabilecek sermaye tutarı devrolan ortaklığın veya ortaklıkların devralan ortaklık dışındaki mevcut ortaklarına payları oranında dağıtılır<sup>51</sup>.

Yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede, yeni kurulacak ortaklığın sermayesi, birleşen ortaklıkların çıkarılmış/ödenmiş sermayelerinin toplamın-

<sup>49</sup> Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydı Değer Haline Getirilmesine İlişkin Esaslar Tebliği, RG 19.12.1996, S. 22852.

<sup>50</sup> Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliği, RG 22.12.2002, S. 24971.

<sup>51</sup> Fransız hukukunda devralan ortaklığın yeni hisse senetlerinin devrolan ortaklığın ortakları tarafından talep edilmemesi halinde, içtihatlar, devralan ortaklığın bu hisse senetlerini borsada satma hakkı olduğunu öngörmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ripert / Roblot*, no. 1981.

dan oluşur (Tebliğ m. 18/I). Bu sermaye birleşen ortaklıkların ortaklarına yeni ortaklığın sermayesindeki payları oranında dağıtılır (Tebliğ m. 18/II). Özkaynak yönteminin kullanılması halinde, hesaplama şekli örnek olarak Tebliğ Ek/10'da yer almıştır.

Yönerge'de hisse senetlerinin teslimine ilişkin münhasır bir hüküm olmakla beraber, m. 19, birleşmenin *ipso jure* doğan sonuçlarını düzenlemektedir.

## SONUÇ

Tebliğ'in küçük yatırımcıların ve pay sahiplerinin korunması açısından önemli hükümler getirdiği kuşkusuzdur. Ancak, sadece teknik hukukî birleşmelerin ele alınması, buna karşılık pay devirlerinin, önemi, büyüklüğü ve sonuçları ne olursa olsun düzenlenmemesi bir eksiklik olarak görülmektedir. Zira, pay devirleri yoluyla da ortaklığın tüm kontrolünün ele geçirilmesi, sermaye ve/veya yönetim yapısının değiştirilmesi olanaklıdır. Bu durumda da küçük yatırımcıların, pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının haklarının çiğnenmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, Tebliğ'in kapsamının da daha geniş tutulmasında yarar olduğunu ve özellikle sermaye ve/veya yönetimde kontrolü ele geçirecek şekilde pay ve/veya malvarlığı devirlerinin de kapsama alınması gerektiğini düşünüyorum.

Ayrıca Tebliğ'de ortaklık alacaklılarının, sermaye piyasası araçları nedeniyle alacaklı olanlar da dahil olarak, korunması yönünde somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, hükümlerinden geniş ölçüde yararlandığı anlaşılan Yönerge m. 13, üye Devletlerin mevzuatlarının, birleşen ortaklıkların alacaklılarının menfaatlerinin korunması açısından uygun bir sistem kurulmasını ve bu sistemin hiç değilse alacaklılara uygun teminatlar verilmesini öngörmektedir<sup>52</sup>.

Birleşme sözleşmesinin ilanına ilişkin hükümler, bu sözleşmelerin çok ayrıntılı olması nedeniyle hem masraflı olacak, hem de ticarî sırların açıklanması açısından sakınca yaratacaktır. Bu nedenle SPK kurulunca belirlenecek içerikte bir özetin yayınlanması düşünülebilir.

Nihayet, HAAO ile TTK'na tabi kapalı ortaklıklara uygulanan hükümler arasındaki farklılık gittikçe artmakta ve derinleşmektedir. Sermaye Piyasalarının niteliklerinden doğan farklar bir tarafa bırakılacak olursa, halka açık ve kapalı ortaklıkların birleşmeler açısından bu denli farklı düzenlemelere bağlanmasını haklı gösterecek bir gerekçe de yoktur. Bu nedenle, devam eden TTK'nun değiştirilmesi çalışmalarında bu konunun da dikkate alınmasını ve keskin farklılıkların giderilmesini öneriyorum.

<sup>52</sup> Fransız hukukunun Yönerge paralelindeki çözümleri açısından bkz. *Ripert/Roblot*, no. 1982 vd.

**KISALTMALAR**

AO	: Anonim ortaklık
ATRĞ	: Avrupa Topluluğu Resmî Gazetesi
Bkz.	: bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
c.	: cümle
dn.	: dipnot
FrTOK	: Fransız Ticaret Ortaklıkları Kanunu (Loi no. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales)
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK Kurulu	: Sermaye Piyasası Kurulu
Tebliğ	: Sermaye Piyasası Kurulu'nun Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: I, No: 31).
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Yönerge	: Roma Antlaşmasınının 54 (3) (g) maddesine Dayanan Anonim Şirketlerin Birleşmesine Dair 9 Ekim 1978 tarihli Üçüncü Konsey Yönergesi



# DEVLET İÇ BORÇLANMA SENETLERİNİN KAYDI DEĞER OLARAK İHRACINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELERİN KENDİ İÇLERİNDE VE YASAL DÜZENLEMELER İLE FİNANSAL UYGULAMA ARASINDA GÖZLENEN ÖRTÜŞMEZLİĞİN HUKUKSAL SONUÇLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*Reha Tanör\**

## GİRİŞ VE SUNUM

Gelişmiş ve gelişmekte olan finansal piyasalara ihraç edilen menkul kıymetlerin günün koşulları doğrultusunda kağıt üzerine basılmış kıymetli evrak biçiminde olmadığı, söz konusu ihraçların tamamının değilse bile büyük kısmının “bilgisayar ortamında kayıt” biçiminde gerçekleştirildiği bilinmektedir.

Kağıttan kayıta geçilerek yapılan ihraçlarda ve ihraç edilen menkul kıymetlerin saklanması, onların taşıdığı hakların doğumunda ve daha sonra kullanılarak sona erdirilmesinde, farklı hukuk sistemleri, finansal uygulamanın aksamadan işlevini yerine getirmesi ve yatırımcı haklarının korunması doğrultusunda çeşitli evreler geçirerek kendini yenilemeye çalışmış ve çalışmaktadırlar.

Bu cümleden olmak üzere Türk hukuk sisteminde de Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan “Kıymetli Evrak”a ilişkin hükümlerden Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi” hükümlerine doğru bir gelişim söz konusu olmuştur. Ne var ki bu gelişim çerçevesindeki arayışlar, finansal piyasaların hukuksal düzenlemelerden daha çabuk serpiyen yapısının gerektirdiği çözümleri bulmakta yeterli olamamıştır.

Bu nedenle, sermaye piyasasında menkul kıymet ihraç edilmesi konusunda Türk hukuk sisteminde yer alan temel düzenlemeler ile finansal piyasalardaki uygulamalar birbirlerinden farklılıklar arz etmekte ve örtüşmemektedirler. Bu gerçek ise hem kıymetli evraka bağlı hakların doğumu ve kullanımını açısından hukuksal sorunlara yol açabilmekte hem de bunlara bağlı olarak finansal piyasaların sine qua non derecesinde önemli niteliği olan “güven” unsurunun zedelenmesine, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn.) ile amaçlanan “hak ve yararların korunması”nın güçleşmesine neden olarak, ulusal ekonominin kaynak gereksiniminin optimum düzeyde sağlanmasına da engel oluşturmaktadır.

---

\* Öğretim Görevlisi.

Bu makalede, kağıttan kayıta geçiş sürecindeki hukuksal düzenlemelerin kendi aralarında ve bu düzenlemeler ile finansal uygulama arasında gözlenen uyumsuzluğun nedenleri ortaya konacak, bu örtüşmezliğin meydana getirdiği / getirebileceği hukuksal sorunlar değerlendirilecek ve çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Makalede, kağıttan kayıta geçiş sürecinde, ulusal ekonomi bütünü ve finansal piyasalar içindeki ağırlıklı konumları nedeniyle Hazine Bonosu ve Devlet Tahvili gibi Devlet İç Borçlanma Senetleri (DİBS) konu alınacaktır<sup>1</sup>.

DİBS'lerin kıymetli evrak olarak basımından vazgeçilerek kaydi değer olarak ihraç edilmesi sürecinde hukuksal düzenleme ile finansal piyasa uygulaması arasındaki örtüşmezliğe ilişkin değerlendirme üç başlıkta toplanacaktır.

Birinci başlık altında DİBS'lerin hangi hukuksal temele dayanılarak ihraç edildiği inceleme altına alınacak ve bu temel üzerinde geleceğe dönük nasıl bir yapılaşma ve gelişme olanağı bulunduğu değerlendirilecektir. Bu çerçevede önce Devlet iç borçlanmasına, bu doğrultudaki mali yükümlülüklerle ilişkin hukuksal dayanakların konuyu nasıl düzenlemiş oldukları görülecektir. Ardından, kıymetli evrak hakkındaki TTK hükümlerinin sermaye piyasaları açısından giderek solmaya başlayan özelliklerine bakılacak ve nihayet geleceğe dönük olarak tasarımılandırılan SPKn.'nun kaydileştirme konusundaki hükümleri ışık altına alınacaktır. Bu başlık altındaki değerlendirmeler, "mevzuatın kendi içindeki örtüşmezliği"ni ortaya koyacaktır.

İkinci başlıkta konunun finansal piyasalardaki izdüşümü sergilenecektir. Burada öncelikle DİBS'lerin birincil piyasalara nasıl, hangi yollardan ihraç edildiğine, ikincil piyasalarda ise hangi koşullarda işlem gördüğüne, takas ve saklamalarının nasıl yapıldığına bakılacaktır. Ardından da, ortaya çıkan ya da çıkabilecek sorunların nitelikleri irdelenecektir. Bu başlık altındaki değerlendirmeler de bu kez "mevzuatla uygulama arasındaki örtüşmezliği" ortaya çıkartacaktır.

<sup>1</sup> ATO tarafından gerçekleştirilen "Borç Ekonomisinin 20 Yıllık Seyri" başlıklı araştırma sonuçlarına göre Türkiye, 1983-2003 yılları arasında 243 milyar doları dış, 811 milyar doları da iç borç olmak üzere toplam 1 trilyon 55 milyar dolar borcun altına girmiştir. Süreç genelinde olduğu gibi günümüz kesitinde de bu borç hacminin çok büyük bölümü Devlet borçlanması şeklinde gerçekleşmektedir. Devlet adına Hazine Müsteşarlığı tarafından ihraç edilen DİBS'ler de birer sermaye piyasası aracı olarak, piyasa işlem hacminin büyük bölümünü oluşturmaktadır. Örneğin, Aralık 2003'ün ilk haftasında İMKB'de 5.1 katrilyonluk hisse senedi alım satımı yapılmışken, tahvil ve bono piyasalarında 42.5 katrilyon liralık işlem gerçekleştirilmiştir. Bu hacmin tamamına yakın kısmının Hazine tarafından ihraç edilen tahvil ve bonolara ait olması ve bunların yaklaşık üçte birlik bölümünün doğrudan yatırımcılara ait bulunması DİBS'lerin sermaye piyasası açısından taşıdığı önemi göstermektedir. İMKB. HB : 5.12.2003.



Üçüncü ve son başlık altında ise hem mevzuatın kendi içinde örtüşmemesi hem de mevzuatla uygulamanın birbirleriyle örtüşmemesi nedeniyle ortaya çıkan / çıkabilecek hukuksal sorunlar ile bunların finansal piyasalardaki sonuçlarının hukuk ve piyasa düzlemlerini zedeleyici yanlarının düzeltilmesi doğrultusundaki kişisel önerilerim yer alacaktır<sup>2</sup>.

## **BİRİNCİ BAŞLIK**

### **DİBS İHRACININ HUKUKSAL DAYANAĞI VE GELİŞME ALANI**

#### **I. 4749 SAYILI KAMU FİNANSMANI VE BORÇ YÖNETİMİNİN DÜZENLENMESİ HAKKINDA KANUN<sup>3</sup>**

“Ülkenin kalkınma hedeflerini dikkate alarak, piyasalarda güven ve istikrarı koruyarak ve makro ekonomik dengeleri gözeterek, Devletin iç ve dış borçlanmasına, (...) Devlet iç ve Devlet dış borcunun etkin bir şekilde yönetimine ve izlenmesine, (...) Müsteşarlık<sup>4</sup> tarafından üstlenilen her türlü mali yükümlülüğün geri ödenmesi (ne), (...) ilişkin usul ve esaslar 4749 sayılı yasa ile düzenlenir (m.1). Yasaya göre, T.C.adına Müsteşarlığın borçlu sıfatı ile taraf olduğu her türlü mali yükümlülük Devlet borcudur. Müsteşarlık tarafından üstlenilen her türlü mali yükümlülük ile yurt içinde ihraç olunan DİBS’ler devlet iç borçlarını oluşturur. DİBS de Müsteşarlık tarafından yurt içinde ihraç edilen borçlanma senetlerini ifade eder (m.3).

T.C.adına Devlet iç borcu almaya Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkili kılınmıştır. Bakan bu yetkisini, sorumluluğu devam etmek koşuluyla, Müsteşarlığa devredebilir (m.4). Bakan aynı çerçevede, DİBS’lerin çeşitlerine, satış yöntemlerine, faiz koşullarına, vadelerine, basım ve ödemelerine ilişkin her türlü esasları ve bunlara ilişkin diğer şartları belirlemeye de yetkilidir (m.6).

Senetlerin basımında veya kaydi olarak ihracında uygulanacak şekil ve esaslar, Müsteşarlık ile TCMB arasında aktedilecek mali servis anlaşması ile saptanır (m.6).

4749 Sayılı kanun kapsamında yer alan hususlara ilişkin her türlü değişiklik ancak bu kanuna hüküm eklemek veya bu kanunda değişiklik yapmak suretiyle gerçekleştirilebilir. Diğer kanunlarda bu kanunda yer alan husus-

<sup>2</sup> Bu makale 15.12.2003 tarihinde geçerli olan mevzuat ve uygulama esasları dairesinde kalem almıştır.

<sup>3</sup> RG. No: 24721, T: 9.4.2002.

<sup>4</sup> Hazine Müsteşarlığı.RT.

lara ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, bu yasanın öngördüğü uygulamalar açısından geçersizdir (m.16).

Hazine Müsteşarlığı bünyesinde Devletin iç borçlanmasını yürütmek, Devlet Tahvili, Hazine Bonosu ve diğer borçlanma senetlerini çıkarmak, ihale yöntemi, sürekli satış yöntemi ve diğer yöntemlerle satışını yapmak ve yaptırmak, bunların satış miktarlarını, değerlerini ve faizlerini belirlemek, Devlet borçlarının yönetimine ilişkin olarak her türlü iç borçlanmanın hazırlık, akit, ihraç, ödeme, erken ödeme, kayıt işlemlerini yürütme görevi, Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat Görevleri Hakkında Kanun'un 2.maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir<sup>5</sup>.

Devlet iç borçlanma senetlerinin mali servisi ile bunlara ilişkin ödemeler ise 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu'nun 41.maddesi hükümleri doğrultusunda T.C Merkez Bankası tarafından gerçekleştirilir<sup>6</sup>.

DİBS ihracına ilişkin mevzuatın omurgası niteliğindeki 4749 sayılı yasanın yukarıda belirtilen hükümlerinden iki önemli sonuç öncelikle sözülmektedir: Bunlardan birincisi, bu kanuna göre yapılması zorunlu olan devlet iç borçlanmasına ilişkin ihraçların senet basılmak suretiyle ya da kaydi olarak gerçekleştirilmesinin usul ve esaslarının Müsteşarlık ile TCMB arasında imzalanacak bir anlaşmada belirtilmiş olacak olmasıdır. İkincisi de, bu kanunda değişiklik yapılmadığı sürece diğer kanunlarda bu kanunun öngörmüş olduğu hususlarda yapılacak düzenlemelerin geçerlik kazanamayacağıdır. Bu sonuçlardan birincisinde sözü edilen "Mali Servis Anlaşması"na ulaşmak mümkün olmamıştır. Bu anlaşmanın hiç yapılmamış olması büyük olasılıktır. DİBS ihraçlarını doğrudan ya da dolaylı etkileyen, dolayısıyla metinlerinde konunun hukuksal ve finansal açılarından tatmin edici biçimde rayına oturtulmasına olanak sağlayacak değişikliklerin gündeme gelebileceği diğer yasalara gelecek olursak, bunlardan biri TTK diğeri de SPKn.'dur.

4749 sayılı yasanın önünde durup baktığımızda, TTK, sermaye piyasasına yapılacak kıymetli evrak ihraçlarına ilişkin düzenlemeler açısından giderek geride kalmaya başladığı, bu açıdan işlevini yitirme sürecine girdiği gözlemlenen yasadır. SPKn.ise konunun geleceğe dönük yanı, asıl ve gelişme çözüm alanıdır. Şimdi bunlardan önce geride kalmaya başlayana, ardından da geleceği oluşturması gerekene, konumuzu ilgilendiren hükümler çerçevesinde göz atalım.

<sup>5</sup> RG.No: 22147, T : 20.12.1994.

<sup>6</sup> RG.No: 13409, T: 26.1.1970.

## II. 6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU<sup>7</sup>

TTK, kuşku yoktur ki, DİBS ihraçlarına doğrudan hukuksal dayanak oluşturmaz. Bununla birlikte, DİBS'lerin, kağıda basılmaları durumunda, TTK m.557 hükümleri çerçevesinde birer kıymetli evrak olmaları nedeniyle, kural olarak, her kıymetli evrak gibi belgeledikleri hakkın doğumundan sona ermesine kadarki sürecin sorunsuz tamamlanması amacıyla MK hükümlerinden de destek alan TTK düzenlemelerine tabiyetleri söz konusudur.

Bu çerçevede, fiziken senede bağlanmış olan Devlet borcunun ödenme zamanı geldiğinde senedin teslim edilmesi gerektiği gibi devri için de senet üzerindeki zilyedliğin devri gibi şekilsel merasimin tamamlanması gerekir. Taşınır bir mal-şya niteliğindeki senedin kendisi üzerinde de, belgelediği alacak hakkının yanısıra, bir aynı hak söz konusudur. Anılan bu hak senedin mülkiyetidir<sup>8</sup>.

Senet üzerindeki mülkiyet hakkının korunması ve bu yoldan senedin içerdiği hakların kullanım olanağının eksiksiz sürdürülmesi, bu evrakın “kıymetli evrak” olarak tanımlanmasının gerekçesidir. Ne var ki, üzerine kıymet yüklenen, değerli kılınan menkulün bir “evrak” biçiminde olmasının TTK tarafından zorunlu kılınmış bulunması, finansal piyasaların hızlı ve yaygın devri öngören ve bu nedenle “evraksızlık” arayışına yönelen çağdaş evrensel mekanizmaları açısından eksiklik göstermekte, TTK'nın kıymetli evraka ilişkin hükümlerinin senedin içerdiği hakkın korunması doğrultusundaki gücü senetsizlik ortamının gelişmesiyle ters orantılı olarak silikleşmekte ve kaybolmaktadır.

TTK'nın kıymetli evraka ilişkin hükümlerinden de DİBS ihracına yönelik olarak iki sonucu öncelikle çıkartmak mümkündür: Bunlardan birincisi, kağıt sistemi geride kalıp onun yerini kayıt sistemi alırken TTK'da bu değişime ayak uyduracak, geçiş yolunu aydınlatacak bir düzenleme mevcut değildir. TTK'nın yapısı ve kurgusu, yürürlüğe girdiği dönemde mevcut bile olmayan varakasız kıymetli evrak kavramının doğal olarak yabancıdır. İkincisi, fiziki basım dönemi menkul kıymetlerin önemli bir bölümü için devam eder yani bu yasanın kıymetli evraka ilişki hükümleri uygulanırken çıkartılan 4749 sayılı yasada TTK'nın bu hükümlerine yapılmış herhangi bir atıf da bulunmamaktadır. Tersine yeni tarihli bu yasanın eski tarihli TTK hükümlerini adeta görmezden gelen bir anlayışla kaleme alınmış olduğunu, ondan ve bu bağlamda diğer yasal düzenlemelerden kendini soyutlamak istediğini gösterecek hükümler taşıdığını söylemek mümkündür. “Bu kanun kapsamında yer alan hususlara ilişkin her türlü değişiklik ancak bu kanu-

<sup>7</sup> Kabul tarihi : 29.6.1956, Yayın tarihi : 9.7.1956

<sup>8</sup> Yrg. 11.HD. E: 628, K: 1456. 2.4.1981

na hüküm eklemek veya bu kanunda değişiklik yapılmak suretiyle yapılabilir. Diğer kanunlarda bu kanunda yer alan hususlara ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, bu kanun uygulamaları açısından geçersizdir”(m.16,f.2) denmesi DİBS konusunda 4749 sayılı yasanın diğer hukuksal düzenlemelerden kopma, konuyu tek başına düzenleme isteği taşıdığına kanıttır.

TTK'nın yürürlüğe giriş tarihinin eskiliği nedeniyle doğal olarak öngörmesinin mümkün olamayacağı yeni gelişmeler ve oluşumlar çerçevesinde DİBS konusunda bunlara ilişkin 4749 sayılı özel kanunun da yeterli düzenlemeyi getirmemiş olduğu gerçeğinin altını çizerek şimdi de geleceğin piyasalarını düzenleme konumundaki SPKn.'nun bu alanda nasıl bir gelişmeye olanak tanıyacak yapıda olduğuna bakalım.

### III. 2499 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU<sup>9</sup>

SPKn.da DİBS'lerin günün koşullarına uygun biçimde manyetik ortamda ihraç edilmeleri doğrultusunda doğrudan düzenleyici herhangi bir hüküm taşımamaktadır. Kaldı ki, ihraç ve halka arzolanacak sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınması yasal zorunluluk iken Devlet borçlanmasına ilişkin olan ve Genel İdareyi temsilen Hazine tarafından ihraç edilen sermaye piyasası araçları bu kayıt zorunluluğundan da bağışık tutulmuştur (SPKn.m.4). Ancak, hazine borçlanmasına ilişkin çerçevenin SPKn'nun kapsamı içinde yer almasının istenmemiş ve bu doğrultudaki oluşumların da kural olarak SPK'nın (Kurul) görev ve yetkileri dışında tutulmaya çalışılmış olmasına karşın, borsa ve borsa dışı teşkilatlanmış sermaye piyasalarında alınıp satılan, alınıp satılabildiği için de ihraççısına daha güçlü ve daha uygun borçlanma olanakları sağlayabilen sermaye piyasası araçlarının arasında yer alan DİBS'lerin içerdiği hakların hak sahibi açısından kurulması, kullanılması ve sonlandırılması doğrultusundaki uygulama da hukuksal sonuçları itibariyle sermaye piyasasının taraflarını tereddütsüz biçimde öncelikle ve doğrudan etkilemektedir.

Bu kaçınılmaz etkileşim nedeniyle SPKn.'da da konunun geneliyle ilgili bazı önemli düzenlemelere yapılmıştır. Bu düzenlemeler, DİBS'lerin ihracını biçimlendiren usul ve esaslara ilişkin olmamakla birlikte kıymetli evrak hukukunun özüne yönelmeye çalışsan, o özü günün koşulları ve geleceğin mekanizmalarıyla uyumlaştırmayı amaçlayan arayışların öncül sonuçları olarak Kanun ve ona bağlı mevzuat içinde yer almaya başlamıştır.

Bu arayışlar doğrultusundaki ilk adım 558 sayılı KHK<sup>10</sup> ile atılarak “sermaye piyasası araçlarının kaydi değer haline getirilmesi” Kurul'un görev ve

<sup>9</sup> RG.No: 17416, T: 30.7.1981.

<sup>10</sup> RG.No: 22326. T: 27.6.1995.

yetkileri arasına alınmıştır. Ancak anılan KHK'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi<sup>11</sup> üzerine bu hüküm yasa dışında kalmış ve ona bağlı olarak tebliğ düzeyinde yapılmış olan düzenleme de aynı akibetten kurtulamayarak iptal edilmiştir. Daha sonra Kanun'da 4487 sayılı Kanun<sup>12</sup> ile yapılan değişiklik ile, "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi" başlığını taşıyan 10/A maddesi altında etraflıca sayılabilecek ama aşağıda görüleceği üzere sıkıntının özüne neşter vurmaktan yine de uzak bir düzenleme yapılmıştır.

SPKn.m.10/A hükümleri uyarınca, sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; Kurulun gözetim ve denetimi altındaki bir özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından bilgisayar ortamında kayden izlenir. İzlenen kayıtlar ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulur. Sermaye piyasası araçlarının halka satışında kural olarak alıcıya teslim edilme şartı bulunmakla birlikte kayden izlenen hakların senede bağlanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, Geçici 6.maddenin birinci fıkrasının "Bu kanunun 10/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra, Kurulca aynı maddeye göre kaydı tutulması kararlaştırılan sermaye piyasası araçlarını temsilen senet çıkarılmaz" şeklindeki amir hükmüyle güçlendirilmiş buna karşılık uygulamanın altı yıla kadar uzayabilen biçimde kademelendirilmesine de aynı maddenin izleyen hükümleriyle olanak tanınmıştır

Kapsam açısından, hangi sermaye piyasası araçlarının ve hangi ihraççıların kayden izleme altına alınacağına Kurul karar verir. Kayıtlara ilişkin usul ve esaslar da tebliğle belirlenir. Sorumluluk açısından, sınırlı bir yaklaşımla kayıtların sadece yanlış tutulması halinde kusura dayalı sorumluluk benimsenmiş ve bu sorumluluk da hak sahiplerinin yanlış kayıttan ötürü uğrayacakları zararlardaki kusurları oranında ihraççılar ve aracı kuruluşlara yöneltilmiştir.

Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi durumlarında bildirim tarihi açısından MKK kayıtları ve nama yazılı payların ortaklıklar nezdindeki pay defterine kaydında da ilgilerini başvurusuna gerek olmaksızın bu kayıtlardan ihraççılar itibariyle olanının esas alınması benimsenmiştir.

SPKn.'nun birer sermaye piyasası aracı olan DİBS'lerin kayden ihracı ile bağlantılandırılacak hükümlerinden de bu çerçevede kapsamında önem itibariyle şu öncelikli sonucu süzmek mümkündür: Bu kanunun yaklaşımı, kaydın kurulmasının değil izlenmesinin amaçlanması şeklindedir. İzleme, sisteme SPKn.dışındaki hukuksal dayanaklar çerçevesinde dahil olan bir

<sup>11</sup> RG.No: 22473, T: 24.11.1995.

<sup>12</sup> RG.No: 23910, T: 18.12.1999.

sermaye piyasası aracının, belgelediği hakların yaşamı boyunca sürecek gelişiminin ortaya konması, açıklanması, tarafların bu yönde olup bitenler hakkında bilgilendirilmesi gibi edilgen bir eylemi ifade eder. Başta mülkiyet olmak üzere rehin, intifa gibi hakların kurulmasını ve sona erdirilmesini içermez. Bu saptama, kaydileştirmeyi düzenleme konumunda olan 10/A maddesinde her ne kadar sayılmış olmasa da genel tanım çerçevesinde sermaye piyasası aracı olmaları dolayısıyla DİBS'leri de uygulama kapsamı içine alan SPKn.'nun bunların kayden ihracı hususunda herhangi bir düzenleme yapamamış, bu doğrultuda kural koyamamış olduğunu göstermektedir. Kağıtlı sistemin terkedilerek kayıtlı sistemin sürmesinin beklendiği sermaye piyasalarının geleceğinde, ileriye dönük dönemin başlıca hukuksal düzenleme alanı olması gereken SPKn'nda kıymetli evrak hukukunun zorunlu olarak terkiyle ortaya çıkan boşluk doldurulamayarak hakkın kurulması, korunması ve sona erdirilmesi gibi temel bir işlevin yerine getirilmesinden uzak bir edilgenlik içinde izleyici bir yaklaşım sergilemenin ötesine geçilememiştir.

Kaydi ihraçların usul ve esaslarına, kaydi hakların kurulması, korunması ve son bulmasına ilişkin olarak düzenleme getirmeyip sermaye piyasası araçlarının ancak kayden ihracından sonraki süreçte izlenmesini düzenlemekle yetinen SPKn.buna karşılık, GM.6 fık.1 uyarınca Kurulca kaydi tutulması kararlaştırılan sermaye piyasası araçlarını temsilen senet çıkarılmasını yasaklamıştır. DİBS'lerin ihracında her ne kadar Kurul kaydına alınma gereği 4.madde uyarınca mevcut değilse de gerek aşağıda çözüm önerileri bölümünde görüleceği üzere bu doğrultuda öneri getirilecek olunması dolayısıyla gerek uygulamada önem taşıyan diğer sermaye piyasası araçları açısından kaydi ihracın hangi usul ve esaslarda olacağı düzenlenmeden kaydi ihracın dışında basılı senet çıkarılmayacağına hükme bağlanmış olması nedeniyle ortaya çelişkili bir boşluğun çıkmış olduğunu vurgulamak gerekir.

DİBS'lerin kaydi olarak ihracı çerçevesinde, kaydi ihracın usul ve esaslarını barındırma yönünde ana omurga olan 4749 sayılı yasanın, kaydiliğin dışında DİBS'lerin kıymetli evrak niteliği taşıması dolayısıyla bağlantılı bulunduğu TTK'nın ve nihayet kaydi sistem ve piyasaların geleceğine dönük olarak en kucaklayıcı, en gelişmiş ve ayrıntılı hükümleri barındırması gereken SPKn.'nun konuya dönük hükümlerinin ortaya koydukları karakteristik vasıflar tek tek sergilendikten sonra bunlar ortak paydalar zemininde buluşturulmaya çalışıldığında ise şu saptamaları yapmak mümkün olur :

TTK, DİBS'lerin kağıda basılanları için kıymetli evrak hükümleriyle geçerli olup, bunların içerdikleri haklara ve bu hakların sahiplerine dönük yeterli düzenlemelere sahip bulunmaktadır. Buna karşılık kağıtsız olarak ihraç edilen DİBS'lerin içerdikleri haklara ve bu hakların sahiplerine dönük düzenlemelere sahip bulunmamaktadır.

DİBS'lerin kayden ihracının temel hukuksal dayanağı olan 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, kendisini bu konuda münhasıran yetkili kılmakta ancak bu yetkinin karşılığını oluşturan görevi yerine getirmeyerek konuya ilişkin olarak düzenlemesi gereken usul ve esasları belirlememekte, üstelik bunların belirlenmesini de hukuk hiyerarşisinde çok daha aşağılarda yer alan "anlaşma" niteliğindeki metinlere terketmektedir.

SPKn.ise kaydi sisteme geçişin hukuksal boyutlarının tasarımılandırılmasına çok haklı ve doğal olarak talip olmakla birlikte kayden yapılacak ihraçlara ilişkin usul ve esasların özünü ele alamamakta, ancak ihraçlardan sonra başlayan sürecin izlenmesine yönelik düzenlemeler koymaktadır.

DİBS'lerin ihracı ve bu sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuksal boyutlar yukarda ele alınan 3 yasayı da ilgilendirdiği halde bu yasalar DİBS'lerin kaydi değer olarak ihracında tek başlarına ne yetkili ve yeterli olmaktadır ne de birbirleriyle uyum arz etmektedirler. Tersine, değişik zamanlarda değişik ortamlarda hukuksallaştırılmış bulunan bu metinler birbirlerini tamamlamamakta, birbirleriyle örtüşmemektedirler.

Bu hukuksal uyumsuzluk ve kopukluk nedeniyle, özde kıymetli evrak olan DİBS'ler, piyasaların evrensel koşullarına uygun olarak kayden ihraç edildiklerinde, hak sahiplerini kıymetli evrakın sağladığı haklardan yoksun bırakmakta, yeni hukuksal düzenlemelerin uygulamada özellikle mülkiyet hakkının korunması konusunda aşağıda görüleceği üzere sergiledikleri boşluk ve yetersizlik nedeniyle de ortaya kıymetli evrak adeta tağşiş<sup>13</sup> edilmişçesine hukuksal sorunlar çıkmaktadır<sup>14</sup>.

## İKİNCİ BAŞLIK :

### SERMAYE PİYASASINDAKİ UYGULAMA

#### I. DİBS'LERE İLİŞKİN İHRAÇ VE SAKLAMA MEKANİZMASI

Devlet borçlanması iç ve dış olmak üzere iki bölüme ayrılır. Devlet dış borcu, Müsteşarlık tarafından herhangi bir dış finansman kaynağından belirli bir itfa planına göre geri ödenmek üzere sağlanan finansman olanakları ile Müsteşarlığın hazine garantisi çerçevesinde üstlendiği mali yükümlülükleri ifade eder. Hazinesinin nakit gereksinimini karşılamak amacıyla yurt içi piyasalardan yaptığı borçlanmalar ile Müsteşarlık tarafından üstlenilen mali yükümlülükler ise devlet iç borcunu oluşturur. Müsteşarlık, piyasalardan ya-

<sup>13</sup> Tağşiş, Osmanlı döneminde gümüş sikkelerin daha düşük değerdeki metallerle alışımının bozularak değerlerinin azaltılmasını ifade eder.RT.

<sup>14</sup> TANÖR, Reha : Kıymetli Evrakın Tağşişi. Dünya Gazetesi, 17.9.2003

pacağı iç ve dış borçlanmada kullanacağı Hazine bonosu, Devlet tahvili, Eurobond gibi enstrümanları ihale yöntemi, sürekli satış yöntemi ve diğer yöntemlerle alıcılara ulaştırır<sup>15</sup>. Gerek bu açılım sürecinde gerek itfa aşamasında Merkez Bankası, “Hükümetin haznedarı” sıfatıyla görev yapar, iç ve dış tahsilatın yapılmasında, kupon ve itfa bedellerinin ödenmesinde vevne işlevi görür<sup>16</sup>.

Hazine tarafından ihraç edilen DİBS’ler de bu genel çerçeve içinde, seçilen satış yöntemine bağlı olarak yetkilendirilmiş banka ve aracı kurumlar ya da bireysel veya kurumsal, iç ve dış yatırımcılar tarafından satın alınır. Bu işlemin niteliğine ve taraflarına göre farklı hukuksal konumlar ve sorumluluklar söz konusu olur. Banka ve aracı kurumlar, alımı kendi portföyleri için kendi nam ve hesaplarına yapabildikleri gibi, kendi hesaplarına fakat müşterileri namına da gerçekleştirebilirler.

Alıcılar, Hazine’nin ihraç ettiği bu menkul kıymetleri kesin alım amacıyla alabilecekleri gibi bunlar üzerinde yetkilendirilmiş aracı kuruluşlar vasıtasıyla geri alım veya satım taahhüdünü içeren alım satımlar (repo işlemleri) da yapılabilir. DİBS’ler üzerindeki ikincil piyasa işlemlerinin gerçekleştiği pazarlar da ya İMKB’nin kesin alım satım pazarı ve Repo pazarıdır ya da bankalararası piyasadır. Bankalar arası piyasada yapılan işlemler de İMKB’de yapılmamış olmasına rağmen bu kuruma tescil ettirilir.

DİBS’lerin Hazine’nin elinden çıkıp aracı kuruluşa ya da nihai alıcıya intikalinden sonra kayden ya da fiziken saklanması da farklı yerlerde ve biçimlerde olabilir. DİBS satın alınan bankalar bunları Merkez Bankasında kendilerine açılan ve Depo hesabı adı verilen hesaplarda muhafaza ederler. Bu hesabın alt hesapları olarak da yabancı saklamasına dönük hesap, repo işlemleri için Teminat Deposu ve bankaların kendi portföyleri ve kendi müşterileri için saklama yaptıkları hesaplar bulunur. Aracı kurumlar ise sahip oldukları DİBS’leri ve müşterilerine ait olanları Takasbank’ta saklarlar. Yatırım Fonlarının portföylerinde yer alan menkul değerlerin de Takasbank’ta saklanması zorunludur. Aracı kurumların İMKB’ye teminat olarak verdikleri Hazine Bonoları ise Merkez Bankası depo hesabında tutulur. Saklama hizmetinin bankalar aracılığıyla uluslararası saklama kuruluşlarında (Euroclear gibi) yaptırılması da mümkündür. Ancak bu kuruluşlar nezdindeki hesaplar onu açtıran banka adına olmakta ve yatırımcıya doğrudan hesap açılması pratikte mümkün olmamaktadır. Yatırımcının fiziken basım yapıldığı takdirde, kesim alımını yaptığı DİBS’i herhangi bir saklama kuruluşuna vermeden kendi olanakları içinde muhafaza etmesi de elbette mümkündür.

<sup>15</sup> TANÖR, Reha. Türk Sermaye Piyasası. 2.Cilt: Halka Arz. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, 2000,s.491 vd.

<sup>16</sup> TANÖR, Reha. Türk Sermaye Piyasası 1.Cilt: Taraflar. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, 1996,s.73 vd.



Ancak, kendi rızası olmaksızın kağıdın elden çıkması riskinin kıymetli evrak hukukunun doğuracağı sonuçlar itibariyle ortaya koyduğu sakınca ya da ikincil piyasalarda al-sat yapmak istediği takdirde ortaya çıkacak dolanım ve değişim zorlukları nedeniyle bu yola başvurulması artık rağbet görmemektedir.

Görüldüğü gibi, DİBS'leri alanlar, bazı hallerde bunları fiziken basılmış kağıt evrak biçiminde alabilmekte ancak çoğunlukla da kayden alım yapmaktadırlar. DİBS'lerin kıymetli evrak biçiminde basımı uygulamasında, açılan Hazine ihalelerinde kupür detayı verildiği takdirde, DİBS fiziken kağıda basılarak teslim edilebilmektedir. Yatırımcıların talebi halinde de ek basım yapılabilmektedir. Ancak bunun için de vadenin belirli uzaklıkta olması, basım süresinin iki ay gibi bir zaman alması nedeniyle gerekli olmakta, bu yüzden örneğin 3 ay vadeli DİBS'lerin fiziken basımı yapılmamaktadır. DİBS'lerin basım ve dağıtımının belli bir süre alması, senetlerin hamiline yazılı olmasının getirdiği saklama zorluğu ve ikinci piyasalarda sürekli el değiştiriyor olması gibi nedenlerle ihraç ve işlemlerin büyük çoğunluğu kaydi olarak gerçekleştirilmektedir.

İhracın fiziken ya da kayden yapılması, kağıdın onu satın alanın kendi nezdinde ya da saklamacı kuruluşa tevdi ederek muhafazası hususlarında ana hatlarını aktardığım piyasa uygulamaları yukarıda belirtilen mevzuat hükümleriyle uyum göstermemekte, uygulama mevzuat çerçevesine sığmamaktadır. Bu örtüşmezlik aşağıda görülecek hukuksal sakıncaları doğurmakta, bu sakıncaların olumsuz biçimde gelişmesi de finansal piyasaların işlevini yerine getirmesini güçleştirici rol oynamaktadır.

## II. SORUNLAR VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

Bu doğrultuda uygulamada ortaya çıkan temel sorun, kayden ihraçlarda, hak sahibinin haklarının, kağıda fiziken basılarak kıymetli evrak niteliğini kazanan borçlanma senedi zilyedininkilere eşdeğerde korunamamasıdır. Fiziken basımda, kural olarak, kıymetli evrakı elinde bulunduran ve kendi tasarrufu altında saklayan bir yatırımcı onun ediniminde kendisine aracılık eden aracı kuruluş tasfiyeye bile girse bundan etkilenmez, vadesi geldiğinde elindeki kıymetli evrakı Hazine veznedarı işlevini yürüten kuruluşa götürerek bedelini tahsil edebilir. Elindeki senet, TK.557 hükümleri uyarınca kendisine ödeme yapılmasını sağlar. Buna karşılık, kaydi ihraçta, yatırımcı Hazine'nin kendisine olan ve aracı kuruluştaki hesabına kaydedilen borcunu, itfa süresi gelmeden önce aracı kuruluşun az önceki örnekte olduğu gibi tasfiye sürecine girmesi durumunda vadesi geldiğinde Hazine veznedarına dermeyan edip bedelini talep edemez çünkü bu kez elinde kendisine bu olanığı sağlayan bir "kıymetli evrak" yoktur. Onun yerine yetkili aracı kuruluşlar tarafından kendisine verilmiş olan ve bunlardan her birinin kendi uygu-

lamasına göre farklılık gösterebilen, bu nedenle, dekont, makbuz, hesap ekstresi gibi değişik adlar alabilen bir bilgisayar çıktısı, bir “alelade kağıt” vardır. Bu da kendisine sadece hesabının ve Hazine borcundan kaynaklanan alacak kaydının bulunduğu aracı kuruluşun tasfiyesine iştirak ederek alacağını iflas masasına yazdırma olanağı verir<sup>17</sup>. Hazineden “kağıda yazılmış” alacağı bulunan bir yatırımcı ile aynı hukuksal ilişkiden “kayıta bağlanmış” alacağı doğan yatırımcı arasında hakkın kullanımı sürecinde hukuk felsefesinin kabul edemeyeceği bir haksız farklılık meydana getirir. Bunu da kıymetli evrakın ya da onun içerdiği hakkın taşıyışı olarak adlandırdığımı yukarıda ifade etmiştim.

Kıymetli evraka dayalı ihraç sisteminin terkedilerek varakasızlığa geçiş yapmanın amacı, menkul kıymetlerin günün koşullarına uygun ölçülerde alım satımının sağlanmasıdır. Günün koşullarına uygun ölçüleri ise hızlı ve evrensel dolaşım ile bu hızlı ve evrensel dolaşım sürecinde hakların korunması olarak tanımlandırmak yanlış olmaz. Birbirinden ayrılmaması gereken bu ölçülerden birincisi olan hızlı ve evrensel dolaşım, bilgisayar teknolojisinin sağladığı olanaklarla yaşama geçirilmiş bulunmaktadır. Ancak biraz da bu teknolojinin gelişmişliğine fazladan abanarak her türlü sorunun bu yoldan aşılabileceğini sanmak, aynı hakların özellikle korunması açısından vahim sonuçlar doğuran/doğurabilecek bir yanlış sürdürmek olur. Bu çerçevedeki sorunlar, hakkın doğumu, korunması, kullanılması ve sonlandırılması sürecinde, hak sahibinin mağduriyetini önleyecek biçimde uygulama mekanizmalarının, özellikle saklama sisteminin, bilgisayar teknolojisinin etkin olanaklarıyla iyileştirilmesi ve güçlendirilmesi yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır<sup>18</sup>. Oysa hukuksal alt yapı ve çerçeve yeterli olmadan, salt ileri teknolojiyle bunun sağlanması mümkün değildir. Bu doğrultudaki arayışlar, temeli sağlam olmayan bir binanın üst katlarının iyi dekore edilmesinden öteye geçemez.

Kabul etmek gerekir ki, kıymetli evraka ilişkin hukuksal temel, menkul kıymetlerin evrensel bazda hızlı ve güvenilir akışı doğrultusunda günün koşullarına ve geleceğin gereksinimlerine yanıt verebilecek yeterliliği yitirmiştir. Bu nedenle de, onun yerine koymak amacıyla literatür ve uygulamada sürdürülen çözüm arayışları, teori ve pratiğin birbirini yaratması ve geliştirmesi sarmalında aşama aşama ilerlemektedir. Bu bağlamda, toplu senet ihracı, toplu saklama girişimleri ve kaydi sistemde kıymetli evrakın kağıtsız ola-

<sup>17</sup> “Müşteriler tarafından satın alınan kamu menkul kıymetlerinin zilyetliğinin İmar Bankası tarafından muhafaza edilmesi kaydıyla İmar Bankası’nda bırakılması...” dolayısıyla, adı geçen bankanın TCK hükümlerini ihlal edici eylemlerinin yanında, faaliyetine son verilmesiyle yatırımcıların sözü edilen kamu menkul kıymetlerinin akıbeti de bu doğrultuda olmuştur. İMKB HB.29.8.2003, s.79.

<sup>18</sup> Bu bağlamda, KAYD-e SİSTEM, e-MKK,e-CAS gibi elektromanyetik sistemler devreye sokulmaya çalışılmaktadır. MKK Abant Sunumu, 13.12.2003.

rak sürdürülebilmesi yönündeki arayışlar bu süreç içinde birbirini izleyen aşamalar şeklinde yer almaktadır<sup>19</sup>.

Özellikle ihraçtan sonra, menkul kıymetin saklanması konusunda saklayan – saklatan arasındaki ilişkilerin hukuksal niteliğinin, senet/hak üzerindeki zilyetliğin korunması, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve devredilmesi yönündeki değerlendirmeler, bu arayışlar içinde önemli yer tutmuştur. Saklamanın bu açıdan günün gereksinimleri doğrultusunda yeterli korumayı sağlaması, evrak/evraksızlık ikileminin doğurduğu hukuksal sorunun uzantısında, saklama sözleşmesinin BK'nın adi vedia, usulsüz tevdi ve ardiye sözleşmesine ilişkin mevcut hükümlerine göre belirlenen hukuksal niteliğinin<sup>20</sup>, anılan gereksinimleri bu çerçevede karşılamada kanımca eksik kalması nedeniyle gerçekleşmemektedir. Uygulamada, saklama kuruluşlarındaki hesapların aracı kuruluş adına açılması, gerçek hak sahiplerinin ancak alt hesaplarda görünmesi, yatırımcıya ait hesapla aracı kuruluşun havuz hesabı arasında aracı kuruluş tarafından yapılacak aktarımların mümkün bulunması, buna karşılık yatırımcının tevdi etmiş olduğu değerler üzerinde bazı durumlarda blokaj uygulayabilmesine rağmen kendisinin doğrudan işlem yapma olanağının bulunmamasına karşın başkalarının bu olanağa sahip olması<sup>21</sup> gibi kayıtlar üzerindeki zilyetlik silsilesinin arzettiği karmaşa ve yetersizlik, işleyiş itibarıyla gerçek hak sahibinin aleyhine hukuksal sonuçlar doğurmaktadır.

Ekonominin ihtiyaç duyduğu yabancı kaynakların sağlanmasında önemli işlevi olan uluslararası kurumsal yatırımcılar yönünden bakıldığında da, uygulamada onlara ilişkin saklama mekanizması ve saklayıcı kuruluşlar açısından bazı farklılıklar bulunsa bile sistem bütünlüğünün uluslararası normlara uygun olmasının kendileri tarafından da arandığı görülmektedir<sup>22</sup>. Nitekim, menkul kıymet üzerindeki mülkiyet hakkının korunması ihtiyacı, piyasaların güvenilirliği açısından her konunun önünde geldiği içindir ki, örneğin, uluslararası pazarlarda dolaşımı hedeflenen sermaye piyasa-

<sup>19</sup> Bu sürece ilişkin geniş açıklamalar için bkz. ÖZTAN, Fırat . Kıymetli Evrak Hukuku. Turhan Kitabevi, Ankara 1997.s.309-358 ve TURANBOY, Asuman. Varakasız Kıymetli Evrak. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 1998.

<sup>20</sup> Saklama sözleşmesinin hukuksal niteliği hakkında bkz. MANAVGAT, Çağlar. Menkul Kıymetlerin Merkezi Saklanması Kullanılan Yöntemin Sözleşmenin Hukuki Niteliğine Etkisi. Batider. C –XVIII - S.4.

<sup>21</sup> Örneğin, bir aracı kuruluşun borcu dolayısıyla onun yatırımcılarına ait TakasbankAŞ'deki menkul değerler üzerinde haciz işlemi yapılabilmektedir. Müşteri ismine saklamanın getirdiği imkan ise bunun önlenmesini sağlamamakta, yalnızca, hacedilen değerlerin gerçek sahibinin isminin bildirilmesi yoluyla istihkak davasına açılabilmesini mümkün kılmaktadır.

<sup>22</sup> TSPAKB. Sermaye Piyasasında Takas ve Saklama Güvenliğinin Artırılması ve Uyuşmazlıkların Çözümünün Hızlandırılmasına İlişkin Rapor. S.3 Haziran, 2003.

sı araçlarının bu dolaşımının hızlı, yaygın ve güvenli olması amacına dönük arayışların halkaları arasında yer tutan depo sertifikalarının da kaynak ülke olan ABD.deki ihraçları ancak nama yazılı olmaları halinde mümkün kılınmıştır<sup>23</sup>.

Kıymetli evrak ihracının yerini giderek artan hacimlerde manyetik ortamda kaydi ihraçların alması ile ortaya çıkan mülkiyet riskinin kıymetli evrakın ziyayı halinde alınabilecek tedbirlerle restorasyonu da üzerinde durulan çözüm arayışları arasında yer almıştır. Ancak, mülkiyet kaybının çok hızla gerçekleşebildiği, sonuçlar doğurduğu ve malikin rızası dışında gerçekleşen devirlerin, kıymetli evrakın iptaline karar verecek yargısal mekanizmanın kendi işleyiş hızı içinde yetişemeyeceği bir silsile arzemesi gibi açılardan bakıldığında, bu yöndeki hükümler üzerinde hareket etmenin gelecek açısından gerçekçi olmayacağı, günün ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla günün koşullarından uzak kalmış düzenlemelere dayanılarak yapılacak yorumların da giderek daha fazla zorlama niteliği taşıyacağı, sonucuna varmak gerekir. Nitekim Yüksek Mahkeme bile Devlet tahvillerinin iptali konusunda bunların bazen iptal edilemeyeceği, bazen de iptal edilebileceği sonucuna vararak çelişkiye düşmekten kurtulamamıştır<sup>24</sup>.

Finansal piyasa dünyası, hukuksal çözümün bulunamamış ve yaşama geçirememiş olmasının yol açtığı sakıncaları teknolojik olanaklarla aşmaya çalışır, bir yandan bu doğrultuda bilişim teknolojisinin geliştirdiği web tabanlı kaydi saklama gibi ileri düzlemleri tasarımılandırırken bir yandan da bu gelişmiş teknolojiyi kullanabilecek durumda olan yetkili kurumlar hukuksal boyutların ve sorumlulukların belirsizliğinin kendiliğinden daralttığı bir alan içine sıkışıp kalmanın sıkıntılarını yaşamaktadırlar. Örneğin, bir tarafta MKK, her türlü işlemin elektronik ortamda, tüm katılımcılar için uzaktan erişimle, internet ve mobil iletişim tabanlı interaktif bağlantılarla ve hak sahibi, işlemin kaynağı, kayıt yeri, işlemi yapan ve işlemin türü bazında ayrıntılandırılabilen bir incelik çerçevesinde yapılabilmesini projelendirirken<sup>25</sup>, öte tarafta yurt içi ve yurt dışı finansal kuruluşlara azımsanmayacak ölçülerde takas ve saklama hizmeti sunan Takasbank A.Ş.<sup>26</sup>, saklama iş-

<sup>23</sup> ÖZKORKUT, Korkut. Türk Hukukunda Depo Sertifikaları. İMKB yayımı. Ekim 2003,s.46

<sup>24</sup> ÖZTÜRK (DİRİKKAN), Hanife. Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali. Dokuz Eylül Üniversitesi Yayımı. Ankara, 1990, s.29.

<sup>25</sup> MKK A.Ş. "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi" sunumu.s.19 vd.

<sup>26</sup> Takasbank AŞ., 2003 yılında 27 katrilyon TL.üzerinde bir saklama hacmi sergilemiştir. 612 Kuruluşa verilen saklama hizmeti çerçevesinde saklanan menkul kıymetler, başta hisse senetleri ile Devlet tahvili ve Hazine Bonosu olmak üzere şunlardır : Gelir Ortaklığı Senetleri, Kar Zarar Ortaklığı Belgeleri, Gayrimenkul Serifikaları, Euro Tahviller, Depo Sertifikaları, Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Özel Sektör Tahvilleri, Saklamaya konu alınabilecek diğer menkul kıymetler, Uluslararası saklama kuruluşlarınca saklamaya alınabilen tüm kıymetler. Takasbank Abant Sunumu, 13.12.2003.

leminin boyutlarını, tüm bu teknolojik olanaklara karşın, “sermaye piyasası araçlarının sahtecilik, tahrifat, hırsızlık ve suistimale karşı korunarak muhafaza edilmesi”yle çerçeveleyerek, temel sorunu aşmaya yardımcı olacak bir işlevi yerine getirmekten haliyle söz edememekte<sup>27</sup>, tersine, mevcut sistemin “yasal tedbir ve kısıtlamalara karşı koruma sağlamadığını” açıkça ifade etmektedir<sup>28</sup>.

Hazinenin, yoğun olarak gerçekleştirdiği kaydi ihraçlarda, tertiplerin bir kısmını bazen fiziken kağıda “da” basarak yatırımcıya veriyor olması da kendi içinde örtüşmeyen mevzuatın bu kez uygulama ile iyice uyumsuzlaşmasına, hukuksal dayanak bütünlüğüne sahip olmayan farklı uygulamaların ise çok ciddi sorunlara yol açacak boyutta sonuçlar doğurucu niteliğe ulaşmasına yol açmaktadır. Kaydileşme konusunda her ne kadar menkul kıymetlerin senede bağlanmadan ihraç edilebildiği, hakların kayden tedavül ettiği “tam” kaydi sistemin yanında hakların hem senede bağlı hem de senetsiz tedavül edebildiği “kısmi” kaydi sistemin varlığından söz etmek mümkün olsa da<sup>29</sup> uygulamamızda bu yönde objektif ve belirli kriterlerin olmaması nedeniyle, ihracın, ancak “talep edilmesi halinde” ve sadece bazı taleplerin karşılanmasını mümkün kılan subjektif kararlara bağlı olarak kağıt basılmak suretiyle gerçekleştirilmesini<sup>30</sup>, aynı tertibe bağlı geri kalan kısmının ise kayden yapılabilir olmasını, ikili sistemin bir örneği şeklinde görmekten çok sistemdeki ikilik olarak değerlendirmenin daha doğru olacağı kanısındayım.

Çeşitli açılardan görüldüğü üzere kendi içinde örtüşmeyen ve piyasaların evrensel gereksinimlerini karşılamaktan uzak kalan mevzuat, bu eksiklik ve uyumsuzluğun sonucu olarak uygulama ile de bütünleşmemektedir. Risklerin büyümesi de ister istemez teknolojinin olanaklarıyla önlenmeye çalışılmaktadır. Oysa, saklama sisteminin güçlendirilmesi, saklayıcı kuruluşların yeniden belirlenmesi gibi arayışlarla hukuksal risk ortadan kalkmaz. Çözüm, sıkıntının kaynağını ortadan kaldırmakla sağlanır. Bu da ancak piyasa gerçeklerine ayak uyduracak hukuksal düzenlemelerin yapılmasıyla mümkündür. Aşağıda, bu doğrultudaki çözüm önerilerim yer alacaktır.

<sup>27</sup> Takasbank Faaliyet Raporu 2002, s.5.

<sup>28</sup> Takasbank sunumu. Sabit Getirili Menkul Kıymet Müşteri Bazında Saklama Sistemi. Ağustos, 2003.

<sup>29</sup> MANAVGAT, Çağlar. Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları. AÜHFD.C.50,S.2 2001, s.160.

<sup>30</sup> T.C.Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı yazısı. No : B.02.1-HM.0.KAF.01.01, T : 24.09.03\*57554.

## ÜÇÜNCÜ BAŞLIK : SONUÇ VE ÖNERİLER

Bünyesinde borsa ve borsa dışı örgütlenmeleri barındıran sermaye piyasası, evrensel sermaye akımlarının olabildiğince yaygın, hızlı ve güvenli biçimde gerçekleştirilmesine olanak tanıyan yapısıyla, uluslararası ilişkilerin ve bunların bir parçası olan piyasaların karşılıklı bağımlılık ilkesinden global bağımlılığa doğru yol alan gerçekliğinde küresel kapitalizmin finansal planında ulaşmış olduğu en ileri noktadır. Evrensel kaynakların oluşması ve paylaşımı açısından bu denli önem taşıyan bir zeminde en fazla payı alanlar arasında olabilmek kuşkusuz özellikle kaynak isteminde bulunanlar açısından öncelikli amaçtır. Bu amaca ulaşmak, kaynak isteminde bulunanların, kaynaklarını kendilerine sunmayı düşünenlere sergileyecekleri verimlilik ve güvenilirlik doğrultusunda ve bunların niteliği ile orantılı olarak gerçekleştirilir<sup>31</sup>.

Kamu maliyesi de özel sektöre yararlanma alanı bırakmayacak ölçüdeki yüksek finansman gereksinimi çerçevesinde, ihraç ettiği DİBS'ler aracılığıyla bu alanı ve onun sunduğu kaynakları aynı kurallar çerçevesinde en iyi biçimde kullanma durumundadır. DİBS'lerin günün koşullarına uygun biçimde kaydi değer olarak ihraç edilmeye başlanmasıyla ortaya çıkan bazı sorunlar güvenilirlik unsurunu törpüleyerek verimliliği tehdit edici boyutlara ulaşmıştır. Bunların başını menkul kıymet mülkiyetinin korunmasında meydana gelen gedik çekmektedir. Bu gedik, konuya ilişkin hukuksal mevzuatın kendi içinde örtüşmemesi, buna bağlı olarak mevzuatın uygulama ile de uyum sergileyememesi nedeniyle oluşmuştur. Mevzuatın gerek kendi içinde gerek uygulama ile arasındaki örtüşmezlik de kıymetli evraka ilişkin hukuksal düzenlemelerin yürürlükte bulunmakla birlikte yetersiz kaldığı bir ortamda kaydi değere geçilirken onların yerini alacak yeni düzenlemelerin gereğince yapılamamış olmasından ileri gelmiştir.

Bu saptama doğrultusunda, tüm sermaye piyasası araçları için geçerli olduğu gibi, DİBS'lerin de güvenilir bir ortamda kaydi değer olarak dolaşımının sağlanması amacıyla önereceğim çözüm yolları şunlardır :

Kıymetli Evrak hukukuna ilişkin düzenlemeleri ve ticaret yaşamını kucaklayan temel yaklaşımları içeren Türk Ticaret Kanunu ile kamu finansmanı ve borç yönetiminin hukuksal dayanağı olan 4749 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi hakkında Kanun" ve nihayet menkul kıymet ticaretinin ağırlıklı olarak cereyan ettiği ana piyasayı düzenleyen ve

<sup>31</sup> Mali piyasaların sahip olması gereken güvenilirlik ve verimlilik gibi vazgeçilmez niteliklerin piyasa riski ve onun dışında kalan hukuksal risk açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. TANÖR, Reha : Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası. TSPAKB Yayımı. İstanbul, 2003,s.157 vd.

gelecekteki gelişmelerin temel adresini oluşturması gereken Sermaye Piyasası Kanunu'nun "birlikte" ele alınarak, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin düzenlemelerin bu üç yasanın birbirleriyle uyumlu hükümler taşıyabilmesini sağlayacak biçimde "eşzamanlı olarak ve bütünlük içinde yapılması" konunun çözümü doğrultusundaki öncelikli ve temel şarttır. Adı geçen yasalarda ayrı ayrı ve birbirinden kopuk biçimde yapılacak düzenlemeler, resmin tamamına dönük olamayacağı için finansal piyasaları ilgilendiren diğer yasalaraştırma çalışmalarında olumsuz örneklerine sık sık tanık olunduğu üzere konunun bir yanının düzeltilmesi sağlanırken bir başka yanının zedelenmesine yol açacaktır. Keza, yasa ile düzenlenmesi gereken konuların hareket yeteneği kazanmak amacıyla da olsa, yönetmelik, tebliğ, anlaşma gibi alt düzenlemelerle çözümüne yönelmek de sakinca ve yetersizlik yaratır.

Adı geçen üç yasa, birlikte, eşzamanlı olarak ve bütünlük içinde ele alındığında,

kaydileştirmeye dönük düzenlemeler her birine aşağıdaki esaslar içinde paylaştırılmalıdır:

1) TTK'nın, günün tüm gerekliliklerine yanıt vermekten uzaklaşmakla birlikte, 557. maddesiyle başlayan kıymetli evrak hükümlerinin kaldırılmasını beklemek, kıymetli evraka vedan<sup>32</sup> söz konusu edilmesine karşın kanımca gerçekçi olmadığı gibi doğru ve gerekli de değildir. Ticari yaşamın çok önemli bir bölümünü oluşturan ilişkilerin bağlandığı ve kambiyo senetleri üzerinde olduğu gibi geniş egemenlik alanı sürmekte olan kıymetli evraka dönük etraflı düzenlemelerin uygulamada geçerliğini koruduğu açıktır. Bunun yanı sıra, kaydileştirmede ikili sistemin varlığı en azından SPKn.'da kaydi sisteme tam geçiş için öngörülen uzun geçiş dönemi boyunca sürecektir, bu açıdan da Kıymetli evrak hükümlerine olan gereksinim devam edecektir.

Yapılması gereken, "kıymetli evrak"ın yanında "kıymetli hak" kavramını da TTK içinde yasalaştırmak ve bununla ilgili temel çerçeveyi çizmek olmalıdır.

Kıymetli evrak kavramının sermaye piyasası araçları açısından erimeye, solmaya yüz tutmuş olması nedeniyle, varakasız ortamda onun yerini tutması, bayrağı ondan devralması gereken düzenlemelerin "kıymetli hak" adı altında ve kıymetli evrak düzenlemeleri paralelinde, onun sağladığı hakların eşdeğerini oluşturacak güçte önce ancak daha kısa ve özlü biçimde TTK içinde yasalaştırılması doğru olur. Böylece eski sistem, bir yandan yeni oluşumlara yanıt verebilme yeteneğinin ispatı açısından öncelikle yeni kavramları "tanıma" (kabullenme anlamında) yolunda adım atarken, öte taraftan

<sup>32</sup> TEKİNALP, Ünal. Evraksız Kıymetli Evraka Veya Kıymet Haklarına Doğru. Batider. C.XIV,S.3, s.1.

bu doğrultudaki temel esaslara, eski olmakla birlikte daha köklü ve daha geniş uygulama alanına sahip bulunan hukuksal düzenlemenin içinde yer verilmele de yani kavram ve oluşumların yasalar hiyerarşisi, genel hukuk düzeni ve uygulama açısından ihtiyaçları olan “tanınma” (kabullenilme anlamında) kendilerine kazandırılmış olur.

2) TTK’da kısa ve özlü olarak tanımlanan “Kıymetli hak” kavramı, o düzenlemeye atfen esas uygulama alanı ile ilgili olan SPKn’da açılmalı ve ayrıntılandırılmalıdır. Sermaye piyasası araçlarının kaydi değer olarak ihracında, kıymetli hakkın doğumu, kullanımı, sona erdirilmesi, kapsamı gibi hususlar bu çerçevede içinde piyasalara özgü kavram ve oluşumlarla harmanlanarak pekiştirilmelidir. SPKn. kendi kapsamı içinde, hakkın izlenmesini değil, onun kurulmasından sonlandırılmasına kadarki süreçte aynı hak olarak ortaya çıkmasını ve her aşamada öyle değerlendirilmesini düzenlemelidir.

Merkezi Kayıt Kuruluşu’nun işlevi ve işleyiş esasları da bu anlayış içinde yeniden düzenlenmelidir. MKK, bilgisayar ortamında hakkın ihdası ve terkinine, doğumu ile sonlandırılması arasındaki süreçte de kullanılması ve kısıtlanmasına olanak tanıyan “kurucu kayıt”ların hak sahipleri adına yapıldığı, aleniyet ve güvenilirlik açılarından da resmi sicil niteliğine ya da kamu güvenirliliğine sahip bir yapıya kavuşturulmalıdır<sup>33</sup>. Konu açısından yüksek duyarlık arzeden saklama mekanizması da bu anlayış çerçevesinde ayrıntılandırılacak saklama esaslarının getirilmesi ile sistem genelinde güvenilirlik ve verimlilik açılarından ortaya çıkmış bulunan gediğin kapatılmasına olanak sağlanmış olacaktır. Saklayanla saklatanın malvarlıklarının içiçe geçmesinin uygulamada ortaya çıkarttığı / çıkartacağı büyük sorunlar, kıymetli hakkın korunmasına ilişkin hükümlerle ortadan kaldırılabilecektir. MKK’nın, kurucu kaydın yapılamadığı, aleniyet ve güvenilirlik gibi kamusal değer taşıyan özelliklere sahip kılınmadığı düzenlemelerle tasarımılandırılması, Kanun’un 1.maddesinde belirlenmiş amacı açısından eksiklik ifade eder.

Kapsam ve uygulamaya geçiş sürelerine ilişkin konular da bu arada açık ve yeniden belirlenmiş hükümlere bağlanmalıdır. Geçiş sürecinin mevcut yasadaki uzunluğu sakıncalara yol açacak ikilemlere olanak tanımaktadır. Yasalarda önerdiğim değişikliklerin eşzamanlı ve bütünlük içinde yapılmasının ardından bu kadar uzun bir geçiş sürecine gerek kalmayacaktır. Piyasa, hem araçlar hem de teknoloji yönünden çok daha kısa sürede uygulamaya tam geçişe hazır olabilir. Sermaye piyasasında işlem gören menkul kıymetlerin

<sup>33</sup> MKK kayıtlarının nama yazılı kaydi payların devrindeki etkisi ve niteliği hakkında bkz. TEKİNALP, Ünal : Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği. Prof.Dr.Tahir Çağa’nın Anısına Armağan. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, 2000,s.537 vd. Bilgisayar ortamında tutulacak sicilin işleyişine ilişkin görüşleri için bkz. VAROL, Reyhan. Menkul Kıymetlerin Kaydi Değer Haline Getirilmesi. 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu. İstanbul, 1997, s. 231-235.



büyük çoğunluğu halen bilgisayar ortamının koşullarında ihraç edilmekte, işlem görmekte ve saklanmaktadır. Bunlara ilişkin teknolojik alt yapı çalışmakta ve uygulamada yabancılik çekilmemektedir. Tahvil ve bonolar ile yatırım fonu katılma belgeleri açısından da durum farklı değildir. Geriye kalan araçlardan nitelikleri uyanlar ise piyasada zaten hiç mevcut bulunmamakta, bu da onların piyasaya gelecekteki katılımında, doğrudan yeni bir dünyaya gözlerini açacak olmalarının sağlayacağı kolaylığı ortaya koymaktadır<sup>34</sup>.

Kaydi ihraçların araç yönünden kapsamını belirleyen SPKn.10/A maddesinin ilk cümlesindeki sermaye piyasası araçları (menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarının tümü) içine 4.maddedeki araç/ihraççı kapsamında Hazine Müsteşarlığı ve onun çıkarttığı DİBS'ler de yerleştirilmelidir. Müsteşarlık'ça çıkartılan ve sermaye piyasası geneline egemen olan DİBS'lerin, "tasarruf sahiplerinin hak ve yararları"nı 1.maddesiyle koruma altına alan SPKn.'nun "amacının gerçekleştirilmesini teminen" bu kanunun hükümleri çerçevesi içinde Kurul kaydına alınması isabetli olacaktır. Kurul kaydına alınmanın Hazine'nin sermaye piyasası araçlarına da teşmil edilmesinin kamunun borç yönetiminin işleyişi açısından geciktirici ve güçleştirici sakınca yaratmaması için de kayıt sürecinin ve yerine getirilmesi istenen gerekliliklerin diğer ihraççılardan talep edilenlerden farklı kılınarak, çok basit bir formaliteye bağlanmasıyla aşılması mümkün olabilir.

3) DİBS'lerin kayden ihracı ve onu izleyen sürece ilişkin mevzuat üçlüsünün son ve önemli bacağı olan 4749 sayılı yasada da DİBS'lerin kayden ihracına ilişkin usul ve esaslar, TTK ve SPKn.'nun "kıymetli hak" konusundaki hükümlerine atıf yapılarak ve o bütünlük içinde düzenlenmelidir. Kıymetli hakkın yasa içinde diğer yasalara atfen tanınması ve tanımlanması yapıldıktan, fiziki basımlarla irtibatlandırılması tamamlandıktan, bağlayıcı ve ayırıcı özellikler objektif ölçütlere bağlandıktan sonradır ki ancak, kaydi (ve fiziki) ihraçların şekline ilişkin ayrıntılar, yönetmelik, tebliğ ya da 6.madde hükmünde yer verildiği üzere, mali servis anlaşması niteliğindeki alt düzenlemelere bırakılabilir.

4749 Sayılı kanunda konuya ilişkin temel esasların TTK ve SPKn.'na atfen düzenlenmesi, bu konuda diğer yasalarda yapılacak ve haliyle DİBS'leri de kapsayacak değişikliklerin 4749 sayılı yasanın 16.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "Diğer kanunlarda bu kanunda yer alan hususlara ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, bu kanun uygulamaları açısından geçersizdir" hükmünün doğuracağı sakıncaları da bertaraf edecektir.

<sup>34</sup> Sermaye piyasası aracı niteliği taşımasına karşın menkul kıymet ve kıymetli evrak karakteristiklerine uymayanların ise kaydi ihraç dışında tutulması doğaldır. Örneğin, "...opsiyon sözleşmelerinin kayden devri dahi mümkün değildir". KIRCA, İsmail. Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 2000, s.200.

**KISALTMALAR**

ATO	: Ankara Ticaret Odası
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
DİBS	: Devlet İç Borçlanma Senedi
F. (f) veya (fık)	: Fıkra
Gm.	: Geçici madde
HB	: Haftalık Bülten
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Kurul	: Sermaye Piyasası Kurulu
RG	: Resmi Gazete
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn.	: Sermaye Piyasası Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TSPAKB	: Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
YRG	: Yargıtay

### KAYNAKÇA

- ATO Araştırma Raporu : Borç Ekonomisinin 20 Yıllık Seyri . Ankara, Kasım 2003.
- İMKB HB : 29 Ağustos 2003 ve 5 Aralık 2003.
- KIRCA, İsmail : Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 2000.
- MANAVGAT, Çağlar : Menkul Kıymetlerin Merkezi Saklanması Kullanılan Yöntemin Sözleşmenin Hukuki Niteliğine Etkisi. Batider. C – XVIII - S.4.
- MANAVGAT, Çağlar : Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları. AÜHFD. C.50. S.2, 2001.
- MKK A.Ş. Sunumları : Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi. Ağustos,2003 ve SPK Değerlendirme Toplantısı sunumu. Abant, 13.12.2003.
- TAKASBANK : Faaliyet Raporu. 2002.
- TAKASBANK Sunumları : Sabit Getirili Menkul Kıymet Müşteri Bazında Saklama Sistemi. Ağustos, 2003 ve Takasbank'ın Fonksiyonları. SPK Değerlendirme Toplantısı. Abant, 13.12.2003.
- TANÖR, Reha : Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası. TSPAKB Yayımı. İstanbul, 2003.
- TANÖR, Reha : Türk Sermaye Piyasası. 1.Cilt: Taraflar. Beta Yayıncılık.İstanbul, 1999.
- TANÖR, Reha : Türk Sermaye Piyasası. 2:Cilt: Halka Arz. Beta Yayıncılık.İstanbul, 2000.
- TANÖR, Reha : Kıymetli Evrakın Tağşişi. Dünya Gazetesi. 17.9.2003.
- T.C.Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yazısı.
- TEKİNALP, Ünal : Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği. Prof.Dr.Tahir Çağ'a'nın Anısına Armağan. İstanbul, 2000.
- TEKİNALP, Ünal : Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru. Batider. Haziran 1998 – Cilt: XIV – S.3.

- TSPAKB : Sermaye Piyasasında Takas ve Saklama Güvenliğinin Artırılması ve Uyuşmazlıkların Çözümünün Hızlandırılmasına İlişkin Rapor. Haziran, 2003.
- TURANBOY, Asuman : Varakasız Kıymetli Evrak. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 1998.
- ÖZKORKUT, Korkut : Türk Hukukunda Depo Sertifikaları. İMKB Yayımı. İstanbul, 2003.
- ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku. 2.Bası. Turhan Kitabevi. Ankara, 1997.
- ÖZTÜRK, Hanife Dirikkan : Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali. Dokuz Eylül Üniversitesi Yayımı. Ankara, 1990.
- VAROL, Reyhan : Menkul Kıymetlerin Kaydi Değer Haline Getirilmesi. (Kaydileştirme) 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu. İstanbul, 1997.

# XIX. YÜZYILDA FRANSA'DA VE OSMANLI İMPARATORLUĞUNDA ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

*Yrd. Doç. Dr. Şebnem Gökçeoğlu Balcı\**

Bu çalışmanın konusunu, XIX. yüzyılda Fransa'daki ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki çalışma ilişkilerinin hukuksal çerçevesinin karşılaştırılması oluşturmaktadır. Böyle bir karşılaştırma için özel olarak Fransa'nın seçilmesindeki neden, Osmanlı İmparatorluğu'nda XIX. yüzyılın sonunda ve XX. yüzyılın başındaki sosyal yasaların büyük ölçüde Fransız yasalarından esinlenerek yapılmasıdır. İkinci önemli bir neden de, Fransa'daki devrimlerin beraberinde getirdiği ilkelerin evrensel niteliğidir.

Çalışma ilişkilerini, içinde bulunulan dönemin sosyo-ekonomik ve siyasal yapısından kopuk olarak incelemek mümkün değildir. Bu nedenle, bu çalışmada yalnızca sosyal yasalara yer verilmemiş, dönemin ekonomik yapısı, sınıfsal yapısı ve siyasal yapısı da ana hatlarıyla incelenerek bunların çalışma ilişkilerini ne yönde etkilediği ve iş yasalarında nasıl somutlaştığı sergilenmeye çalışılmıştır.

Fransa'daki 1791 tarihli Le Chapelier yasası ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanunu, XIX. yüzyılın dışında kalmasına karşın çalışmanın kapsamına alınmıştır. Çünkü bu iki yasa, Fransa ile Osmanlı İmparatorluğu'nun çalışma ilişkilerinin karşılaştırmalı incelenmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Her ikisi de sendika ve grev hakkı gibi iş hukukunun en önemli konularına ilişkindir ve zaman itibarıyla de XIX. yüzyıla çok yakındırlar.

Bugünü kavramak kuşkusuz tarihi kavramaktan geçmektedir<sup>1</sup>. Batılı ülkelerde ve özellikle Fransa'da iş hukukunun temellerinin atıldığı XIX. yüzyılda, Osmanlı İmparatorluğu'nda durumun ne olduğunu göstermek bu makalenin temel amacıdır.

---

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.*

<sup>1</sup> Bu konuda bkz. MAKAL, Ahmet, Osmanlı İmparatorluğu'nda Çalışma İlişkileri: 1850-1920, İmge, Ankara, 1997, s. 125 vd.

## BİRİNCİ BÖLÜM:

### XIX. YÜZYILDA FRANSA'DA ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

XIX. yüzyılda Fransa'da çalışma ilişkilerinin gelişimi, ülkedeki sosyo-ekonomik ve siyasal yapıdaki değişikliklere paralel bir seyir izlemiştir. Bilindiği gibi iş hukuku, bağımlı çalışanların hukukudur. Dolayısıyla bu hukuk dalının ortaya çıkışı doğrudan doğruya sanayileşmeye bağlıdır<sup>2</sup>. Ancak iş mevzuatının oluşması, sanayi devriminden sonra belirli bir zaman almış ve sancılı bir süreçten geçmiştir. XIX. yüzyılın ilk yarısı, 1789 devriminin liberal bireyci anlayışının sorgulanmasıyla geçmiştir. 1789 felsefesi uzun süre yaşamış, ancak büyük sanayi devriminin işçi sınıfı sorununu ortaya koyması ve liberal jandarma devlet kavramının yerini sosyal devlet kavramına bırakmasıyla birlikte yok olmuştur<sup>3</sup>. XIX. yüzyılın ilk yarısı Fransa'da çalışma ilişkilerinin liberal dönemidir. Buna karşılık 1841'den sonraki dönem devletin sosyal bir içerik kazanmasına bağlı olarak çalışma ilişkilerinde koruyucu bir rol üstlenmeye başladığı ve bu rolün yasalarda somutlaştığı dönemdir. Bu nedenle çalışma ilişkilerini bu iki dönemin farklılığını gözönüne alarak farklı başlıklar altında incelemek gerekecektir.

#### I. LİBERAL DÖNEM

XIX. yüzyılın ilk yarısına egemen olan liberal felsefenin ardında burjuvazinin iktisadi alandaki talepleri ve buna bağlı olarak oluşturduğu sosyal ve siyasal yapı yatar.

Feodal düzene son veren burjuvazi, fizyokratların, "laissez-faire, laissez passer (bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler)" ilkesini ekonomik yaşamın temel ilkesi olarak benimsemiştir<sup>4</sup>. Bu düşünceye göre, ekonomi, doğal yasalar uyarınca kendiliğinden işleyecek ve böylece doğal toplum düzeni de sürecektir. Özel mülkiyet bireyin doğal hakları arasındadır ve kutsaldır. Devlet ekonomik ve sosyal alana müdahale etmemelidir. Devletin temel görevi, içte

<sup>2</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku C.1, Dokuze Yünlü Üniv., Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1988, sh.5; AKSOY, Murat Uğur, Türkiye'de Sanayileşmenin Kollektif İş İlişkilerine Etkisi, Cumhuriyetin 50.Yılında Türkiye'de Sanayileşme ve Sorunları Semineri, Ankara, 28-31 Ocak 1974, AÜSBF, sh.871-873; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C.1, İTÜ, İstanbul, 1987, sh.4; GÜLMEZ, Mesut, Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi), TODAİE, Ankara, 1983, sh.43-44; TIMBAL, P.C./CASTALDO, André, Histoire des institutions et des faits sociaux, Dalloz, Paris, 1979, sh.618.

<sup>3</sup> COLLIARD, Claude-Albert, Libertés publiques, Dalloz, Paris 1989, sh.783-784; TIMBAL/CASTALDO, a.g.e. sh.593.

<sup>4</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e. sh.595; GÜLMEZ, a.g.e.,sh.46; GÖZE Ayferi, Liberal Marksist Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri, İstanbul, 1977, sh.13 vd.

ve dışta ulusun güvenliğini sağlamaktır. Yani devletin misyonu jandarmalıkla sınırlıdır<sup>5</sup>. Devlet kamu düzenini ve barışı sağlayarak ekonomik yaşamın önündeki her türlü engeli kaldırmalı, bunun dışında ise pasif kalmalıdır.

Liberal düşünce yalnız devletin değil, devletle birey arasındaki aracı grupların da ekonomiye müdahalesine karşıdır. Feodal düzenin loncalarına son veren burjuvazi, her türlü mesleki örgütlenmeye de karşıdır<sup>6</sup>.

Burjuvazinin liberal bireyci düşüncesinin somutlaştığı temel belge, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisidir. Bildiri, bireyi içinde bulunduğu tüm toplumsal dayanışma ilişkilerinden soyutlayarak ele almıştır. Bildirinin 3.maddesi, egemenliğin asıl olarak ulusta bulunduğunu, hiçbir topluluk ya da bireyin açıkça ulustan kaynaklanmayan otoriteyi kullanamayacağını öngörmüştür. Görüldüğü gibi 3. madde, ulus ile bireyler arasındaki topluluklara karşıdır. Kişi güvenliği, özel mülkiyet, baskıya karşı direnme gibi hakları güvence altına alan ve yasal eşitlik ilkesini düzenleyen 1789 Bildirisi, ekonomik ve sosyal haklara yer vermemiştir<sup>7</sup>.

Burjuva demokratik devrimi, halk yığınlarının desteğini alarak gerçekleştiren burjuvazi, iktidara geldikten sonra, bu kesime pay vermek istememiştir. Ekonomik gücü elinde bulunduran bu yeni sınıf, siyasal gücü de ele geçirmiş ve yoksul kesimi seçme ve seçilme hakkından yoksun bırakmıştır. Seçimlerde aktif yurttaş-pasif yurttaş ayrımı yapılmış, belirli bir oranda vergi ödeyen aktif yurttaşlara oy hakkı tanınmış, böylelikle yoksul kesim seçme hakkının dışında tutulmuştur. Sınırlı oy ilkesi, liberal ve bireyci dönemde devletin siyasal hak ve özgürlükler açısından kısıtlayıcı ve baskıcı bir nitelik taşıdığını göstermesi bakımından anlamlıdır. Aktif yurttaş-pasif yurttaş ayrımı 1793 Anayasası ile kaldırılmış, ancak 1795 Anayasası ile yeniden sınırlı oy ilkesi getirilmiş ve bu ilke 1848 devrimine kadar yürürlükte kalmıştır<sup>8</sup>.

## A- ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

Fransız devriminin ilkeleri, Fransa'da kapitalizmin hukuksal temellerini yaratmıştır<sup>9</sup>. Liberal ve bireyci dönemde çalışma ilişkileri, özel hukuk kuralları çerçevesinde, sözleşme özgürlüğü ve yasal eşitlik ilkeleri temelinde düzenlenmiştir. Ekonomik güçleri açısından eşit olmayan işveren ile işçinin ya-

<sup>5</sup> TIMBAL, /CASTALDO, a.g.e. ,sh.596; GÜLMEZ, a.g.e., sh.48-49.

<sup>6</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.595.

<sup>7</sup> 1789 Bildirisine ilişkin ayrıntı için bkz. DUVERGER, Maurice, *Eléments de Droit Public*, PUF, Paris, 1988, sh.29; GÜLMEZ, a.g.e., sh.52-53; KABOĞLU, İbrahim, *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF, Diyarbakır, 1985, sh.36 vd.

<sup>8</sup> Bkz. GÜLMEZ, a.g.e., sh.54-55; TANÖR, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yayınları, İstanbul, 1978, sh.49-50.

<sup>9</sup> LYON-CAEN, Gérard/PÉLISSIER, Jean, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1990, sh.10.

pacağı sözleşmede hukuksal eşitlik ön plana alınmıştır. Bu dönemde çalışma ilişkileri bir yandan düzenleyici ve koruyucu bir çerçeveden yoksunken, öte yandan da yasaklayıcı kurallara tâbidir<sup>10</sup>. Fransa'da liberal bireyci dönemin iş hukuku alanında somutlaştığı önemli yasal düzenlemeler şunlardır:

### 1 - 2-17 Mart 1791 tarihli d'Allarde Yasası

Bu yasa çalışma özgürlüğü ilkesini getirerek lonca düzenine son vermiş ve çalışma ilişkileri alanında yeni bir dönemi başlatmıştır. Yasanın 7. maddesine göre: "herkes istediği meslek veya sanatı icra etmekte serbesttir"<sup>11</sup>.

### 2 - 14-17 Haziran 1791 tarihli Le Chapelier Yasası

14-17 Haziran 1791 tarihli Le Chapelier Yasası, çalışma özgürlüğü ilkesini tanıyan d'Allarde yasasından üç ay sonra, patlak veren grev ve ayaklanmalara karşı bir tepki yasası olarak çıkarılmıştır<sup>12</sup>.

Her türlü mesleki gruplaşmayı ve koalisyonları (geçici işçi birleşmeleri) yasaklayan Le Chapelier Yasası'nın amacı, korporasyonları (meslek toplulukları) kaldırarak işçi ile işvereni aracı kurumlar olmaksızın karşı karşıya bırakmak, bu yolla bireylerin üstün iradesini, sözleşme ve çalışma özgürlüğünü korumaktır<sup>13</sup>. Yasada, bu yasağa uymamanın anayasaya, özgürlüklere ve insan hakları bildirisine saldırı anlamına geleceği belirtilmiştir<sup>14</sup>. Le Chapelier Yasası, bireysel çıkarları, çalışma ve ticaret özgürlüğünü koruma adına örgütlenme özgürlüğünü yasaklamıştır<sup>15</sup>. Bu yasa, 1789 Fransız Devriminin liberal bireyci felsefesini yansıtmaktadır<sup>16</sup>. Mesleki örgütlerin yasaklanması, ideolojik ve felsefi olduğu kadar ekonomik nedenlidir. Gerçekten de Le Chapelier Yasasının amacı, ekonomik liberalizmle yakından ilişkilidir. Çünkü sendika ve grev gibi olgular, rekabet içindeki işverenlerin ekonomik çıkarlarını tehdit etmekteydi<sup>17</sup>. Uzun çalışma süreleri ve düşük ücretler, işverenlerin kârını ve serbest piyasadaki rekabet gücünü arttırmaktaydı. Le

<sup>10</sup> GÜLMEZ, a.g.e., sh.57 vd.

<sup>11</sup> LYON-CAEN/PELLISSIER, a.g.e., sh.11; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh. 58; McPHEE, Peter, A Social History of France 1780-1880, Routledge, New York, 1993, sh. 46.

<sup>12</sup> GÜLMEZ, a.g.e., sh. 63.

<sup>13</sup> LYON-CAEN/PELLISSIER, a.g.e, sh.11; GÜLMEZ, a.g.e., sh.65; KABOĞLU, a.g.e., sh.41

<sup>14</sup> COLLIARD, a.g.e., sh.802; Yasa metni için bkz. IMBERT, Jean/SAUTEL, Gérard/BOULET-SAUTEL, Marguerite, Histoire des Institutions et des Faits Sociaux (X-XIX e Siecle), PUF, Paris, 1986, sh.280.

<sup>15</sup> COLLIARD, a.g.e., sh.802.

<sup>16</sup> COLLIARD, a.g.e.,sh. 801; McPHEE, Peter, a.g.e., sh.46 ve sh. 95; TUNÇOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beta, İstanbul, 1990, sh.16.

<sup>17</sup> KABOĞLU, a.g.e., sh.41-42; TANÖR, a.g.e., sh.54.



Chapelier yasası, bir gerçeği daha göstermesi bakımından önemlidir. Liberal-bireyci dönemde devlet çalışma ilişkileri karşısında pasif bir tutum almamış, tam tersine aktif bir rol üstlenmiştir<sup>18</sup>. Bu rol, güçsüzün korunmasına değil, güçlünün daha da güçlenmesine hizmet etmiştir.

Le Chapelier Yasası ile yasaklanan koalisyonlar 1810 Tarihli Ceza Yasası ile suç sayılmıştır. Ceza Yasasının 414, 415 ve 416.maddeleri koalisyon suçunu düzenliyordu.

### 3 - 1804 tarihli Medeni Yasa

1804 tarihli Fransız Medeni Yasası, iş ilişkisini kira sözleşmeleri çerçevesinde ele almıştır. Hizmet sözleşmesi yerine, "Hizmet Kirası"ndan sözeden Medeni Yasa, emeği bir mal olarak görmektedir. Yasa, hizmetin belirli bir işyeri için belirli bir süreyle kiralanacağını belirterek yaşam boyu çalışmayı yasaklamış, böylelikle kölelik veya serflik şeklindeki istihdamın önüne geçmek istemiştir. Medeni Yasa, 1781.maddesiyle ücretin tutarına veya ödenip ödenmediğine ilişkin bir uyuşmazlıkta, işverenin sözüne inanılacağı ilkesini getiriyordu<sup>19</sup>. Böylelikle hukuksal eşitlik ilkesini çığnıyor ve işveren ile işçi arasında ayrımcılık yapıyordu<sup>20</sup>.

### 4 - 12 Nisan 1803 tarihli İşçi Cüzdanı Yasası

12 Nisan 1803 (22 Germinal an XI) tarihli İşçi Cüzdanı Yasası liberal bireyci dönemin çalışma ilişkilerindeki baskıcı özelliğini göstermesi bakımından önemlidir. İşçi cüzdanı uygulaması, emeğin dolaşımında polis kontrolü sağlıyordu. İşçi cüzdanı, işçiler için vize edilmesi gereken bir tür iç pasaporttu. İşçi bu belge olmadan yerini ve işini değiştiremezdi<sup>21</sup>. İşçi cüzdanı bulunmayan işçiler potansiyel suçlu olarak polisce tutuklanabilecekleri gibi, başka bir işverence de işe alınmazlardı. Böylelikle işçi cüzdanı aracılığı ile işçinin işverene olan kişisel bağımlılığı sağlanıyordu<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> GÜLMEZ, a.g.e., sh.63.

<sup>19</sup> LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e., sh.11; TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.617; GÜLMEZ, a.g.e., sh.60.

<sup>20</sup> LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e., sh.11.

<sup>21</sup> LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e., sh.11; RIVERO, Jean/SAVATIER, Jean, Droit du travail, PUF, Paris, 1991, sh.47; GÜLMEZ, a.g.e., sh.67; McPHEE, a.g.e., sh. 84; Yasa metni için bkz. IMBERT/SAUTEL, a.g.e., sh.283.

<sup>22</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh. 68.

## **B- LIBERALİZMİN SOSYAL ALANDAKİ SONUÇLARI: İŞÇİ SEFALETİ**

Liberalizmin çalışma ilişkilerinde, koruyucu düzenlemeden yoksunluk ve sendika, grev hakları bakımından da yasaklayıcılık şeklindeki yaklaşımı, işçiler için son derece ağır yaşam koşullarını doğurmuştur. Sözleşme özgürlüğünü işverenler kendi ekonomik çıkarları doğrultusunda sınırsız kullanmış, işçiler ise çalışma koşullarını düzeltmek için pazarlık gücünden yoksun kalmışlardır. Çünkü ekonomik olarak güçsüz olan bu kesim, ancak grev ve sendika hakkı aracılığıyla gücünü gösterebilirdi ve bu tip girişimler polis baskısıyla sindiriliyordu.

XIX. yüzyılın ilk yarısında gerçekleştirilen anketlerden en ünlüsü olan Villermé'nin anketi, işçilerin içinde buldukları fizik ve moral durumu inceliyor, ücretlerin düşüklüğüne, iş güvenliği ve sağlık koşullarından yoksun ortamlarda çalışıldığına ve yine sağlıksız barınaklarda yaşandığına, yaygın çocuk ve kadın istihdamına, uzun çalışma sürelerine dikkat çekiyordu<sup>23</sup>. Bu kötü çalışma ve yaşam koşullarına karşı direniş şaşırtıcı bir gecikme göstermiştir. İşçiler uzun süre pasif bir tutum sergilemişlerdir. Bir görüşe göre bunun nedeni, topraktan gelen köylü kökenli işçilerin, sanayi ve kent yaşamına yabancı olmasıydı. İçinde buldukları koşulları ilk anda bir kader gibi kabullendiler ve demoralizasyonun çözümünü alkolizmde buldular<sup>24</sup>. Ancak bu suskunluk bir süre sonra patlayacaktır.

Restorasyon döneminin (1814-1830) sonlarında, hukuksal baskılara ve polis baskısına karşın, çalışma sürelerinin kısaltılması ve ücret artışı talepleriyle yapılan işçi grevleri giderek yaygınlaşacaktır. İşçiler, bu dönemde örgütlenmeye de başlamış ve karşılıklı yardımlaşma topluluklarını (sociétés de secours mutuels) kurmuşlardır. Bu topluluklar daha çok sosyal güvenlik işlevi görüyorlardı. Ancak bunlardan bazıları ücretlerin yükseltilmesi ve iş koşullarının iyileştirilmesi amacıyla kurulmuştu. Yardımlaşma toplulukları daha sonraları grevlere de katılmış ve işçilerin direnişinde önemli rol oynamışlardır<sup>25</sup>.

Bu dönemde grevler zor yoluyla bastırılmaya çalışılmıştır<sup>26</sup>. Bir örnek vermek gerekirse 1831'de Lyon'da işçilerin "ya çalışarak yaşamak ya da dövü-

<sup>23</sup> Villermé'nin anketi için bkz. IMBERT/SAUTEL, a.g.e., sh.313; Ayrıca bkz. TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.619; RIVERO/SAVATIER, a.g.e., sh. 46; LYON-CAEN/PELLISSIER, a.g.e., sh.12; GÜLMEZ, a.g.e., sh.69; KABOĞLU, a.g.e., sh.43; HUBERMAN, Leo, Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla (Çev. Murat Belge), İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, sh. 194 vd.; McPHEE, a.g.e., sh. 144-145.

<sup>24</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.614-615.

<sup>25</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.615; sh.72 vd.

<sup>26</sup> GÜLMEZ, a.g.e.,sh.74.

şerek ölmek” sloganıyla yaptıkları eylemin sonucu; 600 ölü 10 bin işten çıkarma<sup>27</sup> olmuştur.

Liberalizmin sosyal alandaki bu olumsuz sonuçları, Fransa’da çalışma ilişkileri açısından yeni bir dönemi başlatacaktır.

## II. MÜDAHALECI DÖNEM

Müdahaleci dönemin özelliği, çalışma ilişkilerini koruyucu ve düzenleyici bir çerçeveye oturtması ve liberal ve bireyci dönemin yasaklayıcı ve baskıcı kurallarını kaldırmasıdır<sup>28</sup>.

### A- DEVLET MÜDAHALESİNE YOL AÇAN NEDENLER

Çalışma ilişkilerinde devlet müdahalesine yol açan nedenleri; ekonomik nedenler, ideolojik nedenler, siyasal nedenler ve işçi hareketleri olarak dört grupta ele almak mümkündür<sup>29</sup>.

#### 1 - Ekonomik Nedenler

1850’lerde İngiltere çoktan sanayileşmiş bir ülkenin tüm özelliklerini gösterirken, Fransa 1840’lı yıllara doğru sanayileşmede derin dönüşümleri henüz yeni yaşamaktaydı. 1835’lerde sanayi üretimi, tarımsal üretimi ancak yakalamıştır. Fransız sanayii, gıda, tekstil gibi tüketime dönük alanlarda gelişmiş olmasına karşılık, ağır sanayide ancak 1825’den sonra gelişmeye başlamıştır. Bu gelişim önce kömürde, 1840’dan sonra ise metalurjide gerçekleşmiştir. XIX. yüzyılın ortalarında Fransa çok hızlı bir atılım yapmıştır. Buharlı makinelerin sayısında artış olmuş, demiryollarında ilk hatlar yapılmış; yol ve kanal yapımı, ürünlerin nakliyatının daha hızlı gerçekleştirilmesine yol açmış, böylelikle ticarete de bir canlanma başlamıştır. Tarımda makineleşmeye geçilmiş, yeni üretim yöntemlerinin kullanılmaya başlamasıyla ev atölyeleri yokolmuş ve bunların yerini büyük işletmeler almıştır<sup>30</sup>.

Makineleşme ve sanayileşme büyük kentlerde ve fabrikalarda işçi yoğunlaşmasını yaratmıştır<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.615.

<sup>28</sup> GÜLMEZ, a.g.e.,sh.76.

<sup>29</sup> Bkz. RIVERO/SAVATIER, a.g.e., sh.49; GÜLMEZ, a.g.e., sh.77.

<sup>30</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.602 vd.

<sup>31</sup> GÜLMEZ, a.g.e., sh.77.

## 2 - İdeolojik Nedenler

Fransa'da XIX. yüzyılın ilk yarısı güçlü sosyalist akımların etkisindedir. Saint-Simon, Fourier, Louis Blanc, Proudhon gibi sosyalistler, kapitalizmi ve burjuva özgürlük anlayışını sistemli bir biçimde eleştirerek sosyal reformların yapılmasına katkıda bulunmuşlardır.

XIX. yüzyılın ortalarında ütopyik sosyalizmin yanı sıra, marksizm de önemli bir etkiye sahiptir. 1848'de Londra'da Komünist Manifesto yayınlanmış ve proleterya diktatörlüğü tartışmaları başlamıştır. Marksist akım Fransa'daki etkisini daha sonra gösterecektir<sup>32</sup>.

## 3 - Siyasal Nedenler

Nasıl ki XVIII. yüzyılda burjuvazi iktidardan pay alma savaşımı verdiyse, XIX. yüzyılın ortalarında da çalışanlar "Demokratik ve Sosyal bir Cumhuriyet" talebiyle ayaklanmışlardır<sup>33</sup>.

Sanayileşme sonucunda nicel olarak önemli bir güç haline gelen işçiler bilinçlenerek ve örgütlenerek siyasal alanı da etkileyebilecek bir güce sahip olmaya başlamışlardır. Bu dönemde sosyalist partilerin öneminin arttığı görülmektedir<sup>34</sup>. Sosyalist partilerin güçlenmesini engelleme kaygısı liberalleri sosyalleşmeye zorlayacaktır.

İşçilerin talepleri arasında yer alan seçme hakkı sosyal hakların elde edilmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Genel oy ilkesinin yaşama geçmesi, sayıca önemli bir oy potansiyeli oluşturan işçilerin taleplerinin siyasal iktidar tarafından gözönüne alınmasına yol açacaktır<sup>35</sup>.

## 4 - İşçi Hareketleri

Daha önce de belirtildiği gibi, 1789 Devriminin özgürlük ve eşitlik sloganları işçi kesimi için kağıt üzerinde kalmıştır. Ağır çalışma koşulları işçileri öncelikle sosyal haklarını elde etmek için hareketlendirmiş, bu hareket siyasal taleplerle içiçe geçmiştir. İşçiler, gerek sendikacılık yoluyla, gerekse siyasal eylemlerle koşullarını iyileştirmek istiyordu<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e.,sh.600-601; KABOĞLU, a.g.e., sh.45; GÜLMEZ, a.g.e., sh.83-84; IMBERT/SAUTEL, a.g.e., sh.336 ve 349.

<sup>33</sup> AKAD, Mehmet,/VURAL DİNÇKOL, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul,2000, sh.169.

<sup>34</sup> RIVERO/SAVATIER, a.g.e.,sh.49.

<sup>35</sup> GÜLMEZ, a.g.e.,sh.80.

<sup>36</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.599.

Siyasal haklar için verilen mücadele ile sosyal haklar savaşımının kaynağı aynıydı. Her ikisi de ekonomik olarak güçsüz durumda olanların siyasal ve sosyal eşitsizliklere karşı tepkisinin ifadesiydi<sup>37</sup>. Bu nedenle, çalışma koşullarının düzeltilmesi, sendika, grev hakkı taleplerine, seçme ve seçilme, siyasal örgütlenme hakkı yönündeki talepler de ekleniyordu.

## **B- 22 MART 1841 TARİHLİ İLK SOSYAL YASA**

Devletin sosyal alana müdahalesine yol açan bu etkenlerin yasal düzeydeki ilk yansıması, çocukları koruyucu kurallar içeren ve ilk sosyal yasa olarak kabul edilen 22 Mart 1841 tarihli yasa olmuştur.

1841 tarihli yasa, 8 yaşından küçük çocukların çalıştırılmasını yasaklıyor; 8-12 yaş arası çocukların çalışma süresini 8 saatle, 16 yaşına kadar olanlarını ise 12 saatle sınırlıyor; 13 yaşından küçük çocukların gece çalıştırılmasını yasaklıyor ve 16 yaşından küçüklere hafta tatili hakkı veriyordu<sup>38</sup>.

## **C- 1848 DEVRİMİNİN GETİRDİKLERİ**

1848 Devrimi liberal bireyci düşüncede önemli değişikliklere yol açmış, 1789'un özgürlük ve eşitlik ilkeleri sosyal bir içerik kazanmıştır. 1848 Anayasası'nda hak öznesi kavramı genişlemiş, bireyin yanı sıra aile, toplum, kişi grupları da hak sahibi olmuştur. Anayasa düzeyinde ilk kez klasik hakların yanı sıra ekonomik ve sosyal haklara da yer verilmiştir<sup>39</sup>. Genel oyun kabulü, basın ve toplanma özgürlüğü, çalışma hakkı devrimin önemli kazanımları arasındadır<sup>40</sup>.

1848 devriminin ertesinde kurulan geçici hükümet ütopyik sosyalistlerin etkisiyle kapsamlı bir sosyal program oluşturmuş, çalışma hakkı tanınmış, çalışma süreleri 10 saatle sınırlanmış, örgütlenme özgürlüğü tanınmış, prud'homme kurullarının<sup>41</sup> yapısı demokratikleştirilmiş, iş uyuşmazlıklarında hakemlik mekanizması düzenlenmiş ve Çalışma Bakanlığı'nın embriyonu olan Luxembourg Komisyonu (İşçiler için Hükümet Komisyonu) oluşturulmuştur<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> KABOĞLU, a.g.e., sh.43.

<sup>38</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.619; LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e.,sh.12; GÜLMEZ, a.g.e., sh.91; Yasa metni için bkz. IMBERT/SAUTEL, a.g.e.,sh.365.

<sup>39</sup> MAKAL, a.g.e., sh. 228; RIVERO, Jean, Les Libertés Publiques, PUF,Paris, 1987, sh.81 vd.

<sup>40</sup> Bkz. DUVERGER, a.g.e., sh.49; AKAD, Mehmet, Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, Kazancı, İstanbul, 1992; AKAD, /VURAL DİNÇKOL, a.g.e.,sh.170; KABOĞLU, a.g.e., sh.50; AKIN, İlhan, Kamu Hukuku, Beta, İstanbul, 1993, sh.345.

<sup>41</sup> Prud'homme kurulları, işçi ve işverenlerden oluşan ve özel iş uyuşmazlıklarına bakan bir tür mahkemedir.

<sup>42</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.620; LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e., sh.12; COLLIARD, a.g.e., sh.805; RIVERO/SAVATIER, a.g.e., sh.50.

1848'den sonra işçi hareketinde bir canlanma olmuştur<sup>43</sup>. Bundan sonraki dönemde önemli hakları tanıyan yasal düzenlemeler gerçekleştirilecektir. Bu noktada sosyal haklarla siyasal ortam arasındaki doğrudan bağ ortaya çıkmaktadır. Genel oy ilkesinin tanındığı, hükümette işçi yanlısı sosyalistlerin yer aldığı demokratik bir siyasal ortamla, işçiyi koruyucu yasal düzenlemeler arasındaki koşutluk kuşkusuz salt bir rastlantı değildir<sup>44</sup>.

1848 devrimini daha sonra anti-sosyal tepki dönemi izleyecek, 1860'dan sonra ise işçi hareketi tekrar bir canlanma yaşayacaktır.

#### **D- 25 MAYIS 1864 TARİHLİ YASA**

25 Mayıs 1864 tarihli yasa ile, 1810 tarihli Ceza yasasının 414, 415 ve 416.maddeleri yürürlükten kaldırılmış, böylece koalisyon, suç sayılıp cezalandırılan bir eylem olmaktan çıkarılmıştır. Bu yasa ile grev açıkça bir hak olarak tanınmamıştır. Ancak işçilerin greve başvurmasının cezai sorumluluk doğurmaması, dolaylı yoldan grevin yasal olduğunun göstergesiydi<sup>45</sup>. Bu yasa ile Fransa'da grev özgürlüğü dönemi başlamıştır<sup>46</sup>.

1864 tarihli yasa, koalisyonu suç sayılan bir eylem olmaktan çıkarmış ancak bunun yerine çalışma özgürlüğünü ihlâl suçunu düzenlemiştir. Anılan yasanın 414. Maddesine göre, her kim cebir ve şiddet, müessir fiil, tehdit ya da hile yollarına başvurarak, ücretleri artırmaya ya da indirmeye zorlamak ya da sanayi yahut çalışma özgürlüğünü çiğnemek amacıyla, anlaşmalı iş bırakımına (greve) ya da bunun sürdürülmesine neden olursa yahut anlaşmalı iş bırakımı gerçekleştirme ya da sürdürme girişiminde bulunursa altı gün ile üç yıl arasında para cezasına yahut bu cezalardan yalnız birine çarptırılacaktır. 415. Maddeye göre de, yukarıda anılan maddede cezalandırılan eylemler, anlaşmalı bir plan sonucu işlenirse, suçlular en az iki yıl ve en çok beş yıl süreyle polis gözetimi altına konulabilecektir<sup>47</sup>.

1864 tarihli yasa, grevi yasallaştırırken, sendika hakkına ilişkin bir düzenleme getirmiyordu. 1871 Paris Komünü yenilgisi ve ardından gelen sıkı yö-

<sup>43</sup> TIMBAL/CASTALDO, sh.615.

<sup>44</sup> GÜLMEZ, a.g.e., sh.82.

<sup>45</sup> LYON-CAEN/PELLISSIER, a.g.e., sh.12; COLLIARD, a.g.e., sh.814; RIVERO/SAVATIER, a.g.e., sh.50; TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.620; GÜLMEZ, a.g.e., sh.117; Yasa metni için bkz. IMBERT/SAUTEL, a.g.e., sh. 368.

<sup>46</sup> GÜLMEZ, Mesut, Tatil-i Eşgal Yasası ve Grev Sorunu, ODTÜ Gelişme Dergisi, C.9, S.1, 1982, sh.9; 1864 Yasası 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanununa kaynaklık etmiştir (GÜLMEZ, a.g.m., sh.8).

<sup>47</sup> GÜLMEZ, a.g.m.sh.9; Ayrıca bkz. GÜLMEZ, Mesut, Türkiye Belgesel Çalışma İlişkileri Tarihi (1936 Öncesi), TODAİE, Ankara, 1983, sh. 48.

netim rejimi işçi hareketini uzun yıllar sekteye uğratacak<sup>48</sup>, yeni hak kazanımları ancak 1880'lerden itibaren Üçüncü Cumhuriyet döneminde gerçekleşecektir.

### E- 21 MART 1884 TARİHLİ YASA

Paris Komünü, işçi hükümeti olmasına karşın, kısa ömürlü olması nedeniyle sosyal sorunlarla uğraşacak zamanı olmamıştır. 19 Mart 1874 tarihli kadınların ve çocukların çalıştırılmasına ilişkin yasa ayırık tutulacak olursa, modern iş hukukunun doğumu için 1884'ü beklemek gerekecektir<sup>49</sup>.

21 Mart 1884 tarihli yasa ile ilk kez sendika hakkı tanınmıştır. Yasa, aynı meslekten kişilerin önceden izin almaksızın sendika kurabileceğini öngörüyordu<sup>50</sup>.

Sendika hakkını tanıyan 1884 yasası, Cumhuriyetçilerin önce Meclis'de sonra da Senato'da çoğunluğu sağlamasından sonra çıkarılabilmıştır<sup>51</sup>. Yani 1884 yasası da tıpkı daha öncekiler gibi siyasal iktidarın eğilimleri ile yakın ilişki içindedir.

### F- DİĞER YASAL DÜZENLEMELER

III. Cumhuriyet döneminde Fransa'da çalışma yaşamına ilişkin diğer önemli yasalar arasında; çocukların ve kadınların çalışmasını düzenleyen 19 Mayıs 1874 tarihli yasayı, belirsiz süreli hizmet kirası sözleşmelerinin feshinde bildirim yükümü getiren ve işçi cüzdanı uygulamasını kaldıran 27 Aralık 1890 tarihli yasayı, uzlaştırma ve hakemlik gibi barışçı prosedürleri düzenleyen 1892 tarihli yasayı, ücretin bir bölümünün haczedilmezliği ilkesini getiren 1895 tarihli yasayı, iş kazası riskine karşı işverenin sorumluluğunu düzenleyen 1898 tarihli yasayı anmak gerekir<sup>52</sup>.

Fransa'da sosyal sigortalar alanındaki ilk önemli düzenlemeler ise XX. yüzyılın başında gerçekleşecektir. XIX. yüzyılın sonunda ise 1893 tarihli tıbbi yardım yasası, 1893 tarihli iş kazası sigortası gibi sınırlı düzenlemelere rastlanmaktadır<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> COLLIARD, a.g.e., sh.808.

<sup>49</sup> LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e., sh.13; RIVERO/SAVATIER, a.g.e., sh.50.

<sup>50</sup> COLLIARD, a.g.e., sh.800; TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.620; LYON-CAEN/PELISSIER, a.g.e., sh.13; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.119-120.

<sup>51</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, a.g.e., sh.83.

<sup>52</sup> TIMBAL/CASTALDO, a.g.e., sh.620; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, a.g.e., sh.102 vd.

<sup>53</sup> DUPEYROUX, J.J., Droit de la sécurité sociale, Dalloz, Paris, 1993, sh.50; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, İstanbul, 2002, sh.20.

## İKİNCİ BÖLÜM:

### XIX. YÜZYILDA OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

Osmanlı İmparatorluğu'nda batıdakine benzer bir sanayileşme ve kapitalleşme süreci yaşanmadığından, iş hukukunun doğuşu da gecikmiştir<sup>54</sup>. Buna karşın XIX. yüzyılın sonlarına doğru yabancı sermayeye bağımlı olarak başlayan sanayileşme girişimleri, güçsüz de olsa bir işçi kesiminin doğmasına yol açtığından, XIX. yüzyıl sonu ve XX. yüzyıl başında işçi eylemlerine ve sosyal alanda sınırlı bazı yasal düzenlemelere rastlanmaktadır.

XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'ndaki çalışma ilişkilerini kavrayabilmek için dönemin sosyo-ekonomik ve siyasal yapısına anahatlarıyla değinmek gerekmektedir.

#### I. EKONOMİK VE SINIFSA YAPI

XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu faal nüfusun yüzde 80'inin tarımla uğraştığı bir tarım ülkesiydi. Ekonomik yapı, üretimin tarıma dayalı olmasından ötürü çok farklılaşmamıştı<sup>55</sup>. Tarımın yanı sıra tezgâh ve el işleri yaygındı, fakat bu kesimler genel olarak çöküntü içindeydi<sup>56</sup>. Yerli sanayi oldukça sınırlıydı ve Avrupa sanayiinin rekabetinin olmadığı alanlarda (gıda, dokuma) ve yakın pazar için üretim yapıyordu. Ağır sanayi ise kurulmamıştı.

XIX. yüzyıldaki keşiflerin önemli alış veriş yollarını değiştirmesi ve Osmanlı toprakları dışına kaydırması, ticareti de olumsuz yönde etkilemişti.

Hızlı nüfus artışı da ülkenin ekonomik gücünü sarsan önemli bir etkendi.

Ekonomik sarsıntı içindeki Osmanlı İmparatorluğu batının gerçekleştirdiği atılımı yaparak kapitalizme geçemiyordu. Bunda toprağın mülkiyetinin devlete ait olması ve artık değerden pay alan güçlü merkezi yapının bir burjuva sınıfının doğmasına izin vermemesinin payı vardı.

Osmanlı İmparatorluğu'ndaki tımar sistemi, Batıdaki feodaliteden farklı olarak, egemenliğin padişahla beyler arasında paylaşılması demek değildi.

<sup>54</sup> GÜZEL/OKUR, a.g.e., sh.27; EKONOMİ, a.g.e.,sh.7; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2000, sh.5; TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku, C.I, Beta, İstanbul, 1986, sh.25 vd; Karş. ZAIM, Sabahaddin, Türkiye'nin İktisadi ve Sosyal Gelişmesinde Sanayileşmenin Önemi, Sosyal Siyaset Konferansları, 16.kitap, İÜHF, İstanbul, 1965, sh.235.

<sup>55</sup> MAKAL, a.g.e.,sh. 132.

<sup>56</sup> ORTAYLI, İlber, Osmanlı İmparatorluğu'nda Sanayileşme Anlayışına Bir Örnek: "İslah-ı Sanayi Komisyonu Olayı" in İktisadi ve Sosyal Değişim, Ankara, 2000, sh.463.



Dolayısıyla tımar sisteminin bozulması bir burjuva sınıfının doğmasına yol açmadı<sup>57</sup>.

XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nun sınıfsal yapısında büyük bir değişiklik olmadı, reaya- yönetici sınıf - ayan ilişkileri büyük bir değişikliğe uğramadan sürdü.

İç dinamikleriyle kapitalistleşemeyen Osmanlı İmparatorluğu'na kapitalizm dışarıdan girdi. 1838'de İngiltere ve daha sonra diğer Avrupa ülkeleri ile imzalanan ticaret sözleşmeleri, İmparatorluğu Avrupa ekonomilerinin açık pazarı haline getirdi. Osmanlı İmparatorluğu, bu süreçte sınai ürünler ithal eden ve tarımsal kaynaklı hammadde ihraç eden, yarı sömürge nitelikli bir ülke konumuna düşmüştür.

Uluslararası işbölümü çerçevesinde Osmanlı İmparatorluğu'nun içinde bulunduğu bu konumdan memnun çıkar gruplarının yanısıra, koruyucu gümrük ve sanayileşme politikalarını savunan görüşler de mevcuttu. Bu görüşler doğrultusunda 1863 yılında, sanayileşme faaliyetlerini olumlu yönde etkilemek amacıyla yönelik bir "İslah-ı Sanayi Komisyonu" kurulmuştur. Bu komisyonun görevleri; halen %5 olan Gümrük Resmini arttırmak, sergiler açarak sanayii teşvik etmek, şirketler teşkili ile sanayii geliştirmek ve sanayi mektepleri açmaktır<sup>58</sup>. Bu çabalar, sanayileşme alanında köklü dönüşümlere yolaçmamıştır. Osmanlı tarım yapısındaki çarpıklıklar sanayi programlarına da yansımış ve Osmanlı devlet adamları sanayi atılımını gerçekleştirmek için esnaf ve tezgâh üretimini feda etme cesareti gösterememişlerdir<sup>59</sup>. Batıda sanayileşme, loncalara başkaldıran bir tüccar kesiminin öncülüğünde gerçekleşirken İslah-ı Sanayi Komisyonu, çözülen Osmanlı lonca geleneğinin tekrar ihyasını hedeflemiştir. Bu komisyon, Batıda sanayileşme sürecinin gündeme getirdiği büyük ölçekli fabrikalar kurmaktan çok, çökmeye yüz tutmuş zanaat birimleri arasında dayanışma sağlamayı amaçlamıştır<sup>60</sup>. Öte yandan sanayileşme doğrultusundaki görüşler bir iktisat politikasına dönüşmemiştir<sup>61</sup>.

1881 yılında kurulan Düyun-u Umumiye İdaresi ile yabancı sermayenin devlet gelirlerine el koyması, Osmanlı İmparatorluğu'nda sanayileşmenin gerçekleşmesini hepten olanaksız kılmıştır.

XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda batıdaki sanayileşme süreci ya-

<sup>57</sup> Bu konuda bkz. MAKAL, a.g.e., sh. 133 ve 172.

<sup>58</sup> ORTAYLI, a.g.m., sh.463-464.

<sup>59</sup> ORTAYLI, a.g.m., sh. 466.

<sup>60</sup> Bu amaçla esnafın şirketleşmesi teşvik edilmiştir. Bkz. TOPRAK, Zafer, İslah-ı Sanayi Komisyonu ve şirketleşme in Türkiye Tarihi C.3, Cem Yayınevi, İstanbul, 2000, sh. 243.

<sup>61</sup> MAKAL, a.g.e., sh.139.

şanmadığından nicelik<sup>62</sup> ve nitelik<sup>63</sup> açısından benzerlik taşıyan bir işçi sınıfından sözetmek olanaklı değildir. Buna karşılık daha çok yabancıların elinde bulunan sanayi tesislerinde sınırlı bir işçi kesiminin varlığı sözkonusudur<sup>64</sup>.

## II. SİYASAL YAPI

Osmanlı Devleti siyasal açıdan da Batının geçirdiği evreleri yaşamamıştır. Batıda burjuva demokratik devrimi takiben klasik hak ve özgürlükler güvence altına alınmış, daha sonra işçi sınıfının mücadelesiyle bu haklara sosyal haklar da eklenmiş, burjuva demokrasileri sosyal bir içerik kazanmıştır.

Batıda feodalite ortadan kalkar ve ulusal devletler güçlenirken, Osmanlı İmparatorluğu'nda devletin otoritesinin sarsılması sonucunda, ayanların artan zorbalıkları, halkı devletin gücüne sarılmaya itiyor, böylelikle demokratikleşme hareketleri de halkın dışında geliyordu<sup>65</sup>.

XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda devletin siyasal yapısına ilişkin bir dizi hukuksal belge çıkarılmıştır, ancak bu belgeler özgürlükçü bir siyasal rejimi sağlayamamıştır.

Bu belgelerin başında ayanlarla sultan arasında yapılan bir sözleşme niteliğindeki Sened-i İttifak gelir<sup>66</sup>. Bu belge ile ayanlar merkeze olan bağlılığını dile getirmiş, merkezi otorite de onları tanımıştır<sup>67</sup>.

1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu can güvenliğini, mal güvenliği, şeref

<sup>62</sup> 1894-1895 Genel İstatistik Sayımı sonuçlarına göre, Osmanlı İmparatorluğu'nun toplam nüfusu, 27 229 500, istihdam edilenlerin sayısı, 14 980 600'dür. Amele sayısı ise 186 000'dir. Bu verilere göre amele sayısının toplam işgücüne oranı % 1.24'tür (MAKAL, a.g.e.,sh.163).

<sup>63</sup> Osmanlı İmparatorluğunda işçilerin önemli bir bölümü, henüz mülksüzleşmemiş, işçiliği ek gelir amaçlı ve geçici süreli olarak yapan dolayısıyla köylü eğilimlerini koruyan üreticilerdir. Bu nedenle de bu kesimlerde bir sınıf bilinci ve örgütlenme isteği oluşmamıştır (MAKAL, a.g.e., sh.167-168).

<sup>64</sup> MAKAL, a.g.e.,sh. 176-177; Osmanlı İmparatorluğu'nun ekonomik ve sosyal yapısı hakkında ayrıca bkz. YERASİMOS, Stefanos, Azgelişmişlik Sürecinde Türkiye, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, sh.119 vd.; TANİLLİ, Server, Uygarlık Tarihi, Say Yayınları, İstanbul, 1981 sh.260 vd.; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.150 vd.; SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, sh.24 vd.; AKSOY, a.g.m,sh.837 vd.; MAKAL, a.g.e., sh.132 vd.;Batı ile karşılaştırmalı tarih için bkz. KILIÇBAY, Mehmet Ali, Doğu'nun Devleti Batının Cumhuriyeti, Gece Yayınları, İstanbul, 1992, sh.13 vd.

<sup>65</sup> SOYSAL, a.g.e., sh.25.

<sup>66</sup> Tam metni için bkz. KİLİ, Suna,/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, sh.3.

<sup>67</sup> Ayrıntı için bkz. AKIN, a.g.e., sh.299; SOYSAL, a.g.e., sh.26.

ve haysiyetin korunması, kişi güvenliği, din, dil, mezhep ayırımının güdülmemesi gibi haklara yer vermiştir<sup>68</sup>. Ancak özgürlük ilkesine yer vermemiştir<sup>69</sup>.

1876 Kanuni Esasi'si<sup>70</sup> siyasal yaşama ilk kez parlamento kurumunu sokmuş, ancak gerçek anlamda bir parlamenter sistem getirmemiştir. Parlamento bir yasama meclisinden çok, bir danışma meclisi niteliğindedir. Parlamantonun toplantıya çağırılması ya da Meclis-i Mebusan'ın dağıtılması, hükümetin kurulması ya da görevden uzaklaştırılması padişahın kutsal hakları arasındadır. 1876 Kanuni Esasisi tıpkı 1791 Fransız Anayasası gibi seçme ve seçilme hakkını vergi temeline dayalı olarak sınırlamış, geniş halk kesimini ve çalışanları siyasal yaşamın dışında bırakmıştır<sup>71</sup>.

Kanuni Esasi, kişi güvenliği, ibadet özgürlüğü, basın özgürlüğü, yasa önünde eşitlik, devlet hizmetine alınmada eşitlik, mülkiyet hakkı, angarya ve işkence yasağı, doğal yargıç ilkesi gibi bireysel hak ve özgürlükleri düzenlemiştir. Ancak Padişaha sürgün yetkisi veren ünlü 113.madde bu hak ve özgürlüklere göre düşürmüştür<sup>72</sup>.

Kanuni Esasi'de sosyal haklara yer verilmemiştir<sup>73</sup>.

Kanuni Esasi'nin kabulünden kısa bir süre sonra II. Meşrutiyet'e kadar sürececek olan istibdat dönemi başlamıştır.

Demokratik hukuk devleti olma yönündeki bir takım çabalara karşın, Osmanlı İmparatorluğu XIX. yüzyılda sosyo-ekonomik yapıya bağlı olarak teokratik ve monarşik yapısını korumuştur<sup>74</sup>. Avrupa'nın sosyal demokrasiye geçtiği dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nda henüz klasik demokrasiye dahi geçilememiştir.

Sosyal hakların siyasal yapıyla olan ilişkisini Fransa örneğinde çarpıcı bir şekilde görmüştük. Osmanlı İmparatorluğu'nda çalışma ilişkilerini ve bu

<sup>68</sup> AKAD, Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, sh.105-106; Metnin aslı için bkz. KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.,sh. 11.

<sup>69</sup> KABOĞLU, a.g.e., sh.51.

<sup>70</sup> Kanuni Esasinin tam metni için bkz.KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.,sh.31.

<sup>71</sup> 1876 tarihli Kanuni Esasi ile aynı tarihi taşıyan ve seçimlerin esaslarını düzenleyen Geçici Yönetmeliğin hükümlerine göre, Meclis-i Mebusan'a seçilmek için, memleketinde az çok emlak sahibi olmak ve devlete bir miktar vergi ödemiş olmak gibi koşullar vardı. Kanuni Esasi'nin 68. Maddesi ise bir kimsenin hizmetkârlığında bulunmama koşulunu getirmekte idi (MAKAL, a.g.e., sh.231).

<sup>72</sup> Daha geniş bilgi için bkz. AKAD, Genel Kamu Hukuku, sh.110; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.167 vd.; SOYSAL, a.g.e., sh.29; MAKAL, a.g.e., sh. 222.

<sup>73</sup> MAKAL, a.g.e.,sh. 229.

<sup>74</sup> MAKAL, a.g.e., sh.223.

ilişkilerin hukuksal çerçevesini incelerken bu ilişkiyi gözden ırak tutmamak gerekir. Baskıcı bir siyasal rejim altında burjuvazinin ve işçi sınıfının olmadığı bir toplumsal yapıda sosyal yasalar da sınırlı bazı düzenlemelerden öteye geçemeyecektir.

### III. ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

#### A- 1845 TARİHLİ POLİS NİZAMNAMESİ

1845 tarihli Polis Nizamnamesi, Osmanlı İmparatorluğu'nda, çalışma ilişkileri alanına yönelik düzenlemeler yapan ilk hukuksal belgedir. Nizamnamenin 12. maddesinde, "işini bırakarak, greve gitmeyi amaçlayan işçilerin dernek ve toplulukları ile buna benzer kamu düzenini bozucu fitne, fesat derneklerini ortadan kaldırmak ve yoketmek böylelikle ihtilalin önünü almak için devamlı suretle uğraşmak ve çaba harcamak" polise verilen görevler arasında sayılmaktadır<sup>75</sup>. Ancak o tarihte henüz grevler ve ihtilâl girişimleri sözkonusu olmadığından bu hükmün bulunmasının nedeninin, metnin Fransızca aslından aynen çevrilmesi olduğu anlaşılmaktadır<sup>76</sup>.

#### B- 1865 TARİHLİ DİLAVER PAŞA NİZAMNAMESİ

1865 tarihli Dilaver Paşa Nizamnamesi, Ereğli kömür havzasında çalışan işçilerin çalışma koşullarını düzenlemiştir. Nizamname çalışma süresini 10 saatle sınırlıyor, ocaklarda çalışan işçilerin geceleri açıkta kalmaması için işçi koşulları yaptırılmasını öngörüyor, dini bayramlarda dinlenme olanağı tanıyor, hastalananların tedavilerine ilişkin bazı önlemler içeriyordu<sup>77</sup>. Gülmez'e göre Dilaver Paşa Nizamnamesinin temel amacı koruyucu sosyal politika önlemleri almak değil, kömür madenlerindeki üretimi arttırmaktır<sup>78</sup>.

#### C- 1869 TARİHLİ MAADİN NİZAMNAMESİ

1869 tarihli Maadin Nizamnamesi iş güvenliği ile ilgili hükümler içeriyor, sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun olarak zorla çalıştırma yöntemine son veriyor ve iş kazalarında işverenleri tazminat ödemekle yükümlü tutuyordu. Ayrıca, işçilerin "layık bir ücret" karşılığında çalıştırılmasını öngörüyordu<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> MAKAL, a.g.e.,sh. 256.

<sup>76</sup> IŞIKLI, Alpaslan, İş hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996, sh.13.

<sup>77</sup> GÜZEL/OKUR, a.g.e.,sh.28; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.279; TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik, sh.31; ALPDÜNDAR Mehmet, Ereğli Kömür İşçileri ve Sendika Faaliyetleri, Sosyal Siyaset Konferansları, 16.Kitap, İ.Ü.F, İstanbul, 1965, sh.129-130; Çelik, a.g.e.,sh.7

<sup>78</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.279; Aynı görüş, Işık, a.g.e., sh.13.

<sup>79</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.279; IŞIKLI, a.g.e., sh.13; GÜZEL/OKUR, a.g.e., sh.29.

## D- MECELLE

1876 tarihli Mecelle, işçi ile işveren arasındaki ilişkilere liberal ve bireyci bir görüşle yaklaşmış,<sup>80</sup> hizmet sözleşmesi yerine, icare-i ademi (insan kirası) terimini kullanarak işçinin emeğini değil, kendisini kiraya verdiğini belirtmiştir. Mecelle’de işçi (ecir) “nefsini kiraya veren kimse” olarak tanımlanmıştır<sup>81</sup>. Ecir, aynı zamanda mecurdur, yani kiraya verilen şeydir<sup>82</sup>. Mecelle’nin liberalizmi 1804 Fransız Medeni yasasından da geridir. Daha önce belirtildiği gibi 1804 Fransız Medeni Yasası da iş ilişkisini kira bölümünde düzenliyor ancak işçinin kendisinin değil, emeğinin kiralanmasından söz ediyordu. Mecelle ise işçinin kendisini kiraya verilen şey, ücretini de kira ücreti olarak görmektedir<sup>83</sup>.

## E- EMEKLİLİK YASALARI

Osmanlı İmparatorluğu’nda sosyal güvenlik büyük ölçüde aile içi yardımlaşma, dinsel yardımlar, meslek kuruluşları çerçevesinde yardımlaşma gibi geleneksel araçlarla sağlanıyordu. Modern sosyal güvenlik uygulamaları, Batı ülkelerinde öncelikle sanayi işçileri ile sınırlı olarak başlayıp daha sonra diğer kesimlere doğru genişlerken Osmanlı İmparatorluğundaki gelişme aynı yönde olmamıştır. Osmanlı İmparatorluğunda modern sosyal güvenlik uygulamaları ilk olarak asker ve devlet memurlarına uygulanmıştır. Bunun nedeni, asker-sivil bürokrasinin toplumsal yapı içerisindeki güçlü konumudur<sup>84</sup>.

XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu’nda memurların emeklilik durumlarına ilişkin bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır. 1866 tarihli Askeri Tekaüt Sandığı, 1881 tarihli Sivil Memurlar Tekaüt Sandığı, 1890 tarihli Seyri Sefain Tekaüt Sandığı bu düzenlemelerin önemli örnekleridir<sup>85</sup>.

## F- 1909 TARİHLİ TATİL-İ EŞGAL KANUNU

Birinci Meşrutiyetten sonraki yıllarda çoğu yabancı sermayenin elinde bulunan sanayi işletmelerinde işçilerin çalışma koşulları son derece ağır ve ücretleri de alabildiğine düşüktür<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> MAKAL, a.g.e., sh. 237; TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, sh.17.

<sup>81</sup> ÇELİK, a.g.e., sh. 7.

<sup>82</sup> MAKAL, a.g.e., sh. 237.

<sup>83</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.281; SAYMEN, Ferit, H., Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, sh. 48; MAKAL, a.g.e., sh.238.

<sup>84</sup> MAKAL, a.g.e., sh. 216.

<sup>85</sup> GÜZEL/OKUR, a.g.e., sh.29.

<sup>86</sup> ÇELİK, a.g.e.,sh.7; Osmanlı İmparatorluğunda ücretler ve çalışma koşullarına ilişkin ayrıntı için bkz. MAKAL, a.g.e.,sh.178 vd.

Bu duruma tepki olarak 1908 yılında ücret artışları talebi üzerinde yoğunlaşan işçi grevleri yaygınlaşmıştır<sup>87</sup>. Grevlerde öne sürülen diğer talepler, günlük çalışma sürelerinin kısaltılması,<sup>88</sup> hafta tatili ve fazla çalışma ücretidir<sup>89</sup>.

1908 grevleri ile İkinci Meşrutiyetin getirdiği görece siyasi özgürlük ortamı arasında bağlantı vardır. İkinci Meşrutiyet döneminde düşünsel düzeyde, Fransız devriminin ürünü olan eşitlik, özgürlük, adalet gibi kavramlar benimsenmiştir<sup>90</sup>. Otuz yıllık baskı döneminin ardından hürriyetin ilanı, işçi hareketlerine de canlılık kazandırmıştır<sup>91</sup>.

1908 grevleri ticari yaşamı, haberleşmeyi, ulaşımı olumsuz yönde etkileyerek, yabancı sermayeyi tedirgin etmiştir. Kendi işçilerine sendika ve grev hakkını tanımış olan yabancı devletler Osmanlı İmparatorluğu'nda bu hakların yasaklanmasından yanaydılar. Grevleri engellemek için çıkartılan 1908 tarihli Geçici Yasamın gerekçesinde, yabancı sermayenin sendikaların varlığı ile tehdit ve baskı altında kalacağı dile getirilmiştir<sup>92</sup>.

1908 grevlerine karşı oluşan tepkiler, çalışma ilişkileri alanına, Tatil-i Eşgal Kanunu'nun çıkarılması biçiminde yansımıştır<sup>93</sup>. "Tatil-i Eşgal", işin bırakılması, terkedilmesi anlamına gelmektedir<sup>94</sup>. Tatil-i Eşgal Kanununun kapsamına, "umuma müteallik bir hizmet ile mükellef bulunan her nevi müessesat ile müstahdemin ve amele" yani kamuya yönelik hizmet veren kuruluşlarda çalışanlar" girmektedir<sup>95</sup>. O dönemde Kanunun kapsamına gi-

<sup>87</sup> 1908 sonrasında bir grev patlaması yaşanmıştır. Meşrutiyetin ilanını takibeden 2-2,5 aylık dönemde, bir çok işkolunda onbinlerce işçinin katıldığı grevler gerçekleştirilmiştir (MAKAL, a.g.e.,sh.262); Yapılan araştırmalar,bu grevlerin sonucunda işçilerin önemli ücret artışları elde ettiğini ortaya koymaktadır (MAKAL, a.g.e.,sh.264). 1908 grevlerinin nicel ve nitel açıdan değerlendirilmesi için ayrıca bkz. GÜZEL, Şehmus, Grev, Bilimsel Yayıncılık, Ankara, 1980, sh. 66.

<sup>88</sup> Günlük çalışma süresine ilişkin olarak Mecelle'nin 495. Maddesi, güneşin doğuşu ile batışı arasındaki zaman dilimi arasında o yerdeki geleneğe göre hareket edileceği şeklinde üniform olmayan bir kural getirmiştir. Yapılan araştırmalar ise fiili olarak genellikle günde on saat çalışıldığını ve bu sürenin yaygın bir şekilde uygulanan çocuk istihdamı açısından da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır(Bkz. MAKAL, a.g.e., sh.201-202).

<sup>89</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.393; MAKAL, a.g.e., sh. 203.

<sup>90</sup> HİLAV, Selahattin, Düşünce Tarihi (1908-1980), sh.383 in Türkiye Tarihi, C.4, Cem Yayınevi, İstanbul, 2000.

<sup>91</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.288; MAKAL, a.g.e., sh.262.

<sup>92</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.322.

<sup>93</sup> MAKAL, a.g.e.,sh.268; Tatil-i Eşgal Kanununun tam ve özgün metni için bkz. GÜLMEZ, Belgesel Çalışma İlişkileri, TODAİE, Ankara, 1983, sh. 201-203; Aynı Kanunun türkçeleştirilmiş metni için bkz. GÜZEL, Şehmus, Grev, Bilimsel Yayıncılık, Ankara, 1980, sh. 77-81.

<sup>94</sup> MAKAL, a.g.e., sh.271.

<sup>95</sup> MAKAL, a.g.e., sh.271.

ren bu kuruluşların ortak noktası, çok sayıda işçi çalıştırmaları ve sermaye paylarının ağırlıklı olarak yabancı işverenlere ait olmasıdır<sup>96</sup>. 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanunu, kendi kapsamına giren kuruluşlarda, sendika hakkını kesin olarak yasaklamış ve sendika kurarak başkalarının çalışmasına engel olan kişiler için hapis ve para cezaları öngörmüştür. Kanunun 8. Maddesi uyarınca:” Kamuya yönelik hizmetler veren kuruluşlarda sendika oluşturulması yasaktır. Bu kuruluşlarda sendika kuran ve başkalarının çalışmasını engelleyen ve kışkırtma ve yoldan çıkartmaya başvuran, korkutma yolunu seçen ve zor ve şiddet kullanarak işin durdurulmasına neden olan kişilerden, sendika kuran ve başkalarının çalışmasını engelleyenler ve kışkırtma ve yoldan çıkarma ile işin durdurulmasına neden olanlar bir haftadan altı aya kadar hapis veyahut kendilerinden bir liradan yirmibeş liraya kadar para cezası alınarak ve korkutarak ve zor ve şiddet kullanarak işin durdurulmasına neden olanlar bir aydan bir yıla kadar hapis ve bir liradan elli liraya kadar para cezası alınarak cezalandırılacaklardır.” “Her ne kadar bu yasaklama, yasanın kapsamına giren kuruluşlarla sınırlıysa da, dönem itibariyle bu kuruluşların gerek sayıca, gerek çalıştırdıkları işçi sayısı açısından taşıdığı ağırlık, bu yasağın önem derecesini de yükseltmektedir<sup>97</sup>.” Kanunun 11. maddesi ise: “Umuma müteallik bir hizmet ifa eden müessesatta işbu kanunun neşrinden evvel gerek amele ve müstahdemin ve gerek sermayedarın tarafından teşkil edilmiş bulunan sendikalar işbu kanunun neşriyle mefihurlar” demek suretiyle kanunun yayımlanmasından önce kurulmuş bulunan işçi ve işveren sendikalarını feshedilmiş sayıyordu<sup>98</sup>.

Tatil-i Eşgal Kanunu, grev hakkına ilişkin olarak bir yasaklama getirmemiş, ancak iş uyuşmazlıklarında barışçı yola başvurulmasını zorunlu kılmıştır<sup>99</sup>. Kanunun 6.maddesine göre “tarafeyn itilaf edemedikleri taktirde müstahdemin ve amele terk-i hizmette muhtardır”<sup>100</sup>. Yani, uzlaşma yolunun başarısızlıkla sonuçlanması durumunda greve başvurulabilecektir. Ancak sendika hakkının yasaklandığı bir ortamda grevlerin de etkisiz kalacağı tartışma götürmez bir gerçektir<sup>101</sup>.

Tatil-i Eşgal Kanununun çalışma özgürlüğünü ihlâl etmenin yaptırımına ilişkin 8. Maddede yeralan hükümlerine, yukarıda değinilen 25 Mayıs 1864

<sup>96</sup> Kanunun 1. maddesinde belirtilen bu kuruluşlar dışında çalışanlar, aynı tarihte çıkarılan Cemiyetler Kanununun kapsamına girmektedir (MAKAL, a.g.e., sh.272).

<sup>97</sup> MAKAL, a.g.e.,sh.272.

<sup>98</sup> GÜLMEZ, Mesut, Tatil-i Eşgal Kanunu in Türkiye Sendikacılık Ansiklopedisi, Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı Ortak Yayını, İstanbul, 1998, sh.165.

<sup>99</sup> GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.303; Karş. SAYMEN, Ferit, Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954, sh.157.

<sup>100</sup> Bkz. GÜLMEZ, a.g.e.,sh.303.

<sup>101</sup> MAKAL, a.g.e.,sh.277; GÜLMEZ, Çalışma İlişkileri, sh.320.

tarihli Fransız Yasası, uzlaşma sürecine ilişkin hükümlerine ise 1892 tarihli Fransız Yasası kaynaklık etmiştir<sup>102</sup>.

1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanunu, 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu ile 1938 tarihli ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanununun çıkmasına kadar yürürlükte kalmıştır<sup>103</sup>.

## SONUÇ

Fransa'da sanayi devrimi ve 1848 devrimi ile sosyal reform yasaları arasındaki koşutluk iş hukukunun sosyo-ekonomik ve siyasal yapıyla bağlarını göstermesi açısından önemlidir. Fransa'da çalışma ilişkilerinin tarihinin ortaya koyduğu en önemli gerçek, sosyal reform yasalarının, sanayi devrimini takiben ve özgürlükçü bir siyasal ortamda çıkarılmış olmasıdır. Fransa'da 1840'lı yıllarda sanayileşmede önemli bir atılım yaşanmış ve 1848 devrimi ile birlikte vergi temeline dayalı sınırlı oy ilkesi kalkmıştır. Sanayileşme sonucu nicel açıdan önemi artan işçi sınıfının genel oy ilkesi ile birlikte siyasal yaşamda da ağırlığı hissedilmeye başlamış ve sosyal haklar da böyle bir ortamda tanınmış ve yasalarda vücut bulmuştur.

Aynı dönemde Osmanlı İmparatorluğu'na baktığımızda ise tam tersi bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Üretimi ağırlıklı olarak tarıma dayalı olan Osmanlı toplumunda bir işçi sınıfının ve burjuvazinin varlığından söz etmek olanaklı değildir. Demokratikleşme yolunda atılan bazı adımlara karşın devlet baskıcı niteliğini korumuş, özgürlükçü bir siyasal ortama geçiş mümkün olmamıştır. 1876 tarihli Kanuni Esasi'de sınırlı oy ilkesine yer verilmiş, böylelikle yoksul kesim seçme hakkından yoksun bırakılmıştır.

Fransa ile Osmanlı İmparatorluğu'nun sosyo-ekonomik ve siyasal yapısı arasındaki bu temel farklılıklara karşın, XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda çalışma ilişkilerini düzenleyen önemli yasalar, Fransız hukukundan alınmıştır. Ancak bu yasaların alındığı tarihlerde Fransa'da sözkonusu yasalar çoktan yürürlükten kalkmıştır. Örneğin Fransa'da 1791 tarihli Le Chapelier Yasası ile yasaklanan sendika hakkı, 1884 tarihli yasa ile tanınırken Osmanlı İmparatorluğu'nda 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Yasası ile yasaklanmıştır.

İş hukukunun temellerinin atıldığı XIX. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda model alınan Fransız yasalarının özgürlükçü değil yasaklayıcı yasalar olduğunu görüyoruz. Üstelik yasaklanan hakların sosyolojik karşılığı da yoktur, yani gerçekte varolmayan olgular hukuken yasaklanmıştır. Bunun

<sup>102</sup> GÜLMEZ, Belgesel Çalışma İlişkileri, sh.45 ve 48.

<sup>103</sup> MAKAL, a.g.e.,sh. 128.



en çarpıcı örneği, 1845 tarihli Polis Nizamnamesi'dir. Bu nizamname ile Fransız hukukundan esinlenilerek polise grevleri bastırma görevi verilmiştir. Oysa ki bu dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nda henüz grev olgusuna rastlanmamaktadır.

Aynı dönemi sosyal güvenlik hukuku açısından değerlendirdiğimizde de karşımıza ilginç bir tablo çıkmaktadır. Fransa'da sosyal güvenlik alanındaki ilk yasal düzenlemenin 1893 tarihli iş kazası sigortası olması dünyadaki genel eğilime uygundur. Zira sosyal güvenlik hukuku ilk olarak iş kazası sigortasından doğmuştur. İş kazası riski de sanayileşmenin doğurduğu bir risktir. Sanayileşme atılımını yapamayan Osmanlı İmparatorluğu'nda ise XIX. yüzyıldaki ilk sosyal güvenlik yasaları, işçilere değil asker ve memurlara yönelik emeklilik yasalarıdır.

Osmanlı toplumunda gücünü hissettiren kesim Fransa'da olduğu gibi işçiler değil, asker-sivil bürokrasidir.

XIX. yüzyılda Fransa'da ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki çalışma ilişkilerinin hukuksal çerçevesinin karşılaştırılması sonucunda ortaya çıkan tarihsel gerçekler, Türk iş ve sosyal güvenlik hukukunun günümüzde yaşadığı sancuları kavramak bakımından ışık tutacak niteliktedir.

## KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993 .
- AKAD, Mehmet, Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, Kazancı, İstanbul, 1992.
- AKAD, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin: Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2000.
- AKIN, İlhan, Kamu Hukuku, Beta, İstanbul, 1993.
- AKSOY, Murat Uğur, Türkiye’de Sanayileşmenin Kollektif İş İlişkilerine Etkisi in Cumhuriyetin 50. Yılında Türkiye’de Sanayileşme ve Sorunları Semineri, Ankara, 28-31 Ocak, 1974, AÜSBF.
- ALPDÜNDAR, Mehmet, Ereğli Kömür İşçileri ve Sendika Faaliyetleri, Sosyal Siyaset Konferansları, 16. Kitap, İÜİF, 1965, sh. 125.
- COLLIARD, Claude-Albert, Libertés Publiques, Dalloz, Paris, 1989.
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2000.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques, Droit de la Sécurité Sociale, Dalloz, Paris, 1993.
- DUVERGER, Maurice, Eléments de Droit Public, PUF, Paris 1988.
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C.1, İTÜ, İstanbul, 1987.
- GÖZE, Ayferi, Liberal, Marxist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri, İÜHF, 1977.
- GÜLMEZ, Mesut, Türkiye’de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi), TODAİE, Ankara, 1983, (Çalışma İlişkileri).
- GÜLMEZ, Mesut, Tatil-i Eşgal Kanunu in Türkiye Sendikacılık Ansiklopedisi, Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı Ortak Yayını, İstanbul, 1998, sh. 165.
- GÜLMEZ, Mesut, Türkiye Belgesel Çalışma İlişkileri Tarihi (1936 Öncesi), TODAİE, Ankara, 1983. (Belgesel Çalışma İlişkileri).
- GÜLMEZ, Mesut, Tatil-i Eşgal Yasası ve Grev Sorunu, ODTÜ Gelişme Dergisi, C.9, S.1. 1982.
- GÜZEL, Şehmus, Grev, Bilimsel Yayıncılık, Ankara, 1980.

- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, İstanbul, 2002.
- HİLAV, SELAHATTİN, Düşünce Tarihi (1908-1980) in Türkiye Tarihi, C.4., Cem Yayınevi, İstanbul, 2000.
- HUBERMAN, Leo, Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla (Çev. Murat Belge), İletişim, İstanbul, 1991.
- IMBERT, Jean/SAUTEL, Gérard/BOULET-SAUTEL, Marguerite, Histoire des Institutions et des Faits Sociaux (X-XIX. siècle), PUF, Paris, 1956.
- IŞIKLI, Alpaslan, İş Hukuku, İmaj, Ankara, 1996.
- KABOĞLU, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHF, Diyarbakır, 1989.
- KILIÇBAY, Mehmet Ali, Doğu'nun Devleti Batı'nın Cumhuriyeti, Gece yay., İstanbul, 1992.
- KİLİ, Suna/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayını, İstanbul.
- LYON-CAEN, Gérard/PELLISSIER, Jean, Droit du Travail, Dalloz, Paris, 1990.
- MAKAL, Ahmet, Osmanlı İmparatorluğu'nda Çalışma İlişkileri: 1850-1920, İmge Kitabevi, Ankara, 1997.
- McPHEE, Peter, A Social History of France, Routledge, New York, 1993.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, C.1, Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fak. Yay., İzmir, 1988.
- ORTAYLI, İlber, Osmanlı İmparatorluğu'nda Sanayileşme Anlayışına Bir Örnek: "İslah-ı Sanayi Komisyonu" Olayı in Osmanlı İmparatorluğu'nda İktisadi ve Sosyal Değişim, Ankara, 2000, sh. 463.
- RIVERO, Jean, Les Libertés Publiques, PUF, Paris, 1987.
- RIVERO, Jean/SAVATIER, Jean, Droit du Travail, PUF, Paris, 1991.
- SAYMEN, Ferit H., Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954.
- SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.
- TANİLLİ, Server, Uygarlık Tarihi, Say yay., İstanbul, 1981.

- TANÖR, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yay., İstanbul, 1978.
- TIMBAL, P.C./CASTALDO, André, Histoire des Institutions et des Faits Sociaux, Dalloz, Paris, 1979.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beta, İstanbul, 1990 (Sosyal Güvenlik).
- TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku C.1, Beta, İstanbul, 1986.
- YERASIMOS, Stefanos, Azgelişmişlik Sürecinde Türkiye (Bizanstan 1971'e), Gözlem Yay., İstanbul, 1980.
- ZAIM, Sabahaddin, Türkiye'nin İktisadi ve Sosyal Gelişmesinde Sanayileşmenin Önemi in Sosyal Siyaset Konferansları, 16. Kitap, İÜHF, İstanbul, 1965, sh.227.

# TÜRK HUKUKUNDA EVLÂT EDİNME

Ar. Gör. Süheylâ Balkar\*

## GİRİŞ

Evlât edinme, kan bağından farklı olarak, evlâtlıkla evlât edinen arasında mahkeme kararıyla kurulan soybağını ifade eden bir aile hukuku kurumudur. Bu sebeptir ki, evlât edinmeden doğan soybağı “yapay soybağı” olarak nitelendirilmektedir.

Evlât edinmenin sosyal, psikolojik ve ahlâki yönden taşıdığı önem ve herşeyden önce insana özgü bir takım ihtiyaçlara cevap vermesi, bu kurumun hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde yer almasının sebebinin oluşturmaktadır.

Kurumun zaman içerisinde değişen işlevi ile birlikte, evlât edinmeye ilişkin yasal düzenlemelerde de zorunlu olarak bir takım değişiklikler olmuştur. Türk Hukukunda ilk kez 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile varlık bulan<sup>1</sup> evlât edinme, 4721 sayılı yeni Medeni Kanununun kabul edilmesiyle büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bununla beraber, eski hukuka göre kurulmuş olan evlât edinme ilişkilerine 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümleri uygulanmaya devam edecektir<sup>2</sup>.

Çalışmamız, kanuni sistematığe uygun olarak, evlât edinme kurumunu beş başlık altında incelemiştir. Kurumun genel olarak tanımı, işlevi ve Türk Hukukundaki yeri incelendikten sonra, yeni yasa ile önemli değişikliklere uğ-

---

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.*

1 Her ne kadar eski hukukumuzda, 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi dönemine kadar bugünkü anlamda evlât edinme kurumu bulunmasa bile, aynı amaca hizmet eden benzer kurumlar mevcuttu. Bunlar arasında tebenni, beslemelik, ahiretlik ve evlâdı manevi ülkemizde en sık rastlanan evlât edinme benzeri kurumlardır. Bununla birlikte, bu sayılanlardan hiçbiri, bugünkü anlamda evlât edinmeden farklı olarak, herhangi bir hukuki sonuç doğurmadıklarından, evlât edinme kurumuna dahil değildirler. Şöyle ki, İslam Hukukunda, bir kimsenin nesebi başkasından olan bir erkeği veya bir kızı sözde evlât edinmesi (zira İslam Hukuku uyarınca evlât edinme yasaktır) anlamına gelen tebenni, eski hukukumuzda hiçbir hüküm ifade etmeyen, salt ahlâki bir takım borçlar doğuran bir müesseseydi. Beslemelik ve evlâdı manevilik ise, tıpkı tebenni müessesesi gibi, hukuken hiçbir hükmü bulunmayan, daha çok sosyal ve insani özellik taşıyan müesseselerdi. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYTEKİN ATAAY: Medeni Hukukda Evlât Edinme, İstanbul, 1957, s. 41-42.

2 Bunun hukuki dayanağı, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun “Evlât edinme” kenar başlıklı 14. maddesinin “Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlât edinme sözleşmeleri, bütün hükümleri ile birlikte geçerliliğini korur” şeklindeki hükmüdür.

rayan evlât edinmenin esasa ve şekle ilişkin şartları irdelenmeye çalışılmıştır. Üçüncü bölümde evlât edinmenin hükümleri, dördüncü bölümde ise evlâtlık ilişkisinin kaldırılması konularına değinilmiştir. İncelememizin son başlığını ise, evlâtlık işlemlerinde aracılık konusu oluşturmaktadır.

4721 sayılı yeni Medeni Kanun, büyük ölçüde İsviçre Medeni Kanunundan etkilenecek şekilde hazırlanmış ve çalışmamızda İsviçre Hukukuna ve yasal mevzuata da yer verilmiştir. Ayrıca, incelenen her konuda önceki yasal düzenlemeye de değinilmiş ve farklılıkların gerekçeleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## § 1. GENEL OLARAK EVLÂT EDİNME KURUMU

### I. TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Çocuk ile ana ve babası arasındaki ilişkiyi ifade eden soybağı, meydana geliş şekline göre gerçek ve yapay olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre, gerçek soybağı, kan bağına dayanan soybağı olarak tanımlanırken, evlât edinmeyle kurulan soybağı ise yapay soybağı olarak ifade edilmektedir<sup>3</sup>.

Gerçekten de, yapay soybağı, kan bağından kaynaklanan soybağından farklı olarak, evlât edinmeye dayanan ve mahkeme kararı ile kurulan bir hısımlık bağıdır. Nitekim, MK. md. 315/f.1'de yer alan "*Evlât edinme kararı, evlât edinmenin oturma yeri; birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlâtlık ilişkisi kurulmuş*

<sup>3</sup> KEMAL OĞUZMAN / MUSTAFA DURAL: Aile Hukuku, İstanbul, 1994, s. 195; MEHMET BEŞİR ACABEY: Soybağı, Kurulması, Genel olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir, 2002, s. 12; AYDIN ZEVLİLİLER / BEŞİR ACABEY / EMRE GÖKYAYLA: Medeni Hukuk, Ankara, 1999, s. 1073; HÜSEYİN HATEMİ/ RONA SEROZAN: Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 318; HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1965, s. 314-315; SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY: Aile Hukuku, İstanbul, 1990, s. 445; BÜLENT KÖPRÜLÜ/ SELİM KANETİ : Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 206; TURGUT AKINTÜRK: Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş Yedinci Bası, İstanbul, 2002, s.314 ve 361; FEYZİ FEYZİOĞLU: Aile Hukuku, İstanbul, 1986, s. 463; AYDIN ZEVLİLİLER / AYŞE HAVUTÇU: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara, 2002, s. 304; CEM BAYGIN: Kan Bağına Dayanan Soybağı, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 255; NEDİM TURHAN: Evlât Edinme, Yargıtay Dergisi, C. 26, Ocak-Nisan 2000, S. 1-2, s. 48; CYRIL HEGNAUER: Droit Suisse de la Filiation et de la Famille, Berne, 1998, s. 56; ALAIN BENABENT: Droit Civil-La Famille, Paris, 1995, s. 469; FRANÇOIS TERRE/ DOMINIQUE FENOUILLET: Droit Civil, Les Personnes, La Famille, Les Incapacités, Paris, 1996, s. 749; JEAN CARBONNIER: Droit Civil, Tome 2, La Famille, Paris, 1995, s. 537; PATRICK COURBE: Droit Civil, Les Personnes, La Famille, Les Incapacités, Paris, 1996, s. 131.

*olur*” hükmü bu hususu açıkça ortaya koymaktadır<sup>4</sup>. Bununla beraber, Medeni Kanunun 305 ila 320’nci maddeleri arasında düzenlenen evlât edinmenin, bazı farklılıklar dışında gerçek soybağı gibi sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Medeni Kanunun 282’nci maddesinin son fıkrasında ifadesini bulan “*soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur*” hükmü bunu net bir biçimde vurgulamaktadır<sup>5</sup>.

Evlât edinmenin hukuki niteliği ise, önceden olduğu gibi, yeni düzenleme sonrasında da tartışmalara sebebiyet verecek niteliktedir<sup>6</sup>.

Eski Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde evlâtlık ilişkisinin bir “aile hukuku sözleşmesi” olduğu doktrinde hemen hemen oybirliği ile kabul edilmekteydi<sup>7</sup>. Zira, evlâtlık ilişkisi, tıpkı diğer sözleşmesel ilişkilerde olduğu gibi, evlât edinen ile evlâtlığın karşılıklı rızalarına ihtiyaç<sup>8</sup> duymakta ve taraflar bu rızalarını, hakimın ön izninden sonra noterde düzenletecekleri resmi bir senetle belgelemektedirler. Eski Medeni Kanunun 256’ncı maddesine göre evlât edinme ilişkisi, bu şekilde hazırlanan resmi bir senetle kurulmuş olmaktadır<sup>9</sup>. Bu hususun sonradan doğum kütüğüne işlenmesi ise kurucu değil, açıklayıcı nitelikte bir idari işlemde ibaretti. Tüm bunların yanı sıra, kanun, taraflara istedikleri an aralarındaki evlâtlık ilişkisini sona erdirmeye imkânını da tanıdı (EMK.md. 258/1).

Oysa yeni Medeni Kanun, eski düzenlemeden tamamiyle farklı bir biçimde, evlâtlık ilişkisinin “mahkeme kararı ile kurulacağını” belirtmektedir (MK.md.315/1). Böylece, noterde resmi senet yapma gereği de ortadan kalkmıştır. Keza, evlât edinme ilişkisini kurup kurmamakta hakime tanınan geniş takdir yetkisi ve her türlü detaylı araştırmayı yapma görevinin yanı sıra, evlâtlık ilişkisini vereceği hükümle kurma yetkisine sahip olması da, evlât edinmenin bundan böyle taraflar arasında yapılan bir sözleşme olmadığını ortaya koymaktadır<sup>10</sup>. Yeni düzenleme ile birlikte, evlât edinme işlemi, oluşum bakımından artık bir yargı kararına dayanacaktır.

<sup>4</sup> Önceki Medeni Kanun ise, bundan farklı olarak, evlât edinme ilişkisinin, evlât edinenin ikametgâhı sulh hakiminden alınan izin üzerine noter tarafından düzenlenecek resmi bir senetle yapılacağını öngörüyordu (md. 256/f.1).

<sup>5</sup> Önceki Medeni Kanunumuzda, evlât edinme işlemiyle, evlât edinen ile evlâtlık arasında soybağı kurulacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı.

<sup>6</sup> Evlât edinmenin hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler için bkz. ATAAY, a.g.e., s. 11 vd.

<sup>7</sup> TEKİNAY, a.g.e., s. 445; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 462; AKINTÜRK, a.g.e., s. 362; KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 206; OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 245; TURHAN, a.g.m., s. 55.

<sup>8</sup> Veya onlar adına rıza gösterecek olan kanuni temsilcileri.

<sup>9</sup> Dolayısıyla, evlât edinme işleminde salt tarafların rızalarının biraraya gelmesi tek başına bir anlam ifade etmemekte, bu rıza ancak noter huzurunda açıklanınca değer taşımaktadır. Çünkü, bu şekilde hazırlanan noter senedi “açıklayıcı” değil, “kurucu” nitelik taşımaktadır.

<sup>10</sup> Aynı yönde görüş için bkz. ŞÜKRAN ŞİPKA: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlât

Kanaatimce, eski düzenlemeden farklı olarak, evlâtlık ilişkisinin tarafların anlaşması ile her zaman sona erdirilebileceğine ilişkin hükümün yeni Medeni Kanunda yer almaması da, evlât edinmenin kanun koyucu tarafından salt bir sözleşme gibi görülmediğini destekler niteliktedir.

Gerek bu sebepten dolayı, gerek evlâtlık ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulacağını düzenleyen ve resmi senet şartını kaldıran hüküm gereği ve gerekse evlâtlık ilişkisinin kurulmasından önceki, sırasındaki ve sonrasındaki mahkemeye atfedilen tek yetkili olma sıfatı dolayısıyla, evlât edinme kurumunun artık bir sözleşme niteliğine sahip olmadığı kanaatindeyim.

## II. İŞLEVİ

Evlât edinme, kan bağından doğan gerçek soybağından farklı olarak, evlâtlıkla evlât edinen arasında mahkeme kararıyla kurulan ilişkiyi ifade eden bir aile hukuku kurumudur. Evlât edinme kurumunun sosyal, psikolojik ve ahlâki yönden taşıdığı önem, aynı zamanda böyle bir kurumun hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde yer almasının sebebinin de oluşturmaktadır. Gerçekten de evlât edinme kurumu herşeyden önce insana özgü bir takım ihtiyaçlara cevap vermektedir<sup>11</sup>.

Kurumun tarihi geçmişine bakıldığında, evlât edinmenin öncelikli sebebinin çocuğu olmayan kimselere soylarının devamının sağlanması imkânını vermek ve böylelikle aile servetlerini bırakabilecekleri kanuni bir mirasçılarının olmasını sağlamak olduğu görülmektedir<sup>12</sup>. Ancak, aile hukukuna ait diğer kurumlarda da olduğu gibi evlât edinme kurumunun da amacı günümüze gelene dek zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır. Bugün için evlât edinme, hem evlâtlık hem de evlât edinen kişilerin psikolojik ihtiyaçlarını gidermek ve bunun neticesinde sağlıklı bir toplumsal yapı oluşturma amacına odaklanmıştır.

Gerçekten de, evlât edinme olanağı sayesinde kimsesiz ve terkedilmiş çocuklar sağlıklı bir yuvaya, bakılamayan çocuklar ise kişiliklerini geliştirebile-

---

Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İÜHFİM, C. LVII, S.1-2, 1999, s. 316; ACABEY, a.g.e., s. 12. Ayrıca bkz. BAYGIN, a.g.m., s. 255, dn. 2. RUHİ ise , evlât edinme müessesesinin hukuki mahiyet bakımından bir medeni hukuk, daha özel olarak bir aile hukuku sözleşmesi olduğunu belirtmiş ancak yeni Medeni Kanunun mevcut hükümleri karşısında bu fikri gerekçelendirecek herhangi bir düşünce ileri sürmemiştir (AHMET CEMAL RUHİ: Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 19).

<sup>11</sup> Evlât edinme kurumunun tarihi gelişimi ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin incelemeler dikkate alındığında, evlât edinme kurumuyla belirli gayeler güdüldüğü görülmektedir. ATAAY bu gayelerin beş grupta toplanabileceğini ileri sürmektedir. Bunlar, dini, siyasi, hissi, sosyal ve iktisadi gayelerdir (ATAAY, s. 27-33).

<sup>12</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 56; OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 244.



cekleri bir aile ortamına kavuşmuş olurlar. Çocuğu olmayan kimseler de böylelikle çocuk sevgisi tadabilme ve anne-baba olma deneyimini yaşayabilme imkânı elde ederler. Bu açıdan bakıldığında evlât edinme kurumu, bir taraftan çocuğu koruması ve onun bakım ve eğitimi<sup>13</sup> gözetmesi ile çocuğun psikolojik ihtiyaçlarına, diğer taraftan çocuğu olmayan veya olamayacak olan kimselere anne-baba olma deneyimi yaşatmasıyla onların psikolojik ihtiyaçlarına hizmet etmektedir. Sonuç olarak sözü geçen amaçlar gerçekleşirken aslında toplumsal hayatın sağlıklı bir biçimde yapılanmasına da katkıda bulunuyor olmaktadır.

Evlât edinme kurumunun fonksiyonu ve amacı zaman içerisinde değişmişse de, bu amaçlar arasında bugün için en ön planda olanı, hiç kuşkusuz çocuğa destek olma amacıdır. Zira, çocuk sahibi olma konusundaki biyolojik engeller, büyük gelişme gösteren tıp bilimi sayesinde birer birer aşılınca, artık amaç, kişilere çocuk sevgisini tattırmaktan çok, terk edilmiş, yetim ya da evlilik dışında doğmuş çocuklara sıcak bir yuva ortamı kazandırmaktır. Bu sebeptendir ki evlât edinme, çocuğun eğitimi ve bakımı açısından büyük önem taşıyan bir aile hukuku kurumu olarak nitelendirilmektedir<sup>14</sup>. Evlât edinme kurumunun öncelikle gözettiği bu amaç yeni Medeni Kanunumuzda da göze çarpmaktadır. Zira Kanun evlât edinmeyi iki ayrı şekilde düzenlemiş ve temelde küçüklerin evlât edinilmesini esas alırken, erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesini ancak belirli şartların oluşmasına bağlı olarak, bir “istisna” biçiminde kabul etmiştir (MK.md.313).

Evlât edinme kurumunun yukarıda belirttiğimiz yararlarına ve toplumsal hayata sağladığı katkılara rağmen olumsuz bazı yönlerinin de bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir<sup>15</sup>. Bunların başında, evlât edinenlerin kimi zaman bazı maddi beklentilerle ve çıkar hesaplarıyla hareket etmeleri gelmektedir. Evlât edinme yoluyla kanuni mirasçılarının mahfuz hisselerini ortadan kaldırmak, miras kaçırmak veya evlâtlığı hayali bir takım vaadlerle kandırarak onu hastabakıcı veya hizmetçi gibi kullanmak bu hususta en çok rastlanılan örneklerdir<sup>16</sup>.

Bununla beraber, bu sakıncalardan hareketle toplumsal açıdan son derece önemli bir işleve sahip olan bu kurumun varlığının reddedilmesi de kabul

<sup>13</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 56.

<sup>14</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 56. YHGK'nun bir kararında evlât edinme kurumu, “evlât edinme, bir evlât sahibi olamayışın üzüntülerinin giderilmesi, evlât sevgisinin tatmini gibi ihtiyaç ve arzuların doğurduğu, karşılıklı saygı ve sevgi hislerine dayanan ve yine karşılıklı hak ve yükümleri olan bir müessesedir” deyimile tanımlanmıştır (YHGK.15.6.1968 tarih ve 1117/462 sayılı kararı, FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 463'den naklen).

<sup>15</sup> Bu olumsuzluklar için bkz. ATAAY, a.g.e., s. 14-15; AKINTÜRK, a.g.e., s. 362; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 1073; ŞİPKA, a.g.m., s. 304-305.

<sup>16</sup> TEKİNAY, a.g.e., s. 446; AKINTÜRK, a.g.e., s. 362; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 463.

edilebilir olmaktan uzaktır. Nitekim modern kanunlar, kurumun barındırdığı bu sakıncaları ve tehlikeleri bertaraf edecek hukuki mekanizmaları getirmek suretiyle bu sorunu aşmıştır. Yeni Medeni Kanunumuz da, evlât edinme kurumunun temas ettiği hassas menfaatleri kapsar şekilde konuyu yeniden düzenlemiş ve oldukça ayrıntılı hükümler getirerek kurumu baştan sona yenilemiştir. Böylece yeni Medeni Kanunumuz, evlât edinme kurumuna ilişkin getirdiği düzenlemeler açısından çağdaş hukuk sistemleri arasındaki yerini almıştır.

### III. TÜRK HUKUKUNDA EVLÂT EDİNME KURUMU

Bireysel ve sosyal anlamda oldukça önemli bir işleve sahip olan evlât edinme kurumu, çok eski devirlerden beri varlığını sürdüren bir kurumdur. Roma Hukukunda çok önemli bir role sahip olan bu kurum (adoptio imitatur naturam), zaman içerisinde değişikliklere uğrayarak birçok hukuk sisteminde benimsenmiş ve çağdaş medeni kanunlarda yerini almıştır<sup>17</sup>.

Türk Hukukunda evlât edinme kurumu ilk kez İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir (MK.md.253-258). Medeni Kanundan önceki dönemde evlât edinme kurumu mevcut değildir<sup>18</sup>.

1926 tarihli Medeni Kanunun evlât edinmeye ilişkin hükümleri, ilki 16.6.1983 tarihli ve 2846 sayılı Kanunla, ikincisi ise 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla olmak üzere iki kez değişikliğe uğramıştır. Son olarak, 22.11.2001 tarihinde kabul edilen ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunumuzda<sup>19</sup> evlât edinme kurumu, yapılan değişikliklerle daha ayrıntılı bir biçimde yeniden düzenlenmiştir.

Medeni Kanunun "Aile Hukuku" başlıklı 2. kitabının hısımlık ilişkilerini dü-

<sup>17</sup> Evlât edinme kurumunun tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAAY, a.g.e., s. 15-27. Değişik ülke hukuk sistemlerinin evlât edinme kurumuna yaklaşımları hakkında bkz. RUHİ, a.g.e., s. 21-22; FARUK KEREM GİRAY: Uluslararası Sözleşmelerde Evlât edinme, MHB, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 334.

<sup>18</sup> ŞİPKA, a.g.m., s. 301; AKINTÜRK, a.g.e., s. 361; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 1073. İslâm Hukukunda evlât edinme müessesesi kabul edilmemiştir (COŞKUN ÜÇOK/ AHMET MUMCU/ GÜLNİHAL BOZKURT: Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1999, s. 103-104). Bu nedenle, nüfus kütüğüne evvelki hukukumuzdan gelmiş gibi yazılan "manevi evlât" kayıtlarının hiçbir hukuksal değeri yoktur (TEKİNAY, a.g.e., s. 445). Nitekim, Yargıtay 2. HD.nin 8.11.1982 tarihli ve 7912/8113 sayılı kararında da bu husus "... önceki hukukumuzda evlât edinme (tebenni) müessesesi mevcut değildi, bu bakımdan nüfus siciline her ne sebeple olursa olsun bu yolda geçen kayıt ve yapılan şerhler hukuki değer taşımaz. Bu tür kayıtların varlığı, bu gibilere evlâtlık imiş gibi miras payı verilmesini mümkün kılmaz" denilmek suretiyle açıkça ortaya konmuştur (YKD. 1973/2, s. 188).

<sup>19</sup> RG. 8.12.2001/24607.

zenleyen 2. kısmının ilk bölümünü oluşturan soybağının kurulması konusunun içerisinde 4. ayırım olarak düzenlenen evlât edinme, bazı farklılıklar dışında gerçek nesep gibi sonuçlar doğurmakta ve evlâtlığa birçok yönden evlilik içi çocukla aynı statüyü kazandırmaktadır<sup>20</sup>.

## § 2. EVLÂT EDİNMENİN ŞARTLARI

Evlât edinme, esasa ve şekle ilişkin bir takım şartlara tabi tutulmuştur. Belirtmek gerekir ki, evlât edinme kurumu, yeni Medeni Kanunda en fazla değişikliğe uğramış olan kurumların başında gelmektedir. Yeni düzenlemede yer alan ve gerek esasa gerekse şekle ilişkin şartlarda değişiklikler getiren bu hususlara ilgili maddeler incelenirken değinilecektir.

### I. ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR

Evlât edinme kurumunun ardında yatan temel düşüncenin, çocuksuz ailelere çocuk sevgisini tattırmak olduğu kadar, hatta ondan ziyade, çocukları koruyup, onların eğitim ve bakımlarını sağlamak olduğunu belirtmiştik. Bu sebepten dolayı, hemen her ülkenin hukuk sisteminde evlât edinme öncelikli olarak küçükler düşünülerek düzenlenmiş bir aile hukuku kurumudur. Erginler ise, ancak belirli şartların gerçekleşmesi durumunda evlât edinilebilirler. Tüm bu gerekçelerle, yeni Medeni Kanunumuzda, Alman Hukukunda<sup>21</sup> ve İsviçre Hukukunda<sup>22</sup> olduğu gibi, küçüklerin evlât edinilmesi ve erginlerin evlât edinilmesi ayrı başlıklar halinde düzenlenmiş ve farklı şartlara tabi tutulmuştur<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> ŞIPKA, a.g.m., s. 302.

<sup>21</sup> Alman Hukukundaki düzenlemenin, anılan biçimde ikili yapısı hakkında bkz. FREDERIQUE FERRAND: *Droit Privé Allemand*, Paris, 1997, s. 568.

<sup>22</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 72.

<sup>23</sup> Önceki Medeni Kanunda olmayan bu ayırım, yeni Medeni Kanunumuzda önemli bir değişiklik olarak yer almaktadır. Buna göre, küçüklerin evlât edinilmesi 305 ila 312'nci maddeler arasında düzenlenirken, 313'üncü maddede erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesi ayrı bir başlık olarak düzenlenmiş, böylece bu ikisinin evlât edinilmesinde farklı bir yol izlenmiştir. Fransız Hukukunda ise, böyle bir ayırma gidilmesi yerine evlât edinmenin niteliğine ilişkin bir ayırım benimsenmiştir. Şöyle ki; Fransız Medeni Kanununun 343 ilâ 359'uncu maddeleri arasında, evlât edinilen ile biyolojik anne-babası arasındaki ilişkinin ortadan kalkmasını öngören ve evlât edinilenin onbeş yaşından küçük olmasını arayan "adoption plénière" yani "bütün sonuçları ile evlât edinme", 360 ilâ 370-2 maddeleri arasında ise, evlât edinilen kişiye ilişkin herhangi bir yaş sınırı içermeyen ve biyolojik anne-baba ile ilişkiyi ortadan kaldırmayan "adoption simple" yani "kısmi etkili evlât edinme" başlıklı iki ayrı evlât edinme biçimi düzenlenmiştir (BENABENT, a.g.e., s. 471 vd; COURBE, a.g.e., s. 131 vd.; TERRE/FENOUILLET, a.g.e., s. 753; CARBONNIER, a.g.e., s. 538 vd). Doktrinde bu iki tür evlât edinme biçimi "tam evlât edinme" ve "sınırlı evlât edinme" veya "basit evlât edinme" terimleriyle de ifade edilmektedir (RUHİ, a.g.e., s. 21-23). Bu ikili sis-

## A- KÜÇÜKLERİN EVLÂT EDİNİLMESİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

Yeni Medeni Kanun, md.305 ile md.312 arasında küçüklerin evlât edinilmesi konusunu düzenlemiştir. Küçük olarak kastedilen kimseler, MK.md.11'de ergin olarak ifade edilen kimselerin dışında kalanlar (onsekiz yaşını doldurmamış veya evlenme suretiyle ergin olmamış olanlar) ile MK.md.12 uyarınca hakkında mahkemece erginliğine karar verilmemiş olan kişilerdir. Dolayısıyla, bu kişilerin küçük olarak düşünülmesi ve bunların evlât edinilmesi durumunda aşağıda incelenecek olan şartların mevcudiyetinin aranması gerekmektedir.

### 1 - Ehliyet

#### a - Evlât Edinenin Yaşı

Medeni Kanun, gerek 306'ncı ve gerekse 307'nci maddelerinde, evlât edinecek olan kişi veya kişilerin otuz yaşını doldurmasını aramıştır<sup>24</sup>. Böylece, önceki Medeni Kanunda otuzbeş olan bu yaş sınırı otuza indirilmiş olmaktadır<sup>25</sup>.

Evlât edinecek kişinin belirli bir yaşın üzerinde olması şartı doktrinde farklı gerekçelere dayandırılmıştır<sup>26</sup>.

#### b - Evlât Edinilenin Yaşı

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Medeni Kanun evlât edinilen kişi bakımın-

---

temi kabul eden ülkeler ve detaylı bilgi için bkz. RUHİ, a.g.e., s. 21 ve HORST KLINKHARDT: İki Türlü İkinci Evlât Edinme (Çeviren: Ahmet Cemal Ruhi), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 345 vd.,.

<sup>24</sup> MK.md.306/2 ve 3 hükmünde yer alan istisnai durum saklıdır.

<sup>25</sup> Türk Hukukunda, 16.6.1983 tarih ve 2846 sayılı kanundan önceki dönemde evlât edinmek isteyen kişinin 40 yaşında olması şartı aranmaktaydı. Gerek Türk Hukukunda gerekse Alman ve İsviçre Hukukunda evlât edinme yaşının getirilen yeni düzenlemelerle indirilmiş olmasının sebebinin, evlât edinmede aile kurumuna zarar verilmemesi ve başka bir takım ahlâki kaygılardan ziyade bakıma muhtaç çocukların korunmasının ön plana alınmasının bir sonucudur (OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 246,dn.208).

<sup>26</sup> TEKİNAY'a göre böyle bir düzenlemenin sebebi, evlât edinme imkânının, bizzat çocuk sahibi olmaları artık beklenemeyecek olan kimselere verilmesi gerektiği yönündeki düşüncedir. Ancak yazar bu düşüncenin, evlâtlıktan (veya çocuktan) ziyade evlât edinenin menfaatini ön planda tuttuğu ve çocuğun menfaatini dikkate almadığı gerekçesiyle doğru olmadığını ileri sürmektedir (TEKİNAY, a.g.e., s. 447-448). Bir diğer görüş, bu şartın evlilik kurumunun korunmasını ve doğal yollardan çocuk sahibi olma döneminde evlât edinme yolunu kapalı tutmayı amaçladığı yönündedir (KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 229). Bunların yanı sıra, evlât edinebilmek için belli bir yaş sınırı konulmasının sebebi, evlât edinenin belli bir olgunluğa erişmiş olması gereğiyle de izah edilmiştir (BİLGE ÖZTAN: Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2000, s. 439).

dan ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre, küçük olarak isimlendirilen, diğer bir deyişle Medeni Kanunun kabul ettiği esasa göre onsekiz yaşını doldurmayan veya evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınmayan kişiler ile ergin sayılan kişiler ve kısıtlıların evlât edinilmesi farklı kurallara tabi tutulmuştur. Bu sebeple onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin evlât edinilmesine ilişkin şartlar md.305 ilâ md.312 arasında yer alan düzenlemeye tâbi olacaktır. Dolayısıyla, bir kimse yaşı ne olursa olsun evlât edinilebilir; fakat bu konuda aranacak şartlar, evlât edinilecek olan kişinin yaşına bağlı olarak değişecektir.

Ancak, kanun koyucu, evlât edinen ile evlât edinilen arasında belirli bir yaş farkının bulunmasını da aramıştır. Bu fark, önceki Medeni Kanunda olduğu gibi onsekizdir. Bu husus, MK.md. 308/1'de "Evlât edinilenin, evlât edinen-den en az onsekiz yaş küçük olması şarttır" hükmünde açıkça ortaya konulmuştur.

Yaş farkı şartı, evlât edinmenin olabildiğince doğal bir soybağı kurulması amacından kaynaklanmaktadır. Böylelikle kanun, anne-baba ile çocuk arasındaki normal yaş farkına mümkün olduğunca benzeyen bir düzenleme kabul etmek suretiyle, evlâtlık ilişkisini gerçek aile ilişkisinin iyi bir taklidi haline getirmiştir<sup>27</sup>.

İsviçre Medeni Kanununa göre, evlât edinen ile evlât edinilen kişi arasında olması gereken yaş farkı onaltıdır (md.265/1). İsviçre Hukukunda onaltı yaş fark bulunmasına dair bu şart, birlikte evlât edinme halinde her iki eş için de aranmaktadır. Bundan başka, tıpkı Türk Medeni Kanunu gibi, İsviçre Medeni Kanunu da yaş farkı için herhangi bir üst limit öngörmemiştir. Bununla beraber, evlâtlığın yararının bulunması şartının (MK.md.305/2 ve İsv.MK.md.264) aradaki yaş farkının kabul edilip edilemeyeceğini belirle-mekte etkili olacağı kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

## 2 - Rıza

### a - *Evlât Edinenin Rızası*

Evlât edinme, kişinin rızası ile gireceği bir hukuki ilişkiyi ifade eder. Şayet evlât edinecek kişi tam ehliyetli ise, onun açısından evlât edinmeye ilişkin bir engel yoktur. Evlât edinmek isteyen kimse, kendisine müşavir atanmış sınırlı ehliyetli ise, kanuni müşavirin rızasına gerek kalmaksızın evlât edinebilir. Zira evlât edinme, md.429'da sayılan hallerden değildir. Tam ehliyet-sizler ise hiçbir şekilde evlât edinemezler.

<sup>27</sup> ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 1076; AKINTÜRK, a.g.e., s. 367.

<sup>28</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 66.

Evlât edinmek isteyen kimse sınırlı ehliyetsizse, bu durumu iki ayrı biçimde incelemek gerekecektir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler, zaten kanunun aradığı yaş koşulunu gerçekleştirmediklerinden evlât edinemezler. 30 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ise, kendi rızalarının yanında vesayet makamının ve sonrasında denetim makamının izni ile evlât edinebilirler (md.463/1). Evlât edinmenin kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasına rağmen, md.463/1’de yer alan bu düzenlemenin sebebi, evlât edinmenin aynı zamanda malvarlığına ilişkin sonuçlar da doğurabilmesi olarak açıklanmaktadır<sup>29</sup>.

Belirtmek gerekir ki, eşlerin ancak birlikte evlât edinebileceklerini ve birlikte evlât edinme imkânının sadece birbirleriyle evli olan kişilere tanıyan MK. md. 306 hükmünde düzenlenen “birlikte evlât edinme” hali için de, yukarıda açıkladığımız ehliyet şartları aranacaktır.

### *b - Evlât Edinilenin Rızası*

Medeni Kanunun 308’inci maddesinin ikinci fıkrasında, “ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlât edinilemez” hükmü getirilmek suretiyle, eski Medeni Kanunun 254’üncü maddesinde yer alan düzenlemenin aynısı benimsenmiştir.

İsviçre Medeni Kanununun 265/2 maddesinde de aynı esas yer almaktadır. İsviçre Hukukunda, ondört yaşını dolduran bir kimsenin genel olarak ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Medeni Kanunun 316’ncı maddesinde yapılması öngörülen araştırmanın bir gereğinin de evlât edinilenin dinlenmesi ve evlât edinen ile ilişkisinin araştırılması olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu hükmün amacı, özellikle küçükün ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda, onun evlât edinilmeye ve evlât edinecek olan kişiye karşı tavır ve yaklaşımını mümkün olduğunca değerlendirmek ve dikkate almaktır.

### **3 - Ana ve Babanın Muvafakati**

Medeni Kanunun 309’uncü maddesine göre, evlât edinme, küçükün ana ve babasının rızasını gerektirir. Bu koşul, küçük ile anne ve babası arasında var olan soybağının bir gereği olarak aranmaktadır. Bu hüküm, İsviçre Medeni Kanununun 265a maddesinde de yer almakta ve eski Medeni Kanunun 254’üncü maddesinin ikinci cümlesini de kısmen karşılamaktadır.

<sup>29</sup> OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 248.

<sup>30</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 67.

Ana ve babanın rızası, bunlar boşanmış olsalar da ya da hiç evlenmemiş olmakla birlikte soybağı, babalığa hüküm veya tanıma gibi durumların varlığı neticesinde oluşmuş olsa bile aranacaktır<sup>31</sup>.

309'uncu maddenin 2'nci fıkrasında rızanın kapsamı belirtilmiştir. Buna göre, verilen rıza, evlât edineceklerin adları belirtilmemiş olsa veya evlât edinecekler henüz belirlenmiş bulunmasa dahi geçerli olacaktır<sup>32</sup>.

#### *a - Rızanın Şekli*

Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir (MK.md.309/f.1,c.2).

#### *b - Rızanın Zamanı*

Rıza, küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden önce verilemez (MK.md.310/1) ve tutanağa geçirilme tarihinden başlayarak altı hafta içinde aynı usulle geri alınabilir (MK.md.310/2). Rızanın bu süre içinde geri alınması için herhangi bir gerekçenin bulunması gerekmez. Zira bu hükmün amacı, ana ve babanın çocuklarını evlâtlık olarak vermekteki rızalarının tam ve gerçek olmasını, bu hususta baskı altında bulunmamalarını ve nihayet vermiş oldukları karardan emin olmalarını ve sonradan pişmanlık duymamalarını sağlamaktır. Ancak, kanunumuz, geri almadan sonra yeniden verilen rızanın kesin olacağını belirtmektedir. Aynı husus, İsviçre Medeni Kanununun 265b maddesinde de düzenlenmiştir.

#### *c - Rızanın Aranmadığı Haller*

Medeni Kanun, 311'inci maddesinde sınırlı olarak sayılan iki halden biri kendisi açısından gerçekleşmiş olan ana ve babanın rızasının aranmayacağını hüküm altına almıştır<sup>33</sup>. İsviçre Medeni Kanununun 265c maddesinden alınan bu hükme ilişkin kararın hangi makam tarafından ve ne zaman verileceği ise, kanunun 312'nci maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur.

<sup>31</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 68.

<sup>32</sup> Bu hükmün aynısı İsviçre Medeni Kanununun Fransızca metninin 265a maddesinin 3'üncü fıkrasında da "consentement incognito" ve "consentement en blanc" denilmek suretiyle aynı şekilde yer almaktadır. Bununla beraber, belirli bir şahsın evlât edinmesine ilişkin olduğu açıkça belirtilmiş olarak verilen rızanın, sadece bu evlât edinme ilişkisi bakımından hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir (HEGNAUER, a.g.e., s. 69).

<sup>33</sup> Hükmün benzeri, önceki Medeni Kanunun "Rıza şartının aranmaması" başlıklı 254/a maddesinde de bulunmaktaydı.

*ca - Koşullar*

MK.md.311 hükmüne göre, iki durumun varlığı halinde, ana ve babadan birinin rızası aranmayacaktır. Bunlardan ilki, ana veya babanın, kim olduğunun veya uzun süreden beri nerede oturduğunun bilinmemesi veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunması halidir<sup>34</sup>. Bu gibi hallerde, ya fiili bir engel sebebiyle rızanın alınmaması durumu veyahut ayırt etme gücünün yokluğundan dolayı rızanın mevcut olamayacağı gibi hukuki bir engel söz konusudur.

Ana veya babadan birinin rızasının aranmayacağı ikinci durum ise, bunlardan birinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirememesi halidir. Bu noktada, özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilip getirilmediğini, takdir yetkisine dayanarak hakim değerlendirecektir.

Önceki Medeni Kanununun 254/a maddesinin 2'nci fıkrasında bu şart, “velayetin kaldırılmasını gerektirecek ölçüde çocuğu ile ilgisiz olan ana ve babanın rızası aranmaz” şeklinde ifade edilmişti. Bu noktada, Yeni Medeni Kanunumuzda kullanılan “özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilememesi” deyiminin aslında son derece soyut ve muğlak bir kavram olduğunu, hükmün kendisinin bu durumun tespiti için herhangi bir ölçüt getirmediğini, oysa ki önceki Medeni Kanununun 254/a maddesinin 2'nci fıkrasında “velayetin kaldırılmasını gerektirecek ölçüde çocuğu ile ilgisiz” demek suretiyle, hangi durumlarda ana ve babanın rızasının aranmayacağına bir ölçüt getirilmiş olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla, bu hükmün uygulamada sorunlar çıkarmaması ve kötüye kullanımların engellenmesi adına hakimlerin bu husustaki takdir yetkilerini son derece titiz kullanmaları gerekecektir.

*cb) Karar*

Ana veya babanın, küçüğün evlât edinilmesi hakkındaki rızalarının aranmamasına ilişkin kararın düzenlendiği 312'nci madde, İsviçre Medeni Kanununun 265d hükmünden alınmıştır.

Birinci fıkra, küçüğün, gelecekte evlât edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi ve ana-babadan birinin rızasının eksik olması halinde, evlât edenin veya evlât edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesinin bu rızanın aranıp aranmamasına karar vereceğini düzenlemektedir.

İkinci fıkrada ise, birinci fıkrada sözü edilen durumun dışında kalan haller-

<sup>34</sup> Aynı hüküm, eski Medeni Kanununun 254/a maddesinde ve İsviçre Medeni Kanununun 265c maddesinde de bulunmaktadır.



de, bu konudaki kararın evlât edinme işlemleri sırasında verileceğini belirtmektedir.

Son fıkra ise, ana ve babadan birinin, küçüğe özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebiyle rızasının aranmaması kararının, bu ana veya babaya yazılı olarak bildirileceğini hükme bağlamaktadır<sup>35</sup>.

#### 4 - Vesayet Dairelerinin İzni

Medeni Kanun, 308'inci maddenin 3'üncü fıkrasında, vesayet altındaki küçüğün, ayırt etme gücüne sahip bulunsun veya bulunmasın, vesayet dairelerinin izni ile evlât edinilebileceğini hüküm altına almıştır<sup>36</sup>. Nitekim bu husus, *vesayet altındaki kişinin evlât edinmesi veya evlât edinilmesi için vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekeceğini* belirten MK.md.463'ün ilk bendinde açıkça hükme bağlanmıştır.

#### 5 - Küçüğün Evlât Edinen Tarafından Bir Yıl Süreyle Bakılmış ve Eğitilmiş Olması

Medeni Kanununun 305'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır. Önceki Medeni Kanunda bulunmayan bu koşul, evlât edinecek olanlara, böyle bir ilişkiyi kurup kurmama yönünde karar vermelerinde yardımcı olmak amacı taşımaktadır. Zira, evlât edinmek isteyen kişiler, bir yıl gibi bir süreyle küçüğün bakımı ve eğitimi ile ilgilenmiş olmakla, hem bir deneme sürecine hem de bu zaman zarfında kararlarının doğruluğundan emin olma imkânına kavuşmuş olurlar.

Öte yandan, küçüğün bir yıl süreyle evlât edinen tarafından bakılması ve eğitilmesi, 305'inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve *evlât edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması gerektiğini* ifade eden koşulun da gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde yardımcı olabilecek bir göstergedir. Zira bu sayede evlât edinen kişi veya kişilerin evlât edinilecek küçüğe davranış biçimi gözlemlenmiş olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu koşulun amacını gerçekleştirilmesi ancak küçüğün, evlât edinen veya edinenler tarafından, kendi yaşadıkları yerde kişisel olarak bakılması ve eğitilmesi ile mümkündür.

<sup>35</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda, rızalarının aranmayacağı kendilerine yazılı olarak bildirilmeyen ana ve/veya babanın, bu karara karşı iptal davası açabilecekleri yönünde karar verilmiştir (ATF 112 II 298, JdT 1989 I 361).

<sup>36</sup> Aynı hüküm, İsviçre Medeni Kanununun 265/3 maddesinde de yer almaktadır.

Benzer bir düzenlemenin yer aldığı İsviçre Hukukunda, bu sürenin tek bir defada ve hiç aralıksız olması aranmamakla birlikte, sadece tatil zamanlarıyla sınırlı olmasının kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>37</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, evlât edinecek kişi veya kişilerin evlât edinecekleri küçüğün bu süre içerisinde bakımını ve eğitimlerini hiçbir maddi karşılık beklemeden sağlamaları gerektiği ve sonuçta bu bakım ve eğitim sebebiyle herhangi bir bedel talep edemeyecekleridir. Zira evlât edinme kurumunun temelinde var olan sosyal düşünce bunu gerektirmektedir.

Son olarak belirtilmesi gereken bir husus da, MK.md.305/1’de yer alan bu koşulun, birlikte veya tek başına evlât edinmede evlât edinen veya edinenlerin yaşlarından ve birlikte evlât edinmede eşlerin evli buldukları süreden bağımsız olarak, küçüklerin evlât edinildiği her durumda genel koşul olarak aranması gerekliliğidir<sup>38</sup>.

## **6 - Evlât Edinmenin Küçüğün Yararına Olması ve Evlât Edinenin Diğer Çocuklarının Yararını Zedelememesi**

Medeni Kanununun 305’inci maddesinin ikinci fıkrasında, “*Evlât edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir*” hükmü yer almaktadır.

İsviçre Medeni Kanununun 264’üncü maddesinde de aynı şekilde ifade edilen bu hükme göre, bir küçüğün evlât edinilmesi, ancak her türlü şartın ve durumun değerlendirilmesi neticesinde evlât edinilmenin onun yararına olacağı sonucuna varılabildiği halinde mümkündür. Evlât edinmenin küçüğün yararına olup olmadığı değerlendirirken, şartların ve ortamın onun kişiliğinin sağlıklı bir biçimde gelişebilmesi için uygun olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Bununla beraber, evlât edinme sonucunda küçükle evlât edinenler arasında kurulacak ilişki ile gerçek ana ve babayla mevcut olan ilişki de, bu hususun tespitinde önemli bir ölçüt olacaktır.

<sup>37</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 64. Bununla beraber İsviçre Medeni Kanunu md. 264’e göre bu süre en az iki yıl olmalıdır.

<sup>38</sup> İsviçre Hukukunda bu süre normalde evlât edinmenin gerçekleşmesi ile sona ermektedir. Ancak, küçüğün kanuni temsilcisinin, küçüğün bu kişi veya kişilerce sonradan evlât edilmesinin onun yararına olmayacağı düşüncesiyle bu süre sona ermeden evlât edinme prosedürüne son vermesi her zaman mümkündür. Aynı şekilde, evlât edinmek isteyenler de, haklı gerekçelerin varlığı halinde, bu süre içerisinde küçüğün bakım ve eğitimini karşılamaktan vazgeçebilirler. Vazgeçmede haklı sebebin yokluğu ise, İsv.MK.md.28 ve İsv.BK.md.49 uyarınca küçük lehine manevi tazminat istenebilmesi ihtimalini gündeme getirecektir (HEGNAUER, a.g.e., s. 64).

Evlât edinmenin genel koşullarından bir diğeri de, evlât edinenin diğeri çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi gereğidir (md.305/2). Bilindiği gibi, önceki Medeni Kanunun 253'üncü maddesinde, "evlât edinme hakkı nesebi sahih fûruu bulunmayanlara münhasırdır" hükmü yer almaktaydı. Ancak bu hüküm, evlât edinmede çocuğun çıkarlarını ön plana alan görüşlerin<sup>39</sup> etkisiyle yeni Medeni Kanunda yer almamış ve tıpkı İsviçre Medeni Kanununda (md. 264) olduğu gibi, evlât edinenin diğeri çocuklarının yararlarının zedelenmemesi şartıyla, kural olarak çocuğu olanların da evlât edinmesine izin verilmiş<sup>40</sup>, sadece erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde, altsoyun bulunmaması şartı konulmuştur (md.313)<sup>41</sup>. Hal böyle iken, çocuğu olan kimselerin de, bunların yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi koşuluyla, evlât edinebileceklerini söyleyebiliriz.

Evlât edinenin diğeri çocuklarının yararlarının zedelenmemesinde esas alınması gereken ölçüt, kanuni düzenlemede "hakkaniyete aykırı olup olmama" şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümden kastedilen durum, evlât edinenin çocuklarının miras payının azalması değildir. Zira evlât edinilene tanınan miras hakkı, evlât edinmenin doğal sonuçlarından biridir.

Doktrinde bu koşulun amacının, evlât edinmeyle, evlât edinen kişinin çocuklarının gelişiminin olumsuz olarak etkilenmesini, mevcut aile yapısının sarsılmasını ve bu çocukların her türlü maddi ve manevi ihtiyacının giderilmesini engellemeyecek olması şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>42</sup>. Nitekim MK.md.316'daki "evlât edinenin altsoyu varsa, onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir" hükmü de bu düşünceleri doğrular niteliktedir.

## **B- ERGİNLERİN VE KISITLILARIN EVLÂT EDİNİLMESİNE İLİŞKİN ŞARTLAR**

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, Medeni Kanunumuz "küçüklerin evlât edinilmesi" ile "erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesi"nin koşullarını kısmen farklı şekilde düzenlenmiştir. MK.md.313'te yer alan ve erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesini düzenleyen bu hüküm, İsviçre Medeni Kanununun 266'ncı maddesinde de aynı biçimde düzenlenmiştir. Evlât edinme

<sup>39</sup> Bu konu hakkında bkz. TEKİNAY, a.g.e., s. 449-450.

<sup>40</sup> ŞİPKA, bu düzenlemenin Türk Hukuku açısından bir reform olduğunu ancak oldukça gecikmiş bir reform olduğunu ileri sürmektedir (ŞİPKA, a.g.m., s. 306).

<sup>41</sup> Bu noktada, sahih nesep ve sahih olmayan nesep ayırımının yeni Medeni Kanunumuzda kaldırıldığını ve md.313'de aranan şartın "altsoyun bulunmaması" şeklinde olduğunu belirtmek gerekmektedir.

<sup>42</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 65.

kurumunun işlevi ve gerçekleştirdiği sosyal fayda dikkate alındığında, kural olarak ve ilk planda küçükleri hedef alan bu aile hukuku kurumu, kanunda sayılan bazı istisnai hallerde, erginlerin ve kısıtlıların da evlât edinilmesine imkân tanımıştır<sup>43</sup>.

Erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin en önemli koşul, küçüklerin evlât edinilmesinden farklı olarak, evlât edinenin alt soyunun bulunmaması şartıdır<sup>44</sup>. Bu koşulun yanı sıra, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmelerine ilişkin şartlar 313'üncü maddede üç bent halinde sınırlı sayıda ve alternatifli olarak belirtilmiştir. Bunlardan ilki, bedensel veya zihinsel özrü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte olma halidir. İkinci durum ise, evlât edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş olmaya ilişkindir. Kanunda düzenlenmiş olan son ihtimal ise, bu ikisinin dışında kalan, diğer haklı sebeplerin mevcudiyeti ile birlikte evlât edinilenin, en az beş yıldan beri evlât edinen ile aile halinde birlikte yaşaması haline ilişkindir.

Aynı şekilde bir hükmün bulunduğu İsviçre Hukukuna göre, her üç durum için de söz konusu olan “en az beş yıl süreyle bakılıp, gözetilme ve eğitilme” şartı, evlât edinilmek istenen kişinin öğrenim, askerlik veya mesleği dolayısıyla oluşabilecek ayrılıklardan etkilenmez. Ancak, sadece tatil zamanlarının geçirilmesi amacıyla biraraya gelişlerde – toplam süre beş yılı aşsa bile – bu şartın gerçekleştiğini kabul etmek için yeterli olmayacaktır<sup>45</sup>.

Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlât edinilebilir (MK.md.313/2). Bu hüküm, önceki Medeni Kanunun 255'inci maddesinde de yer almaktaydı. Keza İsviçre Medeni Kanunu da, md.266/2'deki düzenlemeyle aynı hükmü benimsemiştir.

MK.md.313'ün son fıkrasında ise, kalan hallerde küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Örneğin, eşlerin bir ergini veya kısıtlıyı birlikte veya -istisnaen- tek başına evlât edinme hallerine ilişkin MK.md.306 ve 307'de yer alan hükümler, kıyas yoluyla uygulanması gerekecek olan hükümlerdir.

## II. ŞEKLE VE USULE İLİŞKİN ŞARTLAR

Medeni Kanunun 315 ve 316'ncı maddeleri şekil ve usule ilişkin hükümler

<sup>43</sup> Belirtmek gerekir ki, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin koşullar, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin koşullara nazaran çok daha sıkı bir şekilde düzenlenmiştir.

<sup>44</sup> Önceki Medeni Kanunda bu şart, “nesebi sahîh fûruu bulunmaması” şeklinde olup, evlât edinmenin genel kuralları arasında yer almaktaydı.

<sup>45</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 73.

içermektedir. Belirtmek gerekir ki, yürürlükteki Medeni Kanun, önceki Medeni Kanundan oldukça farklı şekil ve usul hükümleri getirmiştir. Kurumun sosyal hayatta taşıdığı öneme paralel olarak, evlât edinme işleminin gerçekleştirilmesinde kapsamlı bir araştırma öngörülmüş ve bu araştırmanın içeriği de belirtilmiştir.

#### **A- MAHKEME KARARI**

Evlât edinme kararı, evlât edinenin oturma yeri; birlikte evlât edinme halinde ise eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir ve mahkeme kararıyla birlikte evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur (MK.md.315/1).

Bu hüküm, önceki Medeni Kanunun kabul ettiğinden farklı bir esas benimsemiştir. Zira, eski Medeni Kanunun şekle ilişkin 256'ncı maddesinin ilk fıkrası uyarınca evlât edinme, "evlât edinenin oturduğu yer sulh hakiminin izni üzerine yapılacak resmi bir senetle olur ve evlât edinme doğum kütüğüne yazılır" şeklinde düzenlenmişti. Bunun anlamı, evlât edinme işleminin gerçekleşmesi için öncelikle hakimnin izni ön koşulunun arandığı ve ancak hakimnin, kanuni şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve diğer tüm hâl ve şartları göz önüne alarak yapacağı araştırma neticesinde, takdir yetkisini de kullanarak vereceği izin üzerine noterce düzenlenecek resmi bir senetle evlâtlık ilişkisinin kurulacağı ve böylelikle kurulan evlâtlık ilişkisinin nüfus kütüğüne kaydedilmesinin gerektiği idi<sup>46</sup>.

Oysa yeni Medeni Kanun, değişik merciler tarafından gerçekleştirilen bu formaliteleri kaldırmış ve evlât edinme ilişkisinin, ilgililerin başvurusu üzerine mahkeme kararı ile kurulacağını hüküm altına almıştır. Böylelikle, noter tarafından düzenlenecek resmi bir senede ihtiyaç kalmamış, gerekli araştırmaları yapma işi yetkili mahkemeye bırakılmış ve mahkeme, sadece izin veren makam değil, verdiği karar ile evlâtlık ilişkisini kuran makam haline getirilmiştir.

Medeni Kanunda öngörülen bu değişiklik, bazı farklılıklar dışında, İsviçre Medeni Kanununun 268'inci maddesi<sup>47</sup> temel alınarak yapılmıştır.

<sup>46</sup> TEKİNAY, a.g.e., s. 459 vd.; AKINTÜRK, a.g.e., s. 374; HATEMİ/SEROZAN, a.g.e., s. 324 vd.; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 1079 vd. Ayrıca eski Medeni Kanun ile Yeni Medeni Kanunun şekil şartlarının karşılaştırması için bkz. AHMET CEMAL RUHİ: 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Evlât Edinmenin Şekli Şartlarının Mukayeseli Olarak İncelenmesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.1-4, 2001, s. 455 vd.

<sup>47</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. HEGNAUER, a.g.e., s. 77-81.

## B- BAŞVURUDAN SONRA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLERİN EVLÂT EDİNMEYE ETKİSİ

Evlât edinme başvurusundan sonra evlât edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlât edinmeye engel olmaz (MK.md.315/2)<sup>48</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, evlâtlık ilişkisinin kurulmasına ilişkin usul, bu yönde yapılacak bir başvuruyla başlayacaktır. Evlât edinmek isteyen kişinin bu başvuruyu yapmadan ölmesi veya ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, onun bu isteğine dayanarak evlâtlık ilişkisinin kurulması mümkün değildir. Buna karşılık, başvuruyu yaptıktan sonra ölen veya ayırt etme gücünü yitiren bir kimsenin evlât edinmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği sürece, mümkün olacaktır. Çünkü, evlât edinmek isteyen bu kişi, başvuruyu yapmakla bu yöndeki iradesini evvelce açıklamış olmakta ve geriye sadece mahkemenin yerine getirmesi gereken bir takım işlemler kalmaktadır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, kanun hükmünde ifade olunan “diğer koşullar”dan kastedilenin ne olduğudur. Hiç kuşkusuz, burada sözü edilen, evlât edinilecek olan kişinin bu evlâtlık ilişkisinin kurulmasında, değişen koşullara rağmen, hâlâ menfaatinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi hususudur. Bundan başka, bu durumun kanunda evlât edinmeye ilişkin öngörülmüş olan şartların (örneğin md. 305, 306, 307 ve 313’de öngörülmüş olan şartlar) gerçekleşmesine engel teşkil etmemesi gerekmektedir.

Başvurudan sonra küçüğün ergin olması halinde ise, koşulları önceden yerine getirilmiş olmak kaydıyla küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler uygulanır (MK.md.315/3)<sup>49</sup>.

## C- ARAŞTIRMA

Evlât edinme ile kurulan soybağının, sosyal ve psikolojik açıdan çok önemli bir takım amaçlara ve menfaatlere hizmet ettiğine önceki açıklamalarımızda değinmiştik. Hâl böyle iken kanun koyucunun, bu ilişkinin kurulması aşamasını son derece sıkı şartlara ve kapsamlı araştırma ve değerlendirmelere tâbi tutması da doğal ve olması gerekene de uygundur.

Bu amaç doğrultusunda, Medeni Kanununun 316’ncı maddesinde, yapılacak araştırmanın kapsamı, hangi kişilere yönelik olduğu ve göz önüne alınması

<sup>48</sup> Aynı hüküm İsv.MK.md.268/2’de de bulunmaktadır.

<sup>49</sup> Aynı esas, İsv.MK.md.268/3’de de kabul edilmiştir. Bu durumda, ana ve babanın rızasının gerekmeceğine dair bkz. HEGNAUER, a.g.e., s. 78.

gereken ölçütlerin neler olduğu da belirtilmek suretiyle ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Böylelikle, önceki Medeni Kanunun 256'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki "Hakim evlât edinmeye izin vermeden önce, duruma göre gerekli görebileceği her türlü soruşturmayı kendiliğinden yapar" şeklinde çok genel bir biçimde ifade edilen araştırma, yeni Medeni Kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve böylece araştırmayı yapacak olan mahkemeye de adeta yol gösterici, ama aynı zamanda da direktif verici olmuştur.

316'ncı maddenin birinci fıkrasına göre, evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlât edinen ile evlât edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir (md.316/2). Nihayet, evlât edinenin altsoyu varsa, onların da evlât edinmeye ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilecektir (md.316/3)<sup>50</sup>.

İsviçre Medeni Kanununun 268a maddesinin öngördüğü hükmün aynısı olan bu hüküm, evlât edinme gibi ciddi sonuçları olan bir aile hukuku kurumunun bünyesine ve gerçekleştirmek istediği amaca uygun, yerinde bir hükümdür.

### III. EŞLERİN AYNI KİŞİYİ EVLÂT EDİNMELERİ

#### A- KURAL: BİRLİKTE EVLÂT EDİNME

Medeni Kanunun 306'ncı maddesinde "birlikte evlât edinme" konusu düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca, birbiriyle evli olmayan kişilerin birlikte evlât edinmeleri mümkün olmayacak, ancak eşler birlikte evlât edinebileceklerdir<sup>51</sup>. Bu hüküm, İsviçre Medeni Kanununun 264a maddesinin ilk fıkrasında da aynen yer almaktadır. Bu hükmün amacı, evlât edinme sonucunda evlât edinilen kişinin, birbirlerine evlilik bağıyla bağlı bir anne ve bir babaya sahip olmasının ve böylelikle tam bir aile ortamında yetişmesinin sağlanmasıdır<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Nitekim bu sayededir ki, MK.md.305'de ifade edilen "küçüğün yararı" ve "diğer çocukların yararları" somut bir biçimde takdir ve tespit edilebilecektir.

<sup>51</sup> Yeni Medeni Kanunumuzun 306. maddesinde "*Eşler, ancak birlikte evlât edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlât edinemezler*" şeklinde ifadesini bulan bu hüküm aslında bazı karışıklıklara sebep olabilecek niteliktedir. Zira, kanunun kastettiği esasında ancak "birbirleriyle" evli olan kişilerin birlikte evlât edinmelerinin mümkün olduğu ve bu kişilerin de kural olarak birlikte evlât edinmeleri gerektiğidir. Oysa ki, kaleme alınmış biçimi bakımından bu hüküm, başkaları ile evli olan iki şahsa da sanki birlikte evlât edinebilme imkânı veriyormuş gibi anlaşılmaya müsaittir. Bkz. ZEVKLİLER / HAVUTÇU, a.g.e., s. 307.

<sup>52</sup> HEGNAUER, a.g.e., s.66. Böylece, evlât edinme ile kurulan yapay soybağı ilişkisi, elden

MK.md.306/2 ise, eşlerin bir kimseyi birlikte evlât edinebilmeleri için, en az beş yıldan beri evli olmalarını veya otuz yaşını doldurmuş bulunmalarını aramaktadır. Böylece yürürlükteki Kanunun öngördüğü yaş, otuz beşten “otuz” indirilmiş olmaktadır. Yapılan bu yeni düzenlemeyle, eşler otuz yaşını doldurmuş olmaları veya otuz yaşını doldurmamış olmakla birlikte en az beş yıldır evli bulunmaları halinde evlât edinebileceklerdir. Bu hükmün benzeri İsviçre Medeni Kanununun 264a maddesinin 2’nci fıkrasında da bulunmakta olup, tek farklılık yaş koşulunun otuz değil otuzbeş olmasındadır. Kanun tasarısının madde gerekçeleri bölümünde “otuz yaşın gerekli olgunluğu sağlayabileceği düşüncesi ile” İsviçre’den farklı bir düzenleme getirildiği belirtilmektedir<sup>53</sup>.

306’ncı maddenin son fıkrasında ise eşlerden birinin, diğerinin çocuğunu evlât edinmesi hali düzenlenmektedir. Buna göre, eşlerden biri otuz yaşını doldurmuş olma veya otuz yaşını doldurmamış olmakla beraber en az iki sene beri evli olmak kaydıyla diğerinin çocuğunu evlât edinebilecektir. Eşlerden birinin, diğer eşin çocuğunu evlât edinebilmesine imkân tanıyan bu hüküm, 306’ncı maddenin ilk fıkrasında bahsedilen ve eşlerin ancak birlikte evlât edinebileceğini, birlikte evlât edinebilecek kişilerin ise ancak evli olmaları olabileceğini öngören kuralın istisnasını oluşturmaktadır<sup>54</sup>. Aynı düzenleme, İsviçre Medeni Kanununun 264a maddesinin 3’üncü fıkrasında da (yaş koşulu otuz beş olmak şartıyla) yer almaktadır.

## **B- İSTİSNA: EŞLERİN TEK BAŞINA EVLÂT EDİNEBİLMELERİ İMKÂNI**

Medeni Kanun, 307’nci maddesinde, otuz yaşını doldurmuş olup evli olmayan (bekar, dul veya boşanmış) kişilere de tek başlarına evlât edinme imkânı tanımıştır. Tek başına evlât edinme usulüyle gerçekleştirilen bir evlât edinmenin, evlât edinen kişinin sonradan evlenmesi ile, diğer eşin çocuğunu evlât edinmek suretiyle *birlikte evlât edinmeye* dönüştürülmesi her zaman için mümkündür.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, otuz yaşını doldurmuş olan eşe de, birlikte evlât edinmenin imkânsız olduğu bir takım durumlarda, tek başına ev-

---

geldiğince doğal soybağına benzetilmeye çalışılmaktadır (adoptio imitatur naturam: Evlât edinme doğayı izlemelidir!).

<sup>53</sup> ŞİPKA, a.g.m., s. 309.

<sup>54</sup> Almandada “Stiefkindadoption” olarak ifade edilen “diğer eşin çocuğunu evlât edinme” hali, İsviçre Medeni Kanununun 264a maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanununda da, tıpkı Türk Medeni Kanununda olduğu gibi, bu husus “birlikte evlât edinme” başlığı altında düzenlenmiştir ve bu konunun farklı bir boyutunu yansıtmaktadır (HEGNAUER, a.g.e., s. 66). Dolayısıyla her iki hukuk sisteminde de, eşin çocuğunun evlât edinilmesi “tek başına evlât edinme” niteliğinde kabul edilmemiştir.



lât edinebilmesi imkânı verilmiştir. Buna göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlât edinebilecektir.

MK.md.306'da yer alan ve eşlerin ancak birlikte evlât edinebileceklerini öngören kuralın bir istisnasını oluşturan bu hükmün benzeri, İsviçre Medeni Kanununun 264b maddesinde de yer almaktadır<sup>55</sup>.

### § 3. EVLÂT EDİNMENİN HÜKÜMLERİ

#### I. GENEL OLARAK

Evlât edinme ile, evlâtlık ve evlât edinen arasında soybağı ilişkisi meydana gelir (MK.md.282/3 ve İsv. MK.md.252'de bu husus açıkça ortaya konulmuştur). Ancak evlât edinme ile evlât edinilen ile evlât edinenin hısımları arasında ya da evlât edinen ile evlâtlığın hısımları arasında bir hısımlık veya hukuki bir ilişki kurulmuş olmaz. Evlât edinen ile evlâtlığın altsoyu arasında da bir hısımlık ilişkisinin varlığı doktrinde kabul edilmektedir<sup>56</sup>.

Ancak bu hısımlık ilişkisi suni bir ilişki olduğu için, kan bağına dayalı hısımlık ilişkisine göre, niteliği gereği, bazı farklılıklar taşımaktadır<sup>57</sup>. Evlât edinmenin söz konusu hüküm ve sonuçları MK.md.314'de düzenlenmiştir.

#### II. ANA VE BABAYA AİT HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Medeni Kanuna göre, ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlât edinme ile birlikte evlât edinene geçer (MK.md.314/1). Diğer bir ifadeyle, velayet hakkı evlât edinene geçecektir. Böylelikle, küçüklerin evlât edinilmesinde çocuğun bakımı<sup>58</sup> ve eğitimi, sorumluluğu, mallarının idaresi, yetkisi

<sup>55</sup> İsviçre Hukukunda mevcut olan tek farklılık, eşlerin iki yılı aşkın süreden beri ayrı yaşamakta olmasını öngören Türk Medeni Kanununun aksine, İsviçre Medeni Kanununda bu sürenin üç yıl olmasıdır.

<sup>56</sup> BİLGE ÖZTAN: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 9. Bası, Ankara, 2002, s. 450.

<sup>57</sup> Yeni Medeni Kanunda öngörülen hükümlerle, evlât edinen ile evlâtlık arasında, gerçek anne-babayla çocuk arasındaki ilişkiye benzer bir hukuki ilişki kurulmaya çalışılmış olsa da, yeni Medeni Kanunda da, evlât edinme yoluyla kurulan soybağı ile kan bağına dayanan soybağı arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bkz. ACABEY, a.g.e., s. 169-170.

Bu hususlara çalışmamızda yeri geldikçe değinilecektir.

<sup>58</sup> Genel olarak kabul edilen fikre göre, evlâtlığın gerçek ana ve babasının bakım yükümü tam olarak sona ermez. İkinci derece olmakla birlikte devam eder (OĞUZMAN/DURAL,

ve malların geliri evlât edinene ait olacaktır<sup>59</sup>. Gerçek ana ve babanın velayet hakkı da sona erecektir.

Birlikte evlât edinmede veya diğer eşin çocuğunu evlât edinmede ise, velayet hakkı her iki eşe de ait olacaktır. Eşlerden birinin ölümü durumunda velayet hakkı sağ kalan eşe geçecek; boşanma halinde ise, eşlerden birine tanınacaktır<sup>60</sup>.

Tek başına evlât edinmede, evlât edinenin ölmesi halinde küçük üzerindeki velayet hakkı, 10.11.1954 tarih ve 17/24 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararına göre<sup>61</sup>, kendiliğinden çocuğun gerçek ana ve babasına geçmez; çocuğa bir vasi atanır<sup>62</sup>.

Evlâtlık ergin olup da vesayet altına konulmasını gerektiren bir durum varsa, vesayet yerine evlât edinenin velayeti altına konur (MK.md. 419/3).

### III. NAFKA YÜKÜMÜ

Evlât edinmenin bir sonucu da, evlât edinen ile evlâtlık arasında MK.md.364'e dayanan bir yardım nafakası ödeme yükümü doğurmasıdır.

Asıl olarak evlâtlık ve evlât edinen arasında bulunan karşılıklı nafaka ilişkisinin, evlâtlığın alt soyu ile evlât edinen arasında da mevcut olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Evlât edinme ilişkisinin, sadece evlâtlık ile evlât edinen arasında soybağı kuracağı fikrini savunan yazarlara göre, evlâtlığın alt soyu ile evlât edinen arasında nafaka ilişkisi doğmaz<sup>63</sup>. Buna karşılık, soybağının evlâtlığın alt soyu ile evlât edinen arasında da kurulacağını kabul eden yazarlar, aradaki soybağı sebebiyle, evlâtlığın alt soyu ile evlât

a.g.e., s. 258). Evlât edinenin bu ödevini yeteri gibi yerine getiremediği durumlarda, çocuğun ana ve babasına başvurulabileceği ise doktrinde genel olarak benimsenmektedir (FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 492; AKINTÜRK, a.g.e., s. 377; TEKİNAY, a.g.e., s. 467; OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 258. Karşı görüş için bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 457).

<sup>59</sup> ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 454.

<sup>60</sup> HEGNAUER, a.g.e., s. 76; OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 259. Bununla beraber, MK.md.348/2'deki gibi velayetin kaldırılmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde, hakim velayeti her ikisine de vermeyip, çocuğa bir vasi de tayin edebilecektir.

<sup>61</sup> YİBK.10.11.1954, 17/24, RG. 27.2.1955, S. 8889.

<sup>62</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de, JdT 1920 I 180'de aynı sonuca varmıştır (OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 259'dan naklen).

<sup>63</sup> TEKİNAY'a göre, yardım nafakası ödeme borcu evlât edinenle evlâtlık arasında kalır. Evlât edinen, evlâtlığın furuuna veya evlâtlığın furuu evlât edinene karşı nafaka ödemekle yükümlü tutulamazlar. Bir kimse, babasını evlât edinen bir üçüncü şahsa nafaka ödemek zorunda bırakılsaydı, katılmadığı, taraflarından olmadığı bir akitle borç altına sokulmuş olurdu ki, bu sonuç hukuk prensiplerine yabancıdır (TEKİNAY, a.g.e., s. 468). Karş. AKINTÜRK, a.g.e., s. 379; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 458.

edinen arasında nafaka ilişkisinin doğacağını savunurlar<sup>64</sup>. Kanaatimce, evlâtlığın alt soyu ile evlât edinen arasında nafaka ilişkisinin bulunduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır. Zira, MK.md.500'de evlâtlık ve altsoyunun, evlât edinene mirasçı olacağını öngören hüküm karşısında, bunlar arasında nafaka yükümü bulunmadığını kabul etmek ve buna gerekçe olarak söz konusu kişiler arasında nafaka yükümü doğuracak bir soybağının bulunmadığını göstermek, hukuk mantığı açısından isabetsiz ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

#### IV. MİRASÇILIK

MK.md.314/2'ye göre, evlâtlık evlât edinenin mirasçısı olur. Evlât edinilen, evlât edinenin altsoyu gibi onun saklı paylı mirasçısı olmasına karşın<sup>65</sup>, evlât edinenin hısımlarının mirasçısı olamaz. Aynı şekilde, evlât edinen de evlât edinilenin mirasçısı olamaz (MK.md.500/2). Zira evlât edinme, tek yönlü mirasçılık doğuran bir soybağı yaratmaktadır<sup>66</sup> ve bu soybağı sadece evlât edinen ile edinilen ve onun altsoyu arasında kurulmuş sayılmaktadır. Bundan başka, evlâtlığın öz ana ve babası ile hısımlarına karşı mirasçılığı da evlât edinme ilişkisi yüzünden sona ermemektedir. Bu husus, MK.md.500'de "Evlâtlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder" şeklinde yer alan ifadeyle ve MK.md.314/5 hükmündeki "*evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur*" düzenlemesiyle açıkça vurgulanmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin varlığı, yeni Medeni Kanunumuzun sahip olduğu evlât edinen ile evlâtlık arasında, gerçek anne-baba ile çocuk arasındakine benzer bir hukuki ilişki ve kan bağına dayanan soybağına benzer bir soybağı kurma amacıyla örtüşmemektedir. Nitekim, İsviçre Hukukunda değişik zamanlarda yapılan kanun değişiklikleri neticesinde bu gibi hükümler kaldırılmış ve evlât edinen ile evlâtlık arasında, gerçek anne-baba ile çocuk arasındakine benzer bir hukuki ilişki kurulması yönünde önemli adımlar atılmıştır. Örneğin, evlât edinme işlemiyle evlâtlığın gerçek anne-babasıyla olan soybağının sona ereceğinin açıkça hüküm altına alınması; evlâtlığın ve alt soyunun sadece evlât edinene değil, aynı zamanda evlât edinenin hısımlarına da mirasçı olacağını kabul edilmesi; evlât edinen ve hısımlarının da evlâtlığa mirasçı olabileceğinin öngörülmesi bu adımların başında gelmektedir.

<sup>64</sup> OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 259.

<sup>65</sup> MK.md.500/1.

<sup>66</sup> ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 453. Evlât edinmede tek yönlü mirasçılığın kabul edilmiş olmasına ilişkin eleştiriler ve bu hususun doğuracağı sakıncalar için bkz. ACABEY, a.g.e., s. 171.

Yukarıda sözü geçen hususlar önceki tarihli Medeni Kanunun 257'nci maddesinde de yer almaktaydı. Ancak yeni Medeni Kanun, eskisinden farklı olarak, evlâtlık ve fûruunun miras hakkını kaldıran ya da sınırlayan sözleşmelerin yapılmasını kabul etmemiştir. Gerçekten de, eski Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, evlâtlık ve fûruunun evlât edinene karşı olan mirasçılıkları sözleşme ile ortadan kaldırılabilirdi (MK.md.257/1,c.4). Örneğin, evlâtlık ve fûruunun ya da bunlardan birinin evlât edinene mirasçı olamayacakları ya da kanuni miras paylarından daha az pay alacakları kararlaştırılabilirdi. Ancak, yeni Medeni Kanunun böyle bir anlaşmanın yapılabileceğine ilişkin herhangi bir hüküm içermemesi, diğer bir deyişle, bunu yasaklamamakla birlikte izin veren hükmün de yeni Medeni Kanunda yer almaması, bu tür anlaşmaların zımnen yasaklandığı anlamına gelmektedir.

## V. AD VE SOYAD

MK.md.314/3'e göre, evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını alır. Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir<sup>67</sup>. Evlâtlığın ergin olması halinde ise kanun, evlât edinilme sırasında kişinin isteği ile evlât edinenin soyadını alabileceğini belirtmektedir. Bunun anlamı, ergin olan evlâtlığın, kendi soyadı ile evlât edinen kişinin soyadı arasında seçim yapabileceğidir. Oysa evlât edinilen kişinin küçük olması halinde böyle bir imkân yoktur. Kanuna göre, küçük olan evlâtlık için evlât edinenin soyadını almak hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.

Kanunun 314'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında ise, eşler tarafından birlikte evlât edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına, ana ve baba adı olarak evlât edinen eşlerin adları yazılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>68</sup>.

## VI. EVLENME ENGELİ

MK.md.129/b.3'e göre evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır. Önceki Medeni Kanunun (md.92) düzenlemesinden farklı olarak, yeni Medeni Kanunda, evlât edinen veya evlâtlıktan biri ile diğerinin altsoyu arasında da evlenme yasağı konmak suretiyle mevcut düzenlemenin kapsamı genişletilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, eski Medeni Kanunun 121'inci maddesinde "evlâtlık edinme sebebiyle evlenmeleri kanunen memnu olan kimselerin evlenmesi fesholunmaz. Evlenme ile evlâtlık hükmü kalmaz" hükmü yer almaktaydı.

<sup>67</sup> İsviçre Medeni Kanununun 267'nci maddesi de aynı hususu düzenlemektedir.

<sup>68</sup> Bu hüküm, eski Medeni Kanunun 257'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da aynen yer almaktaydı.

Ancak yeni Medeni Kanunda bu madde artık bulunmamaktadır. Bunun sonucunda, bu kişiler arasındaki evlenmenin mutlak butlanla sakat sayılacağı sonucuna varmak gerekmektedir<sup>69</sup>.

## VII. VATANDAŞLIK

Evlât edinme ilişkisinin, vatandaşlık üzerindeki etkilerinin ne olacağı Medeni Kanunda değil, Türk Vatandaşlığı Kanununda<sup>70</sup> düzenlenmiştir. Evlât edinen ile evlâtlık arasında yapay bir soybağı meydana getiren evlât edinme, kan esasına dayanan soybağının aksine, vatandaşlık üzerinde prensip olarak etkili olmaz<sup>71</sup>. Gerçekten de, TVK.md.3'e göre "evlât edinme, evlâtlığın vatandaşlığına tesir etmez"<sup>72</sup>.

Bununla beraber, evlâtlığın vatandaşlık durumunun kesin bir sonuca bağlanmasının gerektiği hallerde, kanun bir takım istisnalar getirmek suretiyle, evlât edinmenin vatandaşlık üzerinde etkili olabileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre, *ancak küçük olan evlâtlık, vatansız olur veya anası babası bulunmaz veyahut nerede olduğu bilinmezse, bir Türk tarafından evlâtlığa alınmakla Türk vatandaşı olur* (TVK.md.3).

<sup>69</sup> ACABEY, a.g.e., s. 169. İsviçre'de evlât edinmeden doğan evlenme yasağı İsv. MK.md.95'de hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan, İsviçre Medeni Kanunu'nun "Evliliğin geçersizliği" başlığını taşıyan dördüncü kısmının 105/b.3 maddesinde de, hısımlık süresiz geçersizlik sebebi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren 26.6.1998 sayılı Kanunla, İsviçre Medeni Kanunu'nun evlenmeye ilişkin kısmının değiştiğini ve İsviçre Hukukunda bu hususta bundan böyle "mutlak butlan" kavramının mevcut olmadığını, onun yerine hısımlığın "süresiz geçersizlik" sebebi yaratacağını belirtmekte isabet vardır (İsv. MK.md. 105 ve 106).

<sup>70</sup> 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (RG. 22.2.1964, S.11638).

<sup>71</sup> ERGİN NOMER: Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2003, s. 58; VAHİT DOĞAN: Türk Vatandaşlık Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2002, s. 65.

<sup>72</sup> Türk Vatandaşlık Kanunumuzda yer alan ve evlât edinmenin evlâtlığın vatandaşlığına tesir etmeyeceğine ilişkin bu hükmün, yeni Medeni Kanunumuzdaki evlâtlık ile evlât edinen arasında, gerçek anne- babayla çocuk arasındaki ilişkiye benzer bir hukuki ilişkinin kurulması amacıyla ne derece uyumlu olduğu tartışmalıdır. Zira bir taraftan yeni Medeni Kanunun evlâtlığı gerçek çocukla eş kabul etmesi, diğer taraftan ise Türk Vatandaşlık Kanununda, evlât edinmenin, gerçek çocuktan farklı olarak, evlâtlığın vatandaşlığına tesir etmeyeceğinin benimsenmesi kanunlar arasında amaç bakımından bir uyumsuzluğun ve tutarsızlığın var olduğunu göstermektedir. Nitekim, İsviçre Vatandaşlığının Kazanılmasına ve Kaybedilmesine İlişkin Federal Kanununun 7. maddesi, bir İsviçre vatandaşı tarafından evlât edinilen evlâtlığın küçük olması kaydıyla, başka hiçbir şart gereksizdir, İsviçre vatandaşlığını kazanacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Alman Hukukunda da, evlât edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılabilmesi için evlâtlığın evlât edinme talebi sırasında 18 yaşını doldurmamış olması gerekli ve yeterli görülmüştür (Alman Vatandaşlık Kanununun Fransızca metni için bkz. [www.jura.uni-sb.de/BIJUS/A102-1](http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/A102-1)).

Belirtmek gerekir ki, kanunumuz bu istisnai durumu yalnız Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, Türk vatandaşlığı olan evlâtlığın durumu yukarıda belirtilen ihtimallere uysa dahi, yabancı evlât edinenin vatandaşlığına geçmesi söz konusu olmaz<sup>73</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, evlât edinme yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığının, evlât edinenin Türk vatandaşlığını kaybetmesi durumunda, bu kaybın evlâtlığın sahip olduğu vatandaşlık üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağı meselesidir. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde bu meselenin genel prensipler yoluyla çözümlenebileceği fikri hakimdir<sup>74</sup>. Buna göre, evlâtlığın küçük veya ergin olması durumu ayrı ayrı incelenecek ve ergin olan evlâtlığın sonradan kazandığı Türk vatandaşlığı korunurken, küçük olan evlâtlığın Türk vatandaşlığı bu kayıptan etkilenecektir<sup>75</sup>.

### VIII. EVLÂTLIĞIN GERÇEK ANA VE BABASIYLA İLİŞKİSİ

Her ne kadar evlât edinme ile birlikte velayet hakkı evlât edinene geçerse de, çocukla gerçek ana ve babası arasındaki ilişkiler tamamiyle kesilmemektedir<sup>76</sup>. Zira bu ilişkiler, velayet hakkından bağımsız olarak, irs ve psişik durumla ilgilidir<sup>77</sup>. Öyle ki, evlât edinenin haklı bir sebep olmaksızın bu ilişkiyi engellemesi durumunda, gerçek ana ve babanın kişisel ilişkinin kurulmasını mahkemeden talep etme hakları bulunmaktadır<sup>78</sup>.

Medeni Kanunun 314'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Eski Medeni Kanunun 257/3 maddesine denk gelen bu madde, evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağın kurulacağını hüküm altına almıştır.

<sup>73</sup> NOMER, a.g.e., s. 59.

<sup>74</sup> NOMER, a.g.e., s. 59.

<sup>75</sup> NOMER, a.g.e., s. 59; DOĞAN, a.g.e., s. 68.

<sup>76</sup> Oysa İsviçre'deki düzenleme, çocukla asıl aile arasındaki bağın tamamiyle koparılmasını öngörmektedir (İsv.MK.md.267/2). Ayrıntılı bilgi için bkz. HEGNAUER, a.g.e., s. 75.

<sup>77</sup> OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 261.

<sup>78</sup> Yarg. 2.HD. 1.4.1976, E.2631/K.2863 (YKD, 1978, C.IV, s. 187); Yarg. 2.HD. 5.6.1986, E.5908/K.5888 (YKD, 1987, C. XIII, s.30). Yargıtay bu kararlarında, büyükana ve büyükbabaların torunları ile kişisel ilişki kurmalarını öngören 8.11.1959 tarihli ve E.12/K.29 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararındaki gerekçelere dayanmıştır. Zira Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre, çocukla gerçek ana ve babası arasındaki kişisel ilişkiler, velayetten kaynaklanmayıp, irs ve psişik durumla ilgilidir (OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 261).

## IX. EVLÂT EDİNME İLE İLGİLİ KAYITLAR

Evlât edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz (MK.md.314/son). Eski Medeni Kanununun 257'nci maddesinde de mevcut olan bu hüküm, “evlât edinmenin gizliliği” başlığını taşıyan İsv.MK.md.268b hükmünde de benzer bir ifadeyle yer almaktadır<sup>79</sup>. Kayıtların gizliliği ilkesi ile, bir çocuğun evlâtlık olduğunun onun arzusu hilafına ortaya çıkarılması önlenmek istenmiştir<sup>80</sup>.

### § 4. EVLÂTLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASI

Belirtmek gerekir ki, evlât edinme ile ilgili yapılmış olan değişikliklerden önemli bir bölümü de bu ilişkinin kaldırılması konusunda olmuştur. Bu sebepten dolayı konuyu, önceki ve yürürlükteki Medeni Kanunu ayrı başlıklar altında incelemek suretiyle ortaya kayacağız.

#### I. ESKİ MEDENİ KANUNUN YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DÖNEMDEKİ DURUM

743 sayılı eski Medeni Kanun, sadece geçerli bir evlâtlık ilişkisinin kaldırılması halini düzenliyordu. Buna karşılık, evlât edinme ilişkisinin geçersizliğine ilişkin herhangi bir hükme yer vermemişti. Bu sebeple, doktrinde bu soruna ilişkin olarak çeşitli ihtimaller ortaya atılmıştı. Bunlardan biri de, evlât edinme ilişkisinin bir sözleşme olmasını gerekçe göstererek, bunun geçersizliğine Borçlar Kanununun sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması idi. Ancak bu çözüm, söz konusu hükümlerin evlâtlık ilişkisinin niteliğine uygun olmadığı gerekçesiyle doktrinde benimsenmemiştir<sup>81</sup>. Hâl böyle iken, kanundaki boşluğun benzer aile hukuku ilişkileri-

<sup>79</sup> İsv. MK.md. 268/b hükmünün kenar başlığı “Evlât Edinmenin Gizliliği” dir (fransızca karşılığı “secret de l’adoption”). Bu hüküm uyarınca, *evlât edinenlerin kimliği, rızaları olmadıkça çocuğun gerçek ana ve babasına açıklanamazlar*. İsviçre Medeni Kanunu’nun evlât edinmeye ilişkin hükümlerinin Türkçe çevirisi için bkz. AHMET KILIÇOĞLU: İsviçre Medeni Kanunu’nun Evlât Edinmeye İlişkin Değiştirilen Yeni Hükümleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1995, S. 2, s. 223.

<sup>80</sup> Evlâtlığı olduğu kadar evlât edineni de koruyan bu hükme aykırılık halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar için bkz. HEGNAUER, a.g.e., s. 80. Nitekim, bu husus bir yandan İsviçre Ceza Kanunu’nun meslek sırrını ifşa (md.321) ve görevin gizliliğini ihlâl (md.320) suçlarıyla cezai yaptırma, diğer yandan da kişilik haklarının ihlâli dolayısıyla İsv.MK.md.28 ve İsv. BK.md.49 ile manevi tazminat davasına sebep teşkil etmektedir. Evlât edinmeyle ilgili kayıtların gizlenmeye çalışılmasını boş bir çaba olarak değerlendiren SEROZAN, gizlilik prensibine bir çok açıdan eleştiri getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ/SEROZAN, a.g.e., s. 324.

<sup>81</sup> OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 262.

ne ait hükümlerden yararlanılarak doldurulması ve bunda da evlenmenin hükümsüzlüğüne veya nesebin düzeltilmesine ilişkin hükümlerin göz önüne alınması fikrinin göz önünde tutulabileceği ileri sürülmüştür<sup>82</sup>.

Buna göre, evlât edinmenin kurucu unsurlarının gerçekleşmemesi halinde yokluk<sup>83</sup>, kamu düzenine ilişkin normlara aykırılık halinde kesin hükümsüzlük (mutlak butlan)<sup>84</sup> ve diğer sakatlık hallerinde iptal edilebilirlik (nisbi butlan)<sup>85</sup> hallerinin söz konusu olacağı kabul edilmekteydi<sup>86</sup>.

Geçerli bir evlâtlık ilişkisinin sona ermesi ise bizzat kanun tarafından düzenlenmekte idi. MK.md. 258'e göre, geçerli bir evlâtlık ilişkisi ya kendiliğinden ya da tarafların anlaşması ile veya hakim kararı ile sona ererdi.

İlk ihtimal evlât edinme ilişkisinin kendiliğinden sona ermesine yöneliktir. Buna göre, evlenme yasağına aykırı davranış veya evlilik dışı ana veya babası tarafından evlât edinilmiş olan çocuğun, sonradan nesebinin düzeltilmesi ile evlâtlık ilişkisinin kendiliğinden son bulacağı kabul edilmiştir.

İkinci ihtimal ise, evlâtlık ilişkisinin bir sözleşmesel ilişki olmasına dayanan ve bu sebeple tarafların anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilceğini düzenleyen hükümdür (Eski MK. md.258/1,c.1).

Kanun, son olarak, haklı bir sebebin varlığı halinde evlâtlığın; mirastan ıskat sebeplerinden birinin varlığı halinde de evlât edinmenin, evlâtlık ilişkisinin sona ermesini mahkmeden talep edebileceğini hüküm altına almıştır.

## II. YENİ MEDENİ KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ DÜZENLEME

Yeni Medeni Kanunun 317, 318 ve 319'uncu maddeleri evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını düzenlemektedir. Yeni Medeni Kanunda yer alan düzenleme, eski kanun metninde bulunan "evlâtlık ilişkisinin refi" nden oldukça farklıdır. İsviçre Medeni Kanununun 269, 269a ve 269b maddelerinin aynen ka-

<sup>82</sup> OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 262.

<sup>83</sup> Örneğin, hakimnin izninin bulunmaması, resmi senedin düzenlenmemiş olması veya ayırt etme gücüne sahip evlâtlığın rızasının bulunmaması hallerinde "yokluk" söz konusudur.

<sup>84</sup> Yaş, sahih nesepli füruun varlığı, taraflar dışında kanuni zorunluluk sebebiyle sözleşmeye katılması gerekenlerden birinin rızasının bulunmaması, resmi senedin şekil şartlarına uyulmaması, önceden başkası tarafından evlât edinilmiş olma gibi haller birer kesin hükümsüzlük sebebidir.

<sup>85</sup> Evlâtlık ilişkisinin taraflarının irade açıklamalarında sakatlık veya taraflar dışında rızaları kanunen aranan kişilerin açıkladıkları rızalardaki sakatlık, evlât edinme ilişkisinin iptalini gerektiren sakatlıklardır.

<sup>86</sup> OĞUZMAN/DURAL, a.g.e., s. 262-264; TEKİNAY, a.g.e., s. 469-474; ATAAY, a.g.e., s. 96-99; TURHAN, a.g.m., s. 61-62.



bulünden oluşan bu düzenlemede, gereken rızanın alınmaması veya evlât edinmenin esasa ilişkin eksikliklerinden biriyle sakat olması hallerine yer verilmektedir<sup>87</sup>. Dolayısıyla, bir kez evlâtlık ilişkisinin geçerli olarak kurulmasından sonra, tarafların anlaşmasıyla veya taraflardan birinin haklı sebebe dayanan talebi üzerine mevcut evlâtlık ilişkisinin kaldırılması yeni düzenleme uyarınca artık mümkün olmayacaktır. Zira kanunda yer alan kaldırma sebepleri sadece evlât edinme ilişkisinin kurulmasına yöneliktir.

## **A- EVLÂTLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASI SEBEPLERİ**

### **1 - Rızanın Bulunmaması**

İsviçre Medeni Kanununun 269'uncu maddesinin ilk fıkrasında da aynen yer alan bu düzenleme uyarınca, yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hakimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler (MK.md.317).

Önceki Medeni Kanun döneminde ise, ana babanın, eşin veya vesayet organlarının rızalarının eksik olması ya da evlâtlık sözleşmesinin taraflarından birinin iradesinin hata, hile veya ikrah gibi sebeplerden ötürü sakatlanmış olması gibi haller birer geçersizlik sebebi idi ve bu gibi durumlarda evlât edinmenin iptali, sadece rızası eksik olan ya da iradesinde sakatlık bulunan kimse tarafından istenebilirdi<sup>88</sup>.

### **2 - Diğer Noksanlıklar**

Medeni Kanunun 318'inci maddesine göre, evlât edinme esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir.

İsviçre Medeni Kanununun 269a/1 maddesinden bazı değişikliklerle alınan bu hüküm uyarınca “esasa ilişkin noksanlık” deyiminden kastedilen, kanunda evlât edinme için öngörülmüş olan şartlara (md.317’de düzenlenen rızanın bulunmaması ihtimali hariç) uyulmaması durumlarıdır. Buna göre, evlât edinen ile evlâtlık arasında 18 yaş fark bulunmaması, belirli süreyle bakıp, gözetme ve eğitime şartının yerine getirilmemesi, evlât edinmenin küçüğün yararına bulunmaması veya evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmesi gibi haller, evlât edinme ilişkisinin esasa ilişkin noksanlıklar sebebiyle sakat olması ve Cumhuriyet

<sup>87</sup> MUSTAFA ŞİMŞEK: Yeni Medeni Yasaya Bakış, Yargıtay Dergisi, C.28, Ocak-Mart 2002, S.1-2, s. 145.

<sup>88</sup> TEKİNAY, a.g.e., s. 469.

savcısı veya her ilgili tarafından açılabilir iptal davası ile kaldırılması sonucunu doğuracaktır.

MK.md.318/2'ye göre ise, noksanlıkların sonradan ortadan kalkmış olması halinde ilişkinin kaldırılması yolu tamamen kapatılmıştır<sup>89</sup>. Buna karşılık, sadece usule ilişkin noksanlıklar devam etmekle birlikte, bunlara dayanarak ilişkinin kaldırılması yoluna gitme, evlâtlığın menfaatini ağır biçimde zedelemeyecekse mümkün olabilecek; aksi halde bu yola gidilemeyecektir.

## B- HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

MK.md.319'a göre dava hakkı, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl ve her halde evlât edinme işleminin oluşmasının üzerinden beş yıl geçmekle düşer.

İsviçre Hukukunda bu süre, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak altı ay ve her halde evlât edinme işleminden sonra iki yıl ile sınırlıdır (İsv.MK.md.269b). Bununla beraber, İsviçre Hukukunda gecikmenin haklı sebebe dayanması durumunda sürenin uzayabileceği kabul edilmektedir<sup>90</sup>.

## § 5. EVLÂT EDİNME İŞLEMLERİNDE ARACILIK

Evlât edinme işlemlerinde aracılık faaliyetlerini düzenleyen MK. md. 320, bazı zorunlu değişiklikler dışında, İsviçre Medeni Kanununun 269c. maddesinden alınmıştır. Özellikle, çocuğun yakınları tarafından evlât edinilmesi veya diğer eşin çocuğunu evlât edinme halleri dışında kalan hallerde, evlât edinmek isteyen kimse ile evlât edinilecek küçük arasında üçüncü kişilerin aracılığına gerek bulunmaktadır. Bu noktada, bu aracılığın kimin tarafından yapılacağı büyük önem taşıyacaktır. Nitekim, yeni Medeni Kanun konunun önemine binaen, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetlerinin bizzat devletin kendi kurumları aracılığıyla yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, evlât edinmede büyük önem taşıyan aracılık faaliyetleri, devletin bizzat kendi kurumları eliyle yürütülecek, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri bu faaliyetleri yürütemeyecektir<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Evlât edinenin evlât edindiği küçüğe bir yıl bakmamış; fakat iptal davası açılmadan bu sürenin tamamlanmış olması bu duruma örnek gösterilebilir (ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 455). ÖZTAN, vermiş olduğu örnekte bu süreyi iki yıl olarak göstermiştir. Kanaatimce yazar, İsviçre Hukukundaki iki yıllık süre ile (md. 264), Medeni Kanunumuzdaki bir yıllık süreyi (md. 305) karıştırmıştır. Bu sebeple verilen örneğin "bir yıl" olarak anlaşılması gerekmektedir.

<sup>90</sup> ATF 112 II 299, JT 1989 I 362.

<sup>91</sup> RUHİ, a.g.e., s. 49. 1998 tarihli Tasarıda, gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine de

Buna göre, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetleri, ancak Bakanlar Kurulunca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılır. Aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hususlar tüzükle düzenlenir (MK.md.320).

Bilindiği gibi, bugüne kadar özellikle koruma altındaki çocukların evlât edilmelerinde aracılık faaliyetini fiilen Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'ne bağlı Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri gerçekleştirmekteydi. Yeni Medeni Kanunun bu maddesi uyarınca kendisine yetki verildiği takdirde bu kurumlar da resmi aracı kurum olarak görev yapabileceklerdir<sup>92</sup>. Böylelikle, küçüklerin evlât edinilmesinde karşılaşılan güçlüklerin azalacağı ileri sürülmüştür<sup>93</sup>.

## SONUÇ

Yeni yasamızdaki evlât edinmeyle ilgili hükümler, eski yasamızdakilere oranla çok daha ayrıntılı ve kapsamlıdır. Kurumun böylesine geniş kapsamlı düzenlenmesi, evlât edinmenin sosyal ve psikolojik açıdan taşıdığı önem ve her bakımdan insana özgü bir takım değerlerin söz konusu olması düşünüldüğünde doğal ve olması gerekene uygundur.

Gerek evlât edinmeye ilişkin şartlarda yapılan köklü değişiklikler, gerekse şekle ve diğer hususlara ilişkin getirilen yeni düzenlemeler aslında tek bir şeyi vurgulamaktadır; kurumun taşıdığı önem ve günümüzde sahip olduğu işlev nazara alındığında, evlât edinme, Türk Hukukunda yer alan pozitif düzenlemeler açısından aslında yetersiz ve yer yer uygunsuz hükümlere sahipti.

Yeni düzenlemeyle birlikte, evlât edinmede söz konusu olan “yapay soybağ”, mümkün olduğunca kan bağına dayanan “gerçek soybağ”na benzetilmeye çalışılmıştır. Bu değişiklikler yapılırken, önceki Medeni Kanunda da temel alınan İsviçre Medeni Kanunundan, Türk aile yapısı ve değerleri izin verdiği ölçüde iktibas yapılmıştır. Yasal düzenlemenin başka bir kanunun örnek alınarak oluşturulması ve bu kanunun bazı hükümlerinin alınmaması, uygulama esnasında boşluk veya çelişkilere düşebilme riskini barındırmaktadır. Zaman ve uygulama, bu hususların nasıl aşılabileceğini ortaya koyacaktır.

---

bu yetki verilmişti. Aynı şekilde, İsviçre Medeni Kanununun 269c/2 maddesinde de, evlât edinmede aracılık faaliyetini gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin de yürütebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu yaklaşım doktrinde birçok eleştiriye hedef olmuş ve bu sebeple kanun metninde yer almamıştır (ŞİPKA, a.g.m., s. 318).

92 RUHİ, a.g.e., s. 50. Evlât Edinme prosedürüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. RUHİ, a.g.e., s. 50-51.

93 AKINTÜRK, a.g.e., s. 381.

Sonuç olarak, yeni Medeni Kanunun evlât edinmeye ilişkin hükümlerine bakıldığında, çocuğun yüksek yararı ve güvenliğinin ön planda tutulduğu görülmektedir. Bu sebeple, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun, getirdiği değişikliklerle modern hukuk sistemleri arasında yerini aldığını söylemek mümkündür.

# 4822 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'UN GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER

*Ar. Gör. Ebru Ceylan\**

## GİRİŞ\*\*

Dünyada 20. yüzyılın başında tüketicinin korunması yönünde yasal düzenlemeler gündeme gelmiştir ve günümüze dek artan bir şekilde sürmüştür. Tüketici kavramı, tüketicinin korunması ihtiyacı ve bu yoldaki yasal düzenlemeler öncelikle gelişmiş ülkelerde ortaya çıkmıştır<sup>1</sup>. Türkiye’de ise tüketicinin korunması ihtiyacını karşılamak amacıyla 8/3/1995’de yürürlüğe giren ve 23/2/1995 tarihli 4077 sayılı TKHK. kabul edilmiştir. TKHK.’da subjektif sistem benimsenerek tüketici esas alınmıştır. Bu nedenle tüketici kavramının sınırlarının tespit edilmesi halinde TKHK.’nun kapsamının sınırları da belirlenmiş olacaktır<sup>2</sup>.

4822 sayılı Yeni Yasa<sup>3</sup> ile TKHK.’nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve Kanuna yeni maddeler eklenmiştir. Yeni Yasanın genel gerekçesinde TKHK.’nun sosyal ve ekonomik yaşamdaki gelişmeler karşısında tüketiciyi daha etkin bir şekilde koruması ve Avrupa Birliğinin Tüketici Hukukuyula ilgili on üç Direktifi ile uyumunu sağlamak amacıyla sekiz temel tüketici hakkının (temel gereksinimlerin giderilmesi, güvenlik ve güven duyma, mal ve hizmetlerin serbestçe seçilmesi, bilgi edinme, eğitime, tazmin edilme, sesini duyurma, sağlıklı bir çevreye sahip olma) göz önüne alınarak Yeni Yasanın hazırlandığı belirtilmektedir.

Yeni Yasanın getirdiği en önemli yenilikler olarak TKHK.’da düzenlenmiş olan kavramların bazılarının tanımlarının değiştirilmesi, sisteme yeni kavramların girilmesi, ayıplı mal ve ayıplı hizmete karşı koruma alanının genişletilmesi, yasal garanti süresinin iki yıla çıkarılması, haksız şartların kabul

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.*

\*\* Bu çalışma, İstanbul Barosu Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Merkezinin 8/4/2003 tarihinde düzenlediği “Yeni Tüketici Yasası” ile ilgili Panelinde yaptığım konuşmanın metnidir. Bu incelemede 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun “4822 s. K.” kısaltması ile ifade edilecektir.

<sup>1</sup> ASLAN, İ. YILMAZ, Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat, Bursa 1996, s. 1.

<sup>2</sup> ASLAN, s. 4; OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.665.

<sup>3</sup> “4822 s. K.”, 14/3/2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış olup, 36. ve geçici 1 maddesi yayımı tarihinde, diğerleri yayımı tarihinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girecektir.

edilmesi, kanun kapsamındaki sözleşme çeşitlerinin sayısının artması, tüketici kuruluşlarının kapsamına giren kuruluşlarla ilgili değişikliklerin yapılması, yargılama ve ceza hükümlerinde ekonomik şartlara uygun olarak değişikliklerin yapılması sayılabilir.

Ayıplı hizmetle ilgili m.4/A, sözleşmedeki haksız şartlarla ilgili m.6, devre tatille ilgili m.6/B, paket turla ilgili m.6/C, mesafeli sözleşmelerle ilgili m.9/A, kredi kartlarıyla ilgili m.10/A, abonelik sözleşmeleriyle ilgili m.11/A ve olduklarından farklı görünen mallarla ilgili m.24/A maddeleri TKHK' na söz konusu kanun değişikliği ile dahil edilen yeni hükümlerdir.

Çalışmamızda 4822 s.K.'nun getirdiği yeni düzenlemelerden sadece m.1,m.2, m.3, m.4, m.13,m.4/A,m.22,m.23 ve m.24 hükümleri TKHK'nun değişiklik öncesi metniyle karşılaştırılarak incelenmiştir.

## **A- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN AMACI, KAPSAMI VE TANIMLARIYLA İLGİLİ OLARAK GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER**

### **1 - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amacı**

TKHK. m. 1 hükmünde Yasanın amacı şu şekilde belirtilmekteydi: “*Bu Kanunun amacı, ekonominin gereklerine ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirerek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir*”.

Yapılan değişiklikle TKHK. 'nun amacını düzenleyen 1. maddesinden “*ekonominin gerekleri*” ifadesi çıkarılmıştır. Madde gerekçesinde bu ifadenin çıkarılmasının sebebi hakkında bir açıklama yapılmamıştır. Kanımca tüketicileri ilgilendiren bir özel yasal düzenleme niteliğindeki TKHK.'da bu ifadenin kullanılmasına gerek yoktur. Maddenin yeni metnine göre Yasanın amacı, kısaca “*kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarının korunmasını sağlamak*” olmuştur. TKHK. öncelikle tüketicinin korunmasını hedeflemekle birlikte aynı zamanda kamu düzeninin ve genel sağlığın korunmasını ve ülke ekonomisinin doğru ve adil bir piyasa düzeni içinde gelişmesini de amaçlamaktadır. Tüketiciyi korumak amacıyla getirilen düzenlemelerin uygulanması ülke ekonomisine çeşitli yönlerden olumlu katkıda bulunacaktır. Özellikle ekonomik çıkarların korunması yoluyla kaynak israfı önlenecek, Yasanın getirdiği etkin denetim, kalite ve standart kontrolü nedeniyle mal ve hizmetlerin maliyetleri düşecektir; tüketicinin bilinçlendirilmesi ve örgütlenmesi sayesinde kalite

bilinci yaygınlaşacaktır ; malların dış pazarlardaki rekabet gücü artacak, ithalat-ihracat dengesi olumlu etkilenecektir<sup>4</sup> .

## 2 - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kapsamı

TKHK.'nun kapsamı m.2 'de şu şekilde düzenlenmişti: *“Bu Kanun, 1. maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsar”*.

TKHK. 'nun 2.maddesinde yer alan tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu her türlü *“hukuki işlem”* ifadesi *“tüketici işlemi”* şeklinde değiştirilmiştir. TKHK.'da tüketici işleminin tanımı yapılmamıştı. Değişikle bu eksiklik giderilmiştir. Yeni Yasanın m.3/h hükmünde *“tüketici işlemi”*, *“Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem”* şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımda, tüketici işleminin konusu ve tarafları açıklanmış, amacı ise belirtilmemiştir. Tüketici sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt eden özellikler olarak şu hususlar belirtilmektedir: Tüketici sözleşmesinin tüketici tarafına parayla ölçülebilir bir değer karşılığında bir mal veya hizmet sunulmasını amaçlaması, sözleşme taraflarından birinin tüketici olması, tüketicinin mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmesi, kullanması veya yararlanması gerekir. Bu hususta tüketici sözleşmesinin çeşidi ve niteliği önem taşımamaktadır<sup>5</sup>.

## 3 - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tanımları

TKHK.'nun metninde kullanılan tüketicinin korunmasıyla ilgili kavramlara anılan kanun değişikliği ile yeni bazı kavramlar eklenmiş, mevcut kavramlardan bazılarının ise tanımları değiştirilmiştir. TKHK. 'da dokuz kavram belirtilmişken 4822 s.K.'da ise on altı kavram belirtilmiştir. Yeni eklenen kavramlar, sağlayıcı, tüketici işlemi, ithalatçı, kredi veren, reklam veren, reklamcı, mecra kuruluşu, teknik düzenlemedir. Mevcut kavramlardaki değişiklikleri incelemek yararlı olacaktır.

a) TKHK.'nun m.3/fe göre tüketici sayılma şartları<sup>6</sup> açıklanırken *“tüketici”*

<sup>4</sup> ZEVKİLLER, AYDIN, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001, s.29 vd.

<sup>5</sup> ZEVKLİLER, s.40 vd.; ASLAN, s. 4 vd.

<sup>6</sup> TKHK.'da *“tüketici”* kavramının kapsamıyla ilgili olarak işlevsel, maddi ve kişisel ölçütler olmak üzere çeşitli ölçütler getirilmiştir. İşlevsel ölçütler bir mal veya hizmetin satın alınmasında özel bir amacın takip edilmesi ve nihai olarak kullanma ve tüketmedir. Maddi ölçüt olarak tüketici sözleşmesinin konusu, kişisel ölçüt olarak ise tüketici sözleşmesinin taraflarının niteliği esas alınmaktadır. bkz. Ayrıntılı açıklama için OZANOĞLU, s. 684. vd.

kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi “ tüketicidir.

TKHK'nun yeni metninde m.3/e'ye göre ise “tüketici” kavramı “Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre tüketici sayılmanın şartları<sup>7</sup> gerçek veya tüzel kişi olmak ve bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmek, kullanmak veya yararlanmaktır. Avrupa Birliği Hukukunda sadece gerçek kişiler “tüketici” olarak kabul edilmişken<sup>8</sup> TKHK.'da ve 4822 s. K.'da gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de tüketici sayılması kabul edilmiştir<sup>9</sup>.

Eski tanımdaki “özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen” ifadesi kaldırılmıştır. Tüketicinin hukuki ilişkiye girerken özel bir amaç<sup>10</sup> takip etmesi ile kişisel, ailevi veya özel kullanıma özgü bir amaç taşınması kastedilmektedir<sup>11</sup>. Tüketicinin bir malı nihai olarak satın alması, tüketicinin bizzat kendi kullanımı ve yararlanması için edinmesi olup, olduğu gibi veya başka bir malla birleştirilerek satmamak, çıkar karşılığı devretmemek üzere satın alması anlamına gelmektedir<sup>12</sup>.

Kanımca, tüketici kavramının eski ve yeni tanımları karşılaştırıldığında “özel amaç” tan ne anlaşılması gerektiği yeni düzenlemede daha açık ifade edilmiştir. Ayrıca “satın alma” yerine “edinen” ifadesinin kullanılması daha doğru olmuştur. “Nihai olarak kullanan ve tüketen”<sup>13</sup> ifadesi tüketici kavramının kapsamının belirlenmesinde belirleyici bir unsur olmayıp, özel amaç ölçütünün açıklanmasına yardımcı bir ölçüttür. “Nihai” ifadesi, malı edinenin bizzat kendi kullanımı ve tüketimi için edindiği anlamını taşıyan belirginleştiren bir ifade olduğu için cümlede yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

<sup>7</sup> ZEVKLİLER, s.49 vd.

<sup>8</sup> TEKİNALP/TEKİNALP/ ATAMER/ODER/ODER/OKUTAN,Avrupa Birliği Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2000, s.656.

<sup>9</sup> TKHK.'nun tüketici olarak öngördüğü tüzel kişiler tacir niteliğinde olmayan tüzel kişilerdir. bkz. KUNTALP, ERDEN, Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Mali Ayırımı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 302 vd.

<sup>10</sup> Özel amaçla kullanma, bir malın satın alan kişinin kullanması sonucu aşınması, biçim değiştirmesi, tükenmesi, azalması, değer yitirmesi olarak da tanımlanmaktadır. ZEVKLİLER, s.51.

<sup>11</sup> OZANOĞLU, s.685.

<sup>12</sup> ZEVKLİLER, s. 51. Nihai kullanım ölçütü malın herhangi bir şekilde ticari hayata geri dönmemesi ve bunun için ödenen maliyetin geri kazanılmaması olarak da belirtilmektedir. ASLAN, s. 4.

<sup>13</sup> Nihai kullanım ölçütü özü itibarıyla özel amacın takip edilmesi ölçütünü destekler niteliktedir. KUNTALP, s.302,303.Aynı görüşte, OZANOĞLU, s .687 dn. 66.



b) TKHK.'da m.3/g'ye göre "satıcı" kavramı "Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri" ifade etmekteydi.

TKHK. yeni metninde m.3/f'ye göre ise "satıcı", "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler"dir. Bu düzenlemeye göre satıcı sayılmanın şartları<sup>14</sup>, gerçek veya tüzel kişi olmak, kamu tüzel kişisi veya özel işletme sahibi olmak ve malı ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında sunmaktır.

Eski tanımında "satıcı" ile "mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi"yi, yeni getirilen değişiklikle "mal sunan gerçek veya tüzel kişi"yi belirtilmektedir; "hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi" ise Yasaya yeni giren bir kavram olan "sağlayıcı" ifade etmektedir. Kanımca, satıcı kavramının yeni tanımında yer alan "ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında" ifadesinin cümleye eklenmesi daha açıklayıcı olmuştur.

TKHK. yeni metninde m.3/g'ye göre "sağlayıcı", "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler"dir. Bu düzenlemeye göre sağlayıcı sayılmanın şartları satıcı sayılmanın şartlarıyla aynıdır; tek farkı tüketiciye somut bir mal değil, bir hizmet sunmasıdır.

c) TKHK. m.3/h 'ne göre "imalatçı-üretici" kavramı şu şekilde düzenlenmiştir: "Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler" imalatçı –üreticidir.

TKHK. yeni metninde m.3/ı'ya göre "imalatçı-üretici"<sup>15</sup>, "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu

<sup>14</sup> ZEVKLİLER, s.53 vd.

<sup>15</sup> Ayıplı Mallardan Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanunlarının, Düzenlemelerinin ve İdari Hükümlerinin Birbirine Yakınlaştırılması Hakkında 25/7/1985 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi m.3'e göre "üretici" kavramı şu şekilde açıklanmıştır: "Üretici, bir nihai ürünün imalatçısı, herhangi bir hammaddenin üreticisi veya bir bütünleyici parçanın üreticisi ve adını, markasını veya diğer ayırıcı bir işareti malın üzerine koyarak kendisini onun üreticisi olarak gösteren herkes anlamına gelir.

Üreticinin sorumluluğu saklı kalmak üzere, ticari faaliyetleri gereği olarak bir malı satmak, kiralamak veya leasing yapmak gayesi ile Topluluğa ithal eden herkes üretici olarak kabul edilir ve üretici gibi sorumludur.

Ürünün üreticisi belirlenemediği hallerde, ürünün tüm sağlayıcıları makul bir süre içinde üreticiyi veya malı kendilerine sağlayan kişiyi zarar görene bildirmedikçe, üretici olarak kabul edilirler. İthal edilmiş mallarla ilgili olarak, üreticinin adı gösterilmiş olsa bile paragraf 2'de anılan ithalatçı ürünün üzerinde gösterilmemişse aynı hüküm uygulanır". bkz. ZEVKLİLER, s.459.

*mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerinde kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanlar*”dır.

Yeni Yasada imalatçı-üretici kavramının kapsamı genişletilmiştir. İmalatçı-üreticinin eski tanımında mal veya hizmetleri üretenler veya mal veya hizmetlerin hammaddelerini veya ara malları üretenler “*imalatçı-üretici*” sayılırken, yeni tanımda “*mal üzerinde kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunan*”lar da bunlara katılmıştır.

d) TKHK.m.3/c’ye göre “*mal*” kavramı, “*ticaret konusu taşınır eşya*”yı<sup>16</sup> ifade etmekteydi.

TKHK. yeni metninde m.3/c’ye göre “*mal*”,<sup>17</sup> “*Alışverişe konu olan taşınır eşya, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar*”dır.

Yeni Yasada “*mal*” kavramının kapsamı genişletilmiş, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar için de koruma getirilmiştir. Kanımca, “*mal*” kavramının yeni tanımında “*ticaret konusu taşınır mal*” yerine “*alışverişe konu olan taşınır eşya*” ifadesinin kullanılması ticari olmayan bir amaçla hareket eden tüketici açısından daha uygun bir ifadedir. Yeni Yasada devre tatil sözleşmesine yer verildiği için “*konut ve tatil amaçlı taşınmaz*” ve mesafeli sözleşmeler düzenlendiği için “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar*” Yasanın mal kavramına girmiştir. Tüketici sözleşmelerinin tarihi gelişimi içinde taşınmaz, çeşitli gerekçelerle<sup>18</sup> tüketici sözleşmelerinin kapsamı

<sup>16</sup> Ticaret konusu olmayan taşınır mal, TKHK. eski düzenlemesinde “*mal*” olarak kabul edilmemiştir. Ticaret konusu eşya ile bir ticari faaliyete konu olan eşya, ticari faaliyet ile bir malın bir elden diğer bir ele geçmesini sağlayan dağıtıcı faaliyet anlatılmaktadır. bkz. KUNTALP, s.301.

<sup>17</sup> AT Direktifi m.2’ye göre “ürün” kavramı şu şekilde açıklanmıştır: “*Ürün, başka bir taşınır veya taşınmaza bağlı olsalar bile, başlıca tarım ürünleri hariç olmak üzere her türlü taşınır dır. Başlıca tarım ürünleri, işlenmiş olanlar hariç olmak üzere toprak ve çiftlik ve balıkçılık ürünleri ile anlamına gelir. Ürün elektriği de kapsar*”. ZEVKLİLER, s.459. AT Direktifin 1999 tarihinde yapılan değişiklik ile “ürün” kavramına, “*başka bir taşınır veya taşınmaza bağlı olsalar bile, her türlü taşınırın ve elektriğin*” girdiği belirtilmiştir. bkz.99/34/AT, ATRG (1999) L 141/20.

<sup>18</sup> Toprağın diğer mallara göre çoğaltılamaz oluşu ve bir üretim sürecinin sonucu olarak görülebilmesi temel nedeni yanında arazinin bir tüketim malı değil de yatırım malı olarak görülmesi, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet değişikliklerinin ağır şekli prosedürü gerektirmesi, yüklü harç ve vergiye tabi olması, taşınmazlar üzerinde işlem maliyetinin yüksek olması nedenleri de ileri sürülmüştür. Bu konuda bilgi için bkz. OZANOĞLU, s.688 dn. 68.

dışında bırakılmıştır. Ancak günümüzde tüketici kavramına biçilen anlam ve rol nedeniyle taşınmazın da tüketici sözleşmelerinin kapsamına girmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>19</sup>.

e) TKHK.m.3/d'ye göre "hizmet" kavramı ile "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetler" belirtilmekteydi.

TKHK. yeni metninde m.3/d'ye göre "hizmet", "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet"tir. Yeni tanımda mal sağlama dışındaki faaliyetlerin hizmet sayılacağı belirtilerek faaliyetin kapsamı çizilmiştir. Bu düzenlemeye göre bir faaliyetin "hizmet" sayılması için mal sağlama dışında bir faaliyet olması ve bir ücret veya menfaat karşılığında yapılması gerekir.

f) TKHK.m.3/i'ye göre "tüketici örgütleri", "Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf ve tüketim kooperatifleri"ni ifade etmekteydi.

TKHK. yeni m.3/p'ye göre "tüketici örgütleri", "Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşları"ni ifade etmektedir. Eski tanımdaki "tüketim kooperatifleri" ifadesi kaldırılmıştır, yeni olarak "üst kuruluşlar" ifadesi getirilmiştir.

## **B- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'UN AYIPLI MAL VE AYIPLI HİZMET DÜZENLEMESİ**

### **1 - Ayıplı Mal Düzenlemesi**

#### *a - "Ayıplı Mal" Kavramı*

TKHK. m.4'de yer alan "Ayıplı mal ve hizmetler" 4822 s. K.'da "Ayıplı mal" ve "Ayıplı hizmet" olarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir.

Yeni Yasada "ayıplı mal" kavramının kapsamı genişletilmiştir<sup>20</sup>. Buna göre "ayıplı mal" şu şekilde tanımlanmıştır:

*"Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve*

19 OZANOĞLU, s.688 dn. 68. ASLAN, ise karşı görüşte olup, taşınmazların tüketim kavramıyla birlikte düşünülmesinin zor olduğunu ileri sürmüştür. ASLAN, s.10.

20 TKHK.m.4/1'de ayıplı mal ve ayıplı hizmet kavramı şu şekilde ifade edilmekteydi: "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vadedilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mal veya hizmetler ayıplı mal veya ayıplı hizmet olarak kabul edilir".

*ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar ayıplı mal olarak kabul edilir” (TKHK, yeni metninde m.4/I).*

Ayıp, satılan malda ortaya çıkan ve tüketicinin maldan tümüyle veya gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen bir eksikliktir<sup>21</sup>. 4822 s. K.’da da TKHK. olduğu gibi ayıbın iki türüne de yer verilmiştir. Bu türlerden birincisi, satıcının mala ilişkin belirttiği ve söz verdiği niteliklerin malda bulunmamasından kaynaklanan bir eksikliktir, ikincisi ise malın gerekli özelliklerinde tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin maldan beklediği yararları azaltan veya ortadan kaldıran bir eksikliktir<sup>22</sup>. Her iki ayıp türü de maddi, hukuki ve ekonomik nitelikte olabilir<sup>23</sup>.

TKHK.m.4/I’de yer alan “*nitelik vaadi*” somutlaştırılmış; ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vadedilen mal ayıplı kabul edilmişti. Maddenin yeni metninde ise reklam ve ilanlar da nitelik vaadinden sayılmıştır.

TKHK. m.4/I’de “*malın gerekli özelliklerinde ayıp*” ise şu şekilde belirtilmiştir: “*Standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran mal*” ayıplı kabul edilmişti. Maddenin yeni metnine “*teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan*” ifadesi eklenmiştir.

Kanımca, yeni tanımda reklamların ve ilanların nitelik vaadinden sayılması tüketicinin daha geniş korunmasını sağlayan olumlu bir gelişmedir. Ayıbın eski tanımda yer alan “*niceliğe aykırı olan*” ifadesi malın miktarının eksik verilmesi durumunun da ayıp kavramına girdiği düşüncesini uyandır-

<sup>21</sup> EDİS, SEYFULLAH, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.8; KARAHASAN, MUSTAFA R., Tüketicinin Korunması, Yasa Hukuk Dergisi, C. XV, S.170/I, 1996, s.45 vd.; YAVUZ, CEVDET, Özellikle Tüketicinin Korunması Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.96 vd.; YAVUZ, CEVDET, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1296; YAVUZ, CEVDET, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2003, s. 91; ASLAN, s.86; ÖZEL, ÇAĞLAR, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2000, s.776; ERDOĞAN, İHSAN, Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Ocak 1996 Yıl: 1, S.2, s. 14.; ZEVKLİLER, s.62.

<sup>22</sup> ZEVKLİLER, s. 62,63.

<sup>23</sup> ASLAN, s.88 vd.

maktaydı. Halbuki miktar eksikliği dışındaki eksiklikler kural olarak ayıp sayılmaktadır<sup>24</sup>. Bu nedenle “*nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan*” ifadesi daha isabetli olmuştur.

#### *b - Ayıplı Maldan TKHK. Çerçevesinde Sorumluluğun Şartları*

Satılan maldaki ayıptan satıcıyı sorumlu tutma şartları<sup>25</sup> TKHK. yeni metninde m.4 'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, satıcıyı ayıplı maldan sorumlu tutabilmek için tüketici işlemi konusu malın ifasının gerçekleşmesi, maldaki ayıp sayılan bir eksikliğin<sup>26</sup> var olması , maldaki ayıbın önemli olması<sup>27</sup>, ayıbın en geç yarar ve hasarın tüketiciye geçtiği anda mevcut olması, tüketicinin malı ayıbın varlığını bilmeden satın almış olması ve ayıbı bildirim külfetini yerine getirmiş olması gerekir<sup>28</sup>.

TKHK. yeni metninde m.4/V'de tüketicinin ayıbın varlığını bilmeden satın almış olması şartı “*Ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz*” olarak ifade edilmiştir. Bu hükümde eski düzenlemeden farklı olarak ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar için ayıpla ilgili hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

Satılan maldaki ayıptan satıcıya sorumlu tutmak için satıcının ayıbın varlığını bilmesi gerekli değildir. Bu şart, TKHK. yeni metninde m.4/III c.son' da “*Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>24</sup> ZEVKLİLER, s.64.

<sup>25</sup> ASLAN, s.96 vd. ; ERDOĞAN, s.15; ZEVKLİLER, s.66 vd; CEYLAN, EBRU, Türk Hukukunda Taşınır Satımı Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998 , s.79 vd.

<sup>26</sup> AT Direktifi m.6'ya göre” ayıplı ürün” şu şekilde belirtilmiştir: “*Ürünün sunum şekli, ürünün piyasaya sürüldüğünde ondan makul olarak beklenebilecek kullanım şekli, ürünün piyasaya sürüldüğü zaman da dahil olmak üzere tüm şartlar dikkate alınarak bir kişinin ondan beklemeye hakkı olduğu güvenliği sağlamayan bir ürün ayıplıdır. Bir ürün, sadece, sonradan daha iyi bir ürünün piyasaya sürülmüş olması sebebiyle ayıplı kabul edilemez*”. ZEVKLİLER, s.459. AT Direktifi'nin 1999 tarihli değişikliği ile ayıp kavramı içine malın işlevini yerine getirebilmesi için sahip olması gereken nesnel özelliklere ve vaat edilen özelliklere sahip olmaması yanında reklamlarda vaat edilmiş özelliklere sahip olmaması da katılmıştır. bkz. TEKİNALP/TEKİNALP/ ATAMER/ODER/ODER/OKUTAN, s.662.

<sup>27</sup> TKHK.'un madde metninde ayıbın önemli olması hakkında bir düzenleme yer almadığı için ayıp önemli olmasa da ayıbın varlığı kanunun uygulanması için yeterli olduğu ileri sürülmüştür. bkz. SEROZAN, RONA, Tüketiciciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi, Yasa Hukuk Dergisi, C.XV, S.173/4, 1996, s.588.

<sup>28</sup> YAVUZ, Tüketicinin, s.1295 vd.

TKHK. yeni metninde m. 4'de düzenlenmemiş olsa da sözleşmeyle satıcının sorumluluğunun kaldırılması veya sınırlandırılması geçerli değildir. BK. açısından ise satıcının ayıplı hile ile gizlemediği sürece sorumluluğu kaldıran kayıtlar geçerlidir<sup>29</sup>. Satıcının malın ayıplı olduğunu gösteren etiket koyma zorunluluğu TKHK. yeni metninde m.4/IV'de belirtilmiştir. Bu düzenleme, tüketici açısından tüketiciyi ayıplı malı satın almaya karşı koruyan, satıcı açısından ise etiket koyarak sorumluluktan kurtulma imkanını veren bir hükümdür<sup>30</sup>. Bu hükme göre:

*“Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde “üzürlüdür” ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulması zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir”.* Bu hükümde, TKHK. eski m.4/VII ve VIII birleştirilmiştir. Yeni hüküm ifade açısından daha uygundur.

TKHK. yeni metninde m.4/II c.1, tüketicinin ayıplı malı bildirim külfetini düzenlemiştir. Bu hükme göre: *“Tüketici malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplı satıcıya bildirmekle yükümlüdür”.* Tüketicinin ayıplı malı muayene külfetine ilişkin bir düzenleme kanunda yoktur. Tüketicinin bildirimde bulunabilmek için ayıplı malı teslimden itibaren otuz gün içinde muayene de etmiş olması gerekecektir. Bildirimin yapılması şekline ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktadır.

TKHK. m.4/III'ne göre *“Satılan malın ayıplı gizli nitelikte ise veya ayıplı tüketiciden hile ile gizlenmişse, satıcı on beş gün içerisinde kendisine başvurulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz”.* TKHK. yeni metninde m.4'de ise bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kanımcı , on beş günlük bildirim süresinin otuz güne çıkarılmış olması, tüketici lehine olumlu bir gelişmedir. Ülkemizdeki tüketicilerin haklarını kullanmada yeterince bilinçli olmadıkları gerçeği karşısında bu sürenin uzatılması yerinde olmuştur.

#### *c - Malın Ayıplı Olması Nedeniyle Tüketicilere Tanınan Haklar*

*“Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini veya ayıplı oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür”* (TKHK. yeni metninde m. 4/II c.2-3).

<sup>29</sup> ZEVKLİLER, s. 71.

<sup>30</sup> ZEVKLİLER, s. 73.

Ayıplı maldan sorumluluk şartlarının oluşması durumunda tüketiciye bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında bedel indirimi, ücretsiz onarım isteme hakları Yeni Yasada tanınmıştır<sup>31</sup>. Tüketici ,her biri yenilik doğurucu nitelikte<sup>32</sup> dört ayrı seçimlik hakka sahiptir. Bu seçimlik haklardan ilk üçü BK.'da da yer almaktadır<sup>33</sup>. Tüketici, seçimlik haklarını kullanma yanında şartları varsa tazminat isteme hakkına da sahiptir. Yeni düzenlemede eski metinde yer alan “*tüketici bu taleplerden herhangi birisini tercihte serbesttir*” cümlesi kaldırılmıştır. Satıcı, tüketicinin seçtiği talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

Sözleşmeden dönme hakkını belirtmek için “*bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme*” ifadesinin kullanılması kanımca ,eski metindeki “*bedelin iadesi*” ifadesinden daha uygun olmuştur. Zira bedelin iadesi sözleşmeden dönmenin bir sonucudur<sup>34</sup>. Yeni Yasada dönmenin sonuçları ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmesi daha isabetli olurdu. Böyle bir özel belirleme bulunmadığına göre dönmenin sonuçları Borçlar Hukukunun genel esaslarına tabi olacaktır. Tüketici, sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa malı, maldan elde ettiği yarar ve ürünleriyle birlikte geri vermek ve satıcı da faiziyle birlikte satış parasını iade etmek ve tüketicinin mala yaptığı masrafları ödemek ve dönme dolayısıyla yapılan diğer harcamaların karşılığını ödemek zorundadır<sup>35</sup>.

Tüketicinin ayıplı malı değiştirme hakkını kullanmasıyla ilgili olarak maddenin eski metnindeki “*geri vererek değiştirme*” ifadesi yerine “*malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi*” ifadesinin kullanılması isabetli olmuştur. Zira işin niteliği gereği satım konusu şeyin misli olması gerekir<sup>36</sup>.

Tüketicinin ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını isteme hakkını kullanması durumunda indirilecek miktar TKHK. yeni metninde m.4'de düzenlenmemiştir. Bu hak hükmün eski metninde “*ayıbın neden olduğu değer kaybının bedelde indirimi*” olarak ifade edilmişti. Taraflar indirilecek miktarı anlaşarak saptayabilirler, anlaşmazlık halinde ise indirim tutarı hakim tarafından belirlenecektir. İndirilecek miktarı belirlemede nisbi yöntem doktrinde ve uygulamada baskın olarak kabul edilmektedir. Bu yönetime göre,

<sup>31</sup> AT Direktifi'nin 1999 tarihli değişikliğine göre tüketiciye malın ayıplı olması nedeniyle ücretsiz onarım, yenisiyle değiştirme, bunların gerçekleşmemesi halinde semenin indirimi veya sözleşmeden dönme hakları tanınmıştır. bkz. TEKİNALP/TEKİNALP/ ATAMER/ODER/ODER/OKUTAN, s.662.

<sup>32</sup> ASLAN, s. 120.

<sup>33</sup> OĞUZMAN, M. KEMAL /ÖZ, TURGUT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.310.

<sup>34</sup> CEYLAN, s.13 vd.

<sup>35</sup> ZEVKLİLER, s. 81.

<sup>36</sup> ZEVKLİLER, s.84; ERDOĞAN, s. 17.

malın ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki fark oranı hesaplanır ve bu oran satış parasına uygulanarak yüzde hesabıyla satış parasından indirilmesi gereken miktar bulunur<sup>37</sup>.

Tüketici, ayıplı malın onarılmasını “*ücretsiz*” olarak isteme hakkına da sahiptir. Tüketici bu hakkını yalnızca tüketici sözleşmelerinde kullanabilir<sup>38</sup>.

Tüketicinin imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına ilişkin olarak bir yenilik getirilmiştir:

*“Tüketici bu seçimlik haklardan biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve /veya yaralanmaya yol açan ve /veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı- üreticiden tazminat isteme hakkına sahiptir”* (TKHK. yeni metninde m.4/II c. son).

Bu hükümde tüketicinin imalatçı-üreticiye başvurarak seçimlik hakları yanında, uğradığı zararı tazmin ettirme hakkı düzenlenmiştir. Tüketicinin tazminat isteme hakkını, ayıplı malın neden olduğu ölüm ve /veya yaralanmaya yol açan ve /veya kullanımdaki diğer mallarda hasara neden olan hallerde kullanabileceği belirtilmiştir. Böylece zararın özelliği belirginleştirilmiştir. Ölüm ve yaralanmadan doğan zararlar yanında, mala verilen hasarlar da sorumluluk kapsamına girmektedir<sup>39</sup>. Bu maddenin gerekçesinde, bu hakkın tüketiciye tanınmasında 25/7/1985 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi'nin esas alındığı belirtilmiştir. AT Direktifi'nde imalatçı-üreticinin sorumluluğunun en yüksek sınırları hakkında bir düzenleme getirmişken, Yeni Yasada bu şekilde bir düzenleme öngörülmemiştir<sup>40</sup>.

TKHK. m. 4/ II c.4'de ayıplı maldan ve / veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketiciye karşı imalatçı-üreticinin sorumluluğu düzenlenmişti;ancak imalatçı-üreticinin sorumluluğu herhangi bir zarar çeşidiyle sınırlanmamıştı;onun “*her türlü zarardan*” sorumlu olacağı düzenlenmişti.

Bu düzenleme ile imalatçı-üreticinin sorumluluğunun hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe<sup>41</sup> göre imalatçı-üreticinin kusursuz sorum-

<sup>37</sup> ASLAN, s.139; YAVUZ, s.185; ZEVKLİLER, s.83.

<sup>38</sup> ZEVKLİLER, s. 85; ERDOĞAN, s.18.

<sup>39</sup> ASLAN, s.184.

<sup>40</sup> AT Direktifi m. 9'a göre “*zarar*” kavramı içine “*ölüm veya kişisel yaralanması sonucu doğan zararlar, ayıplı malın kendisi dışında genel olarak kişisel kullanım veya tüketim amaçlı olan, zarar gören kişinin esas olarak kendi kişisel amacı için kullandığı veya tükettiği bir malın 500 ECU 'den daha az değerli olmamak üzere, hasarı veya ziyai sonucunda doğan zararlar*” girmektedir. ZEVKLİLER, s.460.

<sup>41</sup> ÖZEL, s. 799; SEROZAN, s.592; KARAHASAN, s.50 vd.



luluğunun getirilmediği, diğer görüşe göre<sup>42</sup> ise bir kusursuz sorumluluğun düzenlendiği ancak, bu sorumluluğun dayandığı tehlikelilik, hakkaniyet veya hakimiyet düşüncelerinden hangisine dayanıldığıнын düzenlemeden anlaşılacağı, genel ilke olan tehlikelilik ilkesine dayanacağı belirtilmiştir. Tek bir cümleyle imalatçı-üreticinin sorumluluğunun düzenlenmesinin AT Konsey Direktifi karşısında yetersiz olduğu savunulmuştur<sup>43</sup>. Ayrıca ayıplı bir maldan zarar görebileceklerin çevresi geniş olduğu için, imalatçı-üreticinin maldan doğan tüm zararlardan sadece tüketiciye karşı sorumlu olacağının düzenlenmesi isabetli bulunmamıştır<sup>44</sup>. Kanımca aynı AT Konsey Direktifi'nde olduğu gibi, zarar gören kişiler bakımından bir ayırım yapılmamalıdır.

İmalatçı-üreticinin ayıplı maldan sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi için hukuka aykırı bir durumun var olması, malın ayıplı olması, bir zararın ortaya çıkması ve zararlar ayıp arasında uygun illiyet bağının var olması gereklidir<sup>45</sup>. Yeni Yasada ispat yüküne ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Uygun illiyet bağının ispatı zarar gören için güçlük yarattığı için fabrikasyon bozukluklar açısından zararın imalatçının organizasyon ve tehlike alanında meydana geldiğinin ispatlanması ile aşılabileceği ileri sürülmektedir<sup>46</sup>.

İmalatçı-üreticinin sorumluluğunun üründen doğacak olan çeşitli tehlikelerin önlenmesi ve tehlikelerin giderilmesi konusunda tehlike sorumluluğuna bağlanması ve sigorta zorunluluğu getirilerek zararı tazminle sorumlu olacağı en yüksek sınırların belirlenmesine yönelik yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi doktrinde<sup>47</sup> savunulmaktadır.

İmalatçı-üreticinin sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran sözleşme şartları hakkında Yeni Yasada bir düzenleme yoktur<sup>48</sup>. O halde bu tür anlaşmalar BK.m.99 hükmüne tabi olacaktır. İmalatçı-üretici, tüketicinin malın ayıplı olduğunu bilerek satın aldığı ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> ASLAN, s.178.

<sup>43</sup> ÖZEL,s.800.

<sup>44</sup> ASLAN, s.185.

<sup>45</sup> ASLAN, s.187; ÖZSUNAY, ERGUN, Yapımcının Sorumluluğuna İlişkin Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Yapımcının Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve AET Yönerge Önerisi Üzerine Bazı Düşünceler, AHAEM İkinci Avrupa Haftası, 29-31 Mayıs 1978, İstanbul 1978, s.127 vd.; ÖZTAN, BİLGE, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.76.

<sup>46</sup> ASLAN, s.191; ÖZEL, s.814.

<sup>47</sup> ÖZEL, s. 813.

<sup>48</sup> AT Direktifi m. 12'ne göre " Üreticinin zarara uğrayan kişi ile ilgili olarak Bu Direktiften kaynaklanan sorumluluğu sorumluluğunu sınırlayan veya ortadan kaldıran bir şartla sınırlanmaz ve kaldırılamaz". ZEVKLİLER, s. 460.

<sup>49</sup> AT Direktifi m.7 'ye göre " a-ürünü piyasaya sürmediğini veya b-duruma göre zarara se-

### *d - Ayıplı Maldan Sorumlu Tutulabilecek Kişiler*

Yeni Yasada ayıplı mal satışında hakların ve istemlerin niteliğine göre sorumlu olacak kişiler belirlenmiştir.

TKHK. yeni metninde m. 4./III'de ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluk iki cümle halinde düzenlenmiştir:

*“İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10.uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve seçimlik haklardan müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar”.*

Bu sorumluluklar, TKHK.m.4/II c.4 'de ise bir cümlede düzenlenmişti: *“Ayıplı maldan ve/veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketicie karşı satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar”*<sup>50</sup>.

Seçimlik haklarından birini kullanmak isteyen tüketici , bu talebini maddenin eski metninde satıcıya yöneltmesi gerekirken yeni metninde ise satıcı yanında imalatçı-üretici, bayi, acente, ithalatçı ve 10.uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi verene karşı ileri sürebilecektir. Bu tanımda kredi verenin de sorumluluk kapsamına alınmış olması kanımca tüketici lehine sorumluluk zincirinin genişletilmesi açısından olumlu bir değişikliktir. Bu düzenleme, yasadan doğan müteselsil sorumluluk durumudur.

Yeni Yasada ayıplı malın neden olduğu zararın kapsamı belirtilmediği için Borçlar Hukukunun genel esaslarına ve özellikle BK.m.42 çerçevesinde belirlenecektir.

Tüketici, satın aldığı malı tüketici kredisi kullanarak edinmişse ve kredi kurumu bu krediyi belirli bir malın satın alınması veya belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda malın ayıplı olmasından dolayı sorumluluk durumu TKHK.m.10/IV'de düzenlenmişti. Bu

---

*bep olan ayıbın ürünün kendisi tarafından piyasaya sürüldüğü sırada var olmadığını veya bu ayıbın sonradan meydana gelmesinin mümkün olduğunu veya c-ürünün ne ekonomik amaçlarla satış veya herhangi bir şekilde dağıtım amacıyla kendisi tarafından imal edildiğini ne de ticari faaliyetleri ile ilgili olarak kendisine imal edildiğini veya dağıtıldığını veya d-ayıbın kanun makamlarınca çıkarılan zorunlu düzenlemelere uyulmasından kaynaklandığını veya e-ürünün piyasaya sürüldüğü zamanki bilimsel ve teknolojik bilginin seviyesinin ayıbı ortaya çıkarmaya yeterli olmadığını veya f-bir bütünleyici parçanın üreticisinin sorumlu olduğu hallerde , ayıbın parçanın takıldığı veya yerleştirildiği ürünün çiziminden veya ürünün üreticisi tarafından verilen talimatlardan kaynaklandığını ispatlarsa sorumlu olmaz”. ZEVKLİLER, s. 460.*

<sup>50</sup> Bu düzenlemede sorumlular kapsamına *“temsilci”* nin de girmesi gerektiği ileri sürülmüştür. SEROZAN, s. 590.

hükme göre: “Banka veya finans kurumlarının, tüketici kredisini, belirli bir mal veya hizmetin satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak hukuki işlem koşulu ile vermeleri durumunda bunlar, satılan malın ayıbından ötürü tüketiciye karşı satıcı ile müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar”<sup>51</sup>. Bu hükmün, satıcı, acente, bayi, imalatçı-üretici, ithalatçıyı sorumlu tutan düzenlemeyi pekiştirdiği belirtilmektedir<sup>52</sup>.

TKHK. yeni metninde m.10/IV’e göre “Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur”. Kanımca ,bu hükümde satılan malın ayıplı teslim edilmesinin yanında, “hiç teslim edilmemesi”nden de sorumlu tutulmanın düzenlenmiş olması olumlu bir yeniliktir. Zira kredi verenin ayıplı ifadan daha önemli olan bir durum olan “hiç ifa etmeme” halinde de sorumlu tutulmuş olması sorumluluk alanının genişletildiğini göstermektedir<sup>53</sup>.

TKHK.m.9/A/IV hükmü ile mesafeli sözleşmelerde, satıcıya ispat yükü getirilmiştir. Satıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlüdür.

#### *e - Ayıplı Maldan Sorumluluk Halinde Tüketicinin Haklarını Kullanmasındaki Zamanaşımı Süreleri*

4822 s. K.’la ayıp dolayısıyla sorumlu tutulabilecek kişilere karşı açılacak davaların zamanaşımı süreleri hakkında da değişiklikler yapılmıştır.

TKHK.m.4/IV’e göre zamanaşımı süreleri<sup>54</sup> şu şekilde düzenlenmişti: “Satıcı daha uzun bir süre için garanti vermemiş ise, ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı açılacak davalar, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak satıcı, satılan malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemiş ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz”.

TKHK. yeni metninde m.4/IV’ göre ise zamanaşımı süreleri şu şekilde belirtilmiştir: “Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha

<sup>51</sup> Bu düzenlemede, banka veya finans kurumlarının satıcı ile müteselsilen sorumlu oldukları hükme bağlanırken bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçının sorumlular arasında belirtilmemiş olması sonucunda TKHK. eski m.4/II hükmündeki düzenleme ile bir uyumsuzluğun doğduğu ileri sürülmüştür. SEROZAN, s.590.

<sup>52</sup> ZEVKLİLER, s. 144.

<sup>53</sup> ZEVKLİLER, s.145.

<sup>54</sup> bkz.YAVUZ, Tüketicinin, s.1306; CEYLAN, s.98 vd.

*uzun süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak satılan malın ayıbı, tüketiciden ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.”*

Yeni hükümde, eski hükümden farklı olarak ayıplı maldan, ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı açılacak davalarda ve konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarla ilgili açılacak davalarda farklı zamanaşımı süreleri getirilmiştir. Malın ayıplı olmasından ve ayıplı malın neden olduğu zarardan sorumluluk halinde zamanaşımı süresi olarak ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye tesliminden itibaren iki yıl, ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı yapılacak taleplerde üç yıl ve konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise beş yıl kabul edilmiştir. Bu taleplerin malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra sona ereceği düzenlenmiştir. Ayıplı maldan sorumluluktaki iki yıllık zamanaşımı süresi kısaltılamaz ; ancak, tüketici lehine sözleşmeyle daha uzun süre öngörülmüşse bu süre geçerli olur. Yeni metinde eskisinden farklı olarak satıcının, satılan malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemesi dışında, ağır kusuru ile gizlemesi durumunda da zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

#### *f - Ayıplı Mal Düzenlemesinin Uygulama Alanı*

Ayıplı mal düzenlemesi, mal satışına ilişkin her türlü tüketici işleminde de uygulanacaktır. Güvenli olmayan mallara ise 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallara ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı mal düzenlemesi uygulanmayacaktır (TKHK. yeni metninde m. 4/ V) .

#### *g - Garantili Malların Ayıplı Olması*

Garanti belgesi kapsamındaki malların ayıplı çıkması durumunda garanti belgesini düzenleyen TKHK. m.13 hükmünü incelemek gerekir.

TKHK.m.13<sup>55</sup>'ün yeni metni şöyledir:

<sup>55</sup> TKHK. eski m.13 metni şöyleydi: “İthalatçı veya imalatçı firmalar ithal ettikleri , ürettikleri sanayi malları için garanti belgesi düzenlemek zorundadırlar. Garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu, tüketicinin malı satın aldığı satıcı, bayi,

*“İmalatçı veya ithalatçılar ithal ettikleri veya ürettikleri sanayi malları için Bakanlıkça onaylı garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Mala ilişkin faturanın tarih ve sayısını içeren garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcı, bayi veya acenteye aittir. Garanti süresi malın teslimi tarihinden başlar ve asgari iki yıldır. Ancak özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartları Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile belirlenebilir.*

*Satıcı; garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde arızalanması halinde işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin tamir ile yükümlüdür.*

*Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması halinde, 4.üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı bu talebi reddedemez. Tüketicinin bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur.*

*Tüketicinin malı kullanım kılavuzunda yer alan hususlara aykırı kullanmasından kaynaklanan arızalar, iki ve üçüncü fıkra hükümleri kapsamı dışındadır.*

*Bakanlık, hangi sanayi mallarının garanti belgesi ile satılmak zorunda bulunduğunu ve bu malların arızalarının tamiri için gereken azami süreleri Türk Standartları Enstitüsünün görüşünü alarak tespit ve ilanla görevlidir”.*

---

*acente veya temsilciliklere aittir. Garanti süresi malın teslimi tarihinden itibaren başlar ve asgari bir yıldır. Garanti belgeleri, satın alınan mala ilişkin faturanın tarih sayısı ile bantrol ve seri numarasını içermek zorundadır.*

*Satıcı; garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde, gerek malzeme ve işçilik gerekse montaj hatalarından dolayı arızalanması halinde malı işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin tamir ile yükümlüdür.*

*Garanti süresi içerisinde sık sık arızalanması sonucu maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması hallerinde, tüketici, malın ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesini satıcıdan talep edebilir. Satıcı bu talebi reddedemez. Tüketicinin bu talebine karşı satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.*

*Tüketicinin malı kullanım kılavuzunda yer alan hususlara aykırı kullanmasından kaynaklanan arızalar, iki ve üçüncü fıkra hükümleri kapsamı dışındadır.*

*Bakanlık, hangi sanayi mallarının garanti belgesi ile satılmak zorunda bulunduğunu ve bu malların arızalarının tamiri için gereken azami süreleri Türk Standartları Enstitüsü ile birlikte müştereken tespit ve ilanla görevlidir”.*

TKHK.m.13'ün yeni metni garanti belgesinin Bakanlıkça onaylı olma zorunluluğunu getirmiş, garanti süresini ise bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Ayrıca, garanti belgesini tüketiciye verme sorumluluğunun satıcı, bayi, acenteye – eski metinde temsilciye de aitti- ait olduğunu ve bazı malların garanti şartları özelliği nedeniyle Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile belirleneceği düzenlenmiştir.

Garanti belgesinin tüketiciye tanıdığı haklar ise TKHK.m.13/II ve III'ün yeni metninde düzenlenmiştir. Tüketici, garanti belgesi kapsamındaki malların garanti süresi içinde arızalanması durumunda malın ücretsiz olarak onarılmasını isteme hakkına<sup>56</sup> sahiptir. Bu arıza, malzeme, işçilik veya montaj hatasından doğabilir. Tüketici, onarım hakkını kullanmış olsa da belirli durumlarda diğer seçimlik haklarını kullanma imkânına sahiptir. Tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için garanti süresi içinde malın sık arızalanması nedeniyle maldan sürekli olarak yararlanamama ,onarım için gereken azami sürenin aşılması ve onarımın mümkün olmadığını anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Maddenin yeni metninde üç durum sayılmışken, eski metninde ilk iki durum sayılmıştı. Ayrıca maddenin yeni metninde tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği , eski metninde ise malın ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesini satıcıdan talep edebileceği düzenlenmişti. Satıcı tüketicinin talebini yerine getirmek zorundadır.Tüketicinin bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda ilgili kişilerin müteselsil sorumluluğu doğacaktır.

TKHK.m.13/II ve III yeni metninde belirtilen arızalar, tüketicinin malı kullanım kılavuzundaki hususlara uygun kullanmasına rağmen ortaya çıkan arızalardır.

TKHK.m.15/son yeni bir düzenleme olarak, garanti süresi sonrasında garantili malın arızalanması durumunda, o malın Bakanlıkça belirlenen azamî onarım süresince onarımı zorunluluğunu getirmiştir.

## 2 - Ayıplı Hizmet Düzenlemesi

Yeni Yasada ayıplı hizmet , ayıplı maldan ayrı bir maddede düzenlenmiştir<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> ASLAN, 148; ZEVKLİLER, s. 169.

<sup>57</sup> TKHK eski m.4/V hükmünde “ayıplı hizmetle” ilgili şu düzenleme vardı: “Ayıplı hizmetler hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır”. Böylece ayıplı hizmetler hakkında da ayıplı mal satışına ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilerek ayıp kavramında, ayıptan sorumlu olma durumunda tüketiciye tanınan haklarda, sorumlu tutulacak kişilerde ve dava zamanaşımında niteliği ile bağdaştığı oranda bu kuralların ayıplı hizmetlere de uygulanacağı düzenlenmişti.

### a - "Ayıplı Hizmet" Kavramı

Ayıplı Hizmet , Yeni Yasada ayıplı mal tanımına benzer şekilde tanımlanmıştır.

*"Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarında yer alan veya standardında veya teknik kuralında tesbit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplı hizmet olarak kabul edilir"* (TKHK. m.4/A/I)<sup>58</sup>.

Ayıplı hizmet tanımında da ayıbın iki türü de ele alınmıştır. Burada da ayıplı mal tanımı ile ilgili daha önce yaptığımız açıklamalarımız geçerlidir.

### b - Ayıplı Hizmetten Sorumlu Tutma Şartları

Bir hizmetin ayıplı olmasından dolayı sağlayıcıyı sorumlu tutma şartları<sup>59</sup> TKHK. m.4/A hükmünde düzenlenmiştir.

Ayıplı hizmetten sağlayıcıyı sorumlu tutmak için, tüketici işlemi konusu hizmetin ifasının gerçekleşmesi, hizmette ayıp sayılan bir eksikliğin var olması, hizmetteki ayıbın önemli olması, ayıbın yarar ve hasarın en geç tüketiciye geçtiği anda mevcut olması, tüketicinin hizmetin ayıplı olduğunu bilmeden satın almış olması ve ayıbı ihbar külfetini yerine getirmiş olması gerekir<sup>60</sup>.

TKHK. m.4A /V'de tüketicinin ayıbın varlığını bilmemesi şartı *"Ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz"* olarak ifade edilmiştir. Maddenin yeni metninde eski metninden farklı olarak, ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler için ayıpla ilgili hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Sağlanan hizmetteki ayıptan sağlayıcıyı sorumlu tutmak için sağlayıcının ayıbın varlığını bilmesi gerekli değildir. Bu şart, TKHK. m.4/A /III c.son'da *"Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz"* şeklinde ifade edilmiştir. TKHK. m.4/A /II c.1 'de tüketicinin ayıplı hizmeti bildirim külfeti düzenlenmiştir. Bu hükme göre: *"Tüketici hizmetin*

<sup>58</sup> TKHK. eski m.4/I'de ise ayıplı hizmetin düzenlemesi için bkz. dn. 19.

<sup>59</sup> ASLAN, s.96 vd. ; ERDOĞAN, s.15 vd.; ZEVKLİLER, s.88.

<sup>60</sup> YAVUZ, Tüketicinin, s.1295.

*ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür*". Ayıplı hizmetle karşılaşan tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmek için ayıplı hizmeti hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde sağlayıcıya bildirmesi gerekir. Maddenin eski metnindeki on beş günlük bildirim süresinin otuz güne çıkarılmış olması tüketici lehine olumlu bir değişikliktir.

#### *c - Hizmetin Ayıplı Olması Nedeniyle Tüketicie Tanınan Haklar*

Yeni Yasada, ayıplı hizmet durumunda tüketicinin hakları daha açık ifade edilmiştir. TKHK. m. 4/A/II c.2'de ayıplı hizmet durumunda tüketiciye üç adet seçimlik hak tanınmıştır. Bu haklar , sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi haklarıdır. Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumun gereği haklı görülemiyorsa bedel indirimi ile yetinileceği düzenlenmiştir. Tüketicinin sağlayıcıdan tazminat isteme hakkı belirli şartlara bağlanmıştır. Tüketicinin bu haklardan biri ile birlikte tazminat istemesi için ayıplı hizmetin neden olduğu ölüm ve/veya yaralamaya yol açan bir durum ve/veya kullanımdaki diğer hizmetlerde zarara yol açan bir durum mevcut olmalıdır.Sağlayıcı tüketicinin seçtiği talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

Hizmet sona erdiği için iadesi de söz konusu olamayacaktır, bu yüzden ayıpsız hizmet ile değiştirme hakkı düşünülemez<sup>61</sup>.

TKHK. eski m.4/V hükmünde yer alan ayıplı hizmetle ilgili şu düzenleme kaldırılmıştır: "Ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkânsızlaşmışsa veya amaca aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte ise, bedel iadesinde tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılır". Bu hüküm, Yeni Yasada "*tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa bedel indirimi ile yetinileceği*" şeklinde ifade edilmiştir.

#### *d - Ayıplı Hizmet Sağlamada Sorumlu Tutulabilecek Kişiler*

Yeni Yasaya göre, ayıplı hizmetten sorumlu tutulabilecek kişiler sağlayıcı, bayi, acente ve kredi verendir. Ayıplı hizmetle ilgili eski düzenlemede TKHK.m.4/V gereğince ayıplı mallardan sorumluluğa ilişkin ikinci fıkra hükmü ayıplı hizmetler hakkında da uygulandığından hizmeti sağlayanla birlikte diğer kişiler de sorumluydu<sup>62</sup>. Kredi verenin de sorumluluk zincirine katılmış olması olumlu bir değişikliktir. TKHK.m.4/A/III'e göre :

<sup>61</sup> ZEVKLİLER, s.88.

<sup>62</sup> ZEVKLİLER, s.92.



“Sağlayıcı, bayi, acente ve 10. uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz.”

Bu hükümde ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi seçimlik haklarından dolayı sağlayıcının, bayinin, acentenin ve kredi verenin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Hükümde zararın kapsamı açıklanmamıştır.

#### *e - Ayıplı Hizmetten Sorumluluk Halinde Tüketicinin Haklarını Kullanmasındaki Zamanaşımı Süreleri*

Ayıplı hizmet dolayısıyla sorumlu tutulabilecek kişilere karşı açılacak davaların zamanaşımı süreleri hakkında Yeni Yasada yenilikler vardır. Yeni hükümde, eski hükümden<sup>63</sup> farklı olarak ayıplı hizmetten, ayıplı hizmetin neden olduğu zarardan dolayı açılacak davalarda farklı zamanaşımı süreleri getirilmiştir.

Ayıplı hizmette de ayıplı malda olduğu gibi süreler açısından benzer bir düzenleme yer almaktadır. Ayıp daha sora ortaya çıkmış olsa bile, ayıplı hizmet dolayısıyla yapılacak talepler için zamanaşımı süresi hizmetin ifasından itibaren iki yıl olarak kabul edilmiştir. Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak taleplerde ise üç yıllık süre düzenlenmiştir. Bu sürelerden daha uzun bir süre ile garanti verilmiş olabilir. Sağlayıcı hizmetin ayıbını tüketiciden ağır kusuru veya hile ile tüketiciden gizlemişse o takdirde zamanaşımı süresinden yararlanılamaz (TKHK.m.4/A/III).

#### *f - Ayıplı Hizmet Düzenlemesinin Uygulama Alanı*

Ayıplı hizmet düzenlemesi ,hizmet sağlamaya ilişkin her türlü tüketici işleminde de uygulanacaktır (TKHK.m.4 A/ f. son) . Ayrıca ayıplı olduğu bilinen hizmetlere ayıplı hizmetin malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında ayıplı hizmet düzenlemesi uygulanmayacaktır (TKHK.m.4/A/ V).

<sup>63</sup> TKHK. eski m.4/IV metni için bkz. s. 15.

## C- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'UN YARGI MERCİLERİ İLE İLGİLİ GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER

### 1 - Tüketici Sorunları Hakem Heyetine Başvuru Şartları

Yeni Yasada, eski hükümden farklı olarak Hakem Heyeti kararlarının bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir.

Tüketici Yasasının uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları çözmeye Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri yetkili mercilerdir<sup>64</sup>.

TKHK.m.22/V'in yeni metninde uyuşmazlıkların değerine göre başvuru şartları<sup>65</sup> belirtilmiştir. Değeri beş yüz milyon liranın altındaki uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine başvuru zorunludur. Heyetin vereceği kararlar tarafları bağlayıcı niteliktedir. Bu kararlar İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin kararlarına karşı on beş gün içinde Tüketici Mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz, kararın icrasını durdurmamaktadır, fakat talep edilmesi durumunda hakim tedbir yoluyla icrayı durdurabilir. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin kararlarına itiraz üzerine Tüketici Mahkemesinin vereceği karar kesindir. Değeri beş yüz milyon lira ve üstündeki uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin kararları Tüketici Mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir. Kararların bağlayıcı niteliğine veya delil olacağına ilişkin parasal sınırlar, her yılın Ekim ayı sonunda DİE'nin TEFİE'deki yıllık ortalama artış oranında artar. Bu durum, Bakanlıkça her yıl Aralık ayı içinde Resmi Gazetede ilân edilir.

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin görev ve yetkisine giren uyuşmazlıklar TKHK.m.25'de cezai yaptırıma bağlanmış olan hususlar dışındaki uyuşmazlıklardır (TKHK. yeni metninde m.22/VII)<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> ZEVKLİLER, s. 231, 242.

<sup>65</sup> TKHK. eski m.22/IV'e göre "Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin vereceği kararlar; Tüketici Mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir. Uyuşmazlık konusu mal veya hizmet bedelinin 5.000.000 TL'yi aşmadığı hallerde, bu heyetlerce verilmiş bir karar olmaksızın Tüketici Mahkemelerine başvurulamaz. Bu parasal sınır, her yıl 8. Maddenin son fıkrasında gösterilen usul çerçevesinde yeniden belirlenir".

<sup>66</sup> TKHK.m.25'de yer alan hususlar tüketici sorunlarının önemli bir bölümünü oluşturduğu için bu hususların Hakem Heyetlerinin görev ve yetki alanı dışında kalmasının bu Heyetlerin kurulmasındaki amaca ulaşılmasında sınırlama yarattığı ileri sürülmektedir. ZEVKLİLER, s.230.

## 2 - Tüketici Mahkemelerine Başvuru Şartları

TKHK.m.23'ün yeni metninde<sup>67</sup> Tüketici Mahkemelerinde, Tüketici Yasası'nın uygulamasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlığa bakılacağı belirtilmiştir<sup>68</sup>. Tüketici Mahkemelerinin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenir. Tüketici Mahkemelerinde tüketicilerin, tüketici örgütlerinin ve Bakanlığın açacağı davalar her türlü resim ve harçtan muaftır.

TKHK.m.23'ün yeni metninde değişiklikler vardır: Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri'nin 29.maddeye göre kaydedilen özel ödenekten Bakanlıkça karşılanacağını belirtilmesi ekonomik bakımdan güçlü olmayan tüketici örgütleri açısından yararlı bir düzenlemedir. Tüketici davalarının tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilmesi düzenlenmiştir. Bakanlığın ve tüketici örgütlerinin bireysel tüketici sorunu niteliğini taşımayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren konularda Tüketici Yasası'nın ihlali halinde kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla dava açabilecekleri belirtilmiştir. Tüketici Mahkemelerinde gerekli hallerde ihlalin tedbirin durdurulmasına karar verebileceğine yer verilmiştir. Tüketici Mahkemesinin uygun görülen tedbir kararları ve Kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılmasına yönelik kararları kanunda belirtilen yöntemle göre ilân edilecektir.

TKHK.m.24 'ün yeni metninde Tüketici Mahkemelerine ayıplı seri mal satışında başvuru düzenlenmiştir. Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlığa, tüketicilere veya tüketici örgütlerine, ayıplı seri malın üretiminin ve satışın durdurulması ve satışa arz edilen malların toplatılması için dava açma hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemeye göre üretimin durdurulması, satışın durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması istemleri ileri sürülebilir. TKHK.m.24'ün eski metninde mahkemenin, dava sonucunda ayıplı malların toplatılması kararını vermiş ise, ayıplı malın ve ayıbın niteliğine göre bu malların satıcıya iade edilip edilmemesine de karar vereceği; ancak, malların toplatılması için yapılan her türlü masraf aleyhine karar verilen kişi tarafından ödenmedikçe malların kendisine iade edilmeyeceği düzenlenmişti.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> TKHK. eski m.23 ise şöyleydi: *"Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara Tüketici Mahkemelerinde bakılır.*

*Tüketici Mahkemelerinin yargı çevresi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir. Tüketici Mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. Tüketici Mahkemelerinde görülecek davalar HUMK. 7. Babı 4. Fasal hükümlerine göre yürütülür".*

<sup>68</sup> ZEVKLİLER, s. 244.

<sup>69</sup> TKHK. eski m.24 ise şöyleydi: *"Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Ba-*

TKHK.m.24'ün yeni metninde satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararıyla tesbit edilmesi durumunda yapılması gerekenleri belirtmiştir. Bu durumda malın satışı geçici olarak durdurulur. Mahkeme kararının tebliğinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbının ortadan kaldırılması için imalatçı-üretici ve/veya ithalatçı firma uyarılır. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması halinde mal, imalatçı-üretici ve/veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplatılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir.

Satışa sunulan bir seri malın tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan ayıp taşıması durumunda ise 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır (TKHK. yeni metninde m.24/III).

## SONUÇ

4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, TKHK. ile ilgili yeni düzenlemeler getirmiştir. Yeni Yasada, eksik noktalar bulunmakla beraber tüketicinin korunması ihtiyacını karşılamak için olumlu adımlar atılmıştır.

Yeni Yasa ile TKHK.'da yer alan tanımların bazıları değiştirilmiş ve yeni kavramlar eklenmiştir. TKHK.'da yer alan "Ayıplı mal ve hizmetler" iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Ayıplı mal kavramının kapsamına reklam ve ilânların da girmesi ile "ayıplı mal" kavramı genişletilmiştir. Satılan maldaki ayıptan dolayı satıcıyı sorumlu tutma şartlarından tüketicinin bildirim külfetinin süresi malı teslim tarihinden itibaren otuz güne çıkarılmıştır. Tüketicisi, malın ayıplı olması halinde bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıplı misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında bedel indirimi, ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Tüketicinin imalatçı –üreticiden tazminat isteme hakkına ilişkin bir yenilik getirilmiştir. Tüketicinin, imalatçı-üreticiye başvurarak seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde tazminat isteme hakkını kullana-

---

*kanlık veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilirler.*

*Mahkeme, dava sonucunda ayıplı malların toplatılması kararını vermiş ise; ayıplı malın ve ayıbın niteliğine göre bu malların, satıcıya iade edilip edilmemesine karar verir. Ancak, malların toplatılması için yapılan her türlü masraf, aleyhine karar verilen kişi tarafından ödenmedikçe mallar kendisine iade edilemez.*

*Dava konusu malları satış amacıyla elde etmiş olan üçüncü kişilerin açacakları rücu davaları da asıl davaya bakan mahkemede görülür.*

*Ayıplı malları satın alan tüketicilerin uğradıkları maddi ve manevi zararlar nedeniyle tek tek dava açma hakları saklıdır". ZEVKLİLER, s.247.*

bileceği düzenlenmiştir. Ayıplı maldan sorumlu tutulacak kişilerin kapsamına kredi verenin de katılmış olması tüketici lehine sorumluluk zincirinin genişletilmiş olması nedeniyle olumlu bir değişikliktir. Ayıplı maldan sorumluluk halinde tüketicinin haklarını kullanmasındaki zamanaşımı süreleri ayıplı maldan, ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı açılacak davalarda ve konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarla ilgili açılacak davalarda ayrı sürelere tabi olmuştur. Bu taleplerin zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı açılacak davanın zamanaşımı süresinin üç yıla çıkarılmış olması ve satılan malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemesi dışında satıcının ağır kusuru ile gizlemesi durumunda da zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı düzenlenmesi, garanti belgesi kapsamındaki malların ayıplı olması durumunda garanti süresinin asgari iki yıla çıkarılmış olması, tüketici lehine atılmış olan olumlu adımlardandır.

Ayıplı hizmet kavramının kapsamına reklam ve ilanların da girmesi ile “*ayıplı hizmet*” kavramı genişletilmiştir. Ayıplı hizmetten sorumlu tutma şartlarından tüketicinin bildirim külfetinin süresi hizmetin ifa tarihinden itibaren otuz güne çıkarılmıştır. Tüketici, hizmetin ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi haklarına sahiptir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumun gereği haklı görülemiyorsa bedel indirimi ile yetinileceği düzenlenmiştir. Tüketici, seçimlik haklarından biri ile birlikte “*ayıplı mal*”da belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteme hakkına sahiptir. Ayıplı hizmetten sorumlu tutulacak kişilerin kapsamına kredi verenin de katılmış olması, ayıplı hizmetten sorumluluk halinde tüketicinin haklarını kullanmasındaki zamanaşımı sürelerinde ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı açılacak davanın zamanaşımı süresinin üç yıla çıkarılmış olması ve satılan malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemesi dışında satıcının ağır kusuru ile gizlemesi durumunda da zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı düzenlenmesi tüketici lehine yapılan olumlu değişikliklerdir.

Yeni Yasada, Hakem Heyeti kararlarının bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir. Hakem Heyetlerine tüketici sorunlarından doğacak uyuşmazlıkların değerine göre başvuru şartları yeniden düzenlenmiştir. Tüketici Mahkemelerinde, Tüketici Yasasının uygulamasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlığa bakılacaktır. Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri ‘nin 29.maddeye göre kaydedilen özel ödenekten Bakanlıkça karşılanacağı belirtilmesi ekonomik bakımdan güçlü olmayan tüketici örgütleri açısından yararlı bir düzenlemedir. Tüketici davalarının tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabileceğinin düzenlenmiş olması tüketici açısından olumlu bir gelişmedir. Tüketici Mahkemelerine ayıplı seri mal satışında başvuru şartları yeniden düzenlenmiştir.

Gelecekte imalatçı-üreticinin sorumluluğu ile ilgili olarak üründen doğacak olan çeşitli tehlikelerin önlenmesi ve tehlikelerin giderilmesi konusunda tehlike sorumluluğuna bağlanması, bu konuda zararı ispat yükünün düzenlenmesi, imalatçı-üreticinin sorumluluğunun sadece tüketiciye karşı değil, zararın kapsamına kişilere karşı olması ve sigorta zorunluluğu getirilerek zararı tazminle sorumlu olacağı en yüksek sınırların belirlenmesine yönelik yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi konusunda da adımlar atılması ülkemizde tüketicinin haklarının daha etkin korunmasını sağlayacaktır.

**KISALTMALAR**

AT	: Avrupa Topluluğu
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AHAEM	: Avrupa Hukuku Araştırma Enstitüsü M¼d¼rl¼đ¼
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: c¼mle
DİE	: Devlet İstatistik Enstit¼s¼
f.	: fıkra
HUMK.	: Hukuk Usul¼ Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TEFE	: Toptan Eşya Fiyatları Endeksi
TKHK.	: T¼keticinin Korunması Hakkında Kanun

### KAYNAKÇA

- ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat, Bursa 1996.
- CEYLAN, Ebru, Türk Hukukunda Taşınır Satımı Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998.
- EDİS, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- ERDOĞAN, İhsan, Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Ocak 1996 Yıl: 1, S.2, s.12-18.
- KARAHASAN, Mustafa R., Tüketicinin Korunması, Yasa Hukuk Dergisi, C. XV, S.170/I, 1996, s. 42-54.
- KUNTALP, Erden, Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayırımı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 287-311.
- OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692.
- ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771-819.
- ÖZSUNAY, Ergun, Yapımcının Sorumluluğuna İlişkin Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Yapımcının Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve AET Yönerge Önerisi Üzerine Bazı Düşünceler, AHAEM İkinci Avrupa Haftası, 29-31 Mayıs 1978, İstanbul 1978, s. 127-157.
- ÖZTAN, Bilge, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- SEROZAN, Rona, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi, Yasa Hukuk Dergisi, C. XV, S. 173/4, 1996, s. 579-598.



- TEKİNALP/TEKİNALP/ATAMER/ODER/ODER/OKUTAN, Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000.
- YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Koruması Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- YAVUZ, Cevdet, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması , Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1293-1316. (Atıf şekli: YAVUZ, Tüketicinin)
- YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2003.
- ZEVKLİLER, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001.



# TÜRK HUKUKUNDA YENİ BİR MÜESSESE: KORUMA AMACIYLA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASI (MK md. 432-437)

*Ar. Gör. Pelin Çavuşoğlu Işıntan\**

## GİRİŞ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu, 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu ile hukukumuzda getirilen yeni bir kurumdur ve bu kanunun Aile Hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabının üçüncü kısmını oluşturan vesayet kurumu altında altıncı ayırım olarak yerini almıştır. İsviçre Medeni Kanunu'na 1.1.1981 tarihinde yürürlüğe giren 6 Ekim 1978 tarihli Kanunla eklenen 397a-397f maddeleri ile İsviçre hukukunda yer bulan bu kurum, 1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısında mevcut değildi; ancak yapılan yeni kanunda Anayasa'nın 19. maddesi de göz önünde tutulmuş ve böyle bir düzenlemenin ülkemiz için de gerekli olduğu düşünülerek İsviçre'den aktarma suretiyle kanun kapsamına alınmıştır<sup>1</sup>. Kanunun gerekçesinde kurumun İsviçre Medeni Kanunu (İMK)'ndan aynen alındığı belirtilse de, maddeler karşılaştırmalı olarak incelendiğinde yer yer farklılıklar olduğu göze çarpmaktadır.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması müessesesi MK md. 432-437 arasında düzenlenmiştir ve esas hedefi kişinin korunmasını sağlamaktır. Ancak bu korumayı sağlayabilmek için kişinin özgürlüğünün kısıtlanması gerekmektedir. MK md. 432-437 düzenlemesi sadece ergin kişileri ele almıştır. Küçükler ve kısıtlılarla ilgili düzenleme MK md. 446 ve 447'de mevcuttur. Bu maddeler esas olarak vasiinin, vesayeti altında bulunan kişilere karşı sahip olduğu özen borcunu düzenlemekte ve küçük veya kısıtlının menfaati gerektirdiği takdirde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumuna bu kişiler açısından da başvurulabileceğini belirtmektedir. Kurumun işleyişiyle ilgili hususlarda ise yine 432-437. maddelere başvurulacaktır.

Çalışmamızda öncelikle bu kurumun tanımı ve amacına değinilecek ve kısıtlama sebepleri incelenecektir. Daha sonra ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında takip edilecek usul ve kısıtlamanın sona ermesi ele alınacaktır.

---

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.*

<sup>1</sup> MK md. 432 gerekçesi, 1. cümle: "Madde kenar başlığıyla birlikte İsviçre Medeni Kanununun yeni 397a maddesinden aynen alınmıştır."

## I. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI KURUMUNUN TANIMI VE AMACI

Medeni Kanun'un 432. maddesi uyarınca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması; bir kişinin belli hallerin varlığı durumunda, yetkililer tarafından tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya böyle bir kurumda alıkonulması durumunu ifade eder<sup>2</sup>.

Bu kurumun temel amacı, kişinin korunmasını sağlamak ve onun insan onuruna yakışmayan bir yaşam sürmesine engel olmaktır. Ancak İsviçre düzenlemesinden farklı olarak bizim kanunumuz md. 432/c.1'de "toplum için tehlike oluşturan" ifadesini kullanmak suretiyle toplumun korunması amacını ön plana çıkarmış ve kişinin korunması ikincil bir nitelik kazanmıştır. Böylece 432. maddede sayılan sebeplerden birinin varlığı tek başına yeterli olmayacak, aynı zamanda kişinin toplum için tehlike oluşturması şartı da aranacaktır. Oysa İsviçre'de kısıtlama sebeplerinin yanında aranan ek şart, kişinin korunmasının başka türlü sağlanamayacak olmasıdır. İki hüküm arasındaki fark oldukça önemlidir. Kişinin özgürlüğünün kısıtlanması son derece dikkatle ele alınması gereken ve istisnai bir düzenleme olmalı ve ancak üstün bir menfaat söz konusu olduğunda gündeme gelmelidir. Bu maddede kapsamında ele alındığında bu üstün menfaat, kanımca, İsviçre'deki gibi "kişinin korunması" olmalıdır. Toplum için tehlike yaratma ölçütünün kişinin bir kuruma yerleştirilmesi veya orada alıkonulması için gerekli addedilmesi toplum için asıl tehlikeyi yaratma riskini içinde barındıracaktır.

## II. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI SEBEPLERİ

MK md. 432 koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebeplerini tek tek belirtmiştir. Burada belirtilen sebepler sınırlı sayıdadır. Bunlara yeni sebeplerin şu veya bu gerekçeyle eklenmesi mümkün olmadığı gibi, mevcut sebeplerin uygulama alanı ve kapsamı yorum yoluyla genişletilmemeli; mümkün olduğunca dar yorum yapılmalıdır<sup>3</sup>.

Kişinin koruma altına alınmasında çevresine getirdiği külfetler göz önünde tutulacaktır (MK md. 432/f.2). Aynı hüküm mehzaz kanunda da mevcuttur. Bundan anlaşılması gereken, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yoluna, kişinin korunması ve bakılması için son çare olarak başvurulması gerektiğidir<sup>4</sup>. Kanun koyucu kişinin çevresine ona bakma görevini yüklemiştir.

<sup>2</sup> Deschenaux/Steinauer, *Personnes Physiques et Tutelle*, 4. Bası; Berne 2001; sf. 433.

<sup>3</sup> Bu görüşte İsviçre doktrin ve içtihatları için bkz. Deschenaux/Steinauer, sf. 436; BGE 114 II 213.

<sup>4</sup> BGE 114 II 213

tir<sup>5</sup>. “Çevre” kavramının içine kişinin ailesi, akrabaları girdiği gibi; doktor, vasi veya varsa sosyal görevliler de girecek ve bakım yükümleri yakınlık derecesine göre değişiklik gösterecektir<sup>6</sup>. Ancak her ne kadar kişinin çevresindekiler ona bakmak ve onu korumakla yükümlü de olsa, bütün zamanlarını ona adayıp üzüntü içinde yaşamaları da kendilerinden beklenemeyecektir<sup>7</sup>. İşte aşağıda ele alınacak hallerin varlığı sonucunda, kişinin bakımı çevresi için tahammül edilemez bir külfet halini alıyorsa, artık onun bir kuruma yerleştirilmesine karar verilebilecektir.

Kamu görevlileri görevlerini yaparken bu sebeplerden birinin varlığını öğrendikleri takdirde, durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar (MK md. 432/c.2). Acaba burada kamu görevlilerine münhasır bir yetki tanındığı söylenebilecek midir? Başka bir deyişle, maddede kamu görevlileri açısından böyle özel bir zorunluluk getirilmiş olması, bu kurumun işlemesi için mutlaka bir kamu görevlisinin müdahalesine mi ihtiyaç doğuracaktır? Yoksa ilgili kişinin kendisi veya bir yakını da vesayet makamına başvurup kendisinin durumuna elverişli bir kuruma yerleştirilmesini talep edebilecek midir? Bu hususta ne bizim kanunumuzda, ne de İMK’da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu kurumun amacı kişiyi korumak olduğuna göre, kanımca bir kamu görevlisinin bu durumu farketmesini beklemek zorunda olmak kurumun amacı ve işleviyle bağdaşmaz. Bu yüzden, maddenin ikinci fıkrasında yer alan “çevre” kavramı içinde değerlendirilen kişilerin, hatta ilgili kişinin kendisinin yetkili makama başvurup korunma talep etmesi mümkün sayılmalıdır. Bu kişilerin yanı sıra, kamu görevlileri de öğrendikleri vak’aları yine yetkili makama iletacaktır.

## A- AKIL HASTALIĞI VE AKIL ZAYIFLIĞI

Akıl hastalığı ve akıl zayıflığının tanımını yapmak esasen tıp bilimine ait bir uğraştır. Ancak bir kişinin akıl hastası ya da akıl zayıfı olarak nitelendirilmesi hukuki açıdan da son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Kişinin temyiz kudretini ortadan kaldırması ya da kısıtlama sebebi olmasının yanında getirilen bu yeni düzenlemede de özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Ancak bir kişinin tıp biliminde akıl hastası veya akıl zayıfı olarak tanımlanmış olması her zaman bu kişinin hukuken de aynı şekilde değerlendirileceği sonucunu doğurmaz. Nitekim tıbben akıl hastası olarak

<sup>5</sup> Deschenaux/SteInauer, sf. 437.

<sup>6</sup> Deschenaux/SteInauer, sf. 438; MK md. 432’ye ait hükümet gerekçesinde de benzer kişiler çevre kavramı içinde sayılmıştır: “Maddenin ikinci fıkrası kişinin koruma altına alınmasında çevresine getirdiği külfetlerin de göz önünde tutulmasını öngörmektedir. Buna göre koruma kararı verilirken bu unsur da etkili olacaktır. Buradaki çevre kavramına, kişinin ailesi, kendine bakmakla yükümlü olanlar ve vasisi gibi kişiler girer.”

<sup>7</sup> Deschenaux/SteInauer, sf. 438.

kabul edilen bir kişi, makul surette hareket etme yeteneğini kaybetmiş değilse, hukuken mümeyyiz sayılacak ve tam ehliyetsiz olmaya bağlanan sonuçlar meydana gelmeyecektir<sup>8</sup>.

Genel olarak akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, akli faaliyetlerde normalden sapma ve zihni faaliyetlerin zayıflığı olarak tarif edilebilir<sup>9</sup>. Akıl zayıflığı, akıl hastalığının daha hafif bir hali olarak algılanmamalıdır. Burada kişinin zekasının ve akli melekelerinin gereği gibi gelişmemiş veya bazı sebeplerle azalmış olması söz konusudur<sup>10</sup>. Tıbbi açıdan akıl hastalığı ve akıl zayıflığı birbirlerinden farklı olmakla birlikte, MK md. 432 düzenlemesinde hukuki açıdan doğurdıkları sonuçlar aynıdır<sup>11</sup>.

## B- BAĞIMLILIK

432. maddede yer alan kısıtlama sebeplerinden biri de alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığıdır. Alkol bağımlılığı EMK md. 356'da yer alan "ayyaşlık" terimi yerine yeni Medeni Kanun'umuza girmiştir ve kişinin aşırı bir alkol tüketimini alışkanlık haline getirmiş olması şeklinde tanımlanabilir<sup>12</sup>. Aynı şekilde uyuşturucu madde bağımlılığı da kişinin keyif verici uyuşturucu maddeleri kullanmayı bir tutku haline getirmesi ve bundan vazgeçememesi olarak tanımlanabilir<sup>13</sup>.

## C- AĞIR TEHLİKE ARZ EDEN BULAŞICI HASTALIK

1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 5. maddesinde, ki-

<sup>8</sup> Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 2002, sf. 42; HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, Türk Medeni Hukuku Cilt:I Başlangıç ve Şahsın Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1951, sf. 81 vd.; SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden geçirilmiş ilaveli 6. Bası, İstanbul 1992, sf. 228; ABDÜLKADİR ARPACI, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2000, sf. 23; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Son yasal değişiklikler ışığında yeniden düzenlenmiş 6. Bası, Ankara 2000, sf. 231.

<sup>9</sup> Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, Gözden geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1998; sf. 435.

<sup>10</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, sf. 42; VELİDEDEOĞLU, sf. 82; TEKİNAY, sf. 228; ARPACI, sf. 23.

<sup>11</sup> Deschenaux/SteInauer, sf. 28.

<sup>12</sup> Deschenaux/SteInauer, sf. 41; benzer bir tanım için bkz. TURGUT AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, II. Cilt, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2002; sf. 481; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, sf. 1045; Alkolizmin ayyaşlıktan farklı olduğu ve bir akıl hastalığı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Dural, sf. 440.

<sup>13</sup> AKINTÜRK, sf. 482.

şı özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik sebepler içinde sayılmış olan kişinin bulaşıcı bir hastalığı yayma ihtimali bulunması hali, İMK md. 397a vd. maddelerinde yer almamaktadır. Bizim kanunumuzda ise bir kısıtlama sebebi olarak ele alınmıştır. MK md. 432'nin hükümet gerekçesinde ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalıklara örnek olarak AIDS, kolera, ilerlemiş verem ve veba gibi hastalıklar gösterilmiştir. AIDS hastalığının kolera, verem, veba gibi hastalıklarla aynı şekilde değerlendirilmesi kanımca doğru olmamıştır. AIDS tehlikeli ve günümüz tıbbının imkanları dahilinde öldürücü olarak nitelenen bir hastalık olmakla birlikte, epidemik bir hastalık değildir. Bir verem hastasıyla aynı havayı solumak bile hastalığın bulaşmasına neden olabilirken, AIDS'in bulaşma yolları daha kısıtlı olmakta ve sadece aynı cemiyet içinde bulunmakla hastalığın bulaşma olasılığı bulunmamaktadır.

#### **D- SERSERİLİK**

Bu kısıtlama sebebi de İMK'da yer almamakta, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi kapsamında özgürlüğü kısıtlamak için geçerli bir sebep sayılmaktadır. MK md. 432'de bu hale yer verilmekle birlikte, tanımlanması konusunda madde gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi (AİHM)'nin 1971 yılında Belçika aleyhine vermiş olduğu bir kararda serseriliğin tanımı yapılmıştır. Buna göre belirli bir yerleşim yeri, sabit bir işi veya mesleği olmayan ve kendi yaşamını idame ettirme olanaklarından yoksun bulunan kişiler serseri sayılmaktadır<sup>14</sup> ve böylece kişilerin yetkililer tarafından belirli kurumlara yerleştirilmesi mümkün olmaktadır. Ancak ülkemizde bu kişiler için elverişli kurumun hangisi olacağı belirsizdir.

### **III. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASININ HÜKÜMLERİ**

Yukarıda sayılan sebeplerin varlığı kişinin toplum için tehlike oluşturması sonucunu doğuruyor ve kişinin korunması başka şekilde sağlanamıyorsa tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilecek veya böylece bir kurumda alıkonulacaktır. Bir kurum; yapılanması ve görevlileri açısından, oraya yerleştirilen kişinin durumunun gerektirdiği temel ihtiyaçları karşılamaya yeterli ise, elverişli olarak addedilecektir<sup>15</sup>. Kişinin durumuna göre elverişli bir kuruma konamaması halinde ise özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olmayacaktır. Özgürlüğün kısıtlanması sebepleri büyük ölçüde genel kısıtlama sebepleriyle (MK md. 405-406) benzerlik gösterse de, özgürlüğün kısıtlanması kararı verildiğinde kişi henüz vesayet altına alınma-

<sup>14</sup> AİHM, 18.06.1971; De Wilde, Ooms ve Versyp Belçika'ya karşı; Seri A, Cilt 12, sf. 12/37.

<sup>15</sup> BGE 112 II 486

miş olabilir. Kişinin böyle bir kuruma yerleştirilmesi de mutlak surette onun kısıtlanmasını ya da kendisine bir kayyum veya yasal danışman tayin edilmesi sonucunu doğurmaz<sup>16</sup>.

432. maddede kişinin elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya böyle bir kurumda alıkonulması imkanı getirilmiştir. Buna göre, kişi bu yönde bir irade beyan etmeden ve rızası olmadan onu bir kuruma yerleştirmek ya da hali hazırda yerleşmiş olduğu bir kurumdan çıkmasını engellemek mümkün olacaktır<sup>17</sup>. Kişinin izin almadan kurum dışına çıkma imkanının olmaması bu açıdan yeterlidir, yoksa kurumun bir nevi cezaevi gibi kapalı olması şart değildir<sup>18</sup>. Kurumun elverişli olup olmadığı, somut olaydaki kişinin durumuna göre incelenmeli ve karara bağlanmalıdır<sup>19</sup>.

İsviçre düzenlemesinde, kişi kuruma yerleştikten sonraki uygulama kanton hukukuna bırakılmıştır. Bizim kanunumuzda da kuruma yerleştirilen kişiye nasıl bakılması gerektiği belirtilmemiştir. Ancak herhalde bu kurumlara yerleştirilen kişilere karşı insanca ve durumlarına uygun bir şekilde davranılmalı ve bu kişiler devletin garantisi altında olmalıdırlar<sup>20</sup>. Kişinin kurumdan çıktıktan sonra hayatını idame ettirebilmesi amacıyla belli bir eğitim programına tabi tutulması da düşünülmelidir<sup>21</sup>. Bunun dışında kişinin kurumda kaldığı sürece belirli aralıklarla durumunun gözden geçirilmesi ve durumu elveriyorsa kısa süreli olarak kurumdan ayrılmasına, örneğin tatile gitmesine izin verilmesi söz konusu olabilir. Kişinin tedavi amacıyla bir işle uğraşması da sağlanabilir<sup>22</sup>.

#### IV. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINDA USUL

##### A- YETKİLİ MAKAM

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ancak yukarıda sayılan belirli sebeplerin varlığı halinde mümkündür ve kural olarak yetkili bir makam tarafından kişinin bir kuruma yerleştirilmesi veya orada alıkonulabilmesi için karar verilmesi gerekir. Bu konuda yetki sahibi MK md. 433' e göre ilgilinin yerleşim yeri vesayet makamıdır. Burada söz konusu olan kamu vesayetidir

<sup>16</sup> Deschenaux/Steinauer, sf. 438.

<sup>17</sup> Deschenaux/Steinauer, sf. 439.

<sup>18</sup> Deschenaux/Steinauer, sf. 439.

<sup>19</sup> Kişinin bakım ve gözetim ihtiyaçlarını karşılayabilecek organizasyon ve personeli olması durumunda, tamamen istisnai olarak cezaevinin de elverişli kurum sayılabileceği yönünde BGE 112 II 486.

<sup>20</sup> BGE 118 II 254; BGE 121 III 204

<sup>21</sup> Deschenaux/Steinauer, sf. 440.

<sup>22</sup> Deschenaux/Steinauer, sf. 441.



ve MK md 397 gereğince vesayet makamı ilgilinin yerleşim yeri sulh mahkemesi olacaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise ilgilinin bulunduğu yer vesayet makamı, başka bir deyişle bulunduğu yerdeki sulh mahkemesi, bu yetkiye sahip olacaktır.

## **B- BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

İlgilinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından verilen bir özgürlüğün kısıtlanması kararı söz konusu olduğunda, bu makamın bir bildirim yükümlülüğü altında bulunduğu MK md. 434'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kısıtlı bir kişinin kuruma yerleştirilmesi veya bir kurumda alıkonulması ya da ergin bir kişi hakkında vesayete ilişkin diğer önlemlerin alınmasına gerek görülmesi durumunda, kişinin bulunduğu yer vesayet makamı veya özel kanunlarda öngörülen ilgililer, durumu yerleşim yeri vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür. Mevaz kanununun 397c maddesi dikkate alındığında, kanun koyucumuzun “özel kanunlarda öngörülen ilgililer” ifadesinin, İMK'da “kanton hukukunca belirlenen diğer yetkililer” şeklinde düzenlendiği göze çarpmaktadır. Ülkemizde kantonal bir yapı olmadığına göre, iki hüküm arasında böyle bir fark olması da doğaldır. Ancak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumuyla ilgili özel kanunlar yürürlüğe girinceye kadar, kimlerin bu hususta yetkili olduğu belirsiz kalacaktır.

## **C- İTİRAZ HAKKI**

MK md. 435, kuruma yerleştirilen kişi ve yakınları için kısıtlama kararına karşı bir itiraz imkanı tanımıştır. Buna göre, kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı, kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Ancak hükmün ifadesinde “bildirim” deyiminin kullanılmış olması bir tercüme hatasından kaynaklanmaktadır. Mevaz kanununun Fransızca metninde geçen ve “bildirim” olarak tercüme edilmiş bulunan “*communication de la décision*” ifadesi, esas olarak “kararın tebliği” anlamındadır. Bu bakımdan, MK md. 435'deki “bildirilmesinden” kelimesini, “tebliğinden” şeklinde anlamak yerinde olacaktır.

Buna göre, kısıtlanma kararına karşı ilgililer, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceklerdir. Denetim makamı MK md. 397 uyarınca, asliye hukuk mahkemesidir.

İtiraz hakkı, kişinin kurumda alıkonulması kararına karşı da aynı şekilde mevcuttur (MK md. 435/f.2).

Gerek kuruma yerleştirilme, gerek kurumda alıkonulma kararına karşı ya-

pılan itirazlarda, denetim makamının vereceği itirazın kabul ya da reddine yönelik kararın kesin olduğu doktrinde belirtilmiş olmakla birlikte<sup>23</sup>, neden böyle bir yoruma gidildiği açıklanmamıştır. HUMK md. 427/c.1 gereğince, ilk derece mahkemelerinin ve bu arada sulh hukuk mahkemelerinin de vermiş oldukları nihai kararlar esas itibariyle temyiz edilebilir niteliktedir. Sulh mahkemesinin bu nitelikteki bir kararına karşı öncelikle asliye mahkemesine itiraz etme imkanı bulunduğu takdirde, temyiz yolundan önce bu yola başvurmak ve asliye mahkemesinin vereceği karara karşı temyiz yoluna gitmek gereklidir<sup>24</sup>. Nitekim MK md. 435'de de, vesayet makamı olan sulh mahkemesinin verdiği kısıtlama kararına karşı yapılacak itirazın, denetim makamı olan asliye mahkemesine yöneltilmesi gerektiği belirtilmiştir. Asliye mahkemesinin vereceği karara karşı ise temyiz yoluna gidilemeyeceği yönünde HUMK ya da MK'da açıkça belirtilmiş bir istisna mevcut olmadığına göre, kural olarak bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edilmelidir.

#### **D- YARGILAMA USULÜ**

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işlemi genel olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabi olmakla birlikte, MK md. 436'da sayılan özel kurallar saklıdır. Buna göre:

1- Karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu karar kuruma yerleştirme kararı olabileceği gibi, kurumda alıkonulma yönündeki karar da olabilir. Kararın sebepleriyle birlikte kişiye bu karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğinin bildirilmesi de zorunludur. Bu bildirim yazılı şekilde yapılmalıdır.

2- Yine bir kuruma yerleştirilen kişiye alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddi kararına karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği yazılı olarak bildirilecektir. İlk bakışta bu durumun MK md. 435 hükmünün gereksiz bir tekrarı olduğu düşünülebilirse de, kanımca, kanun koyucunun özgürlüğün kısıtlanması konusuna ne derece dikkatli yaklaştığının önemli bir göstergesidir. Böylece ilgili kişinin her adımda alınan kararın keyfilikten uzak ve hukuki güvence altında olduğunun bilincinde olması sağlanmaktadır. On günlük sürenin başlangıcı olarak burada da md. 435'deki gibi kararın tebliği anı esas alınmalıdır.

3- Mahkeme kararını gerektiren her istem ivedilikle yetkili hakime ulaştırılacaktır. Burada ilk akla gelen istem kişinin kurumdan çıkartılmasına dair

<sup>23</sup> Akıntürk, sf. 507.

<sup>24</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 13. Bası; Ankara 2001, sf. 731

istemi olmaktadır<sup>25</sup>. Yerleştirme kararını veren vesayet makamı veya hakim duruma göre böyle bir istemin görüşülmesini erteleme yetkisine sahiptir.

4- Serserilik dışındaki sebeplerden dolayı özgürlüğü kısıtlanan kişi hakkında karar verilmesi ancak resmi sağlık kurulu raporu alındıktan sonra mümkün olacaktır. Fakat vesayet makamı daha önce bilirkişiye başvurmuş olursa denetim makamı böyle bir rapordan vazgeçebilir. İMK md. 397e/b.5'de sadece akıl hastaları hakkında alınacak kararlarda, resmi sağlık kurulu değil, ancak bir bilirkişi heyeti raporu aranmıştır. Bu sebeple vesayet makamının bu heyete daha önce başvurmuş olması durumunda, denetim makamı tekrar bu tip bir rapor isteme zorunluluğundan kaçınabilecektir.

MK md. 437 gereğince özgürlüğün kısıtlanması konusunda basit yargılama usulü uygulanacaktır. Gerekliyse ilgili kişiye adli yardım sağlanması da maddenin ikinci fıkrasında öngörülmüştür. Böylelikle, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması gibi önemli bir kararda kişinin uygun bir şekilde temsil edilmesi sağlanılmaya çalışılmıştır. Hakimin karar verirken ilgili kişiyi dinlemesi gerektiği de maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Böylelikle hakim, kişinin durumunu daha iyi takdir etme imkanına kavuşmuş olacaktır.

## VI. KISITLAMANIN SONA ERMESİ

MK md. 432'nin son fıkrasında koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişinin durumu elverir elvermez yerleştirilmiş olduğu kurumdan çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, bir kuruma yerleştirilmiş bulunan kişi buradan çıkmak istediğini yetkili makama iletcek ve bu istemi uygun bulunduğu takdirde kurumdan çıkarılacaktır. Kurumun idarecilerinin, kişinin durumunun artık buradan ayrılmaya elverdiği yönünde bir görüşte olmaları halinde vesayet makamına başvurup kısıtlamanın kaldırılmasını talep etmeleri de kanımca mümkün olmalıdır.

Kısıtlama konusunda yetkili vesayet makamı, kısıtlamayı sona erdirme konusunda da yetkilidir (MK md. 433/son).

## SONUÇ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu, kişinin korunması amacını taşıyan, ancak bizim hukukumuza daha çok toplumun korunması amacıyla alınmış bir kurum olma özelliğindedir. Doğru uygulanabildiği takdirde gerçekten de bu iki amaca birden hizmet etmiş olacaktır. Ancak bu konuya şüpheyle yaklaşılmasını gerektiren durumlar mevcut bulunmaktadır.

<sup>25</sup> Akıntürk, sf. 508.

Öncelikle, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun hükümleri İsviçre’de federal yasayla düzenlenmemiş, her kanton kendi hukukuna göre bir düzenleme getirmiştir. Kanımca bu durum kanun koyucumuz tarafından gözden kaçırılmış ve bu sebeple bu kurumun hükümleri ve nasıl uygulanması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Bu durum büyük bir eksiklik-tir.

Bunun yanı sıra bu kurumun işlerlik kazanabilmesi için hızlı işleyen bir adalet mekanizmasına ve sosyal devlet örgütlenmesine ihtiyaç vardır. Özgürlüğü kısıtlanacak kişinin durumuna göre elverişli bir kuruma yerleştirilmesi gereklidir. Kişinin tedavisi, eğitimi ya da ıslahı için elverişli olmayan kurumlara yerleştirilmesi ve bu şekilde özgürlüğünün kısıtlanması doğru değildir ve amaca da hizmet etmez. Oysa ülkemiz koşullarında bu tip kurumların ve orada görevli personelin ne derecede yeterli olduğu tartışma konusudur. Bu sebeple, ister kişiyi ister toplumu koruma amacıyla hareket edilsin, gereken düzenlemelerin bir an önce yapılarak kuruma hayat kazandırılması gerekmektedir.

# ANONİM ORTAKLIĞIN TEMSİLİ

*Ar. Gör. Mehtap İpek\**

## GİRİŞ

Anonim ortaklıklar, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır<sup>1</sup>. Dolayısıyla, anonim ortaklıkların iradelerini oluşturabilmeleri ve beyan ederek hukuki işlemleri gerçekleştirebilmeleri, bu hukuki işlemler sonucunda hak sahibi olabilmeleri ve borç altına girebilmeleri, MK m. 50 uyarınca ancak organları vasıtasıyla gerçekleşebilmektedir. TTK m. 317 hükmü anonim ortaklık adına işlemler yapabilmeye yetkisini, temsil organı sıfatıyla yönetim kuruluna vermiştir. Böylece, ortaklığın iç ilişkide ve dış ilişkide temsili yönetim kurulunca gerçekleştirilmektedir. Fakat emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, esas sözleşmeye konacak bir hükümlerle kanuni temsil rejimi dışında bir temsil rejimi oluşturulabilmekte, hatta bu konuda birtakım kanuni istisnalar (TTK m. 341, m. 407, m. 408) da söz konusu olabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, TTK m. 317’de sözü edilen “temsil yetkisi” Borçlar Hukuku anlamındaki temsil yetkisini ifade etmemektedir. Zira Borçlar Hukuku anlamında temsilde, bir şahsın bir hukuki muameleyi, başka bir şahsın nam ve hesabına yapması ve hukuki muamelenin sonuçlarının temsil olunan şahıs üzerinde doğması söz konusu iken, TTK m. 317’de belirtilen temsilde, hukuki muameleyi kendisine temsil yetkisi verilmiş bağımsız bir üçüncü şahıs değil, bizzat anonim ortaklığın organı olan yönetim kurulu gerçekleştirmektedir. Ayrıca Borçlar Hukuku anlamında temsilci, başkası nam ve hesabına “kendi” iradesini açıklarken, yönetim kurulu, organı olduğu anonim ortaklığın bizzat kendisini teşkil etmekte ve ortaklığın iradesini açıklamaktadır. Dolayısıyla, Borçlar Hukuku anlamında temsilde temsil olunanın, temsilciye yetki verdiği konularda yetkisi ortadan kalkmayıp devam ederken, organın varlığı, kişi topluluğunu oluşturan bireyleri organın yetki alanına giren konuların dışında bırakır<sup>2</sup>. Bir başka farklılık da, yönetim kurulunun organ olarak işlediği haksız fiilden tüzel kişi sorumlu olur-

---

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.*

1 Tüzel kişilik, hukuk düzenince ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal topluluklarına, bu topluluğu oluşturan bireylerden veya malları tahsis eden kişilerden bağımsız birer varlık tanınması olarak ifade edilmiştir. OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY Saibe, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 7. Bası, İstanbul 2002, s. 167 vd; KÖPRÜLÜ Bülent, *Medeni Hukukta Tüzel Kişiler*, İstanbul 1967, s. 2 vd; AKÜNAL Teoman, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 2. Bası, İstanbul 1995, s. 10 vd; DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan, *Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası*, İstanbul 2002, s. 193 vd.

2 AKÜNAL, s.35.

ken, temsilcinin hukuka aykırı fiilinden temsil olunanın sorumlu tutulmamasıdır. Dolayısıyla tüm bu açılardan bakıldığında yönetim kurulu her ne kadar temsil organı olarak adlandırılrsa da, BK m. 32 anlamında temsilci değildir<sup>3</sup>.

TTK m. 317 hükmünde ifade edilen temsil yetkisinin kullanılması sonucunda ortaklık hak sahibi olabilip, borç altına girebileceği için bu yetkinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, sınırlandırılabilir ise bunun hangi şartlar altında üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebileceği önem arz etmektedir.

Biz, iki bölümden oluşan makalemizin birinci bölümünde, genel olarak temsil yetkisinden ve bu yetkinin kimler tarafından, ne şekilde kullanılması gerektiğinden bahsettikten sonra, ikinci bölümde temsil yetkisine getirilebilecek sınırlamaları ve bu sınırlamaların üçüncü şahıslara ileri sürülebilme koşullarını ele alacağız.

## A- GENEL OLARAK ANONİM ORTAKLIKLARDA TEMSİL YETKİSİ

### 1 - Temsil Yetkisinin Anlamı

TTK m.136 uyarınca ticaret şirketi olarak ve dolayısıyla TTK m.137 uyarınca da tüzel kişi olarak kabul edilen anonim ortaklığı temsil yetkisi, ortaklık tüzel kişiliğini, ortaklık adına yapılan işlemlerle hak sahibi yapabilme ve borç altına sokabilme yetkisini ifade etmektedir<sup>4</sup>. Söz konusu yetki ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkisine, kısaca dış ilişkiye yönelik bir yetkidir ve MK m. 50 uyarınca ortaklığın organları vasıtasıyla kullanılır<sup>5</sup>.

Temsil yetkisinin sınırını, ikinci bölümde de ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, tüzel kişinin ehliyetinin sınırı oluşturur<sup>6</sup>. Ticaret şirketlerinin ehliye-

<sup>3</sup> OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 156; AKÜNAL, s. 39 vd; KÖPRÜLÜ, s. 16 vd; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 232.

<sup>4</sup> POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.Bası, İstanbul 2000, s. 302, ÇEVİK Orhan, Anonim Şirketler, Ankara 1976, s. 35.

<sup>5</sup> Tüzel kişilerin hukuk alanında davranışta bulunabilmesi, iradelerinin ifade edilmesi ancak organları aracılığı ile mümkün olabilir. Organın vasıtasıyla hukuki işlemlere girişen, iradesini açıklayan bizzat tüzel kişinin kendisidir. Zira, tüzel kişi, organlarını oluşturan kişi topluluklarından ayrı ve bağımsız olarak haklara ve borçlara sahip olmaktadır. Nitekim Yarg.12.HD.'i, ortaklığı tek başına temsile yetkili kişinin ortaklık adına verdiği vekâletin, temsilcinin ölümü ile sona ermeyeceğine, zira vekâletin ölen temsilcinin kendisi için verilmediğine karar vermiştir. Bkz. (Yarg.12.HD., 8.11.1993, E. 13760/K. 17235) ERİŞ Gonen, Anonim Şirketler Hukuku (A.Ş.), Ankara 1995, s. 240; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 188 vd; DURAL/ÖĞÜZ, s. 231 vd; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç hükümleri, Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, C. I, s. 560 vd.

<sup>6</sup> İMREGÜN Oğuz, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili (Ehliyet), II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s.275 vd., Yarg.11.HD'nin 17.10.1984, E. 3801/K. 4820 sayılı kararı için bkz. ERİŞ, A.Ş., s. 236 vd.

ti TTK m. 137'de "..... şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartı ile bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler" ifadesi kullanılmak suretiyle genel olarak düzenlenmiştir. Fakat söz konusu düzenlemenin ikinci cümlesi, bu kaidenin mutlak olmadığını, kanuni istisnaların mevcut olabileceğini belirtmiştir. Ticaret şirketlerine ilişkin bu genel ifadenin yanında ayrıca, TTK m. 321/f. I ile de anonim ortaklıklara yönelik özel bir düzenleme getirilmiş ve bu düzenlemede de temsil yetkisi şirket maksat ve mevzuu ile sınırlandırılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinin 2. cümlesindeki istisnaların kendilerini iki yönde gösterdikleri kabul edilmektedir. Bunlardan birincisinin kanunda açıkça belirtmek kaydıyla istifade ehliyetini daraltan istisnalar, ikincisinin de yine kanunda açıklık bulunan hallerde istifade ehliyetinin sınırlarını genişleten istisnalar olduğu belirtilmektedir. Birinci hale, tasfiye halindeki şirketin işletme mevzuu içinde olsa dahi tasfiye amacı dışındaki bir işlemi yapamaması, ikinci hale ise, TTK m. 468 uyarınca esas mukavelede hüküm bulunmak şartıyla "şirketin müstahdem ve işçileri için yardım sandıkları ve sair yardım teşkilatı kurulması ve idamesi maksadı" ile akçe ayrılması durumu örnek olarak gösterilmektedir<sup>7</sup>.

## 2 - Anonim Ortaklıklarda Temsil Organı ve Temsil Yetkisinin Kullanılması

### a - Genel Olarak Temsil Organı

Daha önce de belirttiğimiz gibi, tüzel kişiliğe sahip anonim ortaklığın hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesi, ancak yetkili organı aracılığıyla yaptığı işlemler sonucunda olmaktadır. TTK m. 317 anonim ortaklıklarda bu yetkiyi temsil yetkisi adıyla yönetim kuruluna vermiştir. Böylece, kanunen

<sup>7</sup> İMREGÜN, Ehliyet, s. 280 vd; Yazar ayrıca aynı makalesinde haksız fiillerden sorumluluğu da istifade ehliyetinin sınırlarını genişleten istisnalardan saymıştır; sebebini de söz konusu haksız fiilin şirket konusuna girmemesine rağmen şirketin bu fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesinin mümkün olması olarak belirtmiştir. Ancak, kişinin işlediği fiilin hukuki sonucunun kişiye isnad edilebilmesi, fiil ehliyeti ile ifade olunur. Haksız fiil de, fiil ehliyetinin hukuka aykırı fiiller açısından bir görünümüdür. Şirkete haksız fiil nedeniyle başvurulabilmesi kanımızca bir istisna değil, MK m. 50 ve BK m. 41'de düzenlenen genel ilkenin bir sonucudur. Hiç kimse hukuka aykırı davranışından kazanç elde edemez. Haksız fiil faili ister gerçek ister tüzel kişi olsun, fiiline bağlanan hukuki sonuca katlanmak durumundadır. Bu halde başkalarına haksız surette verilen zararın zarar verence tazmini, kanaatimizce ehliyetin genişlemesi olarak görülemez. TTK m. 137/II'deki istisnaların maddenin ifade ediliş tarzı açısından sadece daraltıcı nitelikte olabileceği, istisnaları genişletici yönde anlamaya imkân verici bir misalin bulunmadığı görüşü için bkz. ÜLGEN Hüseyin, Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti, Prof. Dr. M. Kemâl OĞUZMAN Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1290 vd.

ortaklığın temsilcisi olarak kabul edilen yönetim kurulu, ortaklığı iç ilişkide ortaklara, dış ilişkide üçüncü kişilere karşı temsil edecektir<sup>8</sup>.

Ancak, TTK m. 319 uyarınca, emredici kanun hükümlerine riayet etmek şartıyla esas sözleşme ile temsil usul ve şartlarına dair bir düzenleme getirebilme imkânı öngörülmüştür<sup>9</sup>. Bundan çıkarılacak sonuç da şudur ki, kanuni temsil rejimi emredici nitelikte değildir ve esas sözleşmede düzenlenmek şartı ile kanuni temsil rejiminden farklı bir temsil yöntemi kabul edilmesi mümkündür. Örneğin, temsil yetkisi, esas sözleşmeye hüküm konulmak kaydıyla, yönetim kurulu üyeleri arasında paylaştırılabilir veya yine esas sözleşmede hüküm bulunması şartıyla Murahhas üyeler veya Murahhas müdürlere bırakılabilir. Ayrıca istisnai hallerde, genel kurul, denetçiler ve tasfiye halinde tasfiye memurları, şirketi temsil yetkisini haizdirler<sup>10</sup>.

### *b - Temsil Yetkisinin Kullanılması*

#### *aa - Birlikte Temsil Kuralı ve İstisnaları*

Türk Ticaret Kanunu temsil yetkisinin kullanılmasında genel kural olarak birlikte temsil esasını benimsemiştir. TTK m. 321/f.III'e göre, esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, şirketin bağlanabilmesi için yönetim kurulu üyelerinden ikisinin imzası şart kılınmıştır<sup>11</sup>. Böylece bütün yönetim kurulu üyeleri tarafından birlikte temsil sistemi değil, herhangi iki üyenin imzalarının yeterli olduğu çifte imza sistemi kabul edilmiş, birlikte temsil sistemi yumuşatılmıştır<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklar (A.O.), 4. Bası, İstanbul 1989, s. 219 vd; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 302 vd; TEKİL Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 169 vd; Söz konusu yetki dış ilişkiler açısından, tüzel kişiler hukukunda temsil yetkisi olarak adlandırılmaktadır. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, burada Borçlar Kanunu anlamında temsil yetkisinden farklı olarak sadece organın davranışının tüzel kişiye izafesi söz konusudur. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 127.

<sup>9</sup> Yarg. Tic. D. 1958 tarihli bir kararında, esas mukavelede TTK m. 319'a göre temsil yetkisinin dağıtılması hakkında bir kayıt yoksa, şirketin, TTK m. 317'ye göre idare meclisince temsil olunacağını ve şirket aleyhine açılan davada tebligatın idare meclisi azalarına yapılacağını kabul etmiştir. Yarg. Tic.D'nin 16.5.1958 tarih ve E. 958 / 1294, K. 1364 sayılı kararı için bkz. ANSAY T. Anonim Şirketler Hukuku(A.Ş), Ankara 1982, s. 112.

<sup>10</sup> TTK m. 342/f. I uyarınca, yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açılması söz konusu olduğunda denetçiler, organ seçiminde ve TTK m. 311'de düzenlenen kanuna karşı hile halinde genel kurul ve tasfiye halinde tasfiye ile ilgili işlerde tasfiye memuru anonim ortaklığı temsile yetkilidir. İMREGÜN, A.O., s. 219, DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi II , İstanbul 1988 s. 525 vd.

<sup>11</sup> Yarg.19.HD.'nin 21.9.1998 tarih, E. 1998/4211, K. 1998/5344 sayılı kararında şirketi temsile yetkili kılınan iki kişiden sadece birinin imzaladığı bono ile şirketin bağlı olmayacağı, tek imzanın şirketi bağlamayacağı kabul edilmiştir. (Yargı Dünyası, Şubat 1999, S. 38, s. 126 vd.).

<sup>12</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 302 vd; ANSAY bütün yönetim kurulu üyelerinin or-



Ancak, söz konusu madde ile esas sözleşmeyle özel hükümler getirilebileceği, yani ferdi temsil kuralı veya ikiden fazla imza şartı konabileceği ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu tür düzenlemelerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, TTK m. 39/f. I uyarınca, ferdi temsilin kabul edildiğinin veya ikiden fazla imza esasının benimsendiğinin tescil ve ilan edilmeleri gerekmektedir<sup>13</sup>. Ayrıca, yönetim kurulunun, görev dönemi başında imza sirküleri düzenleyerek, ortaklığı temsile yetkililerin kimler olduğunun ve hangi işlemlerde, ne ölçüde yetkili olduklarının TTK m. 321/f. II anlamında 3. kişilerce öğrenilmesini sağlaması gerekmektedir.

Esas sözleşme ile ikiden daha çok şahsa ortaklığı temsil yetkisi verilmişse ve ikiden fazla imza şartı konmamışsa, sadece ikisinin imzası ortaklığı bağlamak için yeterlidir. Ancak kanun temsil yetkisinin yönetim kurulunca tamamen başkasına devredilmesini uygun görmediği için, TTK m. 319/f. I hükmü ile imzalardan birinin muhakkak yönetim kurulu üyesine ait olması gerektiğini belirtmiştir. Bu imzaların oluşumu bakımından “unitas actus” kuralının geçerli olmadığı, dolayısıyla aynı anda atılmalarının gerekmediği, farklı zamanlarda da atılabilecekleri kabul edilmektedir<sup>14</sup>.

Çift imza esas ortaklığın aktif olarak temsil edildiği haller için geçerlidir. Buna karşılık anonim ortaklığı birlikte temsile yetkili olanlar ortaklığa yapılacak ihtar, ihbar ve sair tebligatları almada muhatap olarak ortaklığı tek başlarına temsil edebilirler. Bu durumda ortaklığın pasif temsili birlikte temsil kuralının istisnasını oluşturur; ortaklığı temsile yetkili her üye pasif temsil yetkisini haizdir. Fakat, temsil yetkisinin merkez veya şube ile sınırlandırılmış olduğu hallerde, pasif temsil yetkisi de sadece merkezin veya o şubenin işleri için söz konusu olacaktır<sup>15</sup>.

#### *bb - Temsil Yetkisinin Bölünmesi ve Murahhaslara Bırakılması*

Türk Ticaret Kanunu'nun 319. maddesinde, yönetim ve temsil yetkisinin bölünmesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, temsil yetkisi de, yönetim yetkisi gibi üyeler arasında bölünebilecektir. Ortaklık esas sözleşmesin-

---

taklığı müştereken temsil etmelerinin pratik olmadığını, tek kişinin imzası ile de ortaklığın bağlanmasının ortaklık bakımından sakıncalı olabileceğini, bu nedenlerle de çift imza usulü ile yumuşatılmış birlikte temsil usulünün kanunumuzda yer aldığını belirtmiştir. Bkz. ANSAY, A.Ş., s. 113; TEKİL, s. 169

<sup>13</sup> ÇEVİK, s. 3; İMREGÜN, A.O., s. 220.

<sup>14</sup> v. STEİGER Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1966 (ANSAY, A.Ş., s. 113'den naklen); AKEV Sahir Talat, Türk Ticaret Kanunu'nun 321. maddesindeki Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, II, Ankara 1985, s. 87 vd.

<sup>15</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 303; İMREGÜN, A.O., s. 220; ANSAY, A.Ş., s. 113; TEKİL, s. 169 vd.

de, ortaklık yönetiminin veya temsilinin bölünmesi hususunda özel veya genel bir düzenleme öngörülmemişse bu durumda ortaklığın yönetim ve temsili TTK m. 317 uyarınca yönetim kurulunca yürütülecektir.

Belirtmek gerekir ki, TTK m. 319'daki hüküm, temsil yetkisine konan belirli sınırlamalar dışındaki takyitleri geçersiz sayan TTK m. 321/f. II hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, temsil yetkisinin konu yönünden bölünmesi mümkün olmayacak, sadece merkezin veya şubenin işlerine hasrolunması veya müştereken kullanılması geçerli kabul edilecektir. Yasa ile öngörülen bu sınırlamalar üçüncü kişilere karşı ancak tescil ve ilan edildikten sonra ileri sürülebilecektir<sup>16</sup>.

Belirtilen sınırlamalar dışında herhangi bir husus tescil edilse dahi hüküm ifade etmeyecek<sup>17</sup>, üçüncü kişilere karşı geçerlilik kazanamayacaktır. Örneğin, temsil yetkisinin öz yönünden bölünmesi, tescil edilse dahi, yönetim kurulu üyeleri için sadece iç ilişkide geçerli bir talimat niteliği taşıyacak, 3. kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin bölünmeye aykırı olarak yaptıkları işlemler yine de ortaklığı bağlayacak, sadece talimata aykırı davranan üyelerin ortaklığa karşı sorumlulukları söz konusu olabilecektir. Bununla beraber, temsil yetkisinin muteber sınırlamaları tescil ve ilan edilmemiş ise, söz konusu sınırlamalar ancak, üçüncü kişilerin müspet olarak sınırlamaya vakıf oldukları ispat edilebilirse, istisnaî olarak kendilerine karşı ileri sürülebilecektir<sup>18</sup>. Üçüncü şahısların müspet vukufunu veya iyiniyetli olmadıklarını ispat etmek şirkete düşecektir<sup>19</sup>.

Esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla, murahhas üyelere veya yönetim

<sup>16</sup> Temsil yetkisine getirilen sınırlamalarda olduğu gibi, temsil yetkisinin kaldırılmasının da, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir (TTK m. 33). Yarg. 19.HD. de 13.6.2000 tarihli E. 2000/2696, K. 2000/4624 sayılı kararında, temsil yetkisinin kaldırıldığı tescil ve ilanından önce bono tanzim eden şirketi münferiden temsile yetkili keşidecinin, şirketi temsile yetkili olduğunu ve şirketi ilzam ettiğini kabul etmiş, temsil yetkisinin sona ermesinin ticaret siciline kayıt ve ilan edilmedikçe iyi niyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Yargı Dün-yası, Ekim 2000, S. 58, s. 65 vd.

<sup>17</sup> "Tahdit edilen temsil selâhiyeti iyi niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez. Bu kaidenin istisnası sadece temsil selâhiyetinin merkezin veya bir şubenin işlerine hasredilmesi veya selâhiyetin müştereken kullanılması halinde söz konusudur. Bir şubenin memuruna verilen selâhiyetin yalnız vezne işlerine münhasır bulunması muteber değildir. Böyle bir tahdit tescil edilmez." Yarg. Tic.D.'nin 23.11.1957 tarihli, E. /1152, K. 2522, sayılı kararı için bkz. ÇEVİK, s. 39 vd.

<sup>18</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 305; İMREGÜN, A.O., s. 221; Yarg. 11. H.D., 29.6.1982 tarihli, E. 82/2638, K. 82/3181 sayılı karar için bkz. YKD. 1982, S. 10 s.1492.

<sup>19</sup> Bkz. KARAYALÇIN Yaşar, Özel Hukukta Mesleler ve Görüşler "Hukuki Mütalâalar,, VI, Ankara 1975, s. 201 vd.

kurulu dışındaki ortaklardan birine veya birkaçına veya murahhas müdürlere de temsil yetkisinin bırakılması mümkündür. Temsil yetkisinin terhisi böyle bir hükümle genel kurula veya yönetim kuruluna bırakılabilir<sup>20</sup>.

Temsil yetkisine murahhaslara verilmesi suretiyle dahi olsa, ancak yer ya da kişi yönünden sınırlamalar getirilebilir; konu veya miktar itibarıyla sınırlama sonucu yaratan düzenlemeler öngörülemez. Murahhaslara bırakma işlemi de, şirketin kim tarafından ve hangi yetkilerle yönetildiğinin ortaklar ve şirketle ilişkide bulunan üçüncü kişiler bakımından önem taşıması nedeniyle, üçüncü kişiler açısından ancak tescil ve ilan edildikten sonra geçerli olur. Bu husus tescil ve ilandan önce ancak durumu müspet olarak bilen üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir<sup>21</sup>; diğer bir ifade ile sınırlandırmanın tescil ve ilanından önce dahi üçüncü şahıs tarafından bilindiği (bilinmesi gerektiği ile yetinilemez)<sup>22</sup> iddia ve ispat olunmalıdır. Bu da, üçüncü şahsa sınırlandırmanın noter aracılığıyla ya da elden imza karşılığı teslim suretiyle gönderildiğinin ispatı ile mümkündür.

Temsil yetkisi yönetim kurulu üyesi olmayan murahhas müdürlere veriliyorsa daha önce de belirttiğimiz gibi, yönetim kurulu üyelerinden en az birinin temsil yetkisine sahip olması zorunludur (TTK m. 319/f. I). Bu durumda yönetim kurulu üyesinin yetkileri herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz; mutlak olmalıdır<sup>23</sup>.

#### *cc - Anonim Ortaklığın Tasfiyesi Halinde Temsil Yetkisinin Kullanılması*

Ortaklığın amacının tamamlanması ve kazanç getiren faaliyetlerinin kesilmesi ile ortaklık sona erer. Sona erme sebeplerinden bazıları tasfiyeyi gerektirir. Sona erme sebebinin veya sebeplerinin ve ortaklığın tasfiye haline gir-

<sup>20</sup> Temsil yetkisinin geri alınması, söz konusu yetki hangi organ tarafından verilmiş olursa olsun genel kurula aittir. ARSLAN İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması (Yönetim Yetkisi), Konya 1994, s. 68vd; İMREGÜN, A.O., s. 218.

<sup>21</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 306, İMREGÜN, A.O., s. 221, ERİŞ, A.Ş., s. 225 vd; ARSLAN, Yönetim Yetkisi, s. 107, TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki mütalâalar, Kitap I, 1989 –1991, İstanbul 1992 (Kitap I), s. 10 vd .

<sup>22</sup> TK m. 321/f. II'deki hüsnüniyet kavramı MK m.3'den farklı olarak daha dar yorumlanıp sadece "bilme" yi kapsamaktadır. Zira Türk doktrininde "müspet vukuf" terimi kullanılmakta ve bunun da imza sirkülerinin karşı tarafın bilgisine ulaşması suretiyle sağlanacağı kabul edilmektedir. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 306, TEOMAN, Kitap 1, s. 14.

<sup>23</sup> İMREGÜN, A.O., s. 222, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 306, Temsil yetkisinin murahhaslara geçerli olarak devredilebilmesi için söz konusu yetkiyle birlikte yönetim yetkisinin de murahhaslara devri gerekmektedir. Yönetim kurulu murahhasların seçimi, onlara talimat verilmesi ve gözetim faaliyetinin yerine getirilmesi sırasındaki kusurlu davranışları hariç, yetkilerini devrettiği oranda sorumluluktan kurtulacaktır. ARSLAN, Yönetim Yetkisi, s. 69 vd.

diğinin yönetim kurulu tarafından kurul halinde ticaret siciline tescil ettirilmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, tasfiye haline girilmesi tescile bağlı değildir. Sadece tescil yapılmadığı müddetçe söz konusu durum, 3. kişilerin müspet vukufu ispatlanmadıkça bu kişilere karşı ileri sürülemez<sup>24</sup>.

Tasfiye halinde artık ortaklığın gayesi kâr elde etme olmaktan çıkıp tasfiye gayesine dönüşür (TTK m. 439). Diğer bir ifadeyle, ortaklığın amacı bütün hukuki münasebetlerini çözerek kendini tasfiye etmesi, yani mallarını nakde çevirip, alacaklarını tahsil ve borçlarını tediye etmesi, artan kısmı hak sahipleri arasında dağıtması işlemleriyle sınırlanır. Bu durumda artık tasfiye halindeki ortaklığı tasfiye memurları temsil eder. Ancak, tasfiye memurlarının bu yetkisi sadece tasfiye işleri ile ilgili hususlarda söz konusudur. Tasfiye memurları bu prosedürü kanun, sözleşme hükümleri ve genel kurul kararları doğrultusunda yürütecek kişilerdir ve TTK m. 441/f. I ve m. 442/f. II uyarınca esas sözleşme ile, genel kurul kararıyla, kanunla veya mahkeme kararıyla atanırlar<sup>25</sup>.

Bunun dışında, tasfiyenin yapılması için zorunlu olup da mahiyetleri icabı tasfiye memurlarınca yapılamayan muamelelerde yönetim kurulunun temsil yetkisi devam eder (TTK m. 436, m. 437, m. 441/f. II). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 30.1.1985 tarihli bir kararında, tasfiye sona erinceye ve ticaret siciline tescil edilinceye kadar ortaklığın tüzel kişiliğinin devam edeceğini, tasfiyeye kadar organlarının faaliyetlerinin süreceğini, bu nedenle de tasfiye memurlarının görevlerinin tasfiye işlemleri ile ilgili ve şirket menfaatleri ile sınırlı olduğunu belirttikten sonra, anonim ortaklık tüzel kişisinin hasım olarak gösterildiği genel kurul kararının iptali davasının tasfiye memurlarınca kabulünün ve tasfiye memurlarının temyizden feragat beyanlarının, tasfiye memurlarının temsil yetkisi dışında ve ortaklık menfaatiyle bağdaşamaz bulunduğunu, tasfiye memurlarının TTK m. 440 uyarınca ancak ortaklık için faydalı gördükleri takdirde sulh, feragat ve kabule yetkili olduklarını, ortaklığın, tasfiye memurlarının davayı kabul ve temyizden feragat beyanı ile bağlı olmadığını ifade etmiştir. Kararda ayrıca davada ortaklığı temsil ve ortaklık adına beyanda bulunma yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğu belirtilmiştir<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Sona erme, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ettirilir. Yönetim kurulu yoksa veya tescil işlemini yerine getiremiyorsa, yönetim kurulundan biri veya denetçiler ya da başka kişiler, genel kurul tarafından tescil beyanında bulunmak üzere yetkilendirilebilirler. Genel kurul yoksa veya bu kararı alabilecek şekilde toplanamıyorsa sona ermenin tescilini talep, tasfiye memurlarınca yerine getirilir. KARAHAN Sami, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, s. 11 vd.

<sup>25</sup> KARAHAN, s. 22 vd; ARSLANLI Halil, Anonim Şirketlerde İnfisahın Hukuki Neticeleri (İnfisah), BATİDER Ocak 1962, C. 1, S. 39, s. 301-319, DOMANIÇ, s. 528.

<sup>26</sup> Yarg. 11. HD., 30.1.1985, E.1984/6072, K.1985/270, (YKD. 1985, C. XI, S. 7, s. 1009); aynı yöndeki Yarg. 11. HD., 16.12.1986, E.5825/K.6835 için bkz. KARAHAN, s. 48, dpn. 199; ARSLANLI, İnfisah, s. 301-319.

Tasfiye memurlarının temsil yetkisi TTK m. 450/f. I'in TTK m. 221'e yaptığı atıf uyarınca genişletilebilir veya sınırlandırılabilir. Fakat bunun için ya ortaklık genel kurulu tarafından veya haklı sebebe dayanılarak mahkeme tarafından bir karar alınması gerekmektedir. Tasfiye memurlarının temsil yetkilerinin genişletilmesine veya daraltılmasına dair olan bu kararların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmeleri için tescil ve ilan edilmeleri gerekmektedir.

Burada önemli olan, TTK m. 321/f. II deki temsil yetkisinin bölünmesine ilişkin genel kurala getirilen istisnadır. Tasfiye memurlarının temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin her türlü düzenleme, tescil ve ilan edilmek suretiyle mutlak bir geçerlilik kazanmaktadır. Birlikte temsil ve merkez veya şube işlerine hasrolunan sınırlandırmalar dışında, konu veya miktar yönünden getirilen sınırlandırmalar da tescil ve ilan edilmek şartıyla üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir.

Genel kurulun bu hususlardaki kararları, TTK m. 450/f. II'nin TTK m. 372 ve m. 378'e yaptığı atıf gereğince, basit toplantı ve karar nisabına göre alınacaktır<sup>27</sup>. Söz konusu maddelere göre, toplantı nisabının esas sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı hallerde nisap, ilk toplantı için şirket sermayesinin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin toplanmasıyla hasıl olurken, ilk toplantıda bu nisap gerçekleşmezse, ikinci toplantıda hazır bulunan pay sahipleri temsil ettikleri sermaye miktarı ne olursa olsun karar verebilirler ve müzakere yapabilirler. Uygun nisaplarla toplanan genel kurulda kararlar ise mevcut oyların çoğunluğu ile alınır.

### *c - Temsil Yetkisinin Kullanılış Şekli*

Temsil yetkisi, temsilcilerin belgeleri ortaklık unvanı altında imzalamaları suretiyle kullanılır (TTK m. 322). Yönetim kurulu veya ortaklığı temsile yetkili olanlar, ortaklığı ilgilendiren tüm işlemlerde imza ile birlikte ortaklığın ticaret unvanını eklemek zorundadırlar. Unvan olmaksızın atılan imzalar, imza atan kişilerin kişisel sorumluluğuna yol açar ve bu kişiler artık işlemi ortaklık adına yaptıklarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar.

Bu konuyla ilişkili olarak Yarg.11.HD. 20.03.1987 tarihli bir kararında, ortaklık adına imzalanan kredi taahhütnamelerinde temsilcilerin, kaşe altına attıkları imzanın dışında açığa da imza atmalarını, temsil ettikleri ortaklık dışında ayrıca kişisel sorumluluk yüklediklerinin kabulü anlamına geldiğini belirterek, davahıların kişisel kefaletleri bulunmadığı savunmasını kabul etmemiştir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> İMREGÜN, A.O., s. 486.

<sup>28</sup> Yarg. 11. HD., 20.03.1987, E. 1337/K. 1617 (ERİŞ Gönen, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, I. Cilt (Ticari İşletme), s. 918 vd.).

TTK m. 322'nin TTK m. 42/f. II'ye yaptığı atıf dolayısıyla anonim ortaklıklarda, ticaret unvanı ve bunun altına ortaklığı temsile yetkili olanlarca atılan imzalar, noterce onandıktan sonra ticaret sicili memuruna tevdi edilir. Ticaret sicili memuru da noterce onanmış imzalarla birlikte unvanı da tescil ve ilan eder<sup>29</sup>. Temsilciler imzalarını el ile atarlar. Kural olarak parmak basmak veya damga ve klişe ile imza atmak mümkün değildir. Ancak, BK m.14 uyarınca âlet vasıtasıyla atılan imza, istisnaen örf ve âdetçe kabul olunan hallerde ve çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lazım geldiğinde geçerli kabul edilir. Ayrıca BK.m.15'te imza atma iktidarından yoksun olan kişilerin imza yerine usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış bir işaret vazetmeye, yahut resmi bir şahadetname kullanmaya yetkili oldukları kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

## B- TEMSİL YETKİSİNİN SINIRLAMALARI

Ticaret Kanunumuz m. 321/f. II'de "temsil salahiyetinin tahdidi hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez" demek suretiyle temsil yetkisinin dış ilişkide sınırsız olduğunu kabul etmiş ve bir sonraki cümle ile de iki istisnai durumdan bahsetmiştir.

Bunlardan biri temsil yetkisine merkez ve şube işlerine yönelik olarak getirilen sınırlama, diğeri ise yetkinin müştereken kullanılmasına dair sınırlamadır. Söz konusu maddeye göre, sadece bu tarz sınırlamalar getirilebilmektedir ve bu sınırlamalar üçüncü kişilere karşı ancak tescil ve ilan edilmek suretiyle ileri sürülebilmektedir. Fakat, temsil yetkisine en genel sınırlama TTK m.137 ve TTK m. 321/f.I ile, maksat ve konu yönünden getirilmiştir.

29 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 302; ÇEVİK, s. 39; DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1981, s. 755,

30 von THUR Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, çev. Cevat EDEGE, Ankara 1983, s. 235; Bunun dışında imza atmasını bilmeyenler Noterlik Kanunu m. 93 uyarınca noterlerce veya HUMK m. 297 uyarınca buldukları yerin ihtiyar hey'etince ve maruf iki kişi tarafından tasdik ettirilmesi şartıyla parmak basabilirler veya mühür kullanabilirler. Âmâlar ise BK m. 14/f. III uyarınca, imzalarının notere tasdik ettirilmesi veya imza atıklarında muamelenin metnine vakıf olduklarının sabit olması halinde imzaları ile bağlanabileceklerdir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 119 vd; TEKİNAY Selâhattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 114 vd; BK m. 15'deki tasdik şartını ilke olarak noterlerin gerçekleştirebileceği, dolayısıyla HUMK m. 297'deki tasdik sadece işlemin yapıldığını ispat edeceği; yoksa işleme geçerlilik kazandırmayacağı, zira usule ilişkin bir kanunun, geçerlilik şartı olan yazılı şeklin nasıl gerçekleşeceğine dair kural getirmeye yetkili olamayacağı görüşü ve resmi senetleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Apdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme, (Şimdiye kadar yayınlanan fasiküllerden yararlanılmıştır) s. 227 vd.

## 1 - İşletme Konusu ve Maksadı Açısından Getirilen Sınırlama

Medeni haklardan istifade bir başka ifadeyle hak ehliyetinin sınırı, temsil yetkisinin de en geniş sınırını oluşturur. Medeni Kanunun 48. maddesine göre de tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında, bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Ticaret şirketlerinde bu sınır TTK m. 137’de, Ultra Vires nazariyesince çizilmiş, yani temsil yetkisinin ortaklık ana sözleşmesinde yazılı ortaklık konusu ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Anonim ortaklıklarda ise bu konu TTK m.137’ye nazaran özel bir düzenleme olan TTK m. 321/f. f’de düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile, anonim ortaklıkların temsilcilerinin “maksat ve mevzuu” içinde her nevi hukuki işleme yetkili buldukları belirtilerek, haklardan yararlanma ehliyetinin sınırı “maksat ve konu” ile çizilmiştir.

TTK m. 321/f. f’in TTK m. 137’den ayrılması doktrinde “konu”, “maksat” ve “gaye” terimlerinin anlamlarının tartışılmasına neden olmuş; bu terimlere farklı hukukçular tarafından farklı tanımlar getirilmiştir. HIRSCH gayeyi faaliyetin son hedefi ve mahiyeti olarak tanımlarken, maksadı doğrudan ulaşılmak istenen netice, mevzuu ise faaliyetin yol ve vasıtası olarak tarif etmiştir<sup>31</sup>. İMREGÜN<sup>32</sup> ise gayeyi, geniş anlamda kazanç sağlamak olarak tanımlarken ARSLANLI<sup>33</sup> gayenin kazanç sağlamak olmadığını ifade etmiş; ancak her iki yazar da maksadı, ortaklık faaliyetinin genel tanımı, mevzuu ise faaliyetin somut tarifi olarak belirtmişlerdir. Örneğin Arslanlı’nın verdiği bir misalde, ortaklık esas sözleşmesinde ortaklığın konusu nakliyat olarak belirtilmiş ise, nakliyat ortaklık maksadını, Ankara- İstanbul arası otobüs seferleri de ortaklık mevzuunu oluşturmaktadır.

Maksat ve konu terimleri tartışması, ortaklığın üçüncü şahıslarla yaptığı işlemlerle bağlanıp bağlanmayacağı açısından önem taşır.

ÇAMOĞLU, Türk Ticaret Kanunu’nun 321. maddesindeki ibarenin kanun koyucunun terim seçimindeki özensizliğinin sonucu olduğunu ileri sürerek, konu kavramının geniş yorumlanması gerektiğini; ortaklığın, sözleşmesinde gösterilen alanda faaliyette bulunarak kazanç sağlamak ve paylaşmak amacına ulaşabilmesi için gerekli bütün işlemlerin konu içinde sayılması gerektiğini belirtmiştir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> HIRSCH Ernest, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 186.

<sup>32</sup> İMREGÜN, A.O. , s. 39 vd; İMREGÜN, Ehliyet, s. 290 vd;

<sup>33</sup> ARSLANLI Halil, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960(Tahvil), s. 136 vd.

<sup>34</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 305 vd.

Yarg.11.HD.'de 23.03.1982 tarihli kararında “ bir ticari işletmenin kendi anasözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan kefalet akdinin de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan bir muameleden ibaret olduğu göz önünde tutulması zorunlu bulunmaktadır.” diyerek “aksi düşüncenin kabulünün ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebileceği” yönünde karar vermiştir<sup>35</sup>.

ARSLANLI, kanunda “maksat ve mevzu”denmesine rağmen, ehliyetin “mevzu” ile sınırlanmış olması gerektiğini, işletme mevzuu ile hukuki veya fiili irtibatı olduğu müddetçe her iş ve muamelenin temsil yetkisi sınırları içinde olduğunu kabul etmektedir<sup>36</sup>. ANSAY da “mevzu” nun geniş anlamda anlaşılması gerekliliğini kabul eden hukukçular arasındadır. Yazar mevzu ile doğrudan doğruya alâkası olmayıp dolaylı alâkası olan muamelelerde, hakim takdir serbestisine sahip olacağını, yapılan muamelenin ortaklık mevzuu ile yakınlık derecesini ve alâkadarların menfaatlerini tartarak neticeye varılması gerektiğini belirtir<sup>37</sup>.

İMREGÜN ise bu görüşlerden ayrılarak temsil yetkisinin kullanılabilmesi için bu işlemin konuya girmesinin yeterli olmadığını, ayrıca ortaklık maksadına da uyması gerektiğini, maksada aykırı işlemlerde medeni hakları kullanma ehliyetinin olmadığını kabul etmektedir. Yazar TTK m. 300 uyarınca ortaklığın maksadının da tescil edilmesi gerekeceğinden, üçüncü kişilerin, işlemin ortaklık maksadına girmediği, iyi niyetli oldukları iddialarının dinlenmeyeceğini, yapılan işlemin temsil yetkisi dışında olması nedeniyle yoklukla malul olacağını belirtmiştir<sup>38</sup>.

Temsil yetkisinin, sadece anonim ortaklığın esas sözleşmesinde belirtilen konu ile mi sınırlandırıldığı, yoksa maksadın da mı göz önüne alınması gerek-

<sup>35</sup> Yarg.11. HD., 23.3.1982, E. 82/851, K. 82/1225 (YKD. 1982 , S. 6, s. 820).

<sup>36</sup> ARSLANLI, Tahvil, s. 138 vd.

<sup>37</sup> ANSAY, A.Ş., s. 114 vd.

<sup>38</sup> İMREGÜN, A.O., s. 223 vd; İMREGÜN, Ehliyet, s. 294 vd; ÜLGEN, İMREGÜN'den farklı olarak maksat ve gaye terimlerini aynı anlamda, yani kazanç elde etmek ve paylaşmak olarak tanımlamış ve ticaret şirketlerinin ehliyetleri belirlenirken, yapılan işlemin ortaklık konusuna girmesinin yeterli olmadığını, işlemin ortaklık maksadına da uyması gerektiğini bir başka ifade ile kazanç elde etmek ve paylaşmak gayesine yönelik olarak gerçekleştirilmesinin aranacağını belirtmiştir. ÜLGEN, s. 1285 vd.



tiği konusunda doktrinde oluşan fikir ayrılığının yanında, ehliyet dışı yapılan işlemin akibetinin ne olacağı hakkında da bir fikir birliği söz konusu değildir. Bazı yazarlarca işlemin yok işlem<sup>39</sup> olduğu kabul edilirken, bazı yazarlar işlemin batıl<sup>40</sup> olduğunu ileri sürmüşler, diğer bazı yazarlar da gerçek kişinin ehliyet konusu ile tüzel kişinin ehliyet konusunun farklı olduğunu<sup>41</sup>, ticaret ortaklıklarında ehliyet düzenlemesinin sözleşmesel nitelik taşıdığını, böylece işlemin batıl sayılsa bile hukuken varlık kazanmış olması nedeniyle, ehliyetsizlik nedeninin ortadan kaldırılması şartıyla sağlığa kavuşturulabileceğini<sup>42</sup>, ortakların ve üçüncü şahısların menfaatleri olumsuz etkilenmediği sürece işlemi geçersiz saymanın amaca aykırı olacağını, bu nedenle de geçersizliği ancak bu kişilerin ileri sürebileceğini benimsemişlerdir<sup>43</sup>.

Kanaatimizce anonim şirket, esas sözleşmesinde yer alan işletme konusunu gerçekleştirebilecek işlemleri doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sağlayan faaliyetleri yapabilmeli, yani “konu” kelimesi dar anlamda algılanıp şirketin hukuki faaliyetlerine gereksiz yere engel olunmamalı, geniş yorumlanıp “şirketin imal veya istihsalı için yardımcı bir işlem veya girişim”<sup>44</sup> de iş-

39 Temsil yetkisini aşan işlemlerin yok işlem sayılması nedeniyle ortaklığın, vereceği icazetle işlemi geçerli hale getiremeyeceği, ana sözleşmesindeki konu maddesini değiştirip yapmak istediği işlemi kapsar hale getirdikten sonra işlemi yeniden yapması gerektiği görüşü için bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 99; İMREGÜN, A.O., s. 224 vd; İMREGÜN, Bilirkişi Raporları, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 123 vd; ÜLGEN, ticaret şirketlerinin işletme konularını aşan işlemlerinin, hak ehliyetlerinin dışında kaldıklarından dolayı yokluk müeyyidesi ile karşı karşıya olduğunu ifade etmektedir. ÜLGEN, s. 1288.

40 ANSAY Tuğrul, Anonim Şirketin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı (Karar), BATİDER, Mart 1966, C.III, S.3, s. 407-431.

41 Gerçek kişilerde ehliyetsizlik kamu düzeniyle ilgilidir; ancak ticaret ortaklıklarında getirilen ehliyet sınırlamaları (kamu düzeninden olan kanuni sınırlamalar hariç) ortaklığın, ortakların ve ortaklıkla ilişkiye girmiş bulunan 3. kişilerin menfaatlerini korumaya yöneliktir. Zira sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda ortaklık mevzuunun, bir başka ifade ile ortaklığın ehliyetinin sınırını içeren ana sözleşmenin değiştirilmesi ortaklara ait bir yetkidir; dolayısıyla sınırlama, bir yandan sözleşmesel nitelikte olup ortakların menfaatlerini korurken diğer yandan, ehliyet dışı işlemler sebebiyle ortaklığın sorumluluğuna gidilerek ortaklık malvarlığının azalması tehlikesine karşı, ortaklık alacaklılarını korur. KUNTALP Erden, Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11-12 Ocak 1985, s. 11 vd.

42 KUNTALP, yokluktan söz edebilmek için işlemin kurucu unsurlarının tamamlanmamış veya eksik bırakılmış olması gerektiğini, ehliyetsizlik halinde ise hukuki işlemin tamamlanmış bir hareket olarak ortaya çıktığını, dolayısıyla artık hukuki işlemi olmamış gibi kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. KUNTALP, s. 5 vd.

43 KUNTALP, s. 16, KARAYALÇIN'ın aynı yöndeki görüşü için bkz. s. 21 vd; KARAYALÇIN Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar II, 1975-1983, s. 78.

44 AKYAZAN Sıtkı, “Türk Ticaret Kanununun 137.maddesinin anlam ve kapsamı üzerine bir inceleme” BATİDER, Aralık 1974, C. VII, S. 4, s. 829-840; JdT 1971 I 376-377 (Karar için bkz. ÖÇAL Akar, Anonim Şirketlerle İlgili Federal Mahkeme Kararları(1960-1970), Ankara 1972, s. 128 vd; ÜLGEN, s. 1286 vd.

letme konusu içinde değerlendirilmelidir. Zira, şirket konusunun dar anlamda algılanması halinde, kişiler hukuki ilişkide buldukları şirketlerle yaptıkları sözleşmelerin bağlayıcı olmaması riski ile sıkça karşılaşabileceklerdir. Kişilerin katıldıkları hukuki işlemlerde geleceğe ilişkin kuşku ve duraksamaya düşmeleri ise işlem güvenliğinin ortadan kalkmasına, dolayısıyla da bu kişilerin riski üstlenmek yerine hukuki ilişkiye girmemeyi tercih etmelerine sebep olacak veya “konu” maddesine o işlemin de ilave edilmesinin istenmesi suretiyle ortaklığın ortaklık ana sözleşmesini değiştirmeye zorlanması gerekecektir.

Ehliyet dışı işleme gelince, Alman ve İsviçre hukuklarında<sup>45</sup> ortaklık konusu dışında işlem yapan idarecilerin yetkilerini aşarak yaptıkları muameleler geçerli kabul edilmiştir. Bu konuda Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 9 Mart 1968 tarihli yönergesi ile de üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla ortaklığın temsilcilerinin yaptığı işlemlerin bağlayıcılığına güvenilmesinin gerektiği, dolayısıyla 3. kişilerin muamelelerin ortaklığın faaliyet konusu dışında olduğunu bildiği veya hâlin icabından bilmemelerinin mümkün olmayacağı ispat edilmedikçe<sup>46</sup> işlemin geçerli olduğu ifade edilmiştir<sup>47</sup>.

Kanımızca anonim ortaklığın ehliyetini düzenleyen TTK m. 137 hükmünün, ortaklık faaliyetlerinin ülke ekonomisini etkilemeleri sebebiyle kamu düzeni ile ilgili olduğunu savunmak, özel teşebbüs kurma serbestisini ifade eden Anayasa'nın 48. maddesi ve ortaklıkların kuruluşunda normatif sistemi benimseyen<sup>48</sup> Ticaret Kanunumuzun genel yapısı ve yaklaşımı karşısında göz

<sup>45</sup> AKEV, s. 76 vd.

<sup>46</sup> Ortaklık ana sözleşmesinin ilân ediliyor olması üçüncü kişilerin durumu bilmeleri veya bilmeleri gerekmesi bakımından tek başına yeterli bir delil olarak kabul edilmemiştir. Bkz. KENDİGELEN Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 520 vd.

<sup>47</sup> Ancak yönergenin 9. maddesinin devamında üye devletlere yapacakları düzenlemelerle organların temsil yetkilerini faaliyet konusu ile sınırlandırabilme imkânı da tanınmıştır. KENDİGELEN, s. 510 vd; TEKİNALP Ünal, 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 45 vd; [www.eureptr.org.tr](http://www.eureptr.org.tr) Document 368L0151; KARAYALÇIN Yaşar, Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985, s. 103 vd; İngiltere European Communities Act 1972 ve Companies Act 1985 (section 85) ve 1989 (section 108-112) ile anılan yönergeye uygun değişiklikleri gerçekleştirerek ultra vires'i kaldırmıştır. Bkz. Eilis Ferran, Company Law and Corporate Finance, Oxford 1999, s. 83 vd. ( POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 99'dan naklen).

<sup>48</sup> Her ne kadar Türk Ticaret Kanununun, 17.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4884 sayılı kanunla (RG, 17.06.2003, S. 25141) değişik 273. maddesinde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanan tebliğle faaliyet alanı tesbit ve ilân edilecek şirketlerin Bakanlığın izni ile kurulacağı ve söz konusu şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinin de Bakanlığın iznine tâbi olacağı ifade edilip, bunlar dışındaki anonim şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine tâbi olmadığı belirtilmiş olsa da, kanaatimizce, serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği bir sistemde Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, kanun değişikliğinden önce de olduğu gibi, emredici kurallara aykırılık dışında başkaca bir değer-

önüne alındığında pek mümkün olmayacaktır. Zira tüzel kişilerin ehliyetini düzenleyen MK m. 50 ile birlikte ele alınması gereken TTK m. 271/f.I uyarınca, anonim ortaklıklar, esas sözleşmelerinin kanunda tespit edilen kuralara uygun olması koşuluyla, kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konu için kurulabileceklerdir. Ayrıca, ortaklık genel kurulunca yapılacak ana sözleşme değişikliği ile ortaklığın konusu ve böylece ehliyetinin kapsamı genişletilebilecek veya daraltılabilecektir. Söz konusu yetkinin genel kurula ait olması ve kararın ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabı ile alınabilmesi de, ehliyete ilişkin sınırlama ile gerek ortaklığın, gerek ortaklığın konusunu göze alarak şirkete katılan ortakların ve gerekse ortaklıkla ilişkiye giren üçüncü şahısların menfaatinin korunmak istendiğini göstermektedir.

Ehliyeti düzenleyen hüküm ile korunmak istenen menfaatin tespiti, ehliyet dışı işlemin akıbetinin ne olması gerektiği belirlenirken önem taşıyacaktır. Nitekim Medeni Kanun, ehliyetsizliğin yaptırımını kesin hükümsüzlük (butlan)<sup>49</sup> olarak belirlemiştir. Kesin hükümsüzlük, hukuki işlemin kurucu unsurlarının (irade beyanı veya irade beyanı yerini tutan bir davranış) mevcut olmasına rağmen, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemesi halinde söz konusu olur. Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından, her zaman ileri sürülebileceği gibi; hiç kimsenin ileri sürmemesi halinde dava dosyasından anlaşılması durumunda hakim tarafından da re'sen göz önüne alınır. İşlemin geçersiz kılınabilmesi için dava açılmasına gerek yoktur. İşleme sonradan sağlık kazandırılması

---

lendirme yapması söz konusu olmamalıdır. Zira, Bakanlık tarafından 25 Temmuz 2003 tarihli ve 25179 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, "*Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ/İç Ticaret: 2003/3*" başlıklı düzenlemenin 5. maddesinde, Bankaların, özel finans kurumlarının, holdinglerin, sigorta, finansal kiralama, faktoring şirketlerinin, döviz bürosu işleten, umumi mağazacılıkla uğraşan, Sermaye Piyasası Kanununa tâbi ve halka açık şirketlerin ve serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve ana sözleşme değişiklikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır. Fakat ne kanunun gerekçesinde, ne de tebliğde Bakanlığın iznine tâbi olan şirketlere ilişkin bu listenin hangi kriterlere göre oluşturulduğu ve söz konusu şirketlere yönelik izin mekanizması öngörülmeyle hangi amacın izlendiği belirtilmemiştir. Bu şirketler arasında ortak karakter özelliği ve benzerlik bulunup bulunmadığı araştırıldığında da kesin bir yargıya varılamamaktadır. Bununla birlikte şirketlerin hepsinin finans ağırlıklı şirketler olduğu dikkat çekmektedir. Madde ile ilgili bir diğer sorun da, söz konusu şirketlerin sınırlı sayıda olup olmadığıdır. Belirtmek gerekir ki, ilgili tebliğ ile getirilen söz konusu hüküm, TTK'nın 273. maddesine istisna getiren bir hükümdür. Genel kurallara istisna getiren hükümlerin yorum yoluyla genişletilmesi mümkün olmayacağından, tebliğin 5. maddesinde belirtilen şirketlerin sınırlı sayıda olduğunu kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla, listenin dışında kalan şirketlerin, sonradan yorum yoluyla listeye dahil edilerek, kuruluşlarının ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine tabi olduğu ileri sürülemeyecektir.

<sup>49</sup> OĞUZMAN Kemal/ BARLAS Nami, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 10. bası, İstanbul 2003, s. 144 vd.

da mümkün değildir. İşlemin geçerli bir şekilde tekrar yapılması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, istisnai hallerde kesin hükümsüz işlemi ayakta tutmak mümkün olabilmektedir. Bunlardan biri, kesin hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması, diğeri ise kesin hükümsüz işlemin kendisine yakın gaye güden başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıması ve tarafların da yaptıkları işlemin geçersizliğini bilmiş olsalardı diğer işlemi yapacaklarının kabul edilebilmesi halinde, işlemin geçerlilik şartları gerçekleşmiş işleme dönüştürülmesi, kısaca “tahvil” müessesesidir<sup>50</sup>.

Anonim ortaklığın ehliyeti dışında, üçüncü kişilerle giriştiği işlemlerde kurucu unsur mevcuttur. Bu sebeple, ortada bir irade ve bunun doğrultusunda gerçekleştirilmiş bir hukuki işlem varken kurucu unsur eksikliğinin yaptırımını olarak kabul edilen yokluktan bahsetmek hukuken doğru olmayacaktır. Ayrıca, ehliyet dışı işlemin yok işlem olduğunun kabul edilmesi ile gerek ortaklık, gerekse onunla işleme girişen üçüncü kişiler bakımından suiistimâl edilmeye uygun bir ortam yaratılmış olacaktır. Gerçi yok işlem için de yukarıda kesin hükümsüzlük hâli için söylediğimiz esaslar aynen geçerlidir. Ancak, yok işlemin hüküm doğurması hiç bir zaman söz konusu değilken, kesin hükümsüzlüğün, hükümsüzlük olgusunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde veya tahvil müessesesi ile ayakta tutulabilmesi yine de belirli şartlarla mümkün olabilmektedir. Böylece, “yokluk” yerine “kesin hükümsüzlük” yaptırımının kabulü ile, bir yandan dürüstlük kuralı istinası sayesinde suiistimallerin önüne geçme imkânı elde edilmiş olunacak; diğer yandan da tahvil müessesesiyle sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi de göz önüne alınarak, tarafların ekonomik hayatın hareketliliğine, hızına ayak uydurmaları sağlanmış olacaktır.

Aslında, Medeni Kanunumuzda tüzel kişiliğin niteliği açısından gerçek kişilik teorisinin etkili olduğunun kabul edildiği<sup>51</sup> düşünüldüğünde tüzel kişiliğe sahip ticaret ortaklıklarının ehliyetlerinde de bir sınırlama olmaması, ortaklığın işletme konusu kapsamı dışında kalsa dahi gerçekleştirdiği hukuki işlemlerle bağlanması gerekmektedir. Ancak, amaçsal yorumla böyle bir sonuca ulaşmak ve korunması gereken menfaat sahiplerine, menfaatlerinin

<sup>50</sup> Bu konularda detaylı bilgi için bkz. KANETİ Selim, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972; ESENER Turhan, Hukuki Muamelelerde Tahvil, AÜHF 1959, C. XVI, S. 1-4, s. 234-259; OĞUZMAN/BARLAS, s. 146; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. bası, İstanbul 2001, s. 274 vd.

<sup>51</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 170 vd; AKÜNAL, s. 15 vd. Tüzel kişiler sosyal ihtiyaçların cevaplandırılması için kendiliğinden meydana gelen, gerçekte var olan doğal ve fiili varlıklardır. Hukuk düzeni tarafından yaratılmamakta, hukuk düzenince onlara sadece hukuki kişilik tanınmaktadır. Dolayısıyla kurulmaları için de idari makamdan izin alınması gerekmemektedir. Hak ehliyetleri de tüzel kişilerin mahiyetlerinden kaynaklanan özel farklılıklar dışında, gerçek kişilerin ehliyetlerine eşit olmalıdır. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 524 vd.

zedelenmesi halinde iptal hakkını tanımak, Ticaret Kanunumuzdaki mevcut hükümler sebebiyle mümkün olamayacaktır. Zira, böyle bir durumda iptal hakkına kimlerin sahip olduğu ve iptal hakkının hangi süreler içinde kullanılacağı önem taşıyacaktır. Oysa Ticaret Kanunu'muzda bunlara ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla, yapılan hukuki işlemin akibeti önceden kesin olarak bilinemeyeceğinden belirsiz kalacak ve bu yüzden hukuki güvenlik zedelenecek; ortaklık veya ortaklıkla ilişkiye giren üçüncü kişiler işlemin her an iptal edilebileceği tehlikesi ile karşı karşıya kalmak yerine o işlemi yapmamayı tercih edeceklerdir. Bu sebeple en kısa zamanda ticaret ortaklıklarının ehliyetini ortaklık konusu ile sınırlayan düzenlemeyi kaldırarak veya amaçsal yorumla ulaşılan sonucu temellendirecek, mevcut düzenlemenin sakıncalarını ortadan kaldırarak yeni bir düzenlemenin getirilmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

## 2 - Kişi ve Yer Yönünden Öngörülen Sınırlama

### a - Temsil Yetkisinin Merkeze veya Şubeye Hasredilmesi

Temsil yetkisi kapsamındaki işlemler TTK m. 322/f. II uyarınca merkez veya şube itibariyle bölünebilme ve belirli bir birime hasredilebilme imkânına sahiptir. Burada temsil yetkisinin yer itibariyle sınırlandırılması söz konusudur<sup>52</sup>.

Böyle bir sınırlamanın üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesi için tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Sınırlama bakımından önemli olan, yetkili kılınan birimin hukuken şube niteliği taşıyıp taşımadığının tesbit edilebilmesidir. Çünkü temsil yetkisinin hasredildiği yerin hukuken şube sayıldığı kabul edilirse, temsil yetkisinin tahdidi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyecektir. Ancak iç ilişkide merkeze tâbi olma ve dış ilişkilerde serbesti, ayrı mekan ve idare yapısı söz konusu olduğu takdirde hukuken bir şubenin varlığından bahsedilebilecek<sup>53</sup> ve temsil yetkisinin tahdidi tescil ve ilan edilmek suretiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir.

<sup>52</sup> "... Banka yönetim kurulunca 11.1.1965 ve 26.1.1995 tarihli kararlar ile şube müdürlerine temsil yetkisinin verilmiş olması da gözetilerek işin esasına girilmek suretiyle inceleme ve araştırma yapılarak varılacak uygun sonuç dairesinde karar verilmesi gerekirken, davacı banka şubesinin taraf ehliyeti olmadığından bahisle davanın reddi doğru olmayıp ve hükmün bu nedenlerle onandığı anlaşıldığından, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir..." Yarg.19.HD., 21.12.1998 t., E. 1998/6846, K. 1998/7793 (Yasa H. D., Mart 2000/3, Y. 23, C. 19, S. 220, s. 419.

<sup>53</sup> AKEV, s. 89. Her ne kadar şube dış ilişkilerde, bir başka ifade ile bir hukuki işlemi kendi başına yapıp yapmamakta, hukuki işlemin tarafını seçmekte veya işlemin koşullarını kararlaştırmakta serbest olsa da merkez işletme nam ve hesabına hareket etmeye mecbur olduğundan bağımsız bir hukuk süjesi olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla şubenin kâr ve zararı, malvarlığı, işletme politikası(istisnai haller hariç), teşkilatlanması merkeze aittir. Ayrıca şubenin merkezle aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olması gerekmektedir. GÖLE Ce-

Bunun dışında gerçekleştirilecek sınırlandırmalar tescil edilemeyecek, edilseler dahi iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir<sup>54</sup>. Üçüncü kişilere karşı ancak, kendilerinin müspet olarak vakıf buldukları sınırlandırmalar ileri sürülebilecektir.

### *b - Birlikte Temsil Rejiminin Öngörülmesi*

Ticaret Kanunumuzun 321. maddesinin III. fıkrasında aksine hüküm bulunmadığı hallerde çifte temsil esası kabul edilmiştir. Söz konusu hükme göre, birlikte temsil iki veya daha fazla kişinin birlikte hareket etmesini gerektirmektedir. Birlikte temsilde temsilcilerin daha önce de belirttiğimiz üzere aynı anda hareket etmeleri gerekmemektedir. Temsilciler ayrı zamanlarda iradelerini açıklayabileceklerdir.

Burada önemli olan temsilcilerden birinin diğerine tek başına hareket etmek üzere yetki verip veremeyeceğidir. Kanımızca ortaklıklarda temsil yetkisi ortaklığın organları aracılığıyla kullanılacağından, yönetim kurulu üyesi olup yetkili kılınanlar organ sıfatıyla hareket edeceklerdir. Bu durumda da yönetim kurulu üyelerinden birinin organın yetkilerini, yetki devrini içeren bir temsil belgesi ile başkasına devretmesi mümkün olmayacaktır. Bunun dışında yönetim kurulu üyelerinin, istisnai durumlar hariç, ortaklığın temsilini bir başka organa ya da kişi veya kişilere devretmesi de mümkün değildir. Zira taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe ortaklık ve yönetim kurulu üyeleri arasında vekâlet ilişkisi bulunduğu kabul edilir<sup>55</sup>. Hukuken vekil konumundaki yönetim kuruluna yasa tarafından tanınan temsil yetkisinin, üyeler tarafından şahsen kullanılması gerekir<sup>56</sup>. Vekâlet ilişkisi güven ilişkisine dayanmakta olup, vekilin kişiliği önem kazanmaktadır. Vekil işi sadakat ve özenle ifa borcu altına girmektedir<sup>57</sup>. Nitekim vekilin so-

lâl, Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu, Prof. Dr. E. HİRSCH'in Hâtıra-sına Armağan, Ankara 1986, s. 185 vd.

54 Yarg.11.HD., 29.6.1982, E. 2638/K. 3181: Ortaklığı temsil yetkisi ancak Türk Ticaret Kanununun öngördüğü hallerde sınırlandırılabilir. Bunun dışındaki sınırlandırmalar tescil ve ilan edilse dahi iyi niyetli üçüncü kişilerin hukukunu etkilemez (ERİŞ, A.Ş., s. 236) .

55 TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku , Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 7, 1995 –1996, İstanbul 1997, s. 82 vd; ARSLANLI, Tahvil, s. 108; İMREGÜN, A.O., s. 202; TEKİL, s. 182 vd;

56 TEOMAN, Kitap 7, s. 76 vd.

57 Vekâlet sözleşmesi tarafların karşılıklı güvenine dayandığı için vekilin borçları da bu güven unsurundan doğmaktadır. Kendisine karşı duyulan güven vekile, sadakat ve özen ile ifa borcu yüklemektedir. Vekil sadakat borcu gereği, işini gördüğü kişinin menfaat ve iradesine uygun hareket etmek, ona zarar verici davranışlardan kaçınmak durumundadır. Özen borcu gereği ise vekil, hedeflenen sonucun başarılı olması için, işlerin genel akışına göre gerekli girişimlerde ve davranışlarda bulunmak ve sonucun gerçekleşmesini engelleyecek davranışlardan kaçınmak yükümlülüğü altındadır. TANDOĞAN Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstisna (Eser)ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Genişletilmiş 3. bası, Ankara 1987, s. 406 vd.

rumluluğu, BK m. 390/ f. I'in BK m. 321'e yaptığı atıf dolayısıyla işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tâbi tutulmuş ve vekilin göstereceği özenin derecesi objektif ve sübjektif kıstaslara bağlanmıştır<sup>58</sup>. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin vekil sıfatı ile özen ve sadakat borcuna uygun olarak işi şahsen görme borçları söz konusudur<sup>59</sup>.

Belirtmek gerekir ki, TTK m. 319/f. II'de esas sözleşme ile temsil yetkisinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını yönetim kurulu üyesi olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için genel kurula veya yönetim kuruluna yetki verilebileceği, esas sözleşmede bu gibi kayıtlar yoksa TTK m. 317 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir.

Kısaca, ortaklığın ana sözleşmesinde yönetim kuruluna veya genel kurula temsil yetkisinin devri imkânı tanıyan bir hüküm getirilmedikçe temsil yetkisi yönetim kurulunca kullanılacak, bunun dışında söz konusu yetki devredilemeyecektir<sup>60</sup>. Temsil yetkisi için murahhas müdür seçilmiş ise, yönetim kurulu üyelerinden birinin de temsil yetkisine sahip olması gerekecektir.

Bütün bunların yanında birlikte temsil esası sadece aktif temsil için söz konusudur. Pasif temsilde 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 12. maddesinin I. fıkrası ve Tebligat Tüzüğü'nün 17. maddesinin I. fıkrası uyarınca tüzel kişilerde birden fazla temsilci söz konusu ise bunlardan herhangi birine tebligatın yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu durumda temsilcilerden yalnızca birine yapılan tebligat ile ortaklık evrakı tebellüğ etmiş sayılacak, diğer temsilcilere tebliğe gerek kalmayacaktır.

<sup>58</sup> Sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, vekâletin ücretli olup olmaması, zorluğu, gerektirdiği bilgi derecesi objektif kıstası belirlerken, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi ve yetenekleri sübjektif kıstasın belirlenmesinde rol oynar. Ancak belirtmek gerekir ki, mesleki uzmanlığa veya bedenî yeteneğe dayanan vekâlet sözleşmelerinde sübjektif kıstasın vekilin özen derecesini belirlemesi isabetli görülmemektedir. TANDOĞAN, s. 410 vd.

<sup>59</sup> Yargıtay 12. HD., süresi sona eren yönetim kurulunun, aksine hüküm bulunmaması halinde süreleri dolsa bile yeni yönetim kurulu seçilene kadar görevlerine devam edeceğini ifade ederek, yeni yönetim kurulu seçilmeden önce ortaklığı tek başına temsile yetkili olan yönetim kurulu üyesinin, vekâletname ile şirketi tek başına temsilen çek keşide etme yetkisi verdiği kişinin keşide ettiği çekten dolayı ortaklığın sorumlu tutulması gerektiğini belirterek, karar düzeltme istemini kabul etmiştir. Oysa kararın, TTK m. 319 ve m. 317 de göz önüne alınarak temsil yetkisinin vekâletname ile devredilip edilemeyeceğine dair bir incelemeye de tabi tutulduktan sonra verilmesi gerekirken, Yargıtay bu hususa hiç değinmemiştir. Yarg.12.HD., 24.6.1998 t., E. 1998/4066, K. 1998/7731, Yargı Dünyası, Ekim 1998, s. 34, s. 104 vd.

<sup>60</sup> AKEV, s. 89.

### 3 - Kanunda Öngörülen Diğer Sınırlamalar

Türk Ticaret Kanunu bazı başka hükümlerinde de kanun veya esas sözleşme ile tespit edilen temsil yetkisine yönelik birtakım sınırlamalar getirmiştir.

TTK m. 310'da ortaklığın tescilinden itibaren ilk dört yıl süresince temsilcilerin sulh ve ibra anlaşması imzalamaya yetkisi olmadığı, dört yılın geçmesinden sonra da bu hususa yönelik temsil yetkisinin ancak genel kurulun iştrakiyle kullanılabilceği belirtilmiştir<sup>61</sup>.

Yine, TTK m. 341/f. II uyarınca yönetim kurulunun sorumluluğunun dava edilmesinde ortaklığın denetçiler tarafından temsil edilmesi gerekeceği belirtilerek, kanun ve esas sözleşme ile tespit edilen temsil yetkisine sınır getirilmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hükmün sadece lafzına uygun olarak değil amacının da göz önüne alınarak yorumlanması gerektiğini kabul eden yazarlar vardır. Söz konusu yazarlara göre, dava açılması sırasında görev başında olan yönetim kurulunun temsil yetkisi devam etmektedir. Eski yönetim kurulu tamamen değiştirilmişse davanın yeni yönetim kurulu tarafından açılabilmesi gerekmektedir. Sorumluluk davasının denetçiler tarafından açılması ancak aleyhlerine dava açılacak yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin devam etmesi halinde söz konusu olabilecektir<sup>62</sup>.

Kanunda temsil yetkisinin sınırlandırılmasını öngören bir başka hüküm de ortaklığın tasfiyesi halinde tasfiye işlerinin tasfiye memurlarınca yürütülmesi gerektiğini düzenleyen TTK m. 440 ve devamı hükümlerdir. Tasfiye memurları yasal olarak görevlendirilebilecekleri gibi esas sözleşmeyle, genel kurul kararı ile veya mahkeme kararı ile de atanabilirler. Bu sebeple, TTK m. 441 uyarınca yönetim kurulu, ancak esas mukavele ve genel kurul kararıyla ayrıca tasfiye memuru tayin edilemediği durumlarda tasfiye işlerini yürütmekle görevli olacaktır.

<sup>61</sup> DOMANIÇ, s. 526 vd.

<sup>62</sup> Ortaklığın dava hakkı ortaklığın iflâsı halinde iflâs idaresi tarafından, iflâs dışındaki tasfiye halinde ise tasfiye memurları tarafından kullanılacaktır. İMREGÜN, A.O., s. 247 vd; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 330 vd; ARSLAN halen görevi başında olan yönetim kurulu üyelerinden sadece birine veya birkaçına karşı dava açılması halinde, hakkında dava açılmayan yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkilerini kullanabilmeleri, davayı açabilmeleri gerektiğini kabul etmektedir. ARSLAN İbrahim, Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili Sorunu, Ticaret ve Yargı Kararları Sempozyumu, Ankara 1999, s. 129 vd; Aynı yöndeki görüşleri için bkz. HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. bası, İstanbul 2001, s. 113 vd.



## SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere anonim ortaklığın kanuni temsilcisi yönetim kuruludur; fakat TTK m. 319, esas sözleşmede belirtilmek kaydı ile kanuni temsil usulünden farklı bir temsil usulü kabul edilebilmesi imkânı getirmiştir. Önemli olan, temsile yetkili kişilerin temsil yetkilerinin sınırının belirlenmesidir. Zira temsil yetkisi görüldüğü gibi esas itibarıyla dış ilişkiye yönelik bir yetkidir. Bu nedenle de üçüncü kişilerin menfaatleri göz önüne alınmak durumundadır.

Üçüncü şahıslar, ortaklığın, kendileri ile giriştiği işlemlerle hukuken bağlanıp bağlanamayacağını ancak ortaklığın temsil yetkisinin sınırlarını önceden bilmeleri halinde anlayabileceklerdir. Ortaklığın mevzuu temsil yetkisine getirilen en geniş sınırlamadır. Ortaklığın konusu dışında kalan hususlarda yapılan işlemler, doktrindeki yazarların çoğunluğu tarafından, TTK m.137'nin hak ehliyetine bir sınırlama getirdiği gerekçesiyle yok işlem olarak kabul edilmektedir. Ancak biz, anonim şirketin giriştiği işlemlerde bir irade ve bunun doğrultusunda gerçekleşmiş bir hukuki işlem varken kurucu unsur eksikliğinin yaptırımı olan yokluktan bahsedilemeyeceğini, bu durumda kesin hükümsüzlüğün söz konusu olacağını, böylece hakkın kötüye kullanılması yasağı ve tahvil müessesesi aracılığı ile ehliyetsizlik sebebiyle ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önleneyeceğini, fakat en kısa zamanda ortaklıkların ehliyetini ortaklık konusu ile sınırlayan düzenlemenin kaldırılması gerektiğini kabul etmekteyiz.

Temsil yetkisinin kural olarak konu içinde sınırlandırılması mümkün değildir; üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması gerektiği düşüncesiyle öz yönünden temsil yetkisine bir sınırlandırma getirilmesi mümkün görülmemiştir. Temsil yetkisinin ancak yer itibarıyla ve çift imza esasına göre bir sınırlandırmaya tâbi olması kabul edilmiştir. Bu tür sınırlandırmaların iyi niyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesi için de tescil ve ilanları şart kılınmıştır. Belirtilen bu sınırlandırmalar dışında temsil yetkisine bir sınırlandırma getirilemeyecektir. Ticaret siciline ancak yasanın izin verdiği veya mecbur kıldığı hususlar tescil edilebileceğinden, bu tür sınırlamalar ortaklık tarafından öngörülse dahi, bunların tescili talebi sicil memuru tarafından reddedilecek; hatta bunlar yanlışlıkla tescil ve ilan edilseler dahi iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez, tescil üçüncü şahısların iyi niyetlerini ortadan kaldırmaya yetmeyecektir.

### KAYNAKÇA

- AKEV Sahir Talat, Türk Ticaret Kanunu'nun 321. maddesindeki Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, II, Ankara 1985.
- AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, Yenilenmiş 4. bası, İstanbul 2002.
- AKÜNAL Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. Bası, İstanbul 1995.
- AKYAZAN Sıtkı, "Türk Ticaret Kanununun 137.maddesinin anlam ve kapsamı üzerine bir inceleme" BATİDER, Aralık 1974, C. VII, S. 4, s. 829-840.
- ANSAY Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku(A.Ş), Ankara 1982.
- ANSAY Tuğrul, Anonim Şirketin Ehliyeti ,İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı (Karar), BATİDER, Mart 1966, C.III, S.3, s. 407-431.
- ARSLAN İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması (Yönetim Yetkisi), Konya 1994.
- ARSLAN İbrahim, Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili Sorunu, Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu, Ankara 1999, s. 119- 133.
- ARSLANLI Halil., Anonim Şirketlerde İnfisahın Hukuki Neticeleri(İnfisah), BATİDER Ocak 1962, C. 1, S. 39, s. 301-319.
- ARSLANLI Halil, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960 (A.Ş.).
- ÇEVİK Orhan, Anonim Şirketler,Ankara 1976.
- DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1981.
- DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi II, İstanbul 1988 .
- ERİŞ Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.

- ERİŞ Gönen, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, I. Cilt (Ticari İşletme), Ankara 1992.
- GÖLE Celâl, Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu, Prof. Dr. E. HİRSCH'in Hâtırasına Armağan, Ankara 1986.
- HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1985.
- HİRSCH Ernest, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.
- İMREGÜN Oğuz, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili (Ehliyet), II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962.
- İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklar(A.Ş.), 4. Bası, İstanbul 1989.
- İMREGÜN Oğuz, Bilirkişi Raporları, 1971-1982, İstanbul 2000.
- KARAHAN Sami, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998.
- KARAYALÇIN Yaşar, Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985.
- KARAYALÇIN Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler "Hukuki Mütalâalar, VI, Ankara 1975.
- KARAYALÇIN Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalâalar II, 1975-1983.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme, (Şimdiye kadar yayınlanan fasiküllerden yararlanılmıştır).
- KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Hukukta Tüzel Kişiler, İstanbul 1967.
- KUNTALP Erden, Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti , Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11-12 Ocak 1985, s. 5-17.
- OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar-Temel Kavramlar, 10. bası, İstanbul 2003.
- OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/OKTAY Saibe, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7. Bası, İstanbul 2002.

- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.
- ÖÇAL Akar, Anonim Şirketlerle İlgili Federal Mahkeme Kararları(1960-1970), Ankara 1972.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.Bası, İstanbul 2000
- TANDOĞAN Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstisna (Eser)ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Genişletilmiş 3. bası, Ankara 1987.
- von THUR Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, çev. Cevat EDEGE, Ankara 1983.
- TEKİL Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998.
- TEKİNALP Ünal, 40.Yilinda Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993
- TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, K. 7, 1995 –1996, İstanbul 1997.
- TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki mütalâalar, Kitap I,1989 –1991, İstanbul 1992.
- ÜLGEN Hüseyin, Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti, Prof. Dr. M. Kemâl OĞUZMAN Anısına Armağan, İstanbul 2000.

# FIDUCIA CUM CREDITORE

Ar. Gör. Başak Karaman\*

## PLAN

- I- FIDUCIA'NIN TANIMLANMASI VE KAYNAKLARI
- II- FIDUCIA'NIN UYGULAMA ALANLARINA GENEL BAKIŞ
- III- FIDUCIA' NIN CONTRACTUS OLUP OLMADIĞI MESELESİ
- IV- FIDUCIA CUM CREDITORE:

## A- AKDİN MEYDANA GELMESİ VE UNSURLARI:

- 1-Devir Muamelesi
- 2-Pactum Fiduciae

## B- FIDUCIA CUM CREDITORE'DEN DOĞAN HAKLAR VE BORÇLAR:

- 1- Fiducia Alanın Hak ve Borçları:
  - Fiducia Cum Creditore Ve Lex Commissoria
  - Ius Vendendi
- 2- Fiducia Veren'in Hak ve Borçları:

## C- FIDUCIA CUM CREDITORE' DEN DOĞAN DAVALAR VE SORUMLULUK:

## V. FIDUCIA CUM CREDITORE'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ:

### I. FIDUCIA'NIN TANIMLANMASI VE KAYNAKLARI

*Fiducia*, taraflardan birinin bir *pactum fiduciae* ile düzenlenen şekillerde iade veya bir yere tahsis etme borcu altına girerek diğerinden *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir malın mülkiyetini ve her zaman için böyle olmamakla birlikte zilyedliğini de; devraldığı bir hukuki muamele idi<sup>1</sup>.

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> DI MARZO S.(Çev. Ziya Umur): Roma Hukuku,II. Baskı, İstanbul 1959, s. 409-410; UMUR Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s. 74; AYYILDIZ H.: Roma Hukukunda Aynı Temi-

Modern hukuklardaki inançlı muamelelerin<sup>2</sup> kaynağını oluşturan *fiducia*, “itimat etmek, inanmak” anlamını taşıyan *fides*<sup>3</sup>ten gelmektedir<sup>4</sup>. *Fiducia*’ya yönelik hukuki kaynaklara Gaius’un *Institutiones*’inde; *usureceptio*<sup>5</sup> bahsinde ve *actiones*<sup>6</sup> ve *iudicia*<sup>7</sup> arasındaki farklardan bahsedilirken kazara da olsa rastlanmaktadır. Paulus’un *Sententiae*’sinde dağınık bir şekilde *fiducia*’nın yapısı ve rejiminden bahsedilir. Bununla birlikte *fiducia*’ya yönelik bir kaç işaret, *Collatio Legum Mosaicarum Et Romanarum*<sup>8</sup>, *Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti*<sup>9</sup> ve *Fragmenta Vaticana*<sup>10</sup> aracılığı ile klasik

nat, Yayınlanmamış Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989, s. 1; GOEBEL R.J.: Reconstructing The Roman Law Of Real Security, Tulane Law Review, Volume XXXV, Tulane University, New Orleans, Louisiana, 1960-1961, s. 29

- 2 İnançlı muamelelerle, inanan adı verilen şahsın ,teminat oluşturmak veya idare olunmak üzere öalvarlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amaçları hedefleyen alışılmış hukukî muamelelerden daha güçlü bir hukukî durum yaratmak amacıyla inanılan adı verilen kişiye inançlı olarak kazandırması anlaşılır. (ÖZSUNAY E.:Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968,s.1)
- 3 *fides, ei, (dişi)*: 1-fiducia, inanç, bir şeye inanma, 2-sadakat, inanç,dürüstlük, doğruluk, samimiyet, bilinç, 3-otorite, hatıra, gelenek, 4-güvenmek, yemin, zorunluluk, söz vermek, CASTIGLIONI L./MARIOTTI S.: Il Vocabolario Della Lingua Latina, Miano 1990, s. 395, 396.
- 4 RADO T.: Roma Hukuku dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 88.
- 5 *Usureceptio*; klasik hukukta, hukuki sebebe (*iusta causa*) ve hüsnüniyete (*bona fides*) ihtiyaç göstermeyen özel olarak düzenlenmiş bir zamanaşımıyla iktisap şeklidir. *Usu recipere* zilyedlikle iktisap etme anlamına gelir. *Fiducia* verenin teminat konusu olan malın zilyedliğini elinde bulundurursa, *usureceptio*’ya dayanarak bir senenin geçmesiyle mala tekrar malik olurdu. (DI MARZO, 410; UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 219; ERDOĞMUŞ B.: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1997, s. 111)
- 6 *Actio*’nun çoğuludur. Dava hakkı, kişinin adli makamlar önünde kendisine ait olan bir malı, bir hakkı ya da bir alacağını talep edebilmesi, dava anlamlarında kullanılır. Klasik devir öncesinde, taraflar belirli şekillere uyarak iddialarını ileri sürmeleri; klasik devirde, belirli hukuki durumların nasıl cezalandırılacaklarını gösteren *formula*’lara dayanan bir hukuk usulü şeklinde görünmekteydi ve postklasik devirde kişinin kendisine ait bir malı ya da kendisine borçlu olan kişideki alacağını adalet huzurunda talep edebilmesi hakkı idi. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 2)
- 7 *Iudicium*’un çoğuludur. *Formula*;dava;davanın hakim önünde meydana gelen kısmı; incelenmek üzere hakime sunulmuş meselelerin heyeti umumiyesi; hakimnin kararı gibi bir çok anlama gelebilirdi *Formula* usulü zamanında *iudicium*, davanın tespitinden (*litis contestatio*) sonraki kısma verilen addı. (UMUR,Roma Hukuku Lügatı, 97)
- 8 Kimliği bilinmeyen bir din adamı tarafından M.S IV. yy.’nin sonlarında yazılmış olan ve Tevratteki bazı hukuk kuralları ile, roma hukukundaki bazı kuralları karşılaştıran bir esere verilen isim. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 39)
- 9 V. yy.’nin sonu veya VI. yy.’nin başlarında yazılmış Cuiacius’ un, Eski hukukçuların istişareleri olarak verdiği isimle anılan bu eser, bir hukukçunun uygulamacılara verdiği cevaplardan oluşur. Cuiacius’un elinde olduğu bilinen bu kitap kaybolmuştur. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 48)
- 10 Başlığı olmadığından dolayı ‘Vatikan Parçaları’ olarak anılan metin, geniş bir eserin küçük bir kısmından ibarettir. IV. veya V. yy’dan kalma bu metin 1821 yılında kardinal Ange-

yazarların eserlerinin bir kısmında bulunur. Kanunların yazılımlarında, sadece Theodosianus' un *Codex*' inde<sup>11</sup> *fiducia* ile bağlantılı bir oluşum bulunmaktadır. Bunun yanı sıra özel çalışmalarla elde edilen iki önemli kaynaktan bahsetmemiz mümkündür ki ilki 1867 yılında latince olarak *Baetis* olarak bilinen Guadalquivir nehri yakınlarında bulunan ve bu sebeple *Formula Baetica*' olarak adlandırılan bronz bir tablet parçasıdır. Tarihi kesin olarak belirlenemeyen (M.Ö I. veya II. yy.'a tekabül edebilir, ancak büyük olasılıkla II. yy.'a ait olması gerekir.) bu tablet parçasında bir *fiducia* modeli ya da *formulası* bulunmuştur. Diğeri ise 1887'de bulunan Pompei tabletleridir. Bu tabletlerde somut olarak bir *fiducia* olayından; *pactum fiduciae* eklenerek *mancipatio* yolu ile gerçekleştirilen *fiducia* alana devirden bahsediler<sup>12</sup>.

Ancak Iustinianus hukukunda *fiducia*' dan bahsedilmemektedir. *Fiducia* kelimesine *Corpus Iuris Iustinianus*'ta sadece beş yerde ve çoğunlukla tarihi açıklamalarla ilgili olarak rastlanmaktadır. Bununla birlikte Otto Lenel'in çalışmalarına değinmekte yarar vardır. Lenel, *edictum perpetuum*' un yeniden teşkili için çalışmalar yaptı. *Inscriptio*' lar yardımıyla, *Digesta*' da klasik devir hukukçularının *edict* şehirlerinden alınmış, dağınık bir halde bulunan *fragmentum*'ları eski sırasıyla bir araya topladı. Böylece Lenel, *actio fiduciae*' (fiducia'dan doğan dava)nin *actio depositi* (vedia aktinden doğan dava) ile *actio mandati* (vekâlet aktinden doğan dava) arasında yer aldığı hakkında 16. yy'da ortaya atılmış olan faraziyeği kesin olarak ispatlamış oldu<sup>13</sup>. Bu çalışmaları sırasında Lenel; rehin müessesesinden iki farklı yerde ve iki farklı şekilde ve her zaman için aynı düzende bahsedildiğini gördü. *Ulpianus*, *pignus*'dan(rehinden) ilk kez 28. kitapta, ikinci kez 30. kitapta bahsediyordu. Buna karşılık *Paulus* önce 29. kitapta ardından 31. kitapta rehni ele alıyordu. Bu durum onu bahsedilen müesseselerden birinin *pignus*'tan farklı olduğuna ancak pratikte aynı amaca hizmet eden bir müesseseye yönelik olabileceği düşüncesine itti. *Edictum perpetuum*' daki konu dizini dikkate alındığında ilk bahsedilen değil ;ancak ikinci bahsedilen rehin ,aşlında *fiducia cum creditore* olmalıydı. Bu keşif, eskiden *fiducia cum amico* ile sağlanan *depositum* (vedia), *commadatum* (âriyet) gibi akitlerinin de *fiducia* ile değiştirildiklerini göstermiştir<sup>14</sup>.

---

lo Mai tarafından Vatikan Kütüphanesi'nde bulunmuştur. Iustinianus *Digesta*'sı gibi, klasik hukukçuların yazılarından ve bazı imparator emirnamelerinden alınmış parçaların toplanmasından meydana getirilmiştir. (UMUR,Roma Hukuku Lügatı, 76).

11 16 kitaptan ibaret olan ve o zamana kadar çıkarılmış imparator emirnamelerini içeren bu *Codex*, Iustinianus'a kadar kanun kuvvetini haiz olmuştur. Theodosianus II zamanında hazırlanmış ve MS 439 yılının ilk gününde yürürlüğe girmiş ve zamanımıza kadar gelmiştir. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 38).

12 BISCARDI A.:Le Garanzie Reali Del Credito, Siena 1957, s. 72-73.

13 PETER H.(Çev. Özcan Karadeniz): Roma Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı: 1-4, s. 537

14 BISCARDI, 74-75.

Iustinianus'un *Interpolatio*'larına yönelik bir başka örnekte D.13,7,34'ten bahsedilerek verilebilir.

*D.13,7,34: 'Marcellus libros singulari responsorum. Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam (pignus) accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, guia pecunia non solveretur,...*'

'Titius, pignus (rehin) karşılığında Sempronius'a ödünç para vermişti. Öyle ki, borcun ödenmemesi halinde, alacağını bu rehni paraya çevirmek suretiyle tahsil edebilecekti...'

Buradaki 'eam' zamiri, aslında klasik metinde *fiducia* olarak zikredilen müessesenin *pignus*'la değiştirilmiş olduğunu bize kanıtlamaktadır<sup>15</sup>.

## II. FIDUCIA'NIN UYGULAMA ALANLARINA GENEL BAKIŞ

Cumhuriyetin geç devirleri ve prenslik devri hukukunda çok değişik cins ve kaynaklı hukuki olaylar *fiducia* ismi veya *fiduciarius* sıfatıyla nitelendirilmişlerdir. Örnek vermek gerekirse *emancipatio* muamelesinde *fiducia*, *manus* altındaki kadının veya *fillius familias*'ın hakimiyetten çıkarılması maksadıyla kullanılırdı (*fiducia remancipationis causa*). Bunun dışında *fiducia manumissionis causa* ile azad etmek borcu altına giren bir üçüncü kişiye bir kölenin mülkiyetini geçici olarak nakletmek veya bir kimse aracılığı ile (D. 24,1,49 interp.) veya *mortis causa* yani ölüm sebebi ile (D. 39,6,42 pr. Interp.) bağışlamada bulunmak amacıyla kullanılırdı<sup>16</sup>. *Fiducia cum amico* ile bir kimse malını çeşitli amaçlarla devredebilirdi. İlk devirlerde özellikle malın *fiducia* alan tarafından muhafazası (*depositum*, vedia) veya *fiducia* alanın karşılıksız kullanması (*commodatum*, âriyet) amaçlarıyla kullanılsa da yapısı âriyet ve vedia'dan farklıydı. Nitekim âriyette devredilen zilyedlik, vedia da ise *detentio* olduğu halde *fiducia cum amico* ile mülkiyet geçerdi. Bunun yanı sıra *fiducia cum amico*'nun kullanım alanı sadece bunlarla sınırlı kalmamış ve yedi emine tevdi, satış için tevdi, dava takibi, vekalet verme gibi çok çeşitli alanlara da hizmet etmiştir<sup>17</sup>. Ancak gerek konumuz açısından, gerek roma hukukunda uygulanması açısından en önemli amaca hizmet eden *fiducia*, *fiducia cum crediore*'dir. Rehni teminat altına alma amacı güden bu muamele ile *fiducia* veren, *fiducia* alana teminata konu olan malın mülkiyetini *mancipatio* veya *in iure cessio* ile devreder; buna karşılık olarak da borç sona erdiğinde *fiducia* alan malın mülkiyetini *fiducia* verene devretmek borcu altına girerdi. Görüldüğü üzere, malın mülkiyetinin *fiducia* ala-

<sup>15</sup> PETER, 537-538.

<sup>16</sup> DI MARZO, 410; BUCKLAND W.W.: Elementary Principles Of The Roman Private Law, USA 1994, s. 236.

<sup>17</sup> AYYILDIZ, 16-17; RADO, 89.



na geçmesi alacaklı açısından, rehin ve ipotēge nazaran daha etkili bir teminat olması sebebi ile klasik devirlerden sonralarına kadar varlığını muhafaza etmiştir<sup>18</sup>.

Bu olayların bir kısmı aynı haklara ve borçlar hukukuna, bir kısmı da aile hukuku ve miras hukukuna dahil olmalarına rağmen ortak birtakım özellikler taşırlar. Öncelikle *fiducia* alan, *fiducia* neticesinde sahip olduğu mülkiyeti veya aile hukukundaki hakimiyet haklarından birini, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, tekrar devredene nakletmekle veya bu hak üzerinde tasarruf yetkisi başka bir yönden kısıtlanmış olan bir kişiye nakletmekle sorumluydu. *Fiducia*'da istenilen amaca ulaşmak- ki bu muamelelerle ulaşılmak istenen pratik amaç aslında mülkiyetin devrini gerektirmemektedir-ancak *mancipatio* veya *in iure cessio* devir muamelelerinin yapılmasıyla mümkündür<sup>19</sup>.

### III. FIDUCIA'NIN CONTRACTUS OLUP OLMADIĞI MESELESİ

*Fiducia*'nın meydana gelmesi ,iki unsurun gerçekleşmesine bağlıydı. Bunlardan ilki malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden biri ile devri, diğeri ise malın verilmiş maksadını belirleyen şekilsiz bir anlaşma olan *pactum fiduciae*'nin yapılmasıydı.

Bu durum göz önüne alındığında, *fiducia*'nın *contractus realis* içinde yer alması gerektiği söylenebilir. Nitekim *contractus realis*'in söz konusu olabilmesi için tarafların anlaşması yeterli olmamakta, bunun yanı sıra 'res' in teslimi de gerekmektedir<sup>20</sup>.

Ancak Gaius' un *Institutiones*'inde *contractus realis*' ten bahsederken *fiducia*'yı dahil etmemesi bu konu hakkındaki tereddütleri en fazla çoğaltan etkenlerden biridir. Di Marzo<sup>21</sup>, Gaius'un 'Re teşekkül eden borç, bir şeyin mülkiyetinin, bizzat o şeyi veya aynı miktarda aynı miktarı iade ile mükellef olan bir kimseye nakledilmesi esasına dayanan bir borçtur.' şeklinde yaptığı açıklamadan yola çıkarak, *fiducia*'nın *contractus realis* arasında sayılmamasının nedenini söz konusu muamelenin çok çeşitli kullanım alanları olmasına bağlamaktadır. Buckland<sup>22</sup>, *fiducia*'nın kendine özgü karakterin-

<sup>18</sup> DI MARZO, 410.

<sup>19</sup> PETER, 530.

<sup>20</sup> Fakat amacın, her zaman bir malın mülkiyetinin devri olması şart değildir; keza konu da mutlaka bir mal olmak zorunda değildir: Amaç, bir malın zilyedliğinin (*pignus*'ta olduğu gibi) ya da *detentio*'sunun (vedia ve âriyet' te bu durum söz konusudur) nakli olabileceği gibi, konu da bir işin yapılmasını hedef tutabilir. ( UMUR Z.:Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1999, s.336).

<sup>21</sup> DI MARZO, 407-408.

<sup>22</sup> BUCKLAND, 236.

den dolayı, sadece mülkiyetin geçmesiyle bağlantılı olarak yardımcı muamele gibi akla gelmesinin, genelde bir *contractus* olarak görülmemesinin sebebi olarak buluyor ve *fiducia*'yı kendine özgü yapısı olan bir *pactum* olarak görüyor.

Frezza<sup>23</sup> ya göre ise bir *iudicium directum* ve *contrarium*'un varlığının kesin olması sebebiyle *fiducia*'nın da *contractus* olarak değerlendirilmesi gereklidir. Koschaker<sup>24</sup>e göre de önceleri rehin alanın rehin konusu olan şeyi geri vermemesi yüzünden güvene dayanan muameleyi ihlal etmesi sebebine dayanan bir haksız fiil davası olan *actio fiduciae directa*, sonraları *contractus realis*'e dayanan bir 'akıt davası' oldu. Bonfante<sup>25</sup> *fiducia*'nın yapısı sebebiyle *contrattus realis* 'ten bahsederken incelenmesi gerektiğini savunmaktadır, ancak onun bir *contractus* olduğunu söylemez, *fiducia*'yı bir konvansiyon olarak tarif eder.

Görüldüğü üzere *fiducia*'nın *contractus* olup olmadığı meselesi üzerinde henüz tam olarak fikir birliğine varılamamıştır. *Fiducia*'nın *ius civile* anlamında bir akıt olmadığını kesin olarak iddia etmemiz mümkün değildir ve günümüzde de bir çok romanist tarafından *contractus realis* başlığı altında incelenmiş bulunmaktadır<sup>26</sup>. Kanaatimce bu sınıflandırmanın yapılması *fiducia*'nın meydana geliş şekli göz önüne alındığında yerindedir.

#### IV. FIDUCIA CUM CREDITORE

##### A- AKDİN MEYDANA GELMESİ VE UNSURLARI

Aynî teminatların en eski şekli olarak bilinen *fiducia cum creditore* ile teminat gösterilen şeyin mülkiyeti *mancipatio* veya çok ender görülmekle birlikte *in iure cessio* yoluyla rehinli alacaklıya devredilirdi ve o da alacağı tatmin edildiği zaman malı iade etmek borcu altına girerdi. Alacaklıyla yapılan inançlı akıt olarak da anılan *fiducia cum creditore*'de, tüm diğer *fiducia* şekillerinde de söz konusu olan, *pactum fiduciae* yapılarıdır.

##### 1 - Devir Muamelesi

*Fiducia* söz konusu olduğunda mülkiyetin devri ya *mancipatio* ya da *in iure*

<sup>23</sup> FREZZA P.: Le Garanzie Delle Obbligazioni, Corso Di Diritto Romano, Volume Secondo, Padova 1963, s. 13.

<sup>24</sup> KOSCHAKER P.: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı Yeniden Elden Geçiren: Kudret Ayiter), Ankara 1975, s. 206.

<sup>25</sup> BONFANTE P.: Istituzioni Di Diritto Romano, 10.Baskı, Torino 1957, s. 471.

<sup>26</sup> RADO, 88-89; DI MARZO, 409-411; UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, 348- 349; KOSCHAKER, 206; BONFANTE, 471.

*cessio* muamelelerinden birinin kullanılmasıyla gerçekleşirdi. Ancak, *mancipatio*'nun çok daha sık olarak kullanıldığı bir gerçektir; nitekim, kelime anlamı olarak *magistra* önünde terk'i ifade eden *in iure cessio*, Gai. 2, 25' e göre *magistra* önüne gitmeyi gerektirdiğinden Roma vatandaşları tarafından *mancipatio*'ya nazaran çok daha az tercih edilen bir muameleydi<sup>27</sup>.

*In iure cessio* hem *res Mancipi* hem de *res nec Mancipi*'lere uygulanabilen bir nakil yoluydu<sup>28</sup>. Bununla birlikte *patria potestas* altında olmayan ve *Quirites* maliki sıfatını taşıyabilecek kimseler bu muameleyi yapabiliyordu, bunun nedeni (Gai. 2, 96) bu kişilerin istihkak davasına taraf olabilmeleriydi<sup>29</sup>.

*Per aes et libram* (maden külçesi ve terazi) muamele olan *mancipatio* en az beş baliğ Roma vatandaşı şahit, bir terazi tutan (*libripens*) malı devreden (*mancipatio dans*), malı devralan (*mancipatio accipiens*) olmak üzere sekiz kişinin hazır bulunmasıyla ile yapılırdı. Çok eski devirlerin peşin alım-satımı olan bu muamele paranın bulunmasına kadar terazide tartılan belirli ağırlıkta maden ile yapılırdı. Paranın icadı, maden tartılmasını gereksiz hale getirmiş, *mancipatio* malın mülkiyetini devretmeye yarayan hayali bir muamele haline gelmişti. *Mancipatio*, *res Mancipi* mallar üzerindeki *Quirites* mülkiyetin naklediyordu. *Mancipatio* yapılırken, çeşitli amaçlarla ilaveler yapılıyordu ki *fiducia*'nın söz konusu olduğu durumlarda bu *pactum fiduciae*<sup>30</sup> idi. *Mancipatio cum fiducia*, *cum creditore* yani borç ödendiği takdirde tekrar devir için güvenilir olan alacaklıya malın devri en sık karşılaşılan *mancipatio* muamelelerinden biriydi. Ancak 'güven' in üçüncü kişiler üzerinde etkisi yoktu. Bu güveni istismar ederek alacaklı kendisine devredilen malı bir üçüncü kişiye devrederse, malın eski sahibi, *fiducia* veren üçüncü kişiye gidemezdi<sup>31</sup>.

Watson<sup>32</sup>da *fiducia*'nın genel olarak *mancipatio* ile gerçekleştirilmesinden dolayı iki sınırının olduğunu söylemektedir. Bunlardan ilki, *res Mancipi* nin söz konusu olması, ikincisi ise alacaklı ve borçlunun Roma vatandaşlarından oluşmasının gerekli olmasıdır. Üçüncü bir sınır da söz konusu muamelelerin *inter presentes* yani hazırlar arasında meydana gelmesinin gerekliliğidir<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku, 56-57.

<sup>28</sup> DI MARZO, 278.

<sup>29</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku, 57.

<sup>30</sup> *Pactum fiduciae* daha önce tartışıldığı için burada tekrardan kaçınıyoruz. Ancak bu durumun *mancipatio*'nun da *in iure cessio* gibi soyut bir muamele olmasına etkisi yoktur. Nitekim her ikisinde de mülkiyetin devrinin hangi sebebe dayanılarak gerçekleştirildiği açıklanmazdı.

<sup>31</sup> UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 131; ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku, 54-56; BUCKLAND, 97.

<sup>32</sup> WATSON A.: The Evolution Of Law, USA, 1985, s. 129-130.

<sup>33</sup> FREZZA, 8.

*Traditio*<sup>34</sup> nun ise *fiducia*'nın söz konusu olduğu bir durumda mülkiyetin devrinde kullanılması mümkün gözükmemektedir. Bu durum, hem kaynaklarda *traditio fiduciae causa*'ya rastlanmamasıyla hem de *fiducia*'nın *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun uygulanmasının bırakılmasıyla tarihten silinmesiyle açıklanabilir. Bir üçüncü sebep Frezza ve Rabel tarafından söylenmektedir. Frezza<sup>35</sup> ve Rabel<sup>36</sup>, Lenel'in çalışmasını üzerinde durarak, *traditio*'nun *iusta causa traditionis*'e gerek duyan yani mülkiyetin *traditio* yoluyla devrini haklı gösteren bir hukuki sebebe ihtiyaç gösterdiğinden yola çıkarak *fiducia*'nın kendisinin malın iktisab edilmesi için haklı bir sebep oluşturmadığına değinir, Paulus'un'da otuz birinci kitabında (D. 41,1,31, pr.) *fiducia* konusundan bahsederken, *fiducia*'nın *iusta causa traditionis* oluşturmadığını söylediğine dikkati çekerler.

*Fiducia*'nın unsurlarından birinin *mancipatio* veya *in iure cessio* devir muameleleri olması, bizi *fiducia*'nın konusu hakkında bir sınırlamanın olup olmadığını düşünmeye götürebilir. Bu durumda devir muamelesi olarak sadece *mancipatio*'nun uygulandığını savunmak, *fiducia*'nın konusunu *res nec mancipi*'nin oluşturabileceği olasılığını reddetmek anlamına gelecektir. Ancak Biscardi'ye<sup>37</sup> göre *fiducia*'nın konusunu *res mancipi* ve *res nec mancipi* oluşturabilirdi. Bunun sebebi, ne Gaius'un ne de Isidoro'nun *res mancipi* ya da *res nec mancipi*' den özel olarak bahsetmeyip genel olarak *res*'ten bahsetmelerine dayanmaktadır. Bununla birlikte Biscardi, Boezio'nun sadece *res mancipi*'nin *fiducia*'nın konusu olabileceğinden bahsettiğine değinir. Ancak Boezio'nun bu bahsinin sebebinin onun kafasında *res mancipi*'nin olduğu tek bir *fiducia* olayının söz konusu olmasından dolayı olduğunu belirtir. Bu savunmasını devam ettirirken de kaynaklarda *res nec mancipi*'yi konu edinen bir *fiducia* bulunmaması, yani kaynakların sessiz kalmasının konusu *res nec mancipi* olan bir *fiducia*'nın olmayacağını kabul etmek için yeterli değildir, der. Benzer görüşü paylaşan Frezza<sup>38</sup> ise savunmasını *Digesta*'nın *fiducia* ile bağlantılı olan (D. 33,10,9 ve D.39,6,42 pr. Interp.) iki yerine; ilkinde *fiducia*'nın konusu olarak *res nec mancipi*'nin gösterilmesiyle ikincisinde ise *pactum fiduciae* ile ve *in iure cessio* ile gerçekleştirilen ölüm

<sup>34</sup> *Trans-dare*, teslim'den gelmektedir. Bir malın, devreden tarafından devralana maddeten terkedilmesi (*corpus*). *Traditio*' nun gerçekleşmesi için söz konusu muamelenin hem mülkiyeti devretmek niyetiyle yapılması (*animus tradendi*) hem de mülkiyetin devrini haklı gösteren bir hukuki sebebin bulunması lazımdı. Eski ve klasik hukukta yalnız *res nec mancipi* mallar için kullanılabilen *traditio*, Iustinianus zamanında *res mancipi*- *res nec mancipi* ayrımı kalmadığından her çeşit malın devri için kullanılabilir hale gelmiştir.(UMUR, Roma Hukuku Lügati, 212)

<sup>35</sup> FREZZA, 8

<sup>36</sup> RABEL E.: Real Securities In Roman Law, Reflection On A Recent Study By The Late Dean Wigmore, Seminar, 1943, s. 42.

<sup>37</sup> BISCARDI, 95-96.

<sup>38</sup> FREZZA 16-17.

sebebiyle meydana gelen bağışlamaya dayandırmaktadır. Ancak aynı teminatların en eskisi olarak bilinen *fiducia cum creditore*, Marrone<sup>39</sup> ye göre *res mancipi*'yi konu edinmeliydi. Tahiroğlu ve Erdoğmuş<sup>40</sup> da *fiducia cum creditore contracta*'nın tanımlamasına giderken sadece *res mancipi* olan bir malın mülkiyetinin devrinden bahsetmektedirler.

## 2 - Pactum Fiduciae

*Fiducia* alanın borçları, *fiducia*'nın ikinci unsuru olan *pactum fiduciae*'den doğardı. Şekilsiz bir anlaşma olan ancak genelde yazılı olarak yapılan *pactum fiduciae*'de taraflar, teminata bağlanan alacağın cinsini, miktarını, devredilen şeyi ve alacağın muaccel olacağı zamanı tespit ederlerdi. Söz konusu *pactum* ile alacaklı, borç ödendiği takdirde malın mülkiyetini aynı devir muameleleriyle geri vermek mükellefiyetini yükleniyordu<sup>41</sup>. Burada önemle belirtmek gerekir ki, a *fiducia* alan rehinli alacaklının tatmin edilmesinden sonra, aynı devir muamelelerini gerçekleştirilmesi (*remancipatio*, *ricedere in iure*) gerekiyordu yoksa borcun ödenmesiyle *fiducia* veren *ipso iure* olarak mülkiyeti elde etmezdi<sup>42</sup>. Bonfante<sup>43</sup>, şekle bağlı olmayan bu anlaşmanın, *mancipatio*'dan ayrı olduğunu söylemekte, Di Marzo<sup>44</sup> ise *pactum fiduciae*'nin şekilci nakil muamelesine ekli ancak ondan ayrı bir anlaşma olduğunu ancak konularının aynı olması sebebiyle, mülkiyetin nakliyle birlikte tek bir hukuki muamele teşkil ettiğini belirtmektedir. Buckland<sup>45</sup> ise *pactum fiduciae*'yi somut devre ekli ancak *mancipatio*'nun bir parçasını oluşturmayan şekilsiz bir anlaşma olduğunu söyler. Frezza<sup>46</sup> ise, *pactum fiduciae*'nin mülkiyetin devrine bağlı ancak özerk bir karaktere sahip olan şekilsiz bir anlaşma olduğundan bahseder. Frezza bu yargıya *mancipatio*'nun formülünde *'fidi fiduciae'* kelimelerinin bulunmadığından yola çıkarak varır.

39 MARRONE M.: Istituzioni Di Diritto Romano, Italia 1989, s. 515.

40 TAHİROĞLU B./ERDOĞMUŞ B.: Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 1996, s. 94-95; ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku, 110.

41 MARRONE, 515; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, 94-95; RADO, 89; ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku, 110; DI MARZO, 320; UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, 348; UMUR, Roma Hukuku Lügati,74; PETER, 532.

42 BISCARDI, 111-112.

43 BONFANTE, 472.

44 DI MARZO, 410-411.

45 BUCKLAND, 236.

46 FREZZA, 9. Ancak belirtmek gerekir ki *fiducia*'nın kaynakları arasında gösterdiğimiz *formula Baetica*'da *fidi fiduciae* kelimelerine rastlanır. Fakat bu taraflar tarafından söylenen kelimeler olarak değil, *fiducia*'nın vazgeçilmez olan hükümlerine yöneliktir. (BISCARDI, 93).

## B- FIDUCIA CUM CREDITORE'DEN DOĞAN HAKLAR VE BORÇLAR

### 1 - Fiducia Alanın Hak ve Borçları

*Fiducia* ile alacaklıya, *fiducia* konusu şey'in mülkiyeti geçerdi. Bu durumda alacaklının her ne kadar mülkiyet hakkının sağladığı geniş yetkiler çerçevesinde hareket edebilme imkanına sahip olduğu düşünülse de aslında *fiducia* alan *pactum fiduciae* ile çizilen sınırlar içinde hareket etmeliydi. Ancak bu zorunluluk şahsi dava ile takip edilebilen *fiducia* veren'e karşı olan bir zorunluluktur. *Fiducia alan*'ın mülkiyet hakkına sahip olması ona üçüncü kişiler açısından sınır getirmekten uzaktır, dolayısıyla *fiducia* konusu şey üzerinde yaptığı tasarruflar üçüncü kişiler açısından geçerli olacaktır.

*Fiducia* alan, *fiducia* konusu şey'i teminat amacıyla aldığı için onu kullanamazdı. Ancak kendisine *pactum* ile malı kullanma veya semerelerinden yararlanma yetkisi verilebilirdi. Ancak böyle bir yetki olmaksızın malı kullanması *furtum usus* (kullanma hırsızlığı) ile sorumlu tutulmasına neden olabirdi.

*Fiducia* alan, teminat konusu olan alacağın ödenmesi durumunda *fiducia* verene mülkiyeti geçirmekle sorumluydu. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi mülkiyet *ipso iure* olarak geçmezdi. Bunun için devir muamelelerinin tekrarlanarak mülkiyetin *fiducia* verene tekrar geçirilmesi söz konusudur.

Fakat borcun vadesi gelmiş, ancak borç ödenmemiş ise, *fiducia* alan, alacağını tahsil için *fiducia* konusu şey'e başvurması mümkün olabilecek midir?

Bu durumda aklımıza iki olasılık gelebilir ki bunlardan ilki *lex commissoria*'nın *fiducia cum creditore*'de uygulanabilirliği, diğeri ise *fiducia* alanın *ius vendendi(distrahendi)*'ye sahip olup olmadığını tartışılmasıdır.

#### - *Fiducia Cum Creditore Ve Lex Commissoria*

Bilindiği gibi taraflar, *Lex Commissoria* ile borç vadesinde ödenmediği takdirde teminat konusu malın alacaklıda kalabileceğini kararlaştırabilme imkanına sahiptiler. Ancak *fiducia cum creditore* ile daha başlangıçta mülkiyetin alacaklı olan *fiducia* alana, geçtiği düşünülürse, *lex commissoria*'nın söz konusu hukuki muamele açısından uygulama alanı bulamayacağı düşünülebilir. Nitekim Erdoğan<sup>47</sup>; *fiducia cum creditore*'nin yapılmasıyla mülkiyete sahip olan alacaklıya borcunu zamanında ifa etmeyen borçlunun, malını alacaklının mülkiyetinden kurtarmak imkanını kaybetmiş olması gerektiğin-

<sup>47</sup> ERDOĞMUŞ B.: Roma Hukukunda Borcun Aynı Teminatına Genel Bakış, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi'nin Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan C. I' den Ayrı Basım, İstanbul 1982, s. 261.

den bahsetmiştir. Bu koşullar düşünüldüğünde alacaklı ve borçlunun bu konuda bir de açık bir anlaşma yapmaları (*lex commissoria*) gereksizdir. Noordraven<sup>48</sup> de *fiducia*'nın söz konusu olduğu durumlarda *lex commissoria*'ya gerek olmadığı görüşündedir. Alacaklı zaten maliktir ve borçlunun borcunu ifa edememesi ,onun malı iade etme borcunu yerine getirmekten kaçınmasını sağlayacak ve malik olarak kalmaya devam edecektir.

Ancak kaynaklara bakıldığında D.18,3,2 ve D.18,3,3' de alım satım akdinde *lex commissoria*'dan bahsedildiği görülür ki sırasıyla Pomponius ve Ulpianus' ait bu kısımlar sistematik olarak *fiducia*'ya yöneliktir<sup>49</sup>. Bununla birlikte *fiducia cum creditore* ile alacaklı olan *fiducia* alana mülkiyet geçmiştir ancak bunun kahçı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim Biscardi<sup>50</sup> *fiducia cum creditore* ile sağlanan mülkiyetinin bir nevi bozucu şartta bağlı olduğunu söylüyor. Şayet borçlu, borcunu öder ve alacaklıyı tatmin ederse, borçlu *fiducia* konusu şey'in mülkiyetine tekrar sahip olabilecektir. Şayet bunun aksi gerçekleşir ve alacaklı *fiducia* alan'a, alacağı ödenmezmeğer ki *ius vendendi fiducia cum creditore*'nin tabii bir unsuru haline gelmiş olsun- ise *fiducia* alan, *fiducia* veren'e *fiducia* konusunu devretmekten kurtulacak, şart gerçekleşmediği için de, alacaklı malın maliki olarak kalacaktır. Alım satım akdindeki *lex commissoria*, akte konulan bir clausola ile belirlenen tarihte semen ödenmediği takdirde satış işleminin yok sayılmasını sağlıyordu. *Lex commissoria* ya da *patto commissorium*<sup>51</sup> adı verilen bu anlaşmanın '*commissorium*' adı ile anılması tesadüfi değildir nitekim "committitur", ya da "etkili hale gelmeye başlama" borcun vadesinde ödenmemesi üzerine gerçekleşir. Roma hukukunda bir başka alanda da, ceza *stipulatio* ile bağlantılı olarak "*poena committitur*" (belirli bir ifa gerçekleşmediği takdirde bir cezanın ödenmesinin kararlaştırıldığı kişisel teminat şekilleri), *stipulatio poenae*'nin<sup>52</sup> etki kazanacağı zamana yönelik olarak anılmaktadır.

48 NOORDRAVEN B.: Miscellanea, Bullettino Dell'Istituto Di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", Direttore: Edoardo Volterra, Terza Serie, Vol.XXII, Koleksiyonun Tamamı Açısından Vol. LXXXIII, Milano, s. 249.

49 FREZZA, 43; BISCARDI,142-143,146.

50 BISCARDI, 109-110.

51 *Commissoria, committur* fiilinden türemiştir. Helvacı, "Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria" adlı eserinde *committere* fiilinin fransızca'daki *joindre* (bitiştirmek, kavuşturmak, birleştirmek), *réunir* (birleştirmek, bir araya getirmek) anlamlarından hareketle *lex commissoria*'nın dilimizdeki karşılığını (akde) "birleşik kayıt" veya (akte) "bağlı kayıt" şeklinde çevirmenin mümkün olacağını söylemektedir. Nitekim italyanca'ya *commettere* olarak geçen bu fiilin anlamlarından bazıları iki ya da daha fazla şeyi birleştirmek, bir araya getirmektir.(HELVACI İ: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria- Mürtehinin Merhunu Temellük Yasağı-, İstanbul 1997, s.12-13; ZINGARELLI N: Il Nuovo Zingarelli Minore, Vocabolario Della Lingua Italiana, Bologna 1982, s.241).

52 Bu *stipulatio* taahhüdü ile borçlu, borcunu eda etmediği takdirde bir para cezası ödemeyi üstlenirdi. Bu taahhüt ile, alacaklı esas alacağının kıymetinin takdirine gerek kalmadan, zararın tazminat miktarı belirli bir miktar ile tespit edilmiş olduğundan, ceza *sitipulatio*'

Şu halde *lex commissoria*'ya *fiducia cum creditore* açısından bakıldığında, mülkiyetin kesin geçişi, borçlunun borcunu zamanında ödememesi şartının gerçekleşmesine kadar geçici nitelikte bulunmaktadır<sup>53</sup>.

Bu söylediklerimiz ışığında diyebiliriz ki *fiducia cum creditore* ile geçen mülkiyet her ne kadar daha başlangıçta alacaklıya geçse de, kesin bir mülkiyet değildir. Borçlu, borcunu vadeden sonra ödemekle dahi *fiducia* konusu şeyi alacaklısından isteyebilir. Bunu reddeden alacaklı *actio fiduciae*'ye maruz kalabilir ve *infamia* ile suçlanabilir. İşte bu nedenledir ki borçlu ve alacaklı arasında yapılan *lex commissoria*, borç vadesinde ödenmediği takdirde *fiducia* konusu şeyi borçluya iade etme borcundan alacaklının kurtulmasına imkan sağladığı için, gereklidir<sup>54</sup>. Ancak *lex commissoria* alacaklının *fiducia* konusu şey'in mülkiyetini, borç vadesinde ödenmediği takdirde kesin olarak elde etmesini sağlayan tek yol değildir. Bazı yazarlar, bu durumda '*impetratio possessionis*' borçlu ve alacaklı arasındaki sözleşmesel zincirin kesin olarak çözülmesini ve *fiducia* konusu şey'in mülkiyetinin alacaklıda kalmasını sağlayabilecek bir yol olduğunu belirtmektedirler<sup>55</sup>. Bu olasılık sadece *lex commissoria* anlaşmasının yapılmadığı zamanlar için değil, aynı zamanda ifa imkansızlığının söz konusu olduğu ya da bir *pactum vendendi* (satış anlaşması) yapılmadığı durumlarda da başvurulabilecek bir yoldur. Bu durumda alacağı tatmin edilmeyen alacaklı, *princeps*' e yönelebilir ve ondan şey'in mülkiyetini kesin olarak kazanmak için kendisini yetkilendirmesini isteyebilirdi (D. 13,7,24 pr.).

#### - Ius Vendendi

Belirtmek gerekir ki *fiducia cum creditore* ile alacaklı olan *fiducia* alana mülkiyet devredildiğinden, kendisi malik olma sıfatıyla satış yapabilirdi. Ancak bu durumda *actio fiduciae*'ye maruz kalabilirdi. Bu konuda Frezza<sup>56</sup>, Oertmann tarafından yapılan ayırma değinerek satım hakkının ve satım salehiyetinin farklı şeyler olduğunu vurguluyor. Satım hakkının, dominus olma sıfatıyla *fiducia* alan tarafından sahip olunan bir hak olduğunu, oysa sa-

---

sundan doğan *actio certae creditae pecuniae* ile tatmin olma imkanına sahipti. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 204).

53 BISCARDI, 153, 154.

54 Helvacı' da benzer düşüncelerle *fiducia cum creditore*' nin gerekli olduğu kannatindedir. Yazar René Jacquelin'in 'De La Fiducie' (Paris,1891) adlı eserine atıf yaparak, alacaklının borç ödendiği takdirde teminat konusu nesneyi iade etme borcunun ve bunu takiben de teminat altına alınmış olan alacağın sona erdiğinden bahisle bu hukuki yapının aslında bir tür *datio in solutum*(ifa yerini tutan eda) olarak ele alınabilmesinin mümkün olduğunu söylemektedir. (HELVACI,18-21).

55 FREZZA, 43-44; BISCARDI, 156; ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Aynı Teminatına Genel Bakış, 261.

56 FREZZA, 32-33. aynı görüşte BISCARDI, 119.



tım selahiyetinin *pactum vendendo* yapılarak üzerinde anlaşılabilir bir kriter olduğunu söylüyor.

Taraflar aralarında akdedecekleri *pactum de vendendo*, alacaklı olan *fiducia* alanın, *fiducia* veren'e karşı satıştan dolayı sorumlu olmasını engellerdi.

Önceleri *fiducia* uygulamasında *pactum de vendendi*' nin yapılması söz konusu değildi<sup>57</sup>. Ancak Peter<sup>58</sup> tarafından belirtildiği gibi, Cumhuriyetin ileri devirlerinden beri, *fiducia cum creditore* rehin müessesesinin ekonomik fonksiyonunu icra etmesi sebebiyle *pignus*(rehin)' a benzer kaidelere tabi olmuştur ki alacaklı olan *fiducia* alan'ın, borcun vadesinde ödenmemesi sonucunda, *fiducia* konusu şey'i satabilmesi de buna bir örnek teşkil eder.

*Fiducia* alanın satma hakkı genelde *pactum fiduciae*'de kararlaştırılmıştır ve söz konusu bu hak *lex commissoria* uygulamasını, zamanla ortadan kaldırmaya başlamıştır. Bu sonucun *lex commissoria* düşünüldüğünde öncelikle borçlu açısından çok daha adil olduğu gerçektir. Nitekim alacaklı olan *fiducia* alan, *fiducia cum creditore* konusu malın satışından elde edilen miktar alacağını aşılıyor ise bunu (*superfluum*) *fiducia* veren'e iade etmek zorundadır<sup>59</sup>. Hatta bu *superfluum* neticesinde faiz elde etmiş ise bunları da *fiducia* verene iade ile sorumludur<sup>60</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki teminat konusu alacağın, *fiducia cum creditore* ile devredilen şeyin değerinden fazla olması durumunda, alacaklı *fiducia* alan bunu (*reliquum*) şahsi bir dava ile talep edebilir<sup>61</sup>.

## 2 - Fiducia Verenin Hak ve Borçları

*Fiducia* verenin sahip olduğu başlıca hakkı, teminat konusu alacağı ödemek ile *fiducia* konusu şeyin mülkiyetini *fiducia* alan'dan istemektir ve buna uyulmadığı takdirde bu hakkını şahsi bir dava ile takip edebilirdi. Bunun dışında *fiducia* alan *pactum fiduciae* ile belirlenen sınırlarda hareket etmeliydi, aksi takdirde *fiducia* veren yine sahip olduğu şahsi dava hakkını *fiducia* alana karşı kullanabilirdi. Her ne kadar *fiducia* verenin, *fiducia* konusu olan şeyi devrettikten sonra, onun üzerindeki bütün tasarruf imkanlarını kaybetmesi söz konusu olsa da; Paulus, Sent. rec. 2,13,3 ' e göre *fiducia* veren, *fiducia* konusu şeyi üçüncü bir kişiye geçerli olarak satabilirdi. Bu durumda borçlu satış akdinden elde ettiği miktarı *fiducia* alan'ın alacağını öde-

<sup>57</sup> KOSCHAKER, 177.

<sup>58</sup> PETER, 532.

<sup>59</sup> PETER, 532-533.

<sup>60</sup> FREZZA, 60

<sup>61</sup> GOEBEL, 35

mek için kullanırdı. *Fiducia* alan da alacağıının tetmin edilmiş olması neticesinde *fiducia* konusu şeyin mülkiyetini *fiducia* veren'e geçirir (*remancipatio, ricedere in iure*) o da alıcı olan üçüncü kişiye mülkiyeti devrederdi. Bu durumda *fiducia* konusu şeyin *fiducia* alana satılmasının söz konusu olmaması normaldir, çünkü *fiducia* alan zaten malik durumundadır. Alacaklının zaten malvarlığında bulunan bir malı satın alması mümkün değildir (D.12,6,37; D. 18,1,6 pr.)<sup>62</sup>.

Zilyedliğin *fiducia* verende kaldığı durumlarda *usureceptio* yolu ile *fiducia* konusu şeyin mülkiyetinin tekrar kazanılması mümkün olabilirdi.

Mülkiyetin nakli gerçekleştikten sonra<sup>63</sup> *fiducia* alanın aynı zamanda şey'in zilyedliğine de sahip olması gerekmiyordu. Borçlunun zilyedliğe sahip olması durumunda ise malı *usureceptio* yolu ile iktisab etmesi tehlikesi ortaya çıkıyordu. Nitekim *fiducia* nedeniyle bir malı *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden biriyle devreden kimse o şeyin zilyedliğini de eline geçirirse, bu şey toprağa bağlı bir şey bile olsa bir sene geçmekle malik olurdu. Bu tür zamanaşımıyla iktisaba *usureceptio* denmesinin sebebi, kişinin önceden sahip olduğu şeye zamanaşımı ile iktisap yoluyla sahip olmasıdır (Gai.2,59)<sup>64</sup>. Koschaker<sup>65</sup>; *fiducia*'nın aslında tam mülkiyeti değil, bölünmüş mülkiyeti devrettiğinden bahisle, *usureceptio* ile yeniden tam mülkiyetin kazanılmasının olası olduğunu söylemektedir. *Usureceptio* yolu ile zamanaşımı ile mülkiyetin iktisabı bakımından *iusta causa* (hukuki sebep) ve *bona fides* (iyi niyet) gerekli değildi<sup>66</sup>. Ancak burada belirtilmesi gerekir ki *fiducia cum amico* da her zaman mümkün olan *usureceptio, fiducia cum creditore*'de iki şekilde mümkün olabiliyordu ki bu olasılıklardan ilki borcun ödenmesi ikincisi ise tarafların aralarında malın eski malikte kira ya da *precarium*<sup>67</sup> olarak kaldığını belirten bir anlaşma yapmamış olmalarıydı. Bu durumda şunu söyleyebiliriz, malın eski malikte kira veya *precarium* olarak kaldığını belirtilmemişse, borç ödenmese dahi malın eski malik tarafından

62 ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatlarına Genel Bakış, 262.

63 Nitekim ne *mancipatio* ne de *in iure cessio*' da zilyedliğin fiilen intikali gerekli olmadığı için bu mümkündür. (KOSCHAKER, 177).

64 UMUR Z.: Roma Hukukunda İktisabı Müruru Zamanda Hüsünîyet, İstanbul 1956, s.135.

65 KOSCHAKER, 177 Aksi görüş için bkz. DIOSDI G.: Ownership An Ancient And Preclassical Roman Law, Budapest 1970, s.118; ÖZSUNAY, 11.

66 UMUR, Roma Hukuku Lügati, 219; GÜNAL N.: Roma Hukukunda Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.47, S:1-4, 1998, s.123.

67 *Contractus innominati*(isimsiz akitler) grubuna giren bu aynı akit ile bir kimse kendisinden ricada bulunan bir diğer kimseye genelde gayrimenkul olmak üzere bir malın zilyedliğini veya bir hakkını, istediği zaman geri almak üzere verebilir. Bu akit zamanaşımı ile iktisaba imkan vermezdi.(UMUR, Roma Hukuku Lügati, 169).

iktisabı mümkündü. (Gai.2,60)<sup>68</sup>. Erdoğan *usureceptio*'daki bir yıllık süreden yola çıkarak, *fiducia*'nın genelde bir yıldan önce muaccel olan borçlar için tesis edildiği sonucuna varmaktadır ki bu olasılık alacaklı olan *fiducia* alanının menfaatlerini korumak açısından kira ya da *precarium*'a ihtiyaç duyulmasının açıklanması açısından kanaatimce de yerindedir<sup>69</sup>.

### C- FIDUCIA CUM CREDITORE'DEN DOĞAN DAVALAR VE SORUMLULUK

Önceleri karşı tarafın dürüst davranacağını ümit etmek dışında bir garantiye sahip olmayan *fiducia* verenin şahsi bir dava açmaya dahi hakkı yoktu<sup>70</sup>. *In iure cessio* veya *mancipatio* devir muameleleri ile *fiducia* alan malik olduğundan, *fiducia* konusu şeyi başkasına satabilir veya *fiducia* verenin borcunu ödemesine rağmen mülkiyeti ona geçirmeyebilirdi. Nitekim *fiducia*, bir *contractus* olarak kabul edilmiyordu<sup>71</sup>. Ancak Cumhuriyet devrinin sonlarına doğru *pactum fiduciae*'den iki dava çıkarıldı<sup>72</sup> ki bunlar *actio fiduciae directa*<sup>73</sup> ve *actio fiduciae contraria*<sup>74</sup>dır. *Fiducia*, Cumhuriyet devrinin sonlarında ve *Principatus* devrinde alacaklının, borç ifa edildiği takdirde, malın mülkiyetini iade etme sorumluluğunu üstlendiği eksik iki taraflı bir aynî akit oldu<sup>75</sup>. *Actio fiduciae directa*, *fiducia* veren tarafından *fiducia* alana karşı açılan davadır. Bu dava formulası gereğince eğer borcun ödenmesinden sonra güvenilerek verilen şey davacıya geri verilmemiş ise veya davalı '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' (kişiler arasında iyi niyetle ve hilesiz davranılması' esasına) uygun hareket etmemiş ise<sup>76</sup>, hakim, davalı durumunda olan *fiducia* alanı mahkum ederdi ki davanın neticesinde mahkum olan taraf *infamis* (şerefsiz) sayılırdı. Ancak unutulmamalıdır ki

68 UMUR, Roma Hukukunda İktisabı Müruru Zamanda Hüsnüniyet, 135; ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış, 260.

69 ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatlarına Genel Bakış, 260.

70 ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatlarına Genel Bakış, 258; PETER, 533-534.

71 KOSCHAKER, 176; ÖZSUNAY, 11-12.

72 ÖZSUNAY, 12.

73 Eksik iki taraflı borç doğuran muamelelerde, daima alacaklı olan kişi tarafından ileri sürülen davadır. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 14).

74 Eksik iki taraflı borç doğuran muamelelerde, bazı hallerde alacaklı duruma gelen taraf bakımından ileri sürülen davadır. (UMUR, Roma Hukuku Lügatı, 14).

75 ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatlarına Genel Bakış, 258; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, 95.

76 Peter, davanın *formulası*'nda bulunan bu ifadenin '*ex fide bona*' (iyiniyet neyi gerektiriyorsa) kaydının eski bir ifade şekli olduğunu söyleyerek bu durumun *actio fiduciae*'nin *praetor* hukukunun yeni bir ürünü olmayıp, *iudicia bonae fidei*'lere dahil olduğunu ve kökeninin de medeni hukuk alanından geldiğini kanıtladığını söylemektedir (PETER, 534).

*fiducia* alan'ının iade ile sorumlu tutulabilmesi için borcun tamamının ödemiş olması gerekiyordu<sup>77</sup>. *Fiducia* alan şayet *fiducia* konusu şeyden bir takım semereler elde etmiş ise, *fiducia* konusu şeyin semere elde etmeye elverişli olması ve zilyedliğinin de *fiducia* alanda bulunması kaydı ile, bunları iade etmeliydi. Bonfante<sup>78</sup>ye göre *fiducia* alanın sorumluluğu dolus ile sınırlı tutulmuştu ancak Barder<sup>79</sup>, *fiducia* konusu şeyin zilyedliğinin de *fiducia* alanda olması kaydı ile kesin olmamakla birlikte *fiducia* alanın *custodia* (nezaret) sorumluluğu olduğundan bahsetmektedir.

Buna karşılık bazı hallerde alacaklı durumuna gelen *fiducia* alanın, *fiducia* veren'e karşı açacağı dava *actio fiduciae contraria*'dır. *Fiducia* alan, aldığı şey yüzünden zarar görmüş veya masraflar yapmış ise bunları, söz konusu dava ile isterdi<sup>80</sup>. *Fiducia* verenin sorumluluğu sadece zorunlu ve yararlı masraflarla sınırlı değildi; bunun dışında vergilerden de, borçlu olan *fiducia* veren sorumluydu<sup>81</sup>.

## V. FIDUCIA CUM CREDITORE'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Fiducia cum creditore*'nin varlığını uzun süre devam ettirmesinin sebebinin alacaklı açısından daha kuvvetli bir koruma sağlaması ve bu yüzden de tercih edilmesiyle açıklanması mümkün olabilir.

*Fiducia*'nın mülkiyetin alacaklıya devri ile gerçekleşmesi, borçlu borcunu ödediği zaman *fiducia* alanın mülkiyeti iade borcunun *ipso iure* olarak meydana gelmemesi, yine mülkiyete sahip olan *fiducia* alanın nun malın maliki olması dolayısıyla, *fiducia* konusu şeyi üçüncü kişilere satıp devredebilmesi, bağışlayabilmesi, mal üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilmesi ve *kendi* alacaklılarının o malı *bonorum venditio* ile satabilmeleri, buna karşılık *fiducia* verenin malını iktisap etmiş olan üçüncü kişilere yönelik bir dava hakkı olmaması, sadece *fiducia* alana bir şahsi dava açabilmek imkanına sahip olması, *fiducia* konusu şeyi başka borçları için teminat olarak kullanmaktan ve iktisadi yararlarından mahrum kalması, *fiducia*'nın borçlu açısından gösterdiği sakıncalardan bazılarıdır<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> FREZZA, 56.

<sup>78</sup> BONFANTE, 472-473.

<sup>79</sup> BARDER R.: *Fiducia and Hypothec*, The Irish Jurist, Vol. XIII (new Series), Part I, Summer 1978, s.193.

<sup>80</sup> RADO, 90; UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, 348.

<sup>81</sup> FREZZA, 45.

<sup>82</sup> ERDOĞMUŞ B.: Roma Hukukunda Borcun Aynî Teminatına Genel Bakış, 259; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, 95; RADO, 90.

Ancak alacaklı açısından bu sayılan faydalarının yanı sıra *fiducia*'nın birtakım sakıncaları bulunduğunu da söyleyebiliriz. *Fiducia cum creditore*'de borçludan alacaklıya mülkiyetin devri ya *mancipato* ya da *in iure cessio* ile olmaktadır. *In iure cessio*, *res nec mancipi* nakli sağlamaktaysa da genelde *mancipatio*'nun kullanıldığı ve *res mancipi*'nin *fiducia cum creditore*'nin konusu olduğu ileri sürülmüştür. *Fiducia*'nın iyiniyete dayanan bir hukuki muamele olmasından dolayı, borçlunun temerrüdünden sonra dahi alacaklının *fiducia* konusu mal üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı kesin olmaktan uzaktır. *Fiducia* alan o malı borçluya vermek üzere emniyette tutacaktır. Bununla birlikte, borçlunun *fiducia* konusu malı geri istemesi durumunda *fiducia* alan bunu reddeder veya veremeyecek durumda olursa *infamia* ile sorumlu tutulur. *Fiduciario alanın* sorumluluğu, kesin olmamakla beraber, eğer *fiducia* konusu malın zilyedliği de kendisinde ise *custodia* (nezaret sorumluluğu)'dır<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> BARDER, 192-193.

**KAYNAKÇA**

- AYYILDIZ HAVVA, Roma Hukukunda Aynî Teminat, Yayınlanmamış Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989.
- BARDER ROSS, Fiducia and Hypothec, The Irish Jurist, Vol.XIII (new Series), Part I, Summer 1978.
- BISCARDI ARNALDO, Le Garanzie Reali Del Credito, Siena 1957.
- BONFANTE PIETRO, Istituzioni Di Diritto Romano, 10.Baskı, Torino 1957.
- BUCKLAND W.W.: Elementary Principles Of The Roman Private Law, USA 1994.
- CASTIGLIONI LUIGI / MARIOTTI SCEVOLA, Il Vocabolario Della Lingua Latina, Milano 1990.
- DI MARZO SALVATORE (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, II. Baskı, İstanbul 1959.
- DIOSDI GYÖRGY, Ownership An Ancient And Preclassical Roman Law, Budapest 1970.
- ERDOĞMUŞ BELGİN, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1997.
- ERDOĞMUŞ BELGİN, Roma Hukukunda Borcun Aynî Teminatına Genel Bakış, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi'nin Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan C.İ'den Ayrı Basım, İstanbul 1982.
- FREZZA PAOLO, Le Garanzie Delle Obbligazioni, Corso Di Diritto Romano, Volume Secondo, Padova 1963.
- GOEBEL ROGER J., Reconstructing The Roman Law Of Real Security, Tulane Law Review, Volume XXXV, Tulane University, New Orleans, Louisiana, 1960-1961.
- GÜNAL NADİ, Roma Hukukunda Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.47, S:1-4, 1998.
- HELVACI İLHAN, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria(Mürtehinin Merhunu Temellük Yasağı), İstanbul 1997.

- KOSCHAKER PAUL, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı Yeniden Elden Geçiren: Kudret Ayiter), Ankara 1975.
- MARRONE MATTEO, Istituzioni Di Diritto Romano, Italia 1989.
- NOORDRAVEN BERT, Miscellanea, Bullettino Dell'Istituto Di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", Direttore: Edoardo Volterra, Terza Serie, Vol.XXII, Koleksiyonun Tamamı Açısından Vol. LXXXIII, Milano.
- ÖZSUNAY ERGUN, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- PETER HANS (Çev. Özcan Karadeniz), Roma Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı: 1-4.
- RABEL ERNEST, Real Securities In Roman Law, Reflection On A Recent Study By The Late Dean Wigmore, Seminar, 1943.
- RADO TÜRKAN, Roma Hukuku dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.
- TAHIROĞLU BÜLENT /ERDOĞMUŞ BELGİN, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 1996.
- UMUR ZİYA, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999.
- UMUR ZİYA, Roma Hukukunda İktisabî Müruru Zamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956.
- UMUR ZİYA, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983.
- WATSON ALAN, The Evolution Of Law, USA 1985.
- ZINGARELLI, Il Nuovo Zingarelli Minore, Vocabolario Della Lingua Italiana, Bologna 1982.





# AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞMELER VE DEVRALMALAR

Ar. Gör. Tuba Karaman\*

## GİRİŞ

### 1 - Amerikan Rekabet Hukukuna Genel Bakış

Amerika'da 1880'lerde oluşan ticari bunalım sonucunda bazı firmalar aralarında, pazardaki diğer firmaları ekonomik açıdan zor durumda bırakmak amacıyla hareket etmeye ve bazı özel fiyat sözleşmeleri yapmaya başladılar. Bu öldürücü rekabetin etkilerini azaltmak amacıyla petrol, şeker, demir, kömür, tütün gibi endüstri alanlarında tröstler kuruldu. Kurulan tröstlerin ekonomik gücü altında ezilmemek amacıyla da çiftçi birlikleri, sendikalar, ve küçük yerel işletme birlikleri oluşturuldu.

Bu dönemde oluşturulan büyük ölçekli birleşme ve tröstlere ilk tepki olarak Meclis, 2 Temmuz 1890 tarihinde Sherman Kanunu'nu kabul etti<sup>1</sup>. Bu Amerika'da, rekabet kurallarıyla ilgili olarak getirilen ilk düzenlemedir.

Bu kanun ile ticareti sınırlayıcı anlaşmalar yapmanın (madde 1) ve tekelleşme ve tekelleşme teşebbüsünde bulunmanın (madde 2) hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır<sup>2</sup>. Kanunda bu tür fiillerde bulunanlar hakkında ce-

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

1 Kanun metni için bkz. Amerikan Adalet Bakanlığı'nın resmi internet sayfası : [www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmaual/ch2.wpd](http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmaual/ch2.wpd) (çevrimiçi, 27Ocak 2003)

2 Sherman Kanunu madde 1:

*"Eyaletler arasında veya yabancı devletlerle yapılan ticareti veya alış verişi kısıtlayan her sözleşme, tröst veya benzeri biçimdeki işbirliği veya gizli anlaşma hukuka aykırıdır.*

*Burada hukuka aykırı olduğu belirtilen herhangi bir sözleşmeye katılan veya böyle bir işbirliği veya gizli anlaşma ile taahhüt altına giren herkes, cürüm işlemiş sayılacak ve mahkemenin bu kanaate varması halinde, takdirine göre, fail eğer bir şirket ise bir milyon doları aşmamak koşuluyla ve diğer herhangi bir kişi ise yüz bin doları aşmamak koşuluyla para cezasına veya üç yılı aşmamak koşuluyla hapis cezasıyla ya da söz konusu cezaların her ikisine de mahkum edilecektir."*

Sherman Kanunu madde 2:

*"Eyaletler arasında veya yabancı devletlerle yapılan ticaretin ve alışverişin herhangi bir bölümünde tekelleşecek olanlar veya tekelleşmeye teşebbüs edenler ya da tekelleşmek amacıyla bir kişi veya kişilerle birlikte hareket edenler veya gizli anlaşma yapanlar, cürüm işlemiş sayılacak ve bundan dolayı, mahkemenin bu kanaate varması halinde, takdirine göre, fail eğer bir şirket ise bir milyon doları aşmamak koşuluyla ve diğer herhangi bir kişi ise yüz bin doları aşmamak koşuluyla para cezasına veya üç yılı aşmamak koşuluyla hapis cezasıyla ya da söz konusu cezaların her ikisine de mahkum edilecektir."*

zai yaptırımlar getirilmiştir. Kanuna göre bu kişiler hakimın takdirine göre para cezası veya hapis cezası yada her ikisine birden çarptırılabilirlerdir<sup>3</sup>.

Sherman Kanunu, 8 maddeden oluşan, çok kısa ve sadece genel prensipler koyan bir kanundur. Kanundaki ifadeler somutlaştırılmamış, yorumlamaya müsait bırakılmıştır. Hatta kanunun amacının ne olduğu dahi açıkça belirlenmemiştir. Acaba kanun rekabetin sınırlanmasını mı yasaklamaktadır? Metne bakıldığında “rekabet” kelimesinin hiç geçmediği görülür. O halde amaç nedir? Kanunun amacının ne olduğu, sonradan çıkarılan mahkeme kararlarıyla belirlenmiştir. 1911 yılında Kuzey Pasifik Demir Yolları davasında verilen kararda şöyle denmiştir: “*Sherman Kanunu, serbest ve kısıtlanmamış rekabeti ticaretin bir kuralı olarak korumayı amaçlayan, ekonomik özgürlüğün kapsamlı bir belgesi olarak oluşturulmuştur*.”<sup>4</sup>

Keza, birinci maddede belirtilen “ticareti sınırlayan anlaşmalar” veya ikinci madde de belirtilen “tekelleşme eğilimleri”nin ne zaman yasak kapsamına gireceği veya bunların hiç mi yapılamayacağı yeterince açık değildir. İkinci maddede tekel kurmaya çalışma olgusu bile yasaklanmıştır. Ancak, Yüksek Mahkeme 1911 tarihli bir kararı ile Sherman Kanunu’nun uygulama alanını “kamu menfaati bakımından zararlı sonuçlar doğurması” kriteriyle sınırlandırmıştır<sup>5</sup>. Bu ve benzeri kararlar, sonraki davalarda verilen kararlara da temel teşkil etmiştir.

Bunlar gibi, Sherman Kanunu’nun uygulanması ve terimlerin tanımlanması ile ilgili bir çok sorunun cevaplanması -Amerikan hukukunun geleneksel tarzına uygun biçimde- mahkemelere bırakılmıştır. Kanundaki boşlukları gidermek ve yanlış yorumlara engel olmak amacıyla 1914 yılında iki kanun daha kabul edilmiştir: Bunlardan ilki, Federal Ticaret Komisyonu’nu (Federal Trade Commission) kuran, görevlerini ve çalışma şeklini belirleyen ve Rekabet Hukukundaki usul sorunlarını düzenleyen “Federal Ticaret Komisyonu Kanunu” (Federal Trade Commission Act); ikincisi ise, Sherman Kanunu’nu tamamlamak amacıyla çıkartılan “Clayton Kanunu”dur.

Sonraki yıllarda da başka kanunlar çıkarılmıştır. Ancak bunların çoğu yukarıda belirttiğimiz üç kanunu tamamlayıcı veya uygulama esaslarını belirleyici niteliktedir. Dolayısıyla bugün Amerikan rekabet uygulamasının te-

<sup>3</sup> Rekabet Kurallarının ihlal edilmesinin sonucu genellikle para cezasına çarptırılmaktır. Avrupa Topluluğu Hukukunda ve Türk Rekabet Kanunu’nda durum böyledir (Türk mevzuatındaki ilgili maddeler için bkz. 4054 sayılı RKHK’nun “İdari Para Cezaları” başlıklı 3. Bölümündeki 16, 17, 18, 19. maddeler). Ancak Amerikan Sherman Kanunu’nda hapis cezası da öngörülmektedir.

<sup>4</sup> ASLAN, İ. Yılmaz; “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”, Perşembe Konferansları, S. 1 (Ekim), Ankara 1999, s. 71

<sup>5</sup> ÖZSUNAY, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 17: (to the prejudice of the public interest).

mel olarak 3 düzenlemeye dayandığını söyleyebiliriz: Sherman Kanunu, Clayton Kanunu ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu.

Clayton Kanunu'nda rekabeti kısıtlayan işlemler daha açık belirlenmiştir. Fiyat ayırmacılığı yapmak, bağlayıcı hükümler koymak, münhasır aracılık sözleşmeleri (exclusive dealing agreements), kelepçeleme kararları (interlocking directorates) ve rakipler arasındaki birleşmeler ve devralmalar gibi işlemler açıkça hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir. Birleşmeler ve devralmalar Clayton Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir ve bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Sherman Kanunu gibi Clayton Kanunu da çerçeve kurallar getirmektedir. Maddelerinin yorumlanması ve içlerinin doldurulması gerekmiştir. Meclis (Congress) yanlış yorumlanmasını önlemek ve rekabet politikasına yön vermek amacıyla zaman içinde orijinal rekabet kanunlarında bazı değişiklikler yapmıştır.

Amerikan rekabet mevzuatının yorumlanmasında en fazla iş mahkemelere düşmüştür. Bu mevzuatın büyük bir bölümünün "hakimin yarattığı kanunlarla (judge-made-laws)" oluştuğunu söylemek yanlış olmaz. Bazı özel durumların hukuka aykırı olup olmadığına karar verebilmek için, hukukun temel taşlarını teşkil eden tanınmış mahkeme kararlarını ve bu kararlarda oluşturulmuş olan özel hukuk kurallarını bilmek gerekmektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde ulusal yargı sistemi, yerel mahkeme (district court) ve temyiz mahkemesi (court of appeal)'nden oluşur ve bu mahkemelelerin kararlarına itiraz mercii Yüksek Mahkeme (Supreme Court)'dir.

Mahkemelerin yanı sıra bağımsız bir kuruluş olan Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığına bağlı olan Antitröst Dairesi de rekabet yasalarına uygunluk denetimi yapmakla görevlidirler. Bu konuda iki farklı idari makamın yetkili kılınmış olması, denetim sisteminin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Görevlerine ve işleyişine aşağıda daha detaylı olarak değineceğimiz bu idari makamlar, kılavuzlar çıkararak rekabete aykırı işlemlerin nasıl belirlendiğini açıklamaktadırlar. Bu idari makamların kararları da yargısal denetime tâbidir; kararlar aleyhine federal mahkemeler nezdinde itirazda bulunulabilir. Bu durumda Federal Ticaret Komisyonu veya Antitröst Dairesi, hakime kendi tezini kabul ettirmek için taraf olarak mücadele etmek zorundadır.

## **2 - Federal Rekabet Kanunlarının Uygulama Alanı**

Amerika özerk eyaletlerden oluşan bir devlettir. Her eyaletin kendi idari teşkilatı ve kendi kanunları bulunmaktadır. Meclisin çıkardığı federal yasalar

eyaletler üstü ve ülke geneliyle ilgili yasalardır. Amerikan hükümetinin de sadece Anayasa'da federal otoritenin yetkisi kapsamına girdiği açıkça belirlenmiş olan alanlarda düzenleme yapma yetkisi vardır. Anayasanın 1. maddesinin 8. paragrafı hükümete, "farklı eyaletler arasındaki veya yabancı uluslarla ülke arasındaki ticaretin düzenlenmesi" yetkisini vermektedir<sup>6</sup>. Hükümetin ekonomi ve rekabetle ilgili düzenlemeler yapma yetkisi de bu maddeye dayanır. Bu madde aynı zamanda, ulusal kanunların uygulama alanını da belirlemektedir.

Anayasanın 1. maddesinin 8. paragrafında açıkça görüldüğü gibi, hükümet ülke içinde, sadece eyaletler arasındaki ticaretin düzenlenmesiyle yetkilendirilmiştir. Bir eyalet içindeki ticari faaliyetler, bölgesel kanunlar ile düzenlenir ve bölgesel idari makamların denetimindedir.

Amerikan Meclisi tarafından kabul edilmiş olan Sherman Kanunu ve Clayton Kanunu gibi federal rekabet mevzuatı da sadece federal yetkinin sınırları içinde uygulama alanı bulacaktır<sup>7</sup>. Diğer bir ifade ile bu kanunlar eyaletler arasındaki ticareti ilgilendiren konularda devreye girecek diğer taraftan sadece bir eyaletin sınırları içinde kalan bir ticari faaliyete müdahale edemeyecektir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bir eyaletteki faaliyetin dolaylı da olsa eyaletler arasındaki ticareti etkileme ihtimali bulunuyorsa, bu faaliyetin de federal kanunların ve federal idari makamların yetki alanına girdiği kabul edilmektedir<sup>8</sup>.

## I. "BİRLEŞME VE DEVRALMA" KAVRAMI VE İLGİLİ MEVZUAT

### A- "BİRLEŞME VE DEVRALMA" KAVRAMI

Amerikan rekabet hukukunda birleşme veya devralmalarla ilgili olan Clayton Kanunu'nun 7. maddesinin metni şöyledir:

*"Ticarette uğraşan bir kişi, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, ticarette uğraşan diğer bir kişinin hissesini veya diğer bir sermaye payını; ya da Federal Ticaret Komisyonu'nun denetimine tâbi olan bir kişi, ticarette uğraşan bir başka kişinin malvarlığını, ülkenin herhangi bir bölgesinde sürmekte*

<sup>6</sup> BERTOZZI, Jr. Dan/ BURGUNDER, B. Lee: Business, Government and Public Policy, Concepts and Practices, New Jersey 1990, s. 127.

<sup>7</sup> Amerika'daki eyaletlerden oluşan ülke yapısı Avrupa Birliği Hukuku ile üye ülkelerin hukuku arasındaki ilişkiyi de andırmaktadır. Avrupa Birliği rekabet kuralları da kural olarak "rekabete aykırılığın üye devletler arasındaki ticareti etkilemesi" halinde devreye girmektedirler. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği münhasıran Topluluk Komisyonunca karara bağlanabilmektedir. Bu konuda bkz. TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000, s. 385 - 388.

<sup>8</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 127.

*olan herhangi bir ticari alandaki veya ticari faaliyetteki rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya tekel yaratıcı etkiye sahip olacak şekilde, kısmen veya tamamen devralamaz.”*

Görüldüğü gibi, metinde sadece “devralma” kavramı geçmekte, “birleşme”den hiç bahsedilmemektedir. Ayrıca “devralma” kavramı ile ne ifade edilmek istendiği açıkça tanımlanmamıştır. Metinde getirilen devralma yasağının kapsamına, bir kişinin<sup>9</sup> bir başka kişiye ait olan sermaye payının veya malvarlığının kısmen veya tamamen devralınması girmektedir. Buna göre, devralma içinde teşebbüsün bir bütün olarak (sermayesinin ve malvarlığının tamamıyla) devri de söz konusudur. Bütünün devri, genel olarak birleşme kavramı içine girer. Dolayısıyla kanun, devralma kelimesini geniş anlamda kullanarak hem birleşme hem devralmayı bünyesinde toplamıştır.

Burada belirtmek gerekir ki, Rekabet hukuku açısından “birleşme ve devralma”, hukuki değil iktisadi bir kavramdır. Nitekim, rekabet hukuku bu şekilde ortaya çıkan yeni oluşumun hukuki yapısıyla ilgilenmez. Onun için önemli olan, ortaya çıkan yeni iktisadi gücün piyasadaki rekabete etkisidir. Bu açıdan rekabet hukuku dışında, hukukun diğer alanlarında kullanılan birleşme ve devralma kavramının içeriği farklıdır<sup>10</sup>. Mesela, Amerikan ticaret

<sup>9</sup> “Kişi” kelimesinin kapsamına nelerin girdiği Clayton Kanunu’nun 1a. maddesi ile belirlenmiştir. Buna göre, usulünce kurulmuş şirketler ve birlikler (association) de kişi kelimesinin kapsamına girmektedir. Söz konusu madde, Amerika’daki federal kanunlar ile eyalet kanunlarının yanı sıra, yabancı bir ülkenin kanunlarına uygun olarak kurulmuş olmayı da usulünce kurulmuş olma için yeterli saymaktadır.

<sup>10</sup> Bu konuda ayrıca bkz. ERDEM, Ercüment: “Türk İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999 (kısaltma: “Birleşmeler”), s. 201, 203; ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, Bursa 2001, (kısaltma: “Rekabet”), s. 253 vd.. Birleşme kavramı için ayrıca bkz. TÜRK, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 21 vd.; GÜVEN, Pelin: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002, s. 79- 91.

Hukukumuzda da rekabet hukuku kapsamında birleşme incelemesine tâbi tutulan işlemler, Ticaret Kanununda birleşme olarak tanımlanan işlemlerden çok daha geniş kapsamlıdır. Türk Ticaret Hukukunda birleşmeler hukuki yapıları itibariyle iki şekilde gerçekleştirilir (TTK m. 146): Ya iki veya daha fazla şirket infisah ederek birleşir ve yeni bir şirket oluşturur; ya da, bir şirket infisah eder ve tüm malvarlığı diğer şirkete geçer.

Türk Rekabet Hukuku bakımından ise birleşmeler TTK m. 146’daki tanımla sınırlanmamıştır, kapsamı çok daha geniştir. Rekabet hukuku uyarınca, bir teşebbüsün hisselerinin ve hatta sadece bir şirketin yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçların alınması da birleşme olarak nitelendirilmektedir (13.12.1994 gün ve 22140 sayılı RG’ de yayımlanmış olan 4054 sayılı RKHK m. 7).

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı RKHK’umuzun 7. maddesi uyarınca bir teşebbüsün yönetimi üzerinde etkili olma olanağını sağlayan her türlü anlaşma veya işlem de birleşme ve devralma niteliğinde kabul edilmiştir. Oysa, Clayton Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca, “yönetim üzerinde etkili olma” kriteri bir işlemin denetime tâbi olması için yeterli olmamakta; ayrıca, söz konusu şirketin hissesinin, sermaye payının ya da malvarlığının bir kısmının da ele geçirilmiş olması aranmaktadır.

hukuku açısından “merger” kelimesi iki bağımsız şirketten birinin sona erecek diğer şirketin bünyesine girmesini ifade etmektedir<sup>11</sup>. Oysa rekabet hukuku açısından, Clayton Kanunu m. 7’de sayılan tüm işlemler “merger” olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Birleşme ve devralmalar, piyasadaki rekabete etkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için doktrinde, “yatay, dikey ve karma” olarak üç gruba ayrılarak incelenirler<sup>13</sup>. Yatay birleşmeler, üretimin aynı aşamasında yer alan yani birbirlerine rakip olan iki şirket arasında olur. Dikey birleşme, alıcı-satıcı ilişkisindeki şirketler arasında olur. Karma birleşmeler, birbirine rakip olmayan şirketlerle ve aralarında alıcı-sağlayıcı ilişkisi bulunmayan şirketler arasında olur. Bunların her biri piyasadaki rekabeti farklı şekilde etkiler. Bu konuda ileride daha detaylı bilgi verilecektir.

## B- MEVZUATTAKİ DÜZENLEME

Amerika’da 1890 ile 1904 tarihleri arasında birçok şirket birleşmesi yaşandı ve bu durum, sektörlerin tekelleşmesine sebep oldu. Mesela, bu dönemde 200 demir ve çelik imalatçısının birleşmeleri, sektörde 20 tane büyük ve güçlü şirketin oluşması sonucunu doğurdu. Güçlenen şirketler pazardaki küçük şirketleri ekonomik yönden zor durumda bıraktığından, mahkemeler birleşmeler aleyhine kararlar vermeye başladı. 1890’da Sherman Kanununun kabulünden sonra birleşmelerle ilgili ilk karar *Northern Securities* (1904) kararıdır<sup>14</sup>. Mahkeme, iki demir yolu şirketinin (Northern Pacific and Great Northern) birleşmesinin Sherman Kanununa aykırı olduğuna hükmetmiştir. Keza, Standard Oil ve American Tobacco tröstlerinin de Sherman Kanununa aykırılık gerekçesiyle bölünmelerine karar verilmiştir (1911)<sup>15</sup>.

Sherman Kanununda birleşmelerle ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen kanun metinlerinde kullanılan kavramların genel ve soyut ya-

---

Avrupa Topluluğu rekabet mevzuatı açısından da durum aynıdır. Bu konuda bakz. TEKİNALP, G./ TEKİNALP, Ü., a.g.e., s. 462. Bu eserde, “birleşme” kelimesinin, teşebbüslerin devrini, çoğunluk ve azınlık payların iktisabını, joint-venture’ları ve malvarlığı devirlerini de kapsadığı belirtilmiştir (s. 462).

11 Bu konuda bkz. Mc CARTY, F. William / BAGBY, W. John: *The Legal Environment of Business, USA 1990*, s. 520. Ülkemizde bu durum “katılma” olarak tanımlanmaktadır (TTK m. 146).

12 Bu konuda bkz. Mc CARTY/ BAGBY, a.g.e., s. 520.

13 Bu konuda ayrıca bkz. GÜVEN, a.g.e., s. 92-96.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, petrol ve çelik şirketleri gibi kapsamlı (integrated) şirketler arasındaki birleşmeler, söz konusu birleşme çeşitlerinin birkaçını birden içinde barındırabilir.

14 VISCUSI, W. Kip/ VERNON, M. John/ HARRINGTON, Jr., E. Joseph: *Economics of Regulation and Antitrust*, Lexington-Massachusetts-Tronto, 1992, , s. 195.

15 VISCUSI/ VERNON/ HARRINGTON, a.g.e., s. 195.

pısı, bunların birleşmeleri de kapsayacak şekilde yorumlanmasına izin ver-mekteydi<sup>16</sup>. Sherman Kanunu'nda net olmayan kapalı ifadeleri açıklığa ka-vuşturmak ve rekabet kurallarını kuvvetlendirmek amacıyla Meclis, 1914'de Clayton Kanunu'nu kabul etti. Bu Kanun'un 7. maddesi özellikle birleşme-ler ve devralmaları düzenlemektedir. Bu kanunun kabulüne rağmen, bir-leşme ve devralmalarla ilgili bir çok mahkeme kararında halâ Sherman Ka-nunu madde 1'e de dayanıldığı görülmektedir<sup>17</sup>. Mamafih, Clayton Kanu-nu'nun 7. maddesi, sonraki yıllarda yapılan değişikliklerle ihtiyaçlara daha uygun hale getirilmiş ve bu konuda en etkili hüküm halini almıştır.

Clayton Kanunu'nun 7/I. maddesinin 1914 tarihindeki orijinal hali şöyledir<sup>18</sup>:

*“Ticarette uğraşan bir kişi, doğrudan veya dolaylı olarak, yine bir başka tica-retle uğraşan bir başka kişinin hissesini (stock) veya diğer bir sermaye payı-nı (share capital), kısmen veya tamamen, hissesi devralınan ile devralan ara-sındaki rekabeti önemli ölçüde azaltacak ya da herhangi bir bölgede veya top-lulukta yürütülen benzer ticareti sınırlandıracak ya da ticaretin herhangi bir aşamasında tekel yaratacak şekilde devralamaz.”*

Maddedeki bazı ifadeler tartışmalara yol açmış ve çıkan sorunlar sonucun-da 1950 yılında *Celler-Kefauver Birleşme Karşıtı Kanunu* ile değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikler şöyle özetlenebilir:

### **1 - Bir kişinin “malvarlığı”nın devralınması da madde kapsamına dahil edilmiştir:**

Maddede metnin ilk halinde sadece hissesinin veya diğer sermaye payının devralınmasından bahsedilmekte ve sanki malvarlığı (asset) devirlerinin kapsam dışında bırakıldığı izlenimi yaratılmaktaydı.

Bu konudaki boşluk nedeniyle, hükümet, Batı kıyısındaki 11. eyaletin çelik üretiminin yaklaşık %13'ünü elinde bulunduran U.S. Steel Corporation'ın, aynı sektörün %11'ini elinde tutan ve bağımsız çelik üreticisi olan Consolidated Steel Corp.'ın malvarlığını nakit karşılığı satın almasını engelleyeme-miştir<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. AKINCI, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 174 - 177.

<sup>17</sup> FRAZER, Tim: Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, New York 1988, s. 90.

<sup>18</sup> SINGER, M. Eugene: Antitrust Economics, Selected Legal Cases and Economic Models, New Jersey 1968, s. 242.

<sup>19</sup> United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 1947 (SINGER, a.g.e., s. 242).

Clayton Kanunu'nun 7. maddesinde yapılan bu değişiklikle kapsam çok genişlemiştir. Satın alınan malvarlığının ait olduğu firmanın yönetimine katılmadan, sadece malvarlığının bir bölümünün devralınması dahi 7. madde kapsamına girmek ve denetime tâbi olmak için yeterli sayılmıştır<sup>20</sup>.

## **2 - Dikey (vertical) ve Karma (conglomerate) birleşmeler de madde kapsamına alınmıştır:**

Clayton Kanunu'nun 7. maddesinin 1914 tarihli metninde yer alan "hissesi devralınan ile devralan arasındaki rekabeti" ibaresi, hükmün sadece rakip şirketler arasında (yani yatay birleşmelerde) uygulanacağı kanısını uyandırmaktaydı. Bu nedenle Meclis, 1950 yılında yapılan değişiklikle, bu ifadenin kaldırılmasına karar vermiştir. Bu değişiklik sonucunda, madde kapsamına artık dikey ve karma birleşmelerin de girdiği herkesçe kabul edildi<sup>21</sup>.

## **3 - İlgili coğrafi bölge kavramı genişletilmiştir:**

Orijinal metinde "herhangi bir bölge veya toplulukta"<sup>22</sup> ifadesi, çok ufak çaptaki birleşmeleri de kapsıyormuş gibi anlaşılmaktaydı. Oysa bunların rekabete etkisinin olmayacağı açıktır. Dolayısıyla, bu ifadeye amacına daha uygun bir boyut getirmek için madde metnindeki ibare, "ülkenin herhangi bir bölgesinde" olarak değiştirildi.

Yukarıda belirtilen 1950'deki değişikliklerle Clayton Kanunu'nun 7/I. maddesinin metni şu hali almıştır<sup>23</sup>:

*"Ticarette uğraşan bir kişi, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, ticarette uğraşan diğer bir kişinin hissesini veya diğer bir sermaye payını; ya da Federal Ticaret Komisyonu'nun denetimine tâbi olan bir kişi, ticarette uğraşan bir başka kişinin malvarlığını, ülkenin herhangi bir bölgesinde sürmekte olan herhangi bir ticari alandaki veya ticari faaliyetteki rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya tekel yaratıcı etkiye sahip olacak şekilde, kısmen veya tamamen devralamaz."*

<sup>20</sup> FRAZER, a.g.e., s. 91.

<sup>21</sup> Yüksek Mahkeme de 1950 değişikliğinden sonra bu doğrultuda karar vermiştir. Bkz. SINGER, a.g.e., s. 243.

<sup>22</sup> "in any section or community"

<sup>23</sup> VISCUS/VENON/HARRINGTON, a.g.e., s.64.

Ayrıca kanun maddeleri için bkz. [www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm#a3](http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm#a3) (çevrimiçi, 27 Ocak 2003).



### C- YASAK KAPSAMINA GİRMEYEN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR VE DE ÖN BİLDİRME TÂBİ OLAN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

Ticarette uğraşanlar arasında gerçekleştirilen birleşmeler veya devralmalar kural olarak yasak değildir. Böyle bir işlem ancak, ilgili piyasalardaki dengeyi bozması halinde yasaklanmaktadır<sup>24</sup>. Clayton Kanununda “rekabeti önemli ölçüde azaltan” ifadesiyle bu durum belirtilmek istenmiştir. Birleşme ve devralmalar sonucu bir şirketin iktisadi gücü diğerinin eline geçtiğinde bu iki şirket arasındaki rekabet ortadan kalkacak ve ikisi güçlerini birleştirdiklerinden, pazarda hakim konuma geçebileceklerdir. Doktrinde “yoğunlaşma” olarak tanımlanan<sup>25</sup> bu durumun, piyasadaki güç dengelerini bozup diğer teşebbüsleri ekonomik açıdan zor durumda bırakma ihtimali bulunduğundan, yoğunlaşmayı rekabet hukuku kurallarıyla kontrol etme ihtiyacı duyulmuştur. Bir kez daha belirtelim ki; bütün birleşmeler rekabeti azaltıcı etki doğurmaz. Hatta bazı birleşme ve devralmalar ekonomik gelişme için itici güç oluşturduklarından, bunlara olumlu bakılmaktadır. Mesela, değişen ekonomide büyük şirketlere karşı küçük şirketlerin birleşerek ayakta kalmaları, birleşen şirketlerin üretimde maliyetleri düşürerek malları ucuz satabilmeleri böyledir.

Bu şekilde rekabet hukuku açısından istenilmeyen birleşme ve devralmalarla, arzu edilen birleşme ve devralmaların birbirinden ayrıt edilmesine yardımcı olmak amacıyla kanun koyucu çeşitli düzenlemelere gitmiştir. Bu düzenlemelerden en önemlilerine kısaca değinmek gerekirse:

<sup>24</sup> Nitekim ülkemizde de birleşme veya devralmaların hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmasını yasaklanmıştır (4054 sayılı RKHK m. 7). Böylece piyasadaki denge- nin bozulması engellenmek istenmiştir.

Dolayısıyla, ülkemizde de Amerika’da da birleşmelerin denetlenmesinin temel nedeni, bu işlemlerin rekabeti azaltacağı korkusudur. Rekabet önemli ölçüde azalmadığı sürece şirketler serbestçe birleşebilirler.

Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. ERDEM, “Birleşmeler”, s. 201; ASLAN, “Rekabet”, s. 253 vd..

<sup>25</sup> Diğer bir ifade ile yoğunlaşma, bir veya birden çok teşebbüsün iktisadi kontrolünü tek elde birleştirmesidir. Doktrinde, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmaları ifade etmek için “yoğunlaşma” terimi de kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. ERDEM, Ercüment: “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2002, y. 1 (Ocak), S.1, (kısaltma: “Yoğunlaşma”), s. 310.

Ayrıca SANLI, “konsantrasyon”un iktisadi yoğunlaşmanın en üst düzeyini ifade ettiğini belirtmektedir, (SANLI, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 316).

Ayrıca, Avrupa Birliği mevzuatında da konuyla ilgili düzenlemelerde çoğu kez “konsantrasyon” deyimini tercih edilmektedir (bkz. TEKİNALP, G. / TEKİNALP, Ü., s. 462, 463).

Clayton Kanunu'nun 7. maddesinin 2., 3. ve 5. fıkralarında maddedeki yasağın kapsamına girmeyen bazı işlemler açıkça sayılmıştır:

- Maddenin 2. fıkrasında sadece yatırım maksadıyla veya olağan işlerin yürütülmesi amacıyla yapılan alımların yasak kapsamında olmadığı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "hisseleri" sadece yatırım amacıyla alan ve bunları oy kullanma yoluyla veya başka bir şekilde rekabeti önemli ölçüde azaltmakta veya azaltmaya teşebbüste kullanmayanlar birinci fıkradaki yasak kapsamına girmezler<sup>26</sup>. Ayrıca, bir şirketin yasal ticaretini fiilen yürütmek amacıyla yavru şirketler veya şube ve irtibat büroları (natural or legitimate branches) veya diğer bir uzantı kurması ya da böyle bir yavru şirketin hisselerinin bir kısmına veya tamamına sahip olması, bu oluşum rekabeti önemli ölçüde azaltmadığı sürece, engellenemez.
- Maddenin 3. fıkrası taşıma şirketleri için ayrı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, bir taşıma şirketinin ana hattına destek sağlamak amacıyla şubeler ya da kısa yol hatları kurması veya bunların hisselerinin tamamını veya bir kısmını alması engellenemez. Bu tür şube veya kısa yol hatlarının alınmasının da, bunlar başka bir bağımsız şirkete veya taşıma şirketine ait olsalar dahi, alan ve satan şirket arasında ciddi bir rekabet bulunmaması kaydıyla, engellenemeyeceği belirlenmiştir.
- Maddenin 5. fıkrasında bazı makamlarca verilen yetkilere dayanan işlemlerin bu kanun kapsamında değerlendirilmeyeceği belirlenmiştir. Bu makamlar şunlardır: Ulaştırma Bakanlığı, Federal Enerji Komisyonu, Yer Üstü Ulaştırma Heyeti, Menkul Kıymetler ve Mübadele Komisyonu (Securities and Exchange Commission), Amerika Deniz Komisyonu, Tarım Bakanlığı.

Amerikan rekabet mevzuatında, bazı birleşme ve devralmalarda işlemlerin tamamlanmasından önce, durumun idari makamlara bildirilmesi ve izin alınması gerekmektedir. Buna "ön bildirim" denmektedir. Hangi devralmanın ön bildirime tâbi olacağı belirlenmesi için bazı rakamsal eşikler getirilmiştir. Böylece, bu düzenlemenin zıt anlamından, bu eşiklerin altında kalan devralmaların incelemeye değmeyeceği ve rekabete etkilerinin de önemli olmayacağı anlaşılmaktadır. 1976 tarihinde Hart-Scott-Rodino Kanunu

<sup>26</sup> Hukukumuzda da benzer bir düzenleme vardır. Rekabet Kurulunca çıkarılmış olan ve 12.08.1997 gün ve 23078 sayılı RG'de yayımlanmış olan 1997/ 1 no.lu "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 3. maddesinin "a" bendinde şöyle denmektedir: "olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın alınan menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla, geçici olarak ellerinde bulundurmaları" yasak kapsamı dışındadır.

ile Clayton Kanunu'na bu doğrultuda bir hüküm eklenmiştir (m. 7A)<sup>27</sup>. Kanunun 7A maddesi ile getirilen eşikler şöyledir: Devralmanın taraflarından birinin malvarlığı veya yıllık net satışları 100 milyon dolar veya üzerinde ve diğerininki de 10 milyon dolar ve üzerinde ise ve de böyle bir devralma sonucunda yatırımcı tarafın diğerinin oy hakkı veren hisselerinin veya malvarlığının minimum 15 milyon dolarlık kısmını veya %15'ini ele geçirecek olması halinde ön bildirimde bulunulması gerekir<sup>28</sup>. Birleşmeye taraf olanlar üretim yapmıyorlar ve dolayısıyla net satış verileri yoksa, bu takdirde, hissesi veya malvarlığı devralınan tarafın toplam malvarlığının 10 milyon dolar veya üzerinde, devralan tarafının ise 100 milyon dolar veya üzerinde olması aranmıştır.

Görüldüğü gibi, bildirimde tâbi devralmalar belirlenirken hem tarafların finansal güç olarak büyüklüğü, hem de devralanın diğerinin üzerindeki kontrol gücü dikkate alınmaktadır<sup>29</sup>. Bir şirketin diğer bir şirkete ait oy hakkı veren hisselerinin veya malvarlığının % 15'inden (veya 15 milyon dolardan) azını ele geçirmesi halinde, bunun devirde bulunan şirketin yönetim şeklini etkilemeye yetmeyeceği düşünülmektedir. Dolayısıyla pazardaki rekabet düzeni de değişmeyecektir.

Clayton Kanunu'nun 7/A maddesinin "c" bendinde ön bildirimden muaf tutulan bazı işlemler sayılmıştır. Mesela, ticaretin olağan işleyişi sırasında bazı malların satın alınması; hisseleri devralan kişinin, devir alınan teşebbüsün oy hakkı veren hisselerinin % 50 veya daha fazlasına (zaten) sahip olan ortaklarından biri olması; bir teşebbüsün oy hakkı veren hisselerinin en çok %10'unun sadece yatırım amacıyla devralması böyledir.

<sup>27</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 175.

<sup>28</sup> FRAZER, a.g.e., s. 95.

<sup>29</sup> Ülkemizde de bazı birleşme ve devralmalar ön bildirimde tâbi tutulmuştur. Bunların belirlenmesi Amerikan hukukundan farklı olarak, birleşme ve devralma sonucundaki toplam pazar payı ve toplam net satışları (ciroları) dikkate alınarak yapılmaktadır. Rekabet Kurulunca çıkarılmış olan ve 12.08.1997 gün ve 23078 sayılı RG'de yayımlanmış olan 1997/1 no.lu "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"ın 4. maddesi bununla ilgilidir. Buna göre: "*Bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam Pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam net satışlarınının 25 trilyon TL'yi aşması halinde Rekabet Kurulundan izin almaları zorunludur*".

Tebliğin 4. maddesinde mali kurumlar (bankalar, özel finans kurumları, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, aracı kuruluşlar ve sigorta şirketleri) için özel hesaplama yöntemleri getirilmiştir. Zira bildirimde tâbi birleşmelerin belirlenmesinde aranan eşğin hizmet sektöründe faaliyet gösteren ve satış yapmayan mali kuruluşlar için uygulanması mümkün değildir. Clayton Kanununda ise, bizden farklı olarak, mali sektör ayırımı yapılmadan üretim yapmayan şirketlerle ilgili genel bir hüküm konmuştur (m. 7A).

Ayrıca, Clayton Kanunu'nun 7/A maddesi ile Federal Ticaret Komisyonu'na ve Antitröst Dairesine, bazı işlem gruplarını, rekabet hukukunu ihlal ettiği gerekçesiyle, bildirim prosedüründen muaf tutma yetkisi de verilmiştir. Hatta bu yetki kullanılarak, bildirim tâbi olan devralmaların belirlenmesinde kullanılan eşikler bile değiştirilebilmektedir.

Diğer taraftan, Yasama Meclisi de çıkardığı yasalarla bazı grupları veya sanayi sektörlerini rekabet mevzuatı incelemesinden muaf tutmuştur. İşçi ve işveren sendikaları, ihracat kartelleri, tarımsal kooperatifler, kontrol altında tutulan endüstriler ve bazı araştırma ve geliştirme ortak girişimleri böyledir. Keza, 1966 tarihli Banka Birleşmeleri Kanunu (Bank Merger Act) ile bankalar, rekabet kanunu incelemesinden muaf tutulmuştur<sup>30</sup>.

Yukarıda anlatılanlardan da anlaşılacağı gibi, birleşme ve devralma işlemleri ile ilgili yasaklama hükmü birçok istisna, eşik ve muafiyet ile delinmiştir. Dolayısıyla, Clayton Kanunu'nun 7/I. maddesi ancak bu durumlar dışında uygulama alanı bulabilmektedir.

#### **D- MEVZUATIN YORUMLANMASI VE BU KONUDAKİ GÖRÜŞLERİN TARİHSEL GELİŞİMİ**

Clayton Kanunu'nun 7. maddesi ile "rekabeti önemli ölçüde azaltan" birleşmeler ve devralmalar kanuna aykırı sayılmıştır. Ne var ki, rekabetin tanımı yapılmamış ve ne zaman önemli ölçüde azaldığı konusuna açıklık getirilmemiştir. Mevzuattaki bu boşluk, farklı yorumların doğmasına ve farklı dönemlerde farklı rekabet politikalarının uygulamaya konulmasına olanak sağlamıştır.

Önceleri, rekabet kanunlarının amacının ufak teşebbüsleri korumak olduğuna inanan görüş benimsenmişti. Buna göre, birleşme ve devralmalar piyasadaki ekonomik dengeleri bozar ve yoğunlaşmaya sebep olur. Yoğunlaşmalar sonucu ekonomik gücün tek elde toplanması hiçbir şekilde kabul edilemez. Bu durum ufak teşebbüslerin yaşamasına imkan vermez. Bu görüş "Harvard Okulu" olarak anılmaktadır.

<sup>30</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s.120.

Ülkemizde de bankaların birleşme ve devirleri ile ilgili olarak Bankalar Kanununda özel hüküm bulunmaktadır (23.06.1999 gün ve 23734 sayılı RG'de yayımlanmış olan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun "Bankaların devir, birleşme ve tesfisi" başlıklı 18. maddesi). Söz konusu düzenleme ile, devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının %20'yi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı RKHK'nun hükümlerine tâbi olmayacakları belirlenmiştir. Dolayısıyla, ancak bu eşiği aşan banka devir veya birleşmeleri RKHK hükümlerine tâbi olacak ve Rekabet Kurulunca denetlenebilecektir. Ayrıca, Rekabet Kurulu 1997/1 no.lu Tebliğ'in 4/A maddesi ile ön birimde bulunması gereken banka devir ve birleşmelerinin nasıl belirleneceğini düzenlemiştir (bu maddede 26.3.1998 gün ve 23298 sayılı RG'de yayımlanan 1998/2 no.lu Tebliğ ile bazı değişiklikler yapılmıştır).

Sonraları, ekonomik görüşlerin değişmesiyle, rekabet hukukunun amacının “ekonomik verimliliği” sağlamak olduğu kabul edilmeye başlandı. Bu görüş uyarınca, birleşme ve devralmalar aynı zamanda ekonomik verimliliği sağlama fonksiyonu da görürler. Böylece teşebbüsler bir çok noktada kaynak tasarrufunda bulunarak verimli çalışabilmekte mesela daha ucuza üretim yapabilmektedirler. Dolayısıyla birleşme ve devralmalar verimliliği sağladığı sürece yasalardır. Bunlar rekabete zarar vermez; hatta olumlu etki yaparlar. Bu görüş “Chicago Okulu” olarak anılmaktadır<sup>31</sup>.

## 1 - Harvard Okulu

Bu okulun temsilcileri 1914 tarihli Clayton Kanunu’nun ve 1950 tarihli Celler-Kefauver değişikliğinin iki amacı olduğunu kabul ederler: (1) küçük teşebbüsleri koruyarak, piyasalarda ekonomik gücün belli ellerde toplanmasını (yoğunlaşmayı) engellemek ve (2) tüketiciyi koruyarak, tüketiciden tekel konumundaki üreticilere yönelik, adil olmayan para akışını durdurmak.

İlk zamanlarda toplumda büyük ve güçlü firmalara karşı bir korku mevcuttu. Birleşmeler sonucu ticari fırsatların azalacağı ve küçük teşebbüslerin yaşayamaz hale geleceği inancı bulunmaktaydı. Önemli olan, daha pahalıya mâl etmek pahasına da olsa, yoğunlaşmamış -küçük teşebbüslere de yaşama fırsatı tanıyan- bir ortam yaratmaktı. Bu dönemde kanun koyucu, ekonomik verimlilikle hiç ilgilenmemekteydi.

Bu yöndeki görüş “popülist görüş” olarak nitelendirilmekte ve bu görüşün en hararetli savunucuları Harvard Üniversitesi akademisyenleri olduğundan “Harvard Okulu” olarak anılmaktadır.

“Harvard Okulu”, Amerikan mahkemelerini de etkisi altına almıştır. Özellikle 1950 sonrası birleşme ve devralmalarla ilgili olarak verilen bir çok önemli kararda ufak teşebbüsler ve tüketiciler lehine tavır alınmıştır. Bu durum, Yüksek Mahkeme’nin 1962 tarihli *Brown Shoe* davasında açıkça görülmektedir<sup>32</sup>. Söz konusu olayda Brown Shoe şirketinin birleşme sonrasındaki pazar payı sadece %5 olmasına rağmen, mahkeme birleşmeyi kanuna aykırı saymıştır. Mahkemenin bu karar ile amacı, popülist görüşe uygun olarak, küçük teşebbüsleri korumak ve pazarda güçlü şirketlerin hakimiyetine engel olmaktır. Kararın gerekçesi uyarınca, birleşme sonucunda pazarda çok büyük olmasa da biraz büyük firmaların oluşması, zaman içinde küçük firmaları yıldırıp kaçmalarına neden olabilirdi. Diğer bir ifade ile, gelecekte

<sup>31</sup> Bu konuda ayrıca bkz. KUNTALP, Erden/ ÖZDEMİR, Ali Murat/ ARIKEL, Sülün: “Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar”, Perşembe Konferansları, S. 10 (Ekim), Ankara 2000, s. 39, 40, 41.

<sup>32</sup> 370 U.S. 294, 1962 (NOEL, K.: “Efficiency Considerations in the Assesment of Mergers”, European Competition Law Review, S. 8, 1997, s. 501).

rekabeti bozması ihtimalinin bulunması dahi birleşmeyi kanuna aykırı saymak için yeterli kabul edilmiştir.

## 2 - Chicago Okulu

“Harvard Okulu”nun yarım yüzyıldan fazla hakimiyeti 1970’lerden sonra yerini, “ekonomik verimliliği” göz önünde tutan ve birleşmelere karşı daha bonkör davranan “Chicago Okulu”na bırakmıştır. Bu görüş, rekabet politikasına “verimlilik” kavramını sokmayı başarmıştır. “Ekonomik verimlilik”, genel bir ifade ile, daha az kaynak kullanarak ucuza üretimde bulunulması (üretimde verimlilik) ve kaynakların israfının önlenmesi (kaynak dağılımında verimlilik) olarak açıklanabilir<sup>33</sup>.

Bu dönemde Antitröst Dairesinin ekonomik danışmanlığına getirilen Oliver Williamson bu görüşün benimsenmesinde etkili olmuştur<sup>34</sup>. Williamson, Antitröst Dairesinin birleşme ve devralmaları denetlerken verimlilik kriterini de dikkate almasını sağlamıştır<sup>35</sup>. Birleşme ve devralmaların ekonomik verimliliği artırdığı böylece maliyetleri düşürdüğü ve uygulamada bunlardan yararlanılması gerektiği belirtilmiştir.

Williamson, idari makamların yaptıkları incelemelerde göz önünde tutmaları gereken kriterleri belirlemiştir. Buna göre; idari makamlar, bir birleşme veya devralmanın kanuna aykırı olup olmadığını incelerken, ekonomik verimliliğin artıp artmadığı, üretim maliyetinin düşüp düşmediği, pazar gücünün artıp artmadığı gibi hususları da göz önünde tutacaklardır. Karar verirken de tüm bu kriterlerle rekabette oluşan azalma arasında bir denge kurmaya çalışacaklardır.

Chicago Okulu kendine taraftar buldukça, “Harvard Okulu” ve Yüksek Mahkeme’nin bu doğrultudaki kararları da sorgulanmaya başlanmıştır. Sonunda 1970’lerden itibaren Yüksek Mahkeme de bu yeni akıma direnememiş ve birleşme ve devralmalarla ilgili kararlarında ekonomik verimliliğin artıp artmadığını incelemeye başlamıştır. Böylece, mahkemeler de birleşme ve devralmalara daha sıcak bakar hale gelmiştir. General Dynamics<sup>36</sup>, Marine

<sup>33</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. AKINCI, a.g.e., s. 11-16; TOPÇUOĞLU, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arasında İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 1999, s. 40-42.

<sup>34</sup> KOLASKY, J. William/ DICK, R. Andrew: “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers” makalesinde dn. 10 ve 21 ile ilgili metin, [www.usdoj.gov/atr/hmerger/11254.htm](http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11254.htm) (çevrimiçi 27 Ocak 2003). Ayrıca bkz. NOEL, a.g.m., s. 501.

<sup>35</sup> NOEL, a.g.m., s. 501.

<sup>36</sup> U.S. v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486, 1974 (NOEL, a.g.m., s. 502).

Bancorporation<sup>37</sup>, Connecticut National Bank<sup>38</sup>, Brunswick Corp.<sup>39</sup> gibi mahkeme kararlarında, birleşme sonucunda büyük pazar payları ortaya çıkarsa da, birleşmenin “verimliliği artırdığı” savunması dikkate alınmıştır.

### 3 - Son Dönem Rekabet Politikası

Amerika’da Reagan hükümeti döneminde de, Chicago Okuluna paralel ama daha keskin bir şekilde birleşmelere izin veren bir politika benimsenmiştir. Reagan hükümetine göre, rekabetin korunmasının tek yolu, ekonomik verimliliğin ve düşük maliyetli üretimin sağlanmasıydı. Üretimde ve kaynak dağılımında verimliliğin sağlanabilmesi için -ki bunlar genel toplum refahını yükselten faktörlerdir- şirketler arasında mutlaka rekabetin korunması gerekmektedir. Dolayısıyla, bir birleşme verimliliğin artması sonucunu doğuruyorsa bu birleşme o an için rekabeti azaltıyor olsa da buna izin verilebilir. Verimliliğin uzun vadede rekabeti artıracığına inanılmaktadır.

Ayrıca, birleşme ve devralmalar sonucu oluşan büyük şirketlerin genel refahını artıracığı kabul edilmektedir. Yurt dışında artan rekabet ve yabancı ürünlerin iç piyasaları zorlamaya başlaması sonucunda, yabancılarla veya büyük uluslararası firmalarla rekabet edebilecek büyük Amerikan şirketlerine de ihtiyaç olduğu belirtilmekteydi. Bu nedenlerle, eski, küçük yatırımcıyı koruyan rekabet politikaları yerine, ekonomik verimliliği ön plana çıkaran ve Amerikan şirketlerinin uluslararası alanda rekabet gücünü artırmayı hedefleyen bir sistem izlenmesi gerekmektedir.

Reagan hükümeti döneminde, Clayton Kanunu’nun 7. maddesini bu doğrultuda değiştirmek için Yasama Meclisi’ne teklif dahi verildi (1987), ancak kabul edilmedi<sup>40</sup>. Hükümet, kanunu değiştirmeyi başaramamış olsa da, takip edilecek kuralları içeren Kılavuzlar (Merger Guidelines) aracılığıyla kendi politikalarını yine de belirli ölçüde uygulayabilmiştir.

Hükümet politikasının idari makamlar ve mahkemeler tarafından da benimsenmesi sonucu, bu dönemde bir şirket birleşmeleri çığırının yaşandığı söylenebilir. Daha sonraki G. Bush ve Clinton hükümetleri tarafından, Reagan döneminde birleşme ve devralmalar konusunda egemen olan hoş görü temelde korunmakla birlikte, sistemde bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu dönemde Federal Ticaret Komisyonu ve Antitröst Dairesince çıkarılan 1992

<sup>37</sup> U.S. v. Marine Bancorporation, Inc., 418 U.S. 602, 1974 (NOEL, a.g.m, s. 502).

<sup>38</sup> U.S. v. Connecticut Natianol Bank, 418 U.S. 656, 1974 (NOEL, a.g.m, s. 502).

<sup>39</sup> Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc. 429 US 477, 1977 (NOEL, a.g.m, s. 504).

<sup>40</sup> Bu teklif (Merger Modernization Act) uyarınca, şirket birleşmelerinin kanuna aykırı olması için “birleşmenin şirketlerin pazardaki hakimiyet gücünü artırdığı yönünde kuvvetli bir ihtimalin söz konusu olması” gerekmemekte idi (BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 126).

tarihli Müşterek Kılavuz'un (Joint Guidelines of the Agencies) 4. maddesinde, hükümetin rekabet politikası şöyle ifade edilmiştir<sup>41</sup>:

“Birleşmeler öncelikle ekonomide verimliliği artırmaya yarar. Bu, tüketici için daha düşük fiyat anlamına gelen, teşebbüsler arası rekabetin artmasını destekleyecektir. Ekonomik net verimliliğe ulaşılabilirliği için bazı birleşmeler gereklidir.”

Şu halde, yeni politikada, bir birleşme ve devralma, tüketici lehine ekonomik verimliliği artırıyor, mesela ürünün fiyatı düşüyorsa, buna izin verilmektedir. Görüldüğü gibi, bu dönemde Reagan döneminden farklı olarak, “ekonomik verimlilik” kriteri tek başına yeterli görülmemiştir.

## II. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

### A- İNCELEME VE DEĞERLENDİRMEİNİN KİMLER TARAFINDAN YAPILACAĞI

Birleşme ve Devralma işlemlerinde Amerikan rekabet mevzuatının uygulanması, hem idari makamlar hem de genel mahkemeler aracılığıyla yapılmaktadır. İdari makamların kararlarına karşı itiraz mercii mahkemelerdir. Dolayısıyla, denetim idari makamlarca da yapılırsa son karar federal mahkemelerce verilmektedir<sup>42</sup>.

Sistemin daha iyi anlaşılması için idari makamların işleyişine bir göz atmak faydalı olacaktır:

Birleşmeleri denetlemekle esas olarak iki makamın görevli olduğunu belirt-

<sup>41</sup> NOEL, a.g.m., s. 502.

<sup>42</sup> Ülkemizde birleşmelerin kanuna uygunluk denetimi Rekabet Kurulunca yapılmaktadır (RKHK m. 20). Bu kurul Amerika'daki sistemden farklı olarak tek yetkili makamdır ve kararlarına karşı sadece Danıştay'a itiraz edilebilmektedir. Bizde genel mahkemeler sadece rekabet kanununun hükümlerine aykırı davranıştan zarar görenlerin tazminat ve iade davalarına bakmaktadır (RKHK m. 57 vd.).

Diğer taraftan tazminat veya iade davalarında karar verebilmek için mahkemelerin öncelikle kanuna aykırılığın bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Bu incelemenin nasıl yapılacağı ve mahkemelerin Rekabet Kurulu kararlarıyla bağlı olup olmadıkları konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. ASLAN, “Rekabet”, s. 411-420.

ASLAN, Rekabet Kurulu'nun ve mahkemelerin aynı olayla ilgili olarak verebilecekleri çelişkili kararları önlemenin en iyi yolunun tüm kararların tek bir mercide temyiz edilmesi olduğunu belirtmiştir (ASLAN, “Rekabet”, s. 417). Amerikan sisteminde durum böyledir. Amerika'da hem Federal Ticaret Komisyonu'nun hem de federal mahkemelerin kararlarına karşı itiraz mercii Yüksek Mahkemedir.



miştik<sup>43</sup>: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission) ve Adalet Bakanlığı'nın Antitröst Dairesi (Antitrust Division of the Justice Department). Ancak, ihtisas gerektiren bazı sektörlerle ilgili işlemler özel kuruluşlarca incelenir. Mesela, havayolları şirketleri arasındaki şirket birleşmeleri Ulaştırma Bakanlığı'nın denetimine tâbi tutulmuştur.

Federal Ticaret Komisyonu bağımsız bir kuruluştur<sup>44</sup>. Komisyon'un beş üyesi vardır ve her biri Devlet Başkanı tarafından beş yıllık bir süre için atanır. Üyelerden en çok 3'ü aynı siyasi partiden olabilir. Üyeler ancak görevlerini suiistimal nedeniyle görevden alınabilirler.

Adalet Bakanlığı'nın Antitröst Dairesi ise, Bakanlar Kurulu'na bağlı olarak çalışır ve bölümün başındaki kişi Devlet Başkanı'nın istekleri doğrultusunda hareket eder. Görüldüğü gibi, Adalet Bakanlığı karar verirken, hükümetin istekleriyle yakından bağlıdır.

Bu iki idari makam, Clayton Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiş olan birleşme ve devralmalarla ilgili olarak aralarında sektör paylaşımı yapmışlardır. Mesela Federal Ticaret Komisyonu, petrol, araba ve perakende yiyecek sektörü ile ilgili hususlar üzerinde yoğunlaşırken; Antitröst Dairesi, çelik, demir yolları ve iletişim sektöründe yoğunlaşmıştır.

Bu iki makam, uygulamalarının çelişkili sonuçlar doğurmaması için birbiriyle uyum içinde ve birbirinin yaptıklarından haberdar olarak çalışmaktadır<sup>45</sup>. Antitröst Bölümü ve Federal Ticaret Komisyonu, rekabet mevzuatı kapsamında kanuna aykırı bir durumdan haberdar olduğu zaman inceleme başlatır. Makamlar genellikle, rakip şirketler veya müşteriler gibi ilgili kişilerin şikayetleri aracılığıyla veya bizzat birleşme taraflarının bildirimini ile durumdan haberdar olurlar<sup>46</sup>. Her dosya bu makamlarda çalışan uzman

<sup>43</sup> Antitröst Dairesi esasen Sherman Kanunu'nun uygulanmasıyla görevlidir. Ticaret Komisyonu ise Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'ndaki işlemlerin denetimiyle görevlidir. Her iki idari makam Clayton Kanunu'nda sayılan işlemlerin denetimini ise aralarında bölüşmüşlerdir.

<sup>44</sup> Ülkemizde Rekabet Kanununu uygulamakla görevlendirilmiş olan Rekabet Kurulu, yetkileri ve işleyişi bakımından Federal Ticaret Komisyonuna benzer. Rekabet Kurulu'nun, şeklen Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı olmasına rağmen, idari ve mali özerkliği vardır. Rekabet Kuruluna verilen yetkilerin genişliği karşısında onun yarı yargısal bir makam olduğu da söylenebilir. Rekabet Kurulu da her idari makam gibi yargısal denetime tâbi tutulmuştur. Kurul kararlarına karşı 60 gün içinde Danıştay'a başvurulabilmektedir (RKHK m. 55). Daha geniş bilgi için bkz. ASLAN, "Rekabet", s. 393- 483.

<sup>45</sup> Keza, ön bildirimle tâbi olan bir birleşme ve devralmalarda bu bildirim Antitröst Dairesine bağlı bir büroya yapılır. Bu bildirimlerden Ticaret Komisyonu'nun da haberdar olması için bu büroda Ticaret Komisyonu'ndan da az sayıda görevli istihdam edilmektedir.

<sup>46</sup> Ülkemizdeki Rekabet Kurumu da incelemelerine benzer şekilde başlar. RKHK m. 9 uyarınca, inceleme, birleşmenin bildirilmesi, ilgililerin şikayeti veya rekabeti bozucu etkilerden başka herhangi bir yolla haber alınması ile başlar.

avukatlar ve ekonomistler tarafından incelenmektedir. Ekonomistler ve avukatlar dosyaları ekipler halinde, ayrı ayrı incelerler ve daha sonra birlikte değerlendirirler.

Ön bildirimde tâbi olan birleşme ve devralma tarafları bildirimde bulunurken, teklifin içeriğini, bazı sanayi verilerini ve ekonomik bilgileri de bildirmeleri gerekir. Ayrıca Federal Ticaret Komisyonu veya Antitröst Dairesi gerekli gördüğü başka bilgileri de talep etme yetkisine sahiptir. Bu makamların incelemesi kural olarak 30 gün sürer; ancak, ihtiyaç halinde süre uzatılabilir.

Antitröst Dairesi'nin ne idari zorlayıcı (icrai) karar (rule making) alma, ne de yargılama yapma yetkisi vardır. Daire rekabet kanunlarının zorlayıcı uygulamasını mahkemeler aracılığıyla sağlayabilir. Daire, bir birleşmeyle ilgili incelemelerini yapar ve bunun kanunları ihlal ettiği kanısına varırsa federal mahkeme nezdinde dava açar. Daire, incelemeleri sonucu elde ettiği belgelerle mahkemeyi ikna etmeye çalışır.

Federal Ticaret Komisyonu'nun ise yarı yargısal (quasi-judicial) yetkileri bulunmaktadır<sup>47</sup>. Federal Ticaret Komisyonu, bir birleşme veya devralmanın yasaya aykırı olduğunu belirlediği takdirde, federal mahkemeye başvurmadan önce kendi bünyesindeki idare hukuku hakimlerinden oluşan mahkemelere gider. Bu mahkemeler, tarafları da dinleyerek karar verirler. Bu kararların temyiz mercii, Komisyonun tüm üyelerinden oluşan bir kuruldur. Komisyonca verilen kararlar mahkeme kararı niteliğindedir ve bu kararlar 60 gün içinde temyiz edilmediği takdirde kesin hüküm niteliği kazanır (FTKK m. 5/ 2 (L))<sup>48</sup>. Bu kararlarının temyiz mercii ise federal temyiz mahkemesi (appeal court)dir. Nihayet, temyiz mahkemesinin kararları da Yüksek Mahkeme'nin incelemesine tâbiidir.

## B- İNCELEME VE DEĞERLENDİRMENİN NASIL YAPILACAĞI

Amerikan rekabet hukukunu düzenleyen Sherman Kanunu ile Clayton Kanunu'nun sadece genel ilkeler koyduğunu ve bunların içlerini doldurma görevinin mahkemelere ve idari denetçilere düştüğünü yukarıda belirtmiştik.

Rekabet politikalarının idari denetçileri olan Federal Ticaret Komisyonu ve Antitröst Dairesi incelemelerinde neleri esas aldıklarını gösteren kılavuzlar yayınlamaktadır<sup>49</sup>. Bu makamlar önceleri ayrı ayrı kılavuzlar çıkartırlar-

<sup>47</sup> BERTOZZI/BURGUNDER, a.g.e., s. 124.

<sup>48</sup> AKINCI, a.g.e., s. 288.

<sup>49</sup> Ülkemizde de aslında buna yakın bir sistem mevcuttur. Rekabet Kanunu birleşmelerin denetlenme kriterlerinin belirlenmesini Rekabet Kuruluna bırakmıştır (RKHK m. 7/II). Rekabet Kurulu da bu işi yayımladığı Tebliğler aracılığıyla yerine getirmektedir. Mesela,

ken, ilk kez 1992 yılında ortaklaşa olarak bir Birleşme Kılavuzu<sup>50</sup> çıkarmıştır. Bu Kılavuz daha sonra 1997'de gözden geçirilmiş olup, halen uygulanmaktadır. Tahmin edileceği gibi Antitröst Dairesi, Adalet Bakanlığına bağlı olduğundan, çıkarılan kılavuzlar da o dönemde görevde olan hükümetin ekonomik beklentilerini ve görüşlerini yansıtmaktadır.

Mahkemelerin önüne gelen rekabet dosyalarında neye göre karar vereceklerini önceden tahmin etmek zordur. Mahkemeler idari makamlarca yayınlanan kılavuzlardaki hesaplama yöntemleriyle ve kriterleriyle bağlı değildir. Bu kılavuzlar Adalet Bakanlığınca ilk çıkarıldığı zaman, asıl amacının mahkemeleri etkilemek olduğu iddia edilerek çok eleştirilmişti. Zaman geçtikçe mahkemelerin bu kılavuzlardan etkilenmeyerek kendi hesaplama yöntemlerini geliştirdikleri görüldü. Kılavuzlar, belki de teknik dille yazıldıkları ve kompleksi hesaplamalar öngördükleri için, mahkemelere hiç cazip gelmedi. Mahkemelerin kararlarında dayandıkları kriterlerin neler olduğunu anlayabilmek için eski tarihli önemli kararları incelemek gerekmektedir. Her bir mahkeme kararı, bir sonraki mahkemeye ışık tutmaktadır. Ancak bu mahkemelerin 1920'lerden beri aynı kriterleri benimsediği anlamına gelmez. Yukarıda rekabet politikaları bölümünde anlatıldığı gibi, ekonominin ve toplumun ihtiyaçlarına göre mahkemeler de zamanla görüşlerini değiştirmişlerdir.

Kılavuzlar uyarınca yapılan incelemelerde, birleşme ve devralma sonucunda pazarda oluşan istenmeyen yoğunlaşma ile istenilen verimlilik artışı arasında denge kurulmaya çalışılır. Bu Kılavuzlarda, piyasanın yoğunlaşma oranını belirleyebilmek için ilgili pazar payını dikkate alarak teknik hesaplamalar yapılmaktadır<sup>51</sup>. Dolayısıyla öncelikle “pazar payı”nın belirlenmesi gerekir. Pazar payı, “ürün pazarı” ile “coğrafi bölge”nin belirlenmesiyle hesaplanır.

İdari makamların Kılavuzlarda belirlediği bu yöntem aslında mahkemelerin kararlarını verirken kullandıkları mantıkla aynı doğrultudadır. 1963 tarihinde Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Philadelphia Nasyonal Bank (PNB)* davasında verdiği kararı “gereğinden büyük (undue) pazar payına sahip olma” ve “pazardaki yoğunlaşmayı artırma” kriterlerine dayandırmıştır. Bu

“1997/1 no.lu Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” böyledir.

50 Kılavuzlar için bkz. [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/hmg1.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html) (çevrimiçi 10 Ocak 2003).

Bu kılavuzların İngilizce'deki karşılığı “Merger Guidelines” dir. Biz bunu “Birleşme Kılavuzu” olarak çevirdik. İsmine rağmen, kılavuzlar, birleşmenin yanı sıra devralmaları da kapsamaktadır.

51 Birleşme kılavuzunda, bu hesaplamalar için Herfindahl-Hirschman İndeksi (HHI) adında bir metoddan yararlanılmaktadır.

kriterler daha sonraki davalara da esas teşkil etmiştir. Görüldüğü gibi, Kılavuzdaki hesaplamaların aslında mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuş bulunan kriterlerin teknik bir yorumundan ibaret olduğu söylenebilir.

Şimdi bu belirlemelerin her birinin nasıl yapıldığını yakından inceleyelim<sup>52</sup>.

## 1 - Pazar Payının Hesaplanması

“Pazar payı”, belirli bir bölgede pazara sunulan hizmet veya ürünün satışından o teşebbüse düşen paydır. Bir teşebbüsün pazar payının hesaplanabilmesi için öncelikle söz konusu pazarın coğrafi olarak sınırlarının çizilmesi (ilgili coğrafi bölge) ve bu pazara hangi ürünlerin (ilgili ürün pazarı) dahil olacağını belirlenmesi gerekir.

Dolayısıyla hakim, önüne gelen bir birleşmede öncelikle ilgili ürün pazarını ve ilgili coğrafi bölgeyi saptar.

### a - İlgili Ürün Pazarı

Spor ayakkabıları yapan bir şirket ile ilgili bir dava açıldığını varsayalım. Mahkeme, söz konusu şirketin pazar payının tespitini nasıl yapacak ve bu pazarı, hangi ürünleri dikkate alarak oluşturacaktır? İlk bakışta aklımıza şu gibi sorular gelebilir: Farklı yaş grupları için yapılan ayakkabılar aynı pazara mı dahil edilecektir? Yürüyüş ayakkabıları veya kösele ayakkabılar da pazar hesabına katılacak mıdır? Ucuz ayakkabılar ile pahalı ayakkabılar farklı ürün pazarlarını mı teşkil etmelidir? İşte bunun gibi bir çok soruyu cevaplandırmamız gerekmektedir. Ürün pazarının hesabına dahil edilecek ürünlerin dar tutulması halinde pazar payı yüksek çıkar; kapsamın geniş tutulması halinde ise düşük çıkar. Dolayısıyla, bu belirlemenin çok iyi yapılması gerekmektedir.

İlgili ürün pazarı, özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları itibarıyla tüketici açısından birbirleriyle değiştirilebilir nitelikteki ürünleri kapsar. Bu ürünlerin neler olduğunu belirlemek rekabet politikası açısından çok zor değildir. Bir ürünün fiyatı, çok kısa olmayan bir süre zarfında az ama etkin bir şekilde artırıldığında, küçümsemeyecek miktarda tüketici başka ürünü almayı tercih ediyorsa, bu alternatif ürünlerin tümü kural olarak aynı pazara dahil sayılır<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Ülkemizde birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde ve pazar paylarının hesaplanmasında göz önünde tutulacak esaslar Rekabet Kurulunca çıkarılan 1997/1 no.lu Tebliğ’in 4. ve 6. maddelerinde belirlenmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. ASLAN, “Rekabet”, s. 251; GÜVEN, a.g.e., s. 105 – 139.

<sup>53</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 167.

Bu şekilde fiyat artışına dayalı asıl ürün ile alternatif ürünler arasındaki yönelme “karşılıklı talep elastikiyeti (cross-elasticity of demand)” olarak tanımlanır.

Yüksek Mahkeme, Du Pont’un pazarda tekel oluşturduğu iddiasıyla Adalet Bakanlığı tarafından açılan bir davada verdiği kararda<sup>54</sup>, bu konuya açıkça yer vermiştir. Söz konusu olayda, Adalet Bakanlığı Du Pont’un selofan pazarının %75’ini elinde tutarak tekel oluşturduğunu ve bu durumun Sherman Kanunu’nun 2. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla dava açmıştır. Selofan, esnek paketlenme malzemesi üretiminde kullanılmaktadır ve tüm esnek paketlenme malzemeleri pazarında % 17.9’luk bir paya sahiptir. Yerel Mahkeme, olayda ilgili ürün pazarının sadece selofan değil tüm esnek paketlenme malzemeleri olduğuna ve dolayısıyla bu pazarda Du Pont’un tekelleşmesinin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Bunun üzerine Bakanlık kararı Yüksek Mahkeme’de temyiz etmiştir. Yüksek Mahkeme ise yerel mahkemenin görüşünü onaylamıştır. Karar şöyledir:

*“Her üretici ürettiği malın tek üreticisidir, ancak o şirketin ilgili pazardaki gücü ve kontrol etme yeteneği alıcılar için alternatif ürünlerin mevcudiyetine bağlıdır.*

*Eğer, olayımızda ilgili Pazar sadece selofan ise, o zaman, Du Pont’un tekelleşmesinden söz etmek mümkün olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, tekel gücü, pazardaki fiyatları kontrol edebilme veya rekabeti dışlayabilme gücüdür. Oysa olayımızda, Du Pont’un selofan fiyatlarını belirleyebilmesinin, pazardaki diğer esnek paketlenme malzemelerince oluşturulan rekabet ile sınırlandırılmış olduğu görülmektedir.*

*Bir malın rekabet ettiği pazarın belirlenmesi onun mevcut diğer mallarla olan özellik veya kullanım farklılıklarına ve tüketicilerin bu malları birbirinin yerine kullanabilmesinin sınırlarına bağlıdır. Mesela, inşaat malzemelerinin tümünün aynı ürün pazarında rekabet ettiği düşünülebilirse de; tuğlanın çeliğe veya çimentoya, Sherman Kanunu ile ifade edilmek istenen anlamda, rakip olduğu söylenemez. Bu ürünler birbirinden çok farklıdır. Diğer taraftan karbondioksitli içeceklerin her biri farklı formüllerle üretilmektedirler. Ancak bu durum onları farklı ürün kılmaz. Aksi halde, her üretici firma kendi ürettiği ürün açısından pazarda yasal olmayan bir tekelleşme oluşturmuş olur.*

*Bir çok ürünün yerinin başka bir ürün ile doldurulması mümkündür. Ancak ilgili ürün piyasasının belirlenmesinde tüm bu ürünleri dikkate alamayız. Olayımızda selofan’ın kullanıldığı alanlara tek tek bakıldığında, diğer bir*

<sup>54</sup> United States v. E.I. Du Pont De Nemours & Co. 351 US 377, 1956 (BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 167).

*çok ürünle rekabet etmek durumunda olduğu görülmektedir. Selofan'ın kullanıldığı farklı alanlardaki pazar payına bakıldığında, şu görülmektedir: Pişirme aletlerinin paketlenmesinde %7'den az; şeker ürünlerinin paketlenmesinde %25; çerezlerde %32; et ve tavuk ürünlerinde %35; bisküvi ve krakerlerde % 27; taze sebze ve meyvelerde %47; donmuş gıdalarda %34; sigaralarda %70- 80 arası. Tüm esnek paketleme malzemeleri dikkate alındığında pazarın %17.9'unu selofan'ın teşkil ettiği görülmektedir. Ayrıca bu ürünlerin hepsinin işlevsel olarak birbirinin yerine geçebilmesi mümkündür. Yine selofan'ın diğer ürünler tarafından yerine getirilemeyecek hiç bir özelliği yoktur.*

*Pazardaki ürünler arasındaki "talebin karşılıklı elastikiyeti", bu ürünlerden birindeki fiyat değişikliğinin diğerlerinin satışlarına yansımalarıyla belirler. Yerel mahkeme olayda, esnek paketleme malzemeleri pazarında alıcıların bir üründeki fiyat veya kalite değişikliğine karşı aşırı duyarlı olduklarını belirlemiş ve bu durumun da Du Pont'un pazarda -fiyatlar üzerinde- tekel oluşturmasına engel olduğu yargısına varmıştır.*

*Sonuç olarak selofanın, diğer ürünlerle ikâme edilebilir nitelikte olması, onun esnek paketleme malzemeleri pazarında yer alması için yeterli olduğu kanısına vardık."*

Yukarıda da görüldüğü gibi, ilgili ürün pazarı belirlenirken, bir ürünün, "karşılıklı talep elastikiyeti (cross-elasticity-of-demand)" ilişkisi içinde bulunduğu diğer ürünlere bakılır. Yine yukarıda, birbirini ikâme edebilen ürünleri belirlerken, bir ürünün fiyatındaki az ama etkin bir artış sonucu tüketicinin tercih ettiği diğer ürünlere bakılacağını belirtmiştik. Bu belirleme yapılırken acaba, üründeki 1 Dolarlık bir fiyat artışı dahi dikkate alınmalı mıdır veya fiyatı artan malı kullanan tüketicilerden sadece bir tanesinin ek-silmesi bile yeterli midir?

1992 tarihli Birleşme Kılavuzu'nda bu konuya açıklık getirilmiştir<sup>55</sup>. Buna göre; bir üründeki % 5 oranında fiyat artışı sonucunda dikkate değer sayıda alıcının başka ürünleri tercih ettiği belirlenebiliyorsa, bu alternatif ürünler ilgili ürün piyasasına dahildir<sup>56</sup>. Ürünün fiyatının sadece kısa bir süre için artırılması bu belirlemenin yapılması için yeterli olmaz. Ayrıca, belirtilen "dikkate değer ölçüde alıcı" ifadesi ile, "fiyat artışının kârlı olmasını engellemeye yetecek miktarda alıcı"nın kastedildiği de belirtilmektedir.

İlgili ürün bulunduktan sonra acaba sadece o ürünü üreten şirketler mi rakip olarak değerlendirmeye katılacaktır? Bu soruya olumsuz cevap verilmiştir. Bazı durumlarda bizzat o ürünü üretmese bile üretmeye hazır olan po-

<sup>55</sup> Bu kılavuzun metni için bakınız: BREIT, William/ ELZIGNA, G. Kenneth: The Antitrust Casebook, Miles in Economic Regulation, 3. baskı, Amerika 1996, s. 411 – 436.

<sup>56</sup> BREIT/ELZIGNA, a.g.e., s. 153.

tansiyel üreticileri de dikkate almak gerekir. Potansiyel rakiplerin belirlenmesi için kabul görmüş iki kriter vardır: “*malzeme elastikiyeti* (cross-elasticity of supply)” ve “*pazara giriş kolaylığı* (ease of entry)”.

“Malzeme elastikiyeti” kavramını anlayabilmek için bir örnek verelim. Bir pazarda tek bir vida üreticisi olduğunu ve alıcı talebi açısından bu ürünün yerine geçebilecek başka bir ürünün de bulunmadığını varsayalım. Dolayısıyla, bu şirket ilgili ürün piyasasının %100’üne sahip olacaktır. Diğer taraftan, pazarda 50 tane de çivi üreticisi olduğunu varsayalım. Çivi üreten fabrikaların kullandıkları makineler göz önüne alındığında, bir çivi üreticisi, kârlı olduğu kanaatine varırsa, çok az bir finansman ile vida üretimine geçebilecektir. Böyle bir durumda, çivilerle vidalar arasında oldukça yüksek bir “malzeme-elastikiyeti” vardır. Acaba söz konusu pazardaki tek vida üreticisi olan şirketin, müşterilerinde hiç azalma olmadan vida fiyatlarını tek başına belirleyebileceği kabul edilebilir mi? Bu sorunun cevabı, -çivi üreticilerinin de bu pazara hemen girebilecekleri göz önünde tutulduğunda- büyük ihtimalle “hayır” olacaktır. Bu nedenlerle, Adalet Bakanlığı ve bazı mahkemeler ilgili ürün pazarını belirlerken, sayıları 50’yi bulan çivi üreticilerini de hesaba dahil edeceklerdir. Böylece, vida üreticisi olan şirketin pazar payı %100’den çok aşağıya, önemsiz bir orana düşürülmüş olur.

“Pazara giriş kolaylığı” kriteri de, rekabet kuralları uygulayıcıları arasında son yıllarda genel kabul gören bir kriterdir. Buna göre, söz konusu ürünü o an için üretmeyen şirketlerin üretime geçmeleri nispeten düşük bir maliyet gerektiriyorsa, artık o ürün pazarında hakim durumda olan bir şirketin varlığından korkmaya gerek yoktur. Nitekim, bu şirketin pazardaki gücünü kullanmaya kalkışması, yani fiyatları artırması, diğer şirketlerin bu ürünü kârlı bir pazar olarak görüp aynı pazara girmeleri sonucunu doğuracak, dolayısıyla rekabeti artıracaktır.

Bugün bu üç kriter (karşılıklı talep elastikiyeti, malzeme elastikiyeti ve pazara giriş kolaylığı) birleşmelerin akdedildiği ürün pazarını belirlemede hem mahkemelerce hem de idari makamlarca<sup>57</sup>, küçük farklarla da olsa, temelde yukarıda anlatılan çerçevede, dikkate alınmaktadır. Bunlar dışında rakip pazarın ve kullanım alanlarının sanayi ve toplum tarafından bilinmesi, ürünün diğerlerine nazaran farklı özellikleri ve hangi kanallarla dağıtıldığı vb. hususların da kararın oluşumunda etkili olduğu görülmektedir.

#### *b - İlgili Coğrafi Bölge*

Yukarıda anlattıklarımızın ışığı altında ilgili ürün pazarı belirlendikten sonra, şirketin pazar payının saptanabilmesi için geriye bir tek adım kalır: İlgili coğrafi bölge.

<sup>57</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 169.

İlgili ürün pazarımızın manavlar olduğunu varsayalım. Yine, evinize 10 kilometre mesafede bir tek manav olduğunu, ancak 25 kilometre mesafede 15 manav ve 50 kilometrelik mesafede 50 manav olduğunu varsayalım. Bu durumda, acaba 10 kilometre çapındaki bir alanda tek manav olan teşebbüsün %100 pazar payını elinde tuttuğu, dolayısıyla pazarda tekel oluşturduğu söylenebilecek midir? Diğer taraftan, elektronik eşya satan mağazaların ilgili ürün pazarımız olduğunu varsayalım. Yine, 10 kilometrelik bir mesafede bir dükkan, 25 kilometrede 15 dükkan ve 50 kilometrede 50 dükkan olduğunu varsayalım. Bu durumda verilen cevap ilk olaydan farklı mı olacaktır?

Tüketicinin alışveriş alışkanlıklarına bakıldığında, genelde meyve sebze alışverişlerimizde çok uzağa gitmeden en yakınımızdaki dükkana gideriz. Dolayısıyla, 10 kilometrelik alanda bulunan tek manavın rakibinin yok denebilecek kadar az olduğu düşünülebilir. Diğer taraftan, nadiren alınan, pahalı elektronik aletler söz konusu olduğunda, tüketici mümkün olduğu kadar çok dükkan gezip fiyat araştırması yapmaya meyillidir. Dolayısıyla, tüketicinin 2. örnekte söz konusu edilen ürünü almak için çok uzağa gitmese de, araştırmasını tamamlamak için 25 kilometrelik bir mesafeyi göze alabileceği düşünülür. Sonuç olarak, tüketicinin kendi bölgesindeki elektronik malzeme mağazasının, en azından, 15 tane rakibinin olduğu kabul edilecektir. Bu durum tabii ki, her olayda tipik tüketicinin alışveriş alışkanlıklarına bağlı olarak değişecektir ve ayrı ayrı incelenmesi gerekir<sup>58</sup>.

Birleşme Kılavuzu'nda, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi için şu soruya yanıt aranması gerektiği belirtilmektedir: Bir ürünün fiyatı, kısa olmayan bir süre için, az ama etkin bir biçimde -genellikle bir yıl süreyle % 5'lik bir artış yeterli kabul edilir- artırıldığında ne olur? (Bu soruyu yanıtlarken, o ürünün o bölgede tek bir satıcı tarafından satıldığını ve komşu pazarlarda satılan ürünlerin fiyatının aynı kaldığını varsaymamız gerekmektedir.) Bir yıl sonunda satışlarda meydana gelen azalma, fiyat artışından elde edilecek kâra engel olmuşsa, bu durumda tüketicinin alternatif olarak seçtiği komşu ürünün bölgesi de coğrafi bölgenin hesabına katılır<sup>59</sup>.

Diğer taraftan, mahkemeler de coğrafi bölge belirlemesini aynı mantıkla yapmaktadırlar. Yüksek Mahkeme'nin 1963 tarihli Philadelphia National Bank (PNB) kararı buna iyi bir örnek teşkil etmektedir<sup>60</sup>:

Olayda Philadelphia şehir merkezinde yerleşik olan PNB ile Girard Trust Corn Exchange Bank'ın birleşmeleri söz konusudur. Her iki bankanın da

<sup>58</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 170. Bu konuda ayrıca bkz. MORICI, Peter: Antitrust In The Global Trading System: Reconciling U.S., Japanese and EU Approaches, Washington 2000, s. 32.

<sup>59</sup> BREIT / ELZINGA, a.g.e., s. 165.

<sup>60</sup> 374 U.S. 321, 1963 (NOEL, a.g.m., s. 501).



Philadelphia'nın üç banliyösünde şubesi bulunmaktadır. Olayda ilgili ürün konusunda bir tartışma yoktur ve açıktır. Ancak, ilgili coğrafi bölge açısından yerel mahkeme ve Yüksek Mahkeme arasında görüş ayrılığı çıkmıştır. Yerel mahkeme, bankaların kuzey Amerika'nın büyük bir bölümünde diğer bankalarla rekabet ettiklerini ve coğrafi bölgenin burası olduğu sonucuna varmıştır. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, ilgili coğrafi bölgenin belirlenmesi için sağlayıcı-müşteri ilişkisinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir: Müşteriler genellikle en yakınlarındaki bankayla çalışmayı tercih ederler. Dolayısıyla, ilgili coğrafi bölgenin, bankaların bizzat buldukları Philadelphia ve üç banliyösü olduğuna karar verilmiştir.

Tahmin edilebileceği gibi, coğrafi bölge ne kadar geniş tutulursa şirketin pazardaki payı o kadar düşük çıkacaktır. Yüksek Mahkeme'nin görüşü esas alınır ve coğrafi bölge sadece Philadelphia ve civarı olarak kabul edilirse, birleşme sonrası şirketin pazar payı yüksek çıkacak ve bunun da bölgedeki rekabeti azaltması söz konusu olacaktır.

## 2 - Pazar Payının Yorumlanması

### a - Genel Olarak

Bugün, Ticaret Komisyonu ve Antitröst Dairesi bir birleşme veya devralma sonucunda ortaya çıkan pazar payının rekabet üzerindeki etkisini "*Herfindahl-Hirschman Index (HHI)*" olarak adlandırılan bir metod yardımıyla belirlemektedir. Bu indeksin nasıl kullanıldığı Birleşme Kılavuzunda şöyle açıklanmaktadır<sup>61</sup>:

Söz konusu pazardaki tüm satıcıların pazar paylarının kareleri alınır ve bunlar toplanır. Bu yöntem, birleşme öncesindeki (pre-merger HHI) ve birleşme sonrasındaki (post-merger HHI) pazar paylarına ayrı ayrı uygulanır. Bu iki değer ve aradaki fark, HHI'de belirtilen eşiklere bakılarak yorumlanır. Değerler bu eşiklerin içinde kaldığı sürece sorun yoktur ve birleşmeye izin verilebilir. Eşikler aşılsa, birleşme, pazar rekabetine etkileri açısından, idari makamlarca derinlemesine incelemeye tâbi tutulur. Mesela, piyasaya girişin engellenip engellenmediğine bakılır.

HHI'de "yoğun olmayan", "orta yoğunlukta" ve "çok yoğun" olarak üç ayrı Pazar tipi tanımlanmış ve her biri için ayrı eşikler belirlenmiştir:

1- *Yoğun olmayan pazar (unconcentrated)*: Bir birleşme sonrasında, söz konusu pazardaki tüm şirketlerin pazar paylarının karelerinin toplamı 1000'in altında ise bu pazar yoğun değildir. Böyle pazarlarda oluşturulan birleşme-

<sup>61</sup> BREIT/ ELZIGNA, a.g.e., s. 422, 423.

lerin, rekabeti azaltıcı etki yaratmayacağı kabul edilir. Bu durumda başka inceleme yapılması gerekmeden birleşmeye izin verilebilir.

2- *Orta yoğunluktaki pazar (moderately concentrated)*: Bir birleşme sonrasında, söz konusu pazardaki tüm şirketlerin pazar paylarının karelerinin toplamı 1000 ile 1800 arasında ise bu pazar orta yoğundur. Bu tip bir pazarda oluşturulan birleşme, pazarın birleşme öncesi HHI indeksi ile sonraki indeksi arasında 100 puandan az bir değişikliğe neden oluyorsa, birleşmenin rekabeti olumsuz etkilemesi beklenmez. 100 puandan fazla ise bu birleşmenin rekabeti önemli derecede etkilemesi mümkündür.

3- *Çok yoğun pazar (highly concentrated)*: Bir birleşme sonrasında, söz konusu pazardaki tüm şirketlerin pazar paylarının karelerinin toplamı 1800'den fazla ise bu pazar çok yoğundur. Bu tip bir pazarda oluşturulan birleşme, pazarın birleşme öncesi HHI indeksi ile sonraki indeksi arasında;

- 50 puandan az bir değişiklik yaratıyorsa, böyle bir pazarda oluşturulan birleşmelerin, rekabeti azaltıcı etki yaratması beklenmez. Başka inceleme yapılması gerekmeden birleşmeye izin verilebilir.
- 50 puanın üzerinde bir etki yaratıyorsa, birleşmenin rekabeti önemli ölçüde etkilemesi mümkündür. Bu durumda yoğunlaşmanın etkilerini azaltacak diğer faktörlerin (pazarın özel yapısı, birleşmenin verimliliği artırdığı gibi) bulunup bulunmadığına bakılması gerekir.
- 100 puandan çok bir değişiklik yaratıyorsa, bu durum birleşmenin, hakim durum yaratacağına veya hakim durumunu kuvvetlendireceğine ya da pazardaki gücünün kullanılmasını kolaylaştıracağına karine teşkil eder. Bu durumda da yoğunlaşmanın etkilerini azaltacak diğer faktörlerin bulunup bulunmadığına bakılması gerekir.

Federal Ticaret Komisyonu, 1994 tarihinde Coca-Cola Şişeleme Şirketi'nin taraf olduğu bir birleşme ile ilgili olarak verdiği kararda, yukarıdaki hesaplamadan yararlanmışır<sup>62</sup>. Olaydaki veriler şöyledir:

Birleşme öncesi HHI : 2807

Birleşme sonrası HHI : 3421

HHI artışı : 614

Komisyon, birleşme sonrası HHI indeksinin 1800'den yüksek olduğunu için "çok yoğun" bir pazar söz konusu olduğunu belirlemiştir. Ayrıca, artış 100'den çok olduğundan birleşmenin, şirketin pazar gücünü kuvvetlendire-

<sup>62</sup> BREIT / ELZIGNA, a.g.e., s. 196.

ceğini, dolayısıyla rekabeti önemli ölçüde azaltmasının oldukça muhtemel olduğu sonucuna varmıştır.

HHI indeksinin idari makamlarca kullanıldığını ve mahkemelerce tercih edilmediğini yukarıda belirtmiştik. Mahkemelerce de birleşme ve devralmanın “pazar payı ve yoğunlaşma yaratıp yaratmadığı” yorumlanırken aşağı yukarı aynı mantık kullanılmaktadır. Ancak, söz konusu terimlerin neyi ifade ettiği hakimlerin takdirine kalmıştır. Yüksek Mahkeme’nin bazı kararlarında, yukarıdaki HHI’ya benzer şekilde, söz konusu pazarın yapısının yoğun olup olmamasına göre ayırım yaptığını görmekteyiz:

Mahkeme, önüne gelen bir olayda yoğunlaşmamış bir pazar söz konusu ise birleşme ve devralmalara daha katı davranmaktadır. Böyle bir pazarda birleşme ve devralma sonucu oluşan yeni pazar payı önemsiz dahi olsa, bunun rekabete zarar verebileceğine hükmedebilmektedir. Mesela, 1962 tarihli Brown Shoe davasında mahkeme bu doğrultuda karar vermiştir<sup>63</sup>. Birleşme sonrasında Brown Shoe şirketinin pazar payının %5 olmasına rağmen mahkeme birleşmeyi kanuna aykırı saymıştır. Kararda, bir çok ufak firmanın rekabet ettiği yoğun olmayan bir pazarda, çok büyük olmasa da, biraz büyük firmaların oluşması, zaman içinde küçük firmaları yıldırıp kaçmalarına neden olabileceği belirtilmiştir<sup>64</sup>.

Diğer taraftan zaten yoğun bir pazar söz konusu ise bir birleşme veya devralmanın rekabeti önemli ölçüde azalttığının kabul edilebilmesi için önemli bir pazar payının oluşması aranmaktadır. Yüksek Mahkeme 1963 tarihli Philadelphia National Bank (PNB) kararında bu doğrultuda karar vermiştir<sup>65</sup>. Buna göre, birleşme veya devralma sonucunda “gereğinden büyük (undue) paya” sahip olunuyor ve bu “pazardaki yoğunlaşmayı artırıyor” ise böyle bir birleşme veya devralmanın rekabeti önemli ölçüde azalttığı kabul edilmektedir. Kararda “gereğinden büyük pay” tabiri ile neyin kastedildiği açıklanmamıştır, ancak PNB’nin birleşme sonucunda %30 pazar payına ulaşacak olmasının bu kriteri sağladığı kabul edilmiştir<sup>66</sup>.

Diyelim ki idari makamlar veya mahkemeler bir birleşme ve devralmanın pazarda istenmeyen bir yoğunlaşmaya sebep olduğunu tespit ettiler. Bu durumda başka bir incelemeye gitmeden o birleşme ve devralmayı yasaklamak mı gerekir? Sorunun cevabı olumsuzdur. Bu aşamada halen, tarafların bazı savunma imkanları bulunmaktadır. Bu savunma imkanlarından çoğunu

<sup>63</sup> 370 U.S. 294, 1962 (NOEL, a.g.m., s. 501).

<sup>64</sup> Belirtmek gerekir ki bu karar mahkemelerin Harvard Okulunu desteklediği ve küçük teşebbüsleri koruyarak birleşmelere kökten karşı olduğu bir dönemde verilmiştir. Bu konuya yukarıdaki ilgili bölümde değinilmişti.

<sup>65</sup> 374 U.S. 321, 1963 (NOEL, a.g.m., s. 501).

<sup>66</sup> FRAZER, a.g.e., s. 93.

idari makamlar bizzat dikkate alırlar. Mahkemeler ise genellikle bu imkanı taraflara savunma hakkı tanıyarak yaratırlar. Şimdi bu savunma imkanlarına bir göz atalım.

### *b - Taraflarca İleri Sürülebilecek Savunmalar*

Pazar payı her zaman şirketin pazardaki gücünü doğru olarak yansıtmayabilir. Bazen gereğinden fazla veya düşük rakamlar hesap edilmiş olabilir. Böyle durumlar da tarafların varılan sonucun yanlış olduğunu iddia ederek kendilerini savunma imkanları her zaman vardır. En çok kabul gören savunmalara şunları örnek gösterebiliriz<sup>67</sup>:

- *Pazarın değişen yapısı*: Mesela pazardaki firmalardan birinde yeni bir teknolojinin mevcut olması ve birkaç yıl içinde, bu teknoloji sayesinde, birleşmenin pazardaki yerinin eriyeceği ispatlanabilir. Böyle durumlarda, İdari makamlar pazardaki yoğunlaşmanın hesabını yaparken, bunları da dikkate alacaklardır.
- *Yeni rakiplerin pazara girişleri*: Yeni rakiplerin pazara girmesinin kolay olması da bir birleşmenin mevcut gücünün yorumlanmasında önemli bir kriterdir. Birleşme Kılavuzu'nda, rakiplerin pazara girme arzusunun ciddi ve bu kısa süre (mesela 2 yıl) içinde gerçekleşebilecek nitelikte olması aranmıştır. Ayrıca, pazara girecek olan rakiplerin, pazardaki rekabet üzerinde etkili olabilecek nitelikte olmaları da gerekmektedir.
- *Birleşme veya devralmanın verimliliği artırdığı*<sup>68</sup>: Rekabet politikasının temeli, ekonomik verimliliğin artırılmasıdır. Dolayısıyla, bir birleşme veya devralma verimliliği artırıyorsa, kural olarak, rekabet politikasıyla uyum içinde demektir. Verimliliğin arttığı iddiası bugün, taraflar için önemli bir savunma teşkil etmektedir.

Verimlilik kavramı çok geniştir. Kavramın geniş yorumlanması sonucu elde edilen tüm menfaatler verimlilik sayılacak ve bütün birleşme ve devralmalara izin verilmesi gerekecektir. Bu nedenle, birleşme ve devralmalar yolu-

<sup>67</sup> Bu imkanlar Birleşmeler Kılavuzlarında ayrı ayrı anlatılmaktadır. Bunun için bkz. BRE-IT / ELZIGNA, a.g.e., s. 424-436. Ülkemizde de birleşme ve devralmalar değerlendirilirken benzer faktörler Rekabet Kurulunca göz önünde tutulmaktadır. Bu faktörlerin neler olduğunu Rekabet Kurulu, çıkaracağı tebliğler aracılığıyla belirlemektedir. (Bkz. Rekabet Kurulunca çıkarılmış olan ve 12.08.1997 gün ve 23078 sayılı RG'de yayımlanmış olan 1997/ 1 no.lu "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in "Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi" başlıklı 6. maddesi).

<sup>68</sup> Bizim rekabet sistemimizde de birleşmelerin rekabete etkileri değerlendirilirken "ekonomik verimliliği" artırıp artırmadığı incelenmektedir. Bu husus 1997 no.lu Tebliğin 6/ b maddesinde "rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler" in de göz önünde tutulacağı şeklinde ifade edilmiştir.

la ulaşılan verimliliklerin hangilerinin, rekabet politikası açısından istenilen niteliklere sahip olduğu, Kılavuzlar aracılığıyla duyurulmaya çalışılmıştır<sup>69</sup>. 1997 Kılavuzuna göre verimlilik savunmalarının kabul edilebilmesi için 3 özelliğin bir arada bulunması aranmaktadır:

(1) ncelikle, söz konusu verimlilik, sadece birleşme yoluyla (merger-specific) elde edilebilecek türden olmalıdır. Mesela, şirket yönetiminin iyileştirmesi için bir birleşmeye girişilmesi “merger-specific” değildir<sup>70</sup>. Nitekim, böyle bir verimlilik çok daha kolayca, bir yönetim sözleşmesi yapılarak da elde edilebilir. (2) Verimlilik belirlenebilir, ortaya çıkarılabilir nitelikte olmalıdır. Bunun, iddia eden tarafça ispat edilmesi gerekir. (3) Son olarak da, birleşme sonucunda elde edilen verimlilik rekabet ilkelerine aykırı indirimlerden kaynaklanmamış olmalıdır. şirketler birleşmeden sonra artık rakip olmaktan çıktıklarından, müşterileri çekebilmek için yapmak zorunda kaldıkları reklamları ve promosyonları yapmaları artık gerekmez ve haliyle masraflarında bir azalma olur. Bu şirket içi maliyeti azaltır ve verimlilik olarak değerlendirilir. Ancak bu tür verimlilik pazardaki rekabetin artması sonucunu doğurmadığından istenilen verimliliklerden değildir.

Birleşen şirketlerin, fazla miktarda üreterek maliyeti düşürmeleri, üretim faaliyetlerinin daha iyi kullanılması, belli konularda uzman fabrikalar oluşturmak, düşük taşıma maliyeti ve benzeri şekilde üretim, servis veya dağıtım faaliyetlerinin daha ucuza yapılabilmesi gibi hususlar da, genellikle, birleşmelerle ilgili kabul edilebilir verimlilik savunmalarındandırlar<sup>71</sup>.

Diğer taraftan, son dnemelerde idari makamlar “gelişmekte olan pazar (innovation markets)” kriterini kullanmaya başlamışlardır. Bu kriter, genellikle verimlilik savunmalarını çürütmektedir. Son yıllarda İdari Makamlar bir çok şirket birleşmesini bu kritere dayanarak kabul etmemişlerdir. Mesela, 1997’de Ciba-Geigy’nin Sandoz’un bir kısmını devralması kabul edilmemiştir. Federal Ticaret Komisyonu iki şirketin de gen tedavisinin araştırılması ve geliştirilmesi üzerinde çalıştığını ve birleşme olursa bu alandaki rekabetin azalacağı; dolayısıyla, buluşların hızının düşeceği, yeni ilaçların piyasaya çıkmasının gecikeceği ve bu durumun tüketicilere zarar vereceği sonucuna varmıştır<sup>72</sup>.

69 ROLL, L. David: “Developments in Merger Analysis: Efficiencies and Innovation Markets”, 1998 Antitrust Conference, Steotoe & Johnson – Publications, 26 şubat 1998, s. 1 : [www.steotoe.com/WebDoc.NSF/At+the+...](http://www.steotoe.com/WebDoc.NSF/At+the+...) , (evrim içi 15 Aralık 2000). Ortak Birleşmeler Kılavuzunun 1997’de gözden geçirilmiş hali için bkz. [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/hmg1.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html) (evrimii 7 şubat 2003).

Bu konuda ayrıca bkz. KOLASKY / DICK, a.g.m.’sindeki dn. 97 v 98 ile ilgili metin, [www.usdoj.gov/atr/hmerger/11254.htm](http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11254.htm) (evrimii 27 Ocak 2003).

70 ROLL, a.g.m, s. 3.

71 NEL, a.g.m., s. 504.

72 Ciba-Geigy Ltd., FTC Docet No. C-3725, 24 Mart 1997 (ROLL, a.g.m., s. 5).

Burada belirtmek istediğimiz bir başka husus da, Amerikan mahkemelerinin bazı davalarda “batan şirket” savunmasını da kabul ettikleridir<sup>73</sup>. Bu durumda, batmakta olan şirketin darboğazdan kurtulması ve faaliyetlerine devam edebilmesi için önerilen birleşmenin kaçınılmaz olduğunun taraflarca ispatlanması gerekmektedir.

### **C- BİRLEŞME VE DEVRALMA TÜRLERİNİN (YATAY, DİKEY, KARMA) DEĞERLENDİRİLMESİNDEKİ FARKLILIKLAR**

Birleşme ve devralma türlerinin her biri farklı sonuçlar doğurur. Bu nedenle de rekabete etkilerinin derecesi farklılaşır. Türlerden sadece yatay birleşmeler doğrudan doğruya rekabeti azaltacak etki yaparlar. Bu nedenle idari makamlarca ve mahkemelerce en çok bu türün inceleme konusu yapıldığı görülmektedir. Aralarındaki farklar nedeniyle, Kılavuzlarda yatay ve yatay olmayan birleşmeler olarak ikili bir ayırım yapılmıştır.

Aşağıda bu üç türün genel özelliklerine kısaca değinilerek pazardaki rekabete olan etkileri örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

#### **1 - Yatay Birleşmeler**

Mal ve hizmet elde edilmesinin aynı aşamasında yer alan yani iki rakip teşebbüs arasında gerçekleşen birleşme ve devralmalar “yatay birleşme” olarak adlandırılır. Birbirine rakip teşebbüslerin sayısını azaltan yatay birleşmelerin, rekabeti doğrudan doğruya etkileyeceği açıktır. Birleşme sonucu teşebbüslerin pazar payı artacak ve bu da pazarda yoğunlaşma yaratacaktır.

Yatay birleşme sonucu ortaya çıkan en önemli sakınca pazar payının artarak yoğunlaşma yaratılmasıdır. Dolayısıyla, bu durumun değerlendirilmesinde yukarıdaki bölümde anlatılanlar doğrudan uygulanacaktır. İdari makamlar ve mahkemeler kararlarında yoğunlaşma oranını esas alacaktır. Ancak, tarafların yukarıda belirttiğimiz savunma imkanlarından yararlanarak kendilerini aklamaları mümkündür. Mesela, birleşme ve devralma sonunda “istenilen verimliliğin arttığı” veya aksi halde söz konusu teşebbüsün “iflas edeceği” gibi savunmalar böyledir.

Amerikan mahkemeleri önceleri Harvard Okulunun etkisiyle yatay birleşmelere hiç sıcak bakmamıştır. Mesela, 1962’de Brown Shoe davasında, birleşme sonucunda %5’lik bir pazar payı elde edilmesi dahi kanuna aykırı sayılmıştır<sup>74</sup>. Mahkemeler birleşme ve devralmaları, verimlilik artışı incelemesi dahi yapmadan reddetmekteydiler. Sonraları Chicago Okulunun etki-

<sup>73</sup> McCARTY/ BAGBY, a.g.e., s. 532.

<sup>74</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Harvard Okulu” başlıklı bölüm.

siyle pazar payı büyük bile olsa ekonomik gelişmeye olumlu etkisi olan birleşme ve devralmalara izin verilmeye başlandı.

## 2 - Dikey Birleşmeler

“Dikey birleşme”, alıcı ve sağlayıcılar yani farklı üretim aşamalarında bulunan teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaları ifade etmektedir. Bu tür birleşmeler pazardaki yoğunlaşmayı ve dolayısıyla rekabeti yatay birleşmelerdeki gibi doğrudan etkilemez. Bunlar çoğunlukla pazardaki rakip teşebbüslerin rekabet gücünü azaltması ve pazara başka teşebbüslerin girişini engellemesi bakımından pazarın yapısını etkilerler<sup>75</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, dikey birleşmelerde, hem alıcının içinde bulunduğu pazarın, hem de sağlayıcının içinde bulunduğu pazarın etkilenmesidir. Ayrıca, dikey birleşme sonucu güçlenen teşebbüsle rekabet etmek isteyenlerin artık üretimin iki aşamasında birden rekabeti göze alması gerektirecektir.

Bu durumu bir örnekle açıklayalım. Çiçek yetiştiricisi bir firma ile çiçek satıcısı diğer bir firmanın birleşmesi dikeydir. Önceden bir çok çiçek satıcısına çiçek temin ve tedarik eden yetiştirici artık çoğunlukla, birleştiği çiçek satıcısı için ürün yetiştirecek ve üretiminin ağırlıklı bölümünü ona tahsis edecektir. Piyasadaki diğer bir çok çiçek satıcısının bu yetiştiriciye bağımlı olması halinde birleşmeden sonra bu satıcıların rakip olarak piyasada ayakta kalmaları zorlaşacaktır. Diğer bir ifade ile, aynı pazarda rekabet eden diğer firmaların birleşen alıcı ile rekabet etme güçleri azalmış olur. Diğer taraftan, birleşen çiçek satıcısı önceden farklı yetiştirici firmalardan önemli miktarlarda çiçek satın almakta iken, artık bir tek firmadan mal almaya başlayacaktır. Dolayısıyla, diğer çiçek yetiştiricisi firmalar, pazarda yaşabilmeleri için ihtiyaç duydukları alıcıdan mahrum kalmış olacaktırlar. Bu durumda da aynı pazardaki rakip üreticilerin birleşen sağlayıcı ile rekabet etme güçleri azalmış olur.

1956 tarihli Du Pont davasında Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu karar, dikey birleşmelere iyi bir örnek teşkil etmektedir<sup>76</sup>:

Adalet Bakanlığı, Du Pont'un, General Motors (GM)'un %23 hissesini satın almasına engel olmak amacıyla, Clayton Kanunu'nun 7. maddesi kapsamın-

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. FRAZER, a.g.e., s. 103.

Ülkemizde de dikey birleşmeler, Rekabet Kurulunca pazara giriş engelledikleri yaratmaları ve rakiplerin rekabet gücünü azaltmaları bakımından incelemeye tâbi tutulmaktadırlar. Bu konuda bkz. ASLAN, “Rekabet”, s. 252.

<sup>76</sup> United States v. Du Pont & Co., 353 U.S. 586, 1956 (BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 181).

da, 1949 tarihinde Du Pont aleyhine dava açar. Yerel mahkemede talep reddedilince, Yüksek Mahkeme’de temyiz edilir. Temyiz kararı şöyledir:

*“Du Pont pazarda önemli bir araba cilası ve döşemesi satıcısıdır. GM ise pazarda önemli bir araba satıcısıdır. Du Pont eskiden beri GM’un araba cilası ve döşemelik malzeme ihtiyacının % 50’lik bir kısmını temin etmektedir. Bu iki firmanın birleşmesi sonucunda Du Pont doğal olarak GM’e daha fazla malzeme tedarik edecek ve şirketin pazardaki payı rekabet dışı yöntemlerle artmış olacaktır. Birleşmeye izin verilebilmesi için o birleşme sonucunda sağlayıcı veya alıcı şirketlerden birinin pazardaki rakiplerine karşı üstün duruma gelmemesi gerekir. Ayrıca Clayton Kanunu m. 7’de, böyle bir durumun ileride doğmasının muhtemel olması dahi, kanunun ihlali için yeterli görül müştür.”*

Kararda, Du Pont’un, General Motors’un ilk sıradaki sağlayıcı firması durumunda olduğu, dolayısıyla bu birleşmenin dikey bir birleşme niteliğini taşıdığı; bu birleşmenin Du Pont’u faaliyette bulunduğu pazardaki rakiplerine karşı güçlü konuma geçirdiği<sup>77</sup> ve dolayısıyla rakiplerin rekabet gücünü azalttığı sonucuna varılmıştır.

### 3 - Karma Birleşmeler

Yukarıdaki çeşitlere girmeyen, diğer bir ifade ile birbirine rakip olmayan ve aralarında alıcı-sağlayıcı ilişkisi bulunmayan işletmeler arasındaki birleşme ve devralmalar “karma (conglomerate) birleşme” olarak tanımlanır.

Karma birleşmeleri kendi içinde üç gruba bölmek mümkündür. (1) “Ürün genişleten birleşmeler (product-extended mergers)”de, birleşme veya devralmadan önce üretmediği, ama kendi ürünlerinin doğal bir uzantısı olan bir ürünü üreten bir teşebbüsle birleşme söz konusudur. (2) “Coğrafi bölge genişleten birleşmeler (geographic-extended mergers)”de, aynı ürünü ülkenin

<sup>77</sup> Yukarıdaki kararda mahkeme Du Pont şirketinin faaliyet gösterdiği pazardaki rakip şirketlerin durumuna bakarak karar vermiştir. Kararda faaliyet gösterilen pazarın sınırlarının çizilmesi çok önemli bir rol oynamaktadır. Pazarın sınırları ne kadar geniş tutulursa birleşmenin etkisi matematiksel olarak o kadar hafif gözüktür ve rakiplerin daha az etkilediği sonucuna varılır. Du Pont davasında Yüksek Mahkeme, cila ve döşemelik malzeme alıcılarının ilgili pazarını araba üreticileri olarak belirlemiştir. İlgili pazarın dar tutulması nedeniyle de söz konusu birleşmenin rekabeti önemli ölçüde sınırladığı sonucuna varılmıştır. Oysa cila ve döşemelik malzeme, araba üreticileri dışındaki bir çok sektörde de kullanılmaktadır. Mahkeme, tüm bu sektörleri de ilgili pazara dahil etmiş olsa idi durum çok farklı olacaktı. Bu durumda Du Pont, GM’i tamamen kendine angaje etse bile, diğer cila ve döşeme üreticileri otomobil sektörü dışında kendilerine yeterince alıcı bulabilecekler, dolayısıyla pazardaki rakiplerin rekabet güçleri azalmış veya önemli ölçüde azalmış olmayacaktı.

Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. yukarıdaki “ilgili ürün pazarı” konusundaki açıklamalar.



farklı bölgelerinde satan iki teşebbüs arasında söz konusudur. (3) “Salt karma birleşme (pure-conglomerate-merger)”ler ise bu iki tür birleşme kapsamına girmeyen diğer karma birleşmeleri kapsar.

Birleşen veya devralan teşebbüsler arasında hiç rekabet olmadığını göz önünde tuttuğumuzda, acaba bunun pazardaki rekabete ne gibi etkileri olabilir? Karma birleşmelerin, potansiyel rekabetin kaybolmasına sebep olacağı, pazara giriş engelleri yaratacağı ve pazar fiyatlarının belirlenmesini kontrol altına alacağı gibi sakıncaları bulunduğu kabul edilmektedir<sup>78</sup>.

Karma birleşmenin, “potansiyel rekabetin kaybolmasına sebep olacağı” yönündeki sakıncasına şöyle bir örnek verebiliriz:

İstanbul bira piyasasında A, B, C, D, E, F olarak adlandıracağımız 6 tane bira üreticisi şirket bulunduğunu varsayalım. Bu bira şirketleri, şehre çok yakında kurulu olan G şirketinin de bu pazarla çok yakından ilgilendiğini bilmektedirler (ki bu durumda G, “potansiyel rakip (potential-entrant)” olarak tanımlanmaktadır). Günün birinde G şirketi, A şirketi ile birleşmeye karar verir. Burada bir “coğrafi bölgeyi genişleten karma birleşme” söz konusudur. Böyle bir birleşmeye izin verilebilir mi? Bu birleşmenin pazardaki rekabete etkisi ne olur?

İlk olarak aklımıza gelen, G'nin İstanbul pazarına tek başına girmesi halinde pazardaki rakip şirketlerin sayısının 6'dan 7'ye çıkacağıdır. Dolayısıyla, birleşme sonucunda potansiyel rekabet azalmış olmaktadır.

Karma birleşmenin, “pazardaki fiyatların kontrol altına alınmasına sebep olacağı” yönündeki sakıncasına şöyle bir örnek verebiliriz:

Yine aynı örnekte, 6 şirketin pazardaki bira fiyatlarını aralarında gizli bir anlaşma yaparak yükseltmelerinin mümkün olduğunu düşünelim. Ancak, bu şirketler fiyatları yükselttiklerinde bu kârlı pazara G'nin de derhal gireceğini düşünerek fiyatları yükseltmezler. Dolayısıyla G, A ile birleşmek istediğinde pazardaki G tehdidi ortadan kalkacak ve firmalar aralarında anlaşarak fiyatları rahatça artırbileceklerdir. Bu nedenlerle G ile A'nın birleşmesinin engellenmesi gerekmektedir. G'nin pazara birleşme olmaksızın, tek başına (bizzat) girmesi rekabeti artıracığı, böylece diğerlerinin fiyatları kontrol etme güçlerini azaltacağı için daha olumlu olacaktır.

Bir karma birleşmenin yasaklanması için davacının şu üç koşulun bir araya geldiğini ispatlaması gerekir: (1) Öncelikle, pazardaki mevcut şirketlerin,

<sup>78</sup> FRAZER, a.g.e., s. 103.

Ülkemizde de karma birleşmeler aynı gerekçelerle Rekabet Kurulu tarafından denetime tâbi tutulmaktadır. Konuyla ilgili olarak ayrıca Bkz. ASLAN, “Rekabet”, s. 252.

potansiyel bir rakibin pazara girmesini tehdit olarak görmeleri gerekmektedir. Giren şirket bir tehdit oluşturmuyorsa pazardaki rekabeti etkilemez. (2) Birleşen şirketin, pazara birleşme dışında bir yolla da girebilmesi rahatlıkla mümkün olmalıdır. (3) Pazara girmeyi düşünen fazla sayıda şirket olmamalıdır. Pazara girmeyi düşünen bir çok şirket mevcutsa, bu şirketlerden birinin pazardaki bir şirketle birleşmesi önemli bir etki yaratmaz; diğer şirketler tehdit unsuru oluşturmaya devam eder.

Tahmin edilebileceği gibi, bir karma birleşmenin rekabeti azalttığına ispatlanması için bir çok koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu da o kadar kolay değildir. Bu nedenle, karma birleşmelerin ihtilaf konusu teşkil ettiği olaylara nadiren rastlanır.

#### **D- MEVZUATA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI**

Amerikan sisteminde, idari makamlar tarafından, bir birleşme veya devralmanın kanuna aykırılığı iddiasıyla dava açılması halinde, mahkeme söz konusu işleme izin verecek veya işlemi yasaklayacak ya da bazı kısıtlamalar ve şartlarla kabul edecektir.

İdari makamlarca başlatılmış davalarda, dava devam ederken taraflar aralarında anlaşmak suretiyle sorunu çözümlene yoluna da gidebilirler. Böylece, uzun ve masraflı olan dava prosedüründen kaçınılmış olur. Antiröst Dairesi ve Ticaret Komisyonunun taraf olduğu dosyalarda son yıllarda bu tür anlaşmalara sıkça rastlanmaktadır<sup>79</sup>. Bu anlaşma genellikle ya pazardaki rekabeti azaltan birleşme veya devralmadan vazgeçilmesi ya da bunun bazı şartlarla kabulü şeklinde olur. Bu konuda aşağıdaki kararları örnek olarak gösterebiliriz<sup>80</sup>:

- 1984 yılında, çelik tabaka üreticisi Republic şirketi ile LTV şirketinin birleşmesi Adalet Bakanlığınca sakıncalı görülmüştür. Bakanlık, birleşme sonucunda bazı çelik tabaka ürünleri ile ilgili olarak muhtemel pazar gücünün büyüklüğü konusunda endişelenmekteydi. Bu sorunu gidermek amacıyla, Bakanlık, Republic'in iki çelik tabaka fabrikasının rakiplere satılması şartıyla birleşmeyi onaylamaya karar verdi. Ayrıca, söz konusu fabrikalar hammadde yönünden Republic'e bağımlı olduklarından, birleşme sonucunda ortaya çıkan şirket 10 yıl boyunca bu iki fabrikanın hammadde ihtiyacını sağlayacağı konusunda da Bakanlık ile anlaştı.

<sup>79</sup> McCARTY/ BAGBY, a.g.e., s. 509.

Ülkemizde birleşme ve devralmaları denetlemekle görevlendirilmiş olan Rekabet Kurulu da, bir birleşmenin rekabeti zedelediği sonucuna varırsa ya birleşmeyi tamamen yasaklar ya da şartlı izin verir (1997/1 no.lu Tebliğ m. 6/ III – VI). Ayrıca bkz. ASLAN, "Rekabet", s. 275-283; ERDEM, "Birleşmeler", s. 216, 217.

<sup>80</sup> BERTOZZI / BURGUNDER, a.g.e., s. 187.

- 1984 yılında Texaco ile Getty'nin birleşmesine, bazı malvarlıklarının satılması koşuluyla, Federal Ticaret Komisyonu'nca onay verilmiştir. Söz konusu yatay birleşme sonucunda, Texaco benzin malvarlığı ile kuzey-doğu ve orta-Atlantik eyaletlerde büyük bir pazar payına sahip olacaktı. Bu nedenle Texaco, Getty'nin kuzey-batıdaki 19 toptan petrol terminalini (wholesale gasoline terminals) ve 1900 petrol istasyonunu satmayı kabul etti. Ayrıca Texaco, Getty'nin birleşme öncesinde müşterisi olan California'daki 17 bağımsız rafineriye 5 yıl boyunca ham petrol sağlamaya devam edeceğini taahhüt etti. (Burada 5 yıllık sürenin yeterli görülmesinin nedeni, batı sahillerinde ham petrol bulunması beklentisiydi.)

Clayton Kanunu'nun 4. maddesi, hukuka aykırı eylemden zarar gören üçüncü kişilerin (rakipler, tüketiciler, sağlayıcılar, hükümet temsilcileri, yabancı bir devlet)<sup>81</sup> de federal mahkemelerde tazminat davası açmalarına imkan tanımaktadır. Bu durumda mahkemeler, talep edilmesi halinde ispatlanan zararın üç katına kadar tazminata hükmedebileceklerdir<sup>82</sup>. Üçüncü kişiler tarafından açılan davaların sayısı idari makamlarca açılanların sayısından oldukça yüksektir. İstatistiklere göre 1970 ile 1989 yılları arasında, rekabet mevzuatına aykırılık nedeniyle açılan tüm davaların %93'ünü özel şahıslarca açılan tazminat davaları oluşturmaktadır<sup>83</sup>.

Clayton Kanununda ayrıca, yerine getirilmesi gereken bazı prosedürlere hiç veya gereği gibi uyulmaması sebebiyle taraflara idari para cezaları verilmesi öngörülmüştür. Bunun dışında, Clayton Kanunu'nun ihlal edildiği gerekçesiyle taraflara hapis cezası veya para cezası verilememektedir. Oysa, Sherman Kanunu'nun 1. maddesinin ihlal edilmesi halinde hem para cezasına, hem de hapis cezasına hükmedilebileceği kanunda açıkça belirtilmiştir.

## SONUÇ

Amerikan Rekabet Hukuku 1980'den itibaren mahkeme kararları ve idari makamların uygulamalarıyla kendini geliştirmiş ve yenilemiştir. Bu kadar eskiye dayanan ve yıllanmış tecrübeye sahip olan bu kurumdan öğreneceğimiz çok şey var. Keza, Avrupa Topluluğu rekabet mevzuatı gibi daha yeni tarihli rekabet hukukları hep Amerikan sistemini ve tecrübelerini temel alarak oluşturulmuştur. Ülkemizde 1994 tarihinde kabul edilmiş olan Rekabet Kanunu ve ilgili mevzuatı düzenlenirken Amerikan sisteminden de etkilendiği bazı hükümlerinden anlaşılmaktadır. Mesela, Amerikan sisteminde yer

<sup>81</sup> McCARTY/ BAGBY, a.g.e., s. 509

<sup>82</sup> Amerika'daki düzenlemeye benzer şekilde, bizde de RKHK m. 58 uyarınca kanuna aykırı eylemden zarar görenler uğradıkları zararın veya karşı tarafın elde ettiği kârın 3 katı oranında tazminata hükmedilmesini talep edebilmektedirler.

<sup>83</sup> VISCUSI / VERNON / HARRINGTON, a.g.e., s. 59, 60.

alan zarar görenlere zararlarının 3 katı kadar tazminat talep edebilme imkanı bizde de tanınmıştır.

Amerikan hukuk sisteminin yapısı gereği, kanunlar çok genel ve soyut çıkarılmaktadır. Bu da uygulayanlara geniş takdir yetkisi vermektedir. Bu durumun avantajları olduğu gibi dezavantajları da vardır. Dönemsel görüşler ve hükümet politikalarının etkisiyle mahkeme kararları da değişebilmektedir. Nitekim, 1960'larda Harvard Üniversitesindeki akademisyenlerin etkisiyle mahkemeler ufak yatırımcılar korumayı ilke edinmişlerdi ve birleşme ve devralmalara hiç sıcak bakmamaktaydı. Sonraları Chicago Üniversitesindeki akademisyenlerin etkisiyle birleşmelere daha sıcak bakılmaya başlandı. Bugün halen etkisini sürdürmekte olan bu görüş uyarınca kural olarak birleşmeler ekonomik gelişme için gereklidir. Olumlu şirket birleşmeleri aslında ekonomik verimliliği artırır ve pazardaki rekabeti kızıştırır.

Rekabet Kuralları ile korunmaya çalışılan belli bir pazardaki rekabettir. Rekabetin zarar görmesi, azalması istenmez çünkü rekabet ekonominin itici gücüdür. Birleşme ve devralmalar aracılığıyla pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısının azalacağı ve bunun rekabeti de azaltacağı ortadadır. Ancak birleşme ve devralmaların olumlu yönleri de vardır. Zayıf şirketlerin birleşerek güçlenmesi, maliyetleri azaltarak ucuza üretebilme gibi... Amerikan mahkemeleri rekabet kurallarını yorumlarken iste bu artılar ve eksiler arasında bir denge kurmaya çalışırlar.

Amerika'da rekabet sisteminin amacı güçlü bir ekonomi elde edebilmektir. Böylece yurtdışında, dünyanın her yerinde yarışabilecek şirketlere sahip olmayı hedeflerler. Bu nedenle tüketicinin korunması veya küçük işletmelerin ayakta durmasının desteklenmesi gibi konular bugün için bu kanun kapsamında değerlendirilmemektedir.

**KISALTMALAR**

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
Dn.	: dipnot
FTKK	: Federal Ticaret Komisyonu Kanunu
HHI	: Herfindahl Hirschman Index
m.	: madde
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: sayı
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
y.	: yıl

**KAYNAKÇA**

- AKINCI, Ateş; Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.
- ASLAN, İ. Yılmaz; “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi” Perşembe Konferansları, S. 1 (Ekim), Ankara 1999, s. 65-82.
- ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku, 2. bası, Bursa 2001 (kısaltma: Rekabet).
- BREIT, William / ELZINGA, G. Kenneth; The Antitrust Casebook, 3. bası, Amerika 1996.
- BERTOZZI, Jr. Dan/ BURGUNDER, B. Lee; Business, Government, and Public Policy, Concepts and Practices, New Jersey 1990.
- ERDEM, Ercüment; “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, y. 1, S. 1, İstanbul 2002, s. 310 – 346.
- ERDEM, Ercüment; “Türk İsviçre Rekabet Hukuklarında birleşme ve devralmalar”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s. 193 – 230 (kısaltma: “Birleşmeler”).
- FRAZER, Tim; Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, New York 1988.
- GÜVEN, Pelin; Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002.
- KOLASKY, J. William/ DICK, R. Andrew; “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, [www.usdoj.gov/atr/hmerger/11254.htm](http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11254.htm) (çevrimiçi 27 Ocak 2003).
- KUNTALP, Erden/ ÖZDEMİR, Ali Murat/ ARIKEL, Sülün; “Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar”, Perşembe Konferansları, S. 10 (Ekim), Ankara 2000, s. 31 – 54.
- Mc CARTY, F. William / BAGBY, W. John; The Legal Environment Of Business, USA 1990.
- MORICI, Peter; Antitrust In The Global Trading System: Reconciling U.S., Japanese and EU Approaches, Washington 2000.

- NÖEL, K.; “Efficiency Considerations in the Assessment of Mergers”, European Competition Law Review, S. 8, U.K. 1997, s. 498 - 510.
- ÖZSUNAY, Ergun; Kartel Hukuku, İstanbul 1985.
- ROLL, L. David; “Developments in Merger Analysis: Efficiencies and Innovation Markets”, 1998 Antitrust Conference, Steotoe & Johnson – Publications, 26 Şubat 1998, [www.steotoe.com/WebDoc.NSF/At+the+...](http://www.steotoe.com/WebDoc.NSF/At+the+...) , (çevrim içi 15 Aralık 2000).
- SANLI, Kerem Cem; Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.
- SINGER, M. Eugene; Antitrust Economics, Selected Legal Cases and Economic Models, New Jersey 1968.
- TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal; Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000.
- TOPÇUOĞLU, Metin; Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arasında İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları (Doktora Tezi), İstanbul 1999.
- TÜRK, Hikmet Sami; Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.
- VISCUSI, W. Kip/ VERNON, M. John/ HARRINGTON, Jr., E. Joseph; Economics of Regulation and Antitrust, Lexington-Massachusetts-Tronto 1992.
- Ortak Birleşmeler Kılavuzunun 1997’de gözden geçirilmiş hali için bkz. Amerikan Adalet Bakanlığı’nın resmi internet sayfası [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/hmg1.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html) (çevrimiçi, Şubat 2003).
- Amerikan Rekabet Mevzuatı için bkz. Amerikan Adalet Bakanlığı’nın resmi internet sayfası: [www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.wpd](http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.wpd) (çevrimiçi, 27 Ocak 2003).





# AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU'NDA TEŞEBBÜSLER ARASI BİRLEŞME VE DEVRALMALAR (YOĞUNLAŞMALAR)

Ar. Gör. Ahu Ayanoğlu Morali\*

## I. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU'NA GENEL BİR BAKIŞ

Avrupa Birliği'nin temelini tüm üye devletlerin üzerinde uzlaşması ile yürürlük kazanan Antlaşmalar oluşturmakta ve Birlik bu Antlaşmalar çerçevesinde faaliyet göstermektedir. Bunların başında 1951 yılında Paris'te imzalanmış olan *Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (=AKÇT) Antlaşması* gelir. 1957 yılında Roma'da imzalanan *Avrupa Ekonomik Topluluğunu (=AET)*<sup>1</sup> *Kuran Antlaşma* ile *Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (=AAET) Antlaşması* ise ekonomik ve sosyal yönden bütünleşmiş bir Avrupa'nın kurulması yolunda büyük mesafelerin alınmasını sağlamıştır<sup>2</sup>.

Bu antlaşmalardan sonra bütünleşme sürecinde iki önemli aşama göze çarpmaktadır: önce, 1993 tarihinde yürürlüğe giren *Maastricht Antlaşması* (Avrupa Birliği Antlaşması) ile Avrupa Birliği kurulmuş ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın adı *Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (=ATA)* şeklinde değiştirilmiş, ardından ise 1997 yılında imzalanan ve 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren *Amsterdam Antlaşması (=AmsA)* ile, takriben elli yıllık geçmişi olan Avrupa Birliği'nin hukuksal yapısını bir bütün altında toplamak, tamamlamak ve geliştirmek amacı güdülmüştür<sup>3</sup>. AmsA ile içerikleri değiştirilmeksizin ATA'nın maddeleri yeniden numaralandırılmış ve yapısal değişikliklere gidilmeksizin metne yeni hükümler eklenmiştir<sup>4</sup>.

ATA'nın 2'nci maddesinde Topluluğun amaçları; üye devletler arasında bir

\* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.*

1 "Roma Antlaşması" olarak da bilinen bu Antlaşma metni için bkz. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması), çev. Haluk GÜNUĞUR, İKV Yayınları, İstanbul 1985, s. 5 vd.

2 Avrupa Toplulukları deyimi AKÇT ile AAET'yi ve AET'yi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Avrupa Topluluklarının kurulması ve çalışmaya başlaması Avrupa'nın bütünleşmesi yolunda ilk aşamayı oluşturmaktadır. Bkz. Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP, (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000, s. 6.

3 Avrupa'nın bütünleşmesi sürecindeki aşamalar ile ilgili daha kapsamlı açıklamalar için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 1 vd.; Louis CARTOU, L'Union Européenne, 3. édition, Paris 2000, s. 27 vd.

4 AmsA'nın (Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma) metni için bkz. Amsterdam Antlaşması - Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları, yayına hazırlayan: Cenk BOLAYIR, İKV Yayınları No: 162, İstanbul 2000.

ortak pazarın kurulması ve ekonomik politikaların birbirine yaklaştırılması yoluyla Toplulukta ekonomik faaliyetlerin uyumlu bir biçimde geliştirilmesi, dengeli ve sürekli bir büyümenin sağlanması, ekonomik istikrarın artırılması, yaşam düzeyinin hızla yükseltilmesi ve üye devletler arasında daha yakın ilişkilerin kurulması olarak belirlenmiştir. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için yürütülmesi gerekli faaliyetler belirlenirken, Antlaşmanın 3'üncü maddesinin "g" (eski "f") bendinde "ortak pazarda rekabetin bozulmadan işlemlerini sağlayacak bir sistemin oluşturulması" da sayılmış ve sağlıklı bir rekabet düzeninin kurulması AB'nin hedefleri arasında gösterilmiştir<sup>5</sup>.

Liberal ekonomik sistem, serbest rekabet ilkesi temeline dayanır. Liberal ekonomik düzende merkezi bir role sahip olan rekabetin, bu şekilde, Topluğun amaçlarının gerçekleşmesi için yerine getirilmesi gerekli faaliyetlerden biri olarak sayılmış olması, rekabetin Topluğun kurucuları tarafından da Topluğun temel taşlarından biri olarak değerlendirildiğini göstermektedir. İzlenecek rekabet politikasının ve getirilecek rekabet hukuku düzenlemelerinin, öncelikle ekonomik bütünleşmeyi sağlamayı ve üye devlet ekonomileri arasındaki engellerin kaldırılmasını hedefleyen Antlaşma hükümlerinin daha etkin kılınmasına ve üye devletler arasında malların, hizmetlerin, işçilerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı ortak bir pazarın kurulmasına somut katkıda bulunacağı muhakkaktır<sup>6</sup>.

AB rekabet hukuku kuralları, ATA'nın 81 ilâ 89'uncu (eski 85 ilâ 94'üncü) maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükümler ile Birlik içi ticareti etkileyecek ve tek pazarda rekabeti kısıtlayacak, engelleyecek veya bozacak teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile pazarda hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu konumlarını kötüye kullanarak rekabeti sınırlandırmaları yasaklanmış ve ayrıca rekabet hukuku ile bağdaşmaz kabul edilen dumping uygulamaları ile devlet yardımları düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Buna karşılık, ATA kapsamında, rekabet üzerinde benzer olumsuz

<sup>5</sup> Pierre MERCIER/Olivier MACH/Hubert GILLIERON/Simon AFFOLTER, Grands Principes du Droit de la Concurrence (Droit Communautaire, Droit Suisse), Bruxelles 1999, s. 3.

<sup>6</sup> Feridun KARAKEÇİLİ, Avrupa Topluluğu'nda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler-Joint Ventures), İKV Yayınları No: 143, İstanbul 1997, s. 2. WHISH, tek Pazar hedefine ulaşılmasını -Avrupa Birliği açısından- rekabet hukukunun işlevlerinden biri olarak saymaktadır; Richard WHISH, Competition Law, 4th edition, London 2000, s. 19.

<sup>7</sup> Türk Hukukunda, rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler esas olarak 7 Aralık 1994 tarihli ve 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"da (=RKHK) yer almaktadır; (Resmi Gazete Tarih: 13.12.1994, Sayı: 22140). Kanunun 1'inci maddesinde Kanunun amacı; "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" şeklinde ifade edilmiştir. Türk Rekabet Hukuku ile ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. İ. Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun-Rekabet Kurulu Tebliği), genişletilmiş 2. bası, Bursa 2001.

etkiler yaratabilecek bir diğer faaliyet olan birleşme ve devralmalar (yoğunlaşmalar)<sup>8</sup> ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İyi işleyen, rekabeti bozmayan ve verimliliğin artmasına katkıda bulunan teşebbüsler arası birleşmeler ile Topluluk bünyesindeki şirketlerin güçlerinin artacağı, Topluluk dışındaki -özellikle Amerikan menşeli- teşebbüslerle rekabet şanslarının çoğalacağı düşünülmüş ve teşebbüsler arası birleşmeler rekabet hukuku bakımından başlangıçta mahzurlu görülmemiş, hatta teşvik edilmiştir<sup>9</sup>. Oysa hakim bir durum yaratmanın veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmenin en etkin yollarından bir diğerini hiç şüphesiz birleşme ve devralmalar teşkil eder<sup>10</sup>. Zira, bu işlemler neticesinde, bu faaliyetlerde bulunan teşebbüslerin pazardaki güçlerinde küçük veya orta ölçekteki teşebbüslerin zararına olarak meydana gelecek artış, ilgili piyasada rekabetin sağlıklı işleminin önünde fiili veya potansiyel bir tehdit oluşturabilecek, rekabeti sınırlayan ve tüketicilerin çıkarlarını tehlikeye sokan monopol veya oligopol yapılanmalara yol açabilecek<sup>11</sup> ve serbest rekabet düzeni ile bağdaşmayacak rekabet sınırlamalarının doğumuna neden olabilecektir. Nitekim bu nedenle pek çok ülkenin ulusal rekabet hukuku sistemlerinde birleşme ve devralmaların denetlenmesine ilişkin yasal düzenlemeler yer almaktadır<sup>12</sup>.

8 AB Rekabet Hukuku çerçevesinde birleşme ve devralmalar denilince, salt teknik hukuki bir kavram olan ticaret şirketleri arasındaki birleşme ve devralma işlemlerini anlamamak gerekir. Bu kavramın kapsamı, aşağıda açıklanacağı üzere, çok daha geniştir (bkz. dipnot 49 ve buna bağlı metin). Nitekim Topluluk mevzuatında denetim kapsamına dahil olan tüm işlem gruplarını kapsamaması bakımından “concentrations” ibaresi kullanılmaktadır. Türk doktrininde bu kavramı karşılamak üzere “yoğunlaşma” veya “konsantrasyon” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir (bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 463; KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 1 vd; Kerem Cem SANLI, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 317. GÜVEN, eserinde, Birlik mevzuatından bahsedildiği yerlerde konsantrasyon terimini, Türk Hukuku ile ilgili açıklamalarda ise RKHK’da kullanılan “birleşme ve devralmalar” terimini kullanmıştır. Bkz. Pelin GÜVEN, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002). Bu metin içerisinde, özellikle 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü hakkında yapılan açıklamalarda, “yoğunlaşma” terimi tercih edilmiştir. Bununla birlikte, özellikle Tüzük öncesi dönemle ilgili açıklamalarda, “birleşme ve devralma” ibaresi de merkezi yoğunlaşmaya neden olacak tüm oluşumları kapsayacak şekilde kullanılmıştır. RKHK ve konu ile ilgili Rekabet Kurulu Tebliğ’lerinde “birleşme ve devralmalar” ifadesinin tercih edildiği görülmektedir.

9 MERCIER/ MACH/GILLIERON/AFFOLTER, s. 548; S. Rıdvan KARLUK, Avrupa Birliği ve Türkiye, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2002, s. 351. Komisyon’un da başlangıçta birleşme ve devralmalara karşı olumlu bir tavır aldığı, ancak bunların rekabeti tamamen veya önemli ölçüde ortadan kaldırmamasını da öngördüğü belirtilmektedir. Bkz. İ. Yılmaz ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s. 268.

10 Ercüment ERDEM, Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 194.

11 Feridun KARAKEÇİLİ/Aylin ALAGÖZ/Şirin ÇALIŞ, Avrupa Birliği’nde İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları, İKV Yayınları No: 135, İstanbul 1995, s. 85.

12 Rekabet sınırlamalarına karşı çeşitli ülkelerdeki hukuki düzenleme ve tedbirler konusun-

Böylece Avrupa Birliği rekabet hukukunun kaynaklarına, amaç ve hedeflerine kısaca değinildikten sonra, aşağıda Avrupa Birliği Rekabet Hukuku çerçevesinde birleşme ve devralmalar ana hatlarıyla inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle, Birlik hukukunun, 4064/89 sayılı “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü”nün yürürlüğe girmesinden önceki birleşme ve devralmalar ile ilgili uygulamalarına değinilecek, daha sonra ise konu ile ilgili çıkarılan Konsey Tüzüğü hükümleri ele alınarak, getirdiği düzenlemeler genel bir çerçeve içerisinde değerlendirilecektir.

## II. 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜ’NÜN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCEKİ UYGULAMA

AKÇT Antlaşması’nın 66’ncı maddesi<sup>13</sup> ile bir ön izin sistemi düzenlenmiş olmakla birlikte<sup>14</sup>, ATA’nın rekabete ilişkin hükümleri arasında yukarıda belirtildiği üzere birleşme ve devralmalar ile doğrudan ilgili özel bir düzenleme mevcut değildir. Aşağıda açıklanacak olan 30 Haziran 1997 tarihli ve 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü ile değişik 21 Aralık 1989 tarihli ve 4064/89 sayılı “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü”nün yürürlüğe girişine dek bu konu Birlik rekabet hukukunda ATA’nın 85 ve 86’ncı (yeni 81 ve 82’nci) maddeleri kapsamında değerlendiril-

---

da mukayeseli bir inceleme için bkz. Ergun ÖZSUNAY, Kartel Hukuku (Çeşitli Ulusal Hukuklarda ve AET’de Karteller, Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar ve “Pazara Egemen Teşebbüsler”e Yönelik Önlemler ve Bir “Türk Kartel Kanunu” İçin Yönlendirici Öneriler), İstanbul 1985; GÜVEN, a.g.e, s. 66-67. Rekabet hukukuna ilişkin ilk önemli yasal düzenlemeler ABD’de gerçekleştirilmiştir. 1890 yılında kabul edilen ve rekabet hukukuna ilişkin ilk kanun olan Sherman Act’i birleşme ve devralmalar ile ilgili olarak çıkarılan 1914 tarihli Clayton Kanunu ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu izlemiştir (GÜVEN, a.g.e, s. 20-21). Rekabet hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin Avrupa’da ortaya çıkışları ise çok daha ileri tarihlerde olmuştur. Üye devletler arasında yoğunlaşmaların kontrolüne yönelik ilk yasal düzenlemenin İngiltere’de yapıldığı (1948 tarihli “Monopoly and Restrictive Practices Act” ve 1965 tarihli “Monopoly and Mergers Act”), bunu Fransa’da yürürlüğe konulan 19 Temmuz 1977 tarihli ekonomik yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin yasanın izlediği ifade edilmektedir. Bkz. Sylvaine PERUZZETTO-POILLOT, Concentrations, Répertoire Communitaire Dalloz, Septembre 1995.

<sup>13</sup> “Madde 66- 1. Bir kişinin, işletmenin veya kişi veya işletme grubunun faaliyetleri sonucunda 79. maddenin ilk paragrafında anılan topraklarda bir veya birkaç ürünle ilgili olarak ve birleşme, hisse veya işletmenin veya malvarlığının bir kısmının devri, kredi, sözleşme veya bunlardan başka herhangi bir kontrol yöntemiyle, içlerinden en az birinin 80. madde kapsamına giren işletmeler arasında, doğrudan veya dolaylı olarak bir konsantrasyon meydana getirici etkiye sahip olan işlemleri için bu maddenin 3. paragrafı saklı olmak üzere, Yüksek Otorite’den ön izin almak gerekir. Bu maddelerin uygulanması amacıyla Yüksek Otorite Konsey’e danıştıktan sonra bir işletmenin kontrolünü nelerin oluşturacağını tanımlayan bir tüzük çıkarır.....”; AKÇT Antlaşmasının rekabet hukukuna ilişkin 65 ve 66’ncı maddelerinin tercüme edilmiş metinleri için bkz. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998, çev. Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN, RK Yayını No: 16, s. 9-13.

<sup>14</sup> CARTOU, a.g.e, s. 289.

miştir. ATA'da birleşmeler ile ilgili açık bir hükmün bulunmaması ve ortak pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte büyük çaplı işlemlere karşı önlemler alınması gereği Komisyon'u bu işlemleri ATA'nın 85 ve 86'ncı (yeni 81 ve 82'nci) maddeleri çerçevesinde dolaylı olarak denetlemeye yöneltmiştir. Komisyon ilk zamanlarda önüne gelen olaylarda ATA'nın 86'ncı maddesi kapsamında inceleme yapmış, ATA'nın 85'inci maddesinin Komisyon tarafından birleşmelere uygulanması ise daha ileri tarihlerde söz konusu olabilmıştır<sup>15</sup>.

#### **A- ATA'NIN 86'NCİ (YENİ 82) MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME**

Piyasada rekabeti sınırlandırabilecek nitelikteki uygulamalardan bir bölümü, piyasada sahip olunan hakim durumun kötüye kullanılması tarzında ortaya çıkar. Bu konu, ATA'nın 86'ncı (yeni 82'nci) maddesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu madde kapsamında, ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde bir ya da daha fazla sayıda teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmalarının, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, ortak pazar ile bağdaşmadığı kabul edilmiş ve bu tür faaliyetler yasaklanmıştır<sup>16</sup>.

Komisyon'un ATA'nın 86'ncı (yeni 82'nci) maddesini piyasadaki rekabeti bozucu nitelikteki diğer bir uygulama olarak kabul edilen birleşme ve devralmalara tatbik edilmesi ise, ilk olarak *Continental Can*<sup>17</sup> olayı ile gerçekleşmiştir.

Karara konu olan olayda hafif metal ambalaj sektöründe faaliyet gösteren bir Amerikan firması olan Continental Can, Almanya'da yine metal ambalaj sektöründe faaliyet gösteren SLW firmasının hisselerini satın aldıktan bir yıl kadar sonra Belçika'da Europemballage Corporation isimli bir yavru şirket kurmuş ve kısa bir süre sonra da bu şirket aracılığı ile SLW ile aynı sektörde faaliyet gösteren TDV adlı bir Hollanda firmasının hisselerini satın almıştır. Komisyon, bu olay ile ilgili olarak yaptığı inceleme sonucunda verdiği 6/72 sayılı kararında, Continental Can'ın Europemballage aracılığı ile TDV'nin hisselerini devralmasını, daha önce SLW firmasını almakla oluşturduğu hakim durumunu kötüye kullanmak olarak değerlendirmiştir. Her

<sup>15</sup> Komisyon, 1965 tarihli Memorandum'unda 85'inci maddenin (yeni 81'inci) birleşme ve devralmalara uygulanamayacağını, ancak hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 86'nci (yeni 82'nci) maddenin bu işlemlere uygulanabileceğini ifade etmiştir (MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, s. 549).

<sup>16</sup> ATA'nın 85 ve 86'nci maddeleri ile ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 389 vd.; ALAGÖZ/KARAKEÇİLİ/ÇALIŞ, a.g.e, s. 18 vd.; Anne TERCINET, Droit Européen de la Concurrence, Paris 2000, s. 45 vd.

<sup>17</sup> Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v. Commission, Case 6/72, (1973) 215.

ne kadar Komisyon'un bu kararına karşı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (=ATAD) nezdinde dava açılması üzerine Continental Can firmasının hakim durumda olduğunu gösteren yeterli dayanaklar ortaya konmadığı gerekçesiyle Komisyon'un kararı iptal edilmişse de, bu karar piyasada sahip olunan hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan ATA'nın 86'ncı (yeni 82'nci) madde hükmünün birleşme ve devralmalara da uygulanabileceğini ilke olarak kabul eden ilk karar olması bakımından önemlidir. Komisyon'un kararını iptal eden ATAD kararının gerekçesinde ATA m. 86 (yeni m. 82) hükmünün birleşme ve devralmaları kapsamadığı yolunda bir ifadeye rastlanmaması, bununla beraber sadece "hakim durum" olgusu bakımından yeterli delil bulunmadığının belirtilmesi, ATAD'ın zımnen de olsa ATA'nın anılan hükmünün birleşme ve devralmalara da uygulanacağını kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir.

## **B- ATA'NIN 85'İNCİ (YENİ 81) MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME**

Piyasadaki rekabeti sınırlandırabilecek nitelikte olduğu kabul edilen ikinci tip uygulama, ATA'nın 85'inci (yeni 81'inci) maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca üye devletler arasında ticareti etkileyebilecek ve ortak pazarda rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaca veya etkiye sahip teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre teşebbüsler arasındaki bu tip uygulamalar geçersizdir.

ATA'nın 85'inci maddesinin birleşme ve devralmalar açısından uygulanmasının mümkün olup olmadığı meselesi ise ilk kez *Philip Morris* olayı ile tartışılmıştır. Söz konusu olayda, sigara üretimi alanında faaliyet gösteren Philip Morris firması, rakibi olan Rothmans'ın hisselerinin %30'unu satın almış ve bunun karşılığında da bazı ek hakların yanı sıra Rothmans'da %24,9 oranında oy hakkına sahip olmuştur. Ancak taraflar arasındaki anlaşma uyarınca, Philip Morris, Rothmans'ın yönetim kurulunda temsil edilmediği gibi, kendisine şirket yönetimine etkide bulunma imkanı veren bir ayrıcalık da tanınmamıştır. Komisyon'un, Philip Morris ile Rothmans arasındaki bu anlaşmaya ATA m. 85/3 (yeni m. 81/3) çerçevesinde muafiyet tanınması üzerine, rakip sigara üreten firmalardan BAT ve Reynolds, ATAD'da Komisyon'un bu kararına karşı dava açmışlardır<sup>18</sup>. Divan söz konusu olayda taraflar arasındaki anlaşmanın Philip Morris'e Rothmans üzerinde denetim imkanı vermediği gerekçesiyle Komisyon'un muafiyet kararını uygun bulmuştur. Divan bu kararında, bir işletmenin diğer bir işletmenin ticari faaliyetleri üzerinde -örneğin o işletmenin hisselerini satın almak yoluyla- hukuki veya fiili bir denetim elde etmesini sağlayan ya da taraflar arasında çok yakın ticari işbir-

<sup>18</sup> BAT & R. J. Reynolds v. Commission, Cases 142/84 and 156/84, (1987) 4487.

liği kuran anlaşmaların, piyasadaki rekabeti bozmaları durumunda ATA'nın 85'inci (yeni 81) maddesi çerçevesinde değerlendirilerek yasaklanabileceğini ilke olarak kabul etmiştir<sup>19</sup>. Böylece Komisyon'un ve ATAD'ın verdiği kararlar ile ATA'nın 85 ve 86'ncı maddelerinin (yeni 81 ve 82'nci) belirli şartlar dahilinde birleşme ve devralmaların rekabet hukuku çerçevesinde denetlenmesinde de uygulanması mümkün hale gelmiştir.

Ancak bu denetlemenin salt ATA'nın 85 ve 86'nci maddelerinin (yeni 81 ve 82'nci) geniş yorumu ile sağlanamayacağını anlaşılması üzerine ortak pazarı etkileyen bu uygulamaların denetiminin ayrı bir yasal düzenlemeye tabi tutulması zarureti doğmuştur. Zira Topluluk içinde pek çok teşebbüs, gerçekleştirdikleri birleşme faaliyetlerini Komisyon'a bildirmekten kaçınmakta ve bunun sonucunda, yüksek maliyetler içeren bu işlemlerin uygulamaya konulduktan sonra iptal edilmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalınmaktaydı. Topluluk iç pazarını etkileyen birleşme ve devralmaların denetiminin yasal dayanağının olmayışının getirdiği bir diğer sakınca da, etkilerini çoğunlukla birden fazla üye devlet topraklarında doğuran bu tür uygulamaların birden fazla üye devletin denetimine tabi tutulabilmesiydi<sup>20</sup>. Sonuç olarak, gerek yasal düzenleme eksikliğinin doğurduğu belirsizlikleri bertaraf etmek, gerek Topluluğun hedefi olan ortak pazarın daha sağlıklı çalışabilmesini temin edebilmek bakımından bir Tüzük hazırlanması zorunlu hale gelmiş ve bu yöndeki çalışmalar Komisyon tarafından başlatılmıştır<sup>21</sup>.

### III. 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN (YOĞUNLAŞMALARIN) DENETLENMESİ

#### A- 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜ'NÜN GETİRDİĞİ DÜZENLEME

##### 1 - Tüzük Hakkında Ön Bilgiler

Birleşme ve devralmaların denetlenmesinin tek başına ATA'nın 85 ve 86'nci (yeni 81 ve 82'nci) maddeleri çerçevesinde gerçekleştirilebilmesinin mümkün olmadığını anlaşılması üzerine Konsey, ATA'nın 87 ve 235'inci (yeni 83 ve 308'inci) maddeleri ile öngörüldeği şekilde Topluluk içinde rekabetin geliştirilmesi ve korunması bakımından ek tedbirler koyma hakkını kullanarak, 1989 yılında 4064/89 sayılı "*Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denet-*

<sup>19</sup> KARAKEÇİLİ, s. 6.

<sup>20</sup> Arif ESİN, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s. 214.

<sup>21</sup> Komisyon 1973 yılında konunun ayrı bir yasal düzenlemeye kavuşturulması için teklif sunmuştur. Ancak bu teklif ulusal çıkarlarının zedelenmesini ve yetki alanlarının kısıtlanmasını istemeyen üye devletler tarafından başlangıçta kabul görmemiştir. Bkz. WHISH, s. 738.

lenmesi Hakkında Tüzüğü”nü<sup>22</sup> yayınlamıştır. Anılan Tüzük 21 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve bu tarihten itibaren Avrupa Birliği’nde Topluluk boyutunu<sup>23</sup> haiz yoğunlaşmaların denetlenmesinin temel kaynağını oluşturmuştur<sup>24</sup>.

Topluluk sınırları içinde gerçekleşen birleşme ve devralmaların seneden seneye rakamsal olarak artış göstermesi<sup>25</sup> ve bunların bir kısmının, Topluluk boyutunu belirleyen ciro eşiklerinin yüksek olması itibarıyla, Topluluktaki rekabet koşullarını olumsuz etkilediği halde Komisyon’un denetimi dışında kalması<sup>26</sup>, 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü’nde bazı değişikliklerin yapılması-

<sup>22</sup> 4064/89 (AET) sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü, ATRG L 395, 30.12.1989, p. 1-12; düzeltme: ATRG L 257, 21.9.1990, p. 13. Avrupa Topluluğu rekabet hukuku ile ilgili belge ve kararları internette Topluluğun sayfasının yer aldığı -[www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)- adresinde bulmak mümkündür. Ayrıca bkz. European Union Law – Documents, Edited by F. Emmert, The Netherlands 1999.

<sup>23</sup> Yoğunlaşmaların denetlenmesinde temel kavramlardan birini teşkil eden “topluluk boyutu” kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda dn. 36 ve buna bağlı metin.

<sup>24</sup> Türk Hukuku’nda konu RKHK m. 7 ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan madde uyarınca: “*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yolu ile iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. -Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı Tebliğ’lerle ilan eder*”. Rekabet Kurulu, bu maddeye dayanarak iki Tebliğ yayınlamıştır. Bunlardan ilki, 1997/1 sayılı “*Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*”dir (RG, Tarih: 12.08.1997, Sayı: 23078). Bu Tebliğde daha sonra 1998/2 (RG, Tarih: 26.03.1998, Sayı: 23298), 1998/6 (RG, Tarih: 18.11.1998, Sayı: 23527) ve 2000/2 (RG, Tarih: 21.08.2000, Sayı: 24147) sayılı Tebliğlerle değişiklik yapılmıştır. İkincisi ise, 1998/4 sayılı “*Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*”dir (RG, Tarih: 12.09.1998, Sayı: 23461). Bu Tebliğde de 1998/5 sayılı Tebliğ ile (RG, Tarih: 18.11.1998, Sayı: 23527) değişiklik yapılmıştır. RKHK, Tebliğler ve Rekabet Kurulu kararlarına internette -[www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)- adresinden ulaşmak mümkündür.

<sup>25</sup> 1999 yılında Komisyon’a 292 adet yoğunlaşma işlemi bildirilmiştir. Bu rakam bildirilen yoğunlaşmaların sayısında bir önceki seneye oranla % 24, 1997 yılına oranla ise % 70 oranında artış olduğunu göstermektedir. 1990 senesinden beri Konsey Tüzüğü çerçevesinde Komisyon’a bildirim yapılan işlemlerin sayısında ise beş katı artış olmuştur. Bu artışın sebepleri olarak pazarların globalleşmesi, Euro’nun tek para birimi olarak kabulü, iç pazarın genişlemesi ve Birliğin ileriye yönelik genişleme hedefleri gösterilmektedir; (XXIXe Rapport Sur La Politique de Concurrence 1999, Communautés Européennes 2000, s. 65). 2000 yılında Komisyon’a bildirim yapılan işlem sayısı ise 345’e yükselmiştir (WHISH, a.g.e, s. 723).

<sup>26</sup> Rapport Général sur L’Activité de L’Union Européenne 1996, Commission Européenne, Bruxelles-Luxembourg 1997; WHISH, a.g.e, s. 724.



nı gerekli kılmıştır. Yoğunlaşmaların denetlenmesine ilişkin temel prensipler aynı kalmakla birlikte, Komisyon kararları ile edinilen deneyimlerin ışığında, özellikle, Topluluk boyutunu belirleyen ciro eşikleri ve Tüzüğün joint-venture'lara uygulanması bakımından bazı değişikliklerin yapılması zorunlu görülmüştür. Daha küçük çaplı yoğunlaşmaların da Komisyon'un yetki alanına dahil edilebilmesi bakımından daha düşük bir dizi ciro eşiği Tüzüğe dahil edilmiş; önceki düzenlemeden farklı olarak tüm "tam işlevli joint-venture"lar (full function joint-ventures – entreprise commune de plein exercice)" yeni düzenleme ile Tüzük kapsamına girmişlerdir.

Netice itibarıyla, 4064/89 sayılı Tüzük, 1 Mart 1998 tarihinde yürürlüğe giren 1310/97 sayılı Tüzük<sup>27</sup> ile bazı önemli noktalarda değişikliğe uğratılmıştır ve bu metin halen yürürlüktedir<sup>28</sup>. Tüzük hükümlerinin bir nevi açıklaması niteliğini taşıyan Komisyon'un "not"ları (notice) da Konsey Tüzüğü'nün ekini teşkil etmektedir ve bugün halen yürürlükte olan yedi adet "not-açıklama" bulunmaktadır<sup>29</sup>.

Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü'nün uygulanma esaslarını göstermek bakımından Komisyon tarafından

<sup>27</sup> Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 (AET) sayılı Tüzükte Değişiklik Yapan 1310/97 (AT) sayılı ve 30.6.1997 tarihli Konsey Tüzüğü, ATRG L 180, 9.7.1997, p. 1-6; düzeltme: ATRG L 40, 13.2.1998, p. 17.

<sup>28</sup> Tüzüğün gözden geçirilmesi gereği kaynağını, öngörülen ciro eşiklerinin yeniden düzenlenmesi yükümlülüğünü düzenleyen 4'üncü maddenin 4'üncü ve 5'inci paragrafları ile "üye devletlerin yetkili makamlarına gönderme" başlıklı 9'uncu maddenin 10'uncu paragrafında bulunmaktadır. Komisyon, anılan maddelerle kendisine tanınan bu imkanı, Tüzüğü tümüyle gözden geçirmek için bir imkan olarak değerlendirmiş ve 11 Aralık 2001 tarihinde 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nün tadiline ilişkin bir yeşil Kitap (le Livre vert) yayınlamıştır. Bu çerçevede, Komisyon, üye devletlerin, iş dünyasının ve ilgili diğer tarafların geçmiş yıllardaki Tüzük uygulaması ve yayınladığı yeşil Kitap hakkındaki görüşlerini almış, Konsey, Avrupa Parlamentosu ve Ekonomik ve Sosyal Komiteyi konu hakkında görüşlerini bildirmeye davet etmiştir. Netice itibarıyla, geçmiş yıllardaki Tüzük uygulaması büyük bir başarı olarak değerlendirilmekle birlikte, mevcut sistemin bazı zayıf noktalarının tamamlanması ve/veya değiştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Buna bağlı olarak Komisyon, 4064/89 sayılı Tüzükte yeniden değişiklikler yapmaktansa, bu Tüzük ile bu Tüzükte değişiklikler yapan 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü yerine geçmek üzere yeni bir Tüzük hazırlanmasını gündemine almıştır. Komisyon tarafından "Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Teklifi" Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıştır (ATRG C 20/4 (28.1.2003) p. 1). Komisyon tarafından hazırlanan teklif henüz resmi prosedür tamamlanıp yürürlüğe sokulmadığı için bu çalışmada, halen yürürlükte olan 1310/97 sayılı Tüzük ile değişik 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü dikkate alınarak açıklamalarda bulunulmuştur.

<sup>29</sup> Bunların İngilizce metinleri için bkz. Merger Control Law in the European Union - Situation in March 1998, European Commission Directorate-General for Competition, Brussels-Luxembourg 1998. Bu "not"lar teşebbüsler bakımından bağlayıcı olmamakla birlikte, Komisyon'un Tüzük hükümlerini yorumlarkenki yaklaşımını göstermesi bakımından önemlidir (WHISH, a.g.e, s. 739).

ilk olarak 1990 yılında 2367/90 sayılı “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğüne İlişkin Bildirimler, Süreler ve Soruşturmalar Hakkında Tüzük”<sup>30</sup> çıkarılmıştır. Konsey Tüzüğündeki değişikliklere paralel olarak bu Tüzükte de değişiklikler yapılmıştır ve bugün halen 1 Mart 1998 tarihli ve 447/98 sayılı Komisyon Tüzüğü<sup>31</sup> yürürlükte bulunmaktadır. Anılan Tüzüğün sonuna Komisyon’a yapılacak bildirimlerde kullanılması gereken standart bildirim formunun (Form CO) bir örneği de eklenmiş bulunmaktadır<sup>32</sup>.

4064/89 sayılı Tüzüğün başlangıç kısmında 31 paragraf halinde Tüzüğün düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuş temel esaslar belirtilmiştir. Bu çerçevede Tüzük; ortak pazarda rekabetin korunmasını ve geliştirilmesini sağlayacak bir sistemin kurulması amacıyla hizmet eden, birleşme kavramını geniş bir şekilde anlayan, sadece Topluluk boyutundaki birleşme ve devralmalara uygulanan, üye devletlerin hukuklarında yer alan düzenlemeler karşısında önceliği ve üstünlüğü bulunan, önceden bildirim esasına dayalı, bir çeşit ön inceleme niteliğini de taşıdığı için önleyici ve caydırıcı etkili, incelemelerde Komisyon’u yetkili kılan merkezi nitelikte bir denetleme getirmiş bulunmaktadır<sup>33</sup>. Tüzük ile güdülen amaç, yoğunlaşmaları tümden yasaklamak değil, ortak pazar ile bağdaşmayan pazar gücüne sahip yoğunlaşma işlemlerini engellemektir<sup>34</sup>. Tüzük mevcut şekliyle, kamu sektörü ve özel sektör arasında fark gözetmeksizin tüm teşebbüslere uygulanır<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> 25 Temmuz 1990 tarihli ve 2367/90 sayılı Komisyon Tüzüğü, ATRG L 219/5.

<sup>31</sup> 447/98 (AT) sayılı ve 1.3.1998 tarihli Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğüne İlişkin Bildirimler, Süreler ve Soruşturmalar Hakkında Tüzük, ATRG L 61, 2.3.1998.

<sup>32</sup> Konsey ve Komisyon tarafından çıkarılan tüzükler arasındaki fonksiyonel ayrılık şu noktada ortaya çıkmaktadır: Konsey Tüzüğü yoğunlaşmaların Komisyon tarafından denetlenmesinin bağlı olduğu şartlar ile bunların hükümlerini, yani bir anlamda konuya ilişkin maddi hukuk kurallarını içermektedir. Komisyon Tüzüğü ise, Konsey Tüzüğü ile getirilen usule yönelik hükümlerin daha ayrıntılı bir düzenlemesi niteliğindedir, rekabeti ilgilendiren konular bu Tüzüğün doğrudan kapsamı dışında kalmaktadır. Bkz. Merger Control Law in the European Union, s. 10-11.

<sup>33</sup> TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 465.

<sup>34</sup> Yoğunlaşmalar Topluluk nezdindeki teşebbüslerin rekabet güçlerinin artması bakımından çoğunlukla gerekli görülmemekte ve bunların bizzat teşebbüslerin davranışlarından kaynaklanan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler ile hakim durumun kötüye kullanılması halleri kadar rekabet üzerinde olumsuz etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Communauté Européenne 2000-2001 (juridique-fiscal-social-comptable-financier), Mémento Pratique, éditions Francis Lefebvre 1999, s. 507.

<sup>35</sup> Communauté Européenne 2000-2001, sh. 508. RKHK da bütün teşebbüsleri kapsamaktadır. Bu çerçevede özel teşebbüsler olduğu kadar, kamu teşebbüsleri de Kanunun kapsamına girmektedir (GÜVEN, a.g.e, s. 30). Ancak Avrupa Birliği’nde bazı sektörlerle ilgili özel düzenlemeler bulunmakla beraber, RKHK’da sektör bazında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

## 2 - Tüzüğün Uygulama Alanı

Bir yoğunlaşmanın Konsey Tüzüğü çerçevesinde denetime tabi tutulabilmesi için, Tüzüğün öngördüğü anlamda bir yoğunlaşmanın söz konusu olması ve yoğunlaşan teşebbüslerin cirolarının Topluluk boyutunda (dimension communautaire - community dimension) kabul edilmeye imkan sağlayan bazı ciro eşiklerini aşması gereklidir. Ancak bundan sonradır ki, Komisyon, kendisine bildirimi yapılan işlemin ortak pazar ile bağdaşır olup olmadığını incelemeye başlayacaktır.

### a - “Topluluk Boyutu”nu Haiz Olma Gereği

Münhasıran rekabeti bozucu yoğunlaşmaları denetlemek için çıkarılan 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü, etkisi bir üye devletin ulusal sınırlarının dışına taşan ve ilgili pazarda yapısal değişiklikler yapan yoğunlaşmalardan hareketle düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Tüzüğün<sup>37</sup> kapsamını belirleyen 1’inci maddesine göre; “22’inci madde hükmü saklı kalmak üzere, bu Tüzük, 2’inci ve 3’üncü paragraflarda tanımlandığı şekliyle Topluluk boyutunu haiz tüm yoğunlaşmalara uygulanır”<sup>38</sup>.

Yoğunlaşmanın, Topluluk boyutuna sahip olduğunun tespitini müteakiben, bu kez ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde rekabeti bozmaya elverişli olup olmağı, yine Tüzükte öngörülen kriterler çerçevesinde, münhasıran Komisyon tarafından denetlenecektir<sup>39</sup>. Bu çerçevede, Tüzüğün uygulama alanına dahil olan yoğunlaşmalara artık üye devletlerin ulusal rekabet düzenlemeleri uygulanmayacaktır. İşte 4064/89 sayılı Tüzüğün getirdiği en büyük yeniliklerden biri, Topluluk boyutunu taşıyan yoğunlaşmaların denetiminin devletlerin ulusal yetki alanından çıkartılarak, gerektiğinde ATAD denetimine tabi Komisyon’a bırakılması olmuştur<sup>40</sup>.

### b - “Topluluk Boyutu”na Sahip Sayılma Bakımından Öngörülen Ciro Eşikleri

Yukarıda açıklandığı üzere, Tüzük, topluluk boyutuna sahip olduğu kabul

<sup>36</sup> KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 7.

<sup>37</sup> Bundan sonra yapılacak açıklamalarda “Tüzük” denilince kastedilen 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğüdür. Komisyon Tüzüğü ile ilgili açıklamalar yapılması halinde bu durum ayrıca belirtilecektir.

<sup>38</sup> Tercüme edilmiş mevzuat için aynı zamanda bkz. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998, s. 147 vd.

<sup>39</sup> Topluluk boyutunu haiz yoğunlaşmaların denetiminde münhasıran Komisyon’u yetkili kılan bu ilkeyi ifade etmek için yaygın olarak İngilizce’de “one-stop-shop”, Fransızcada “guichet unique” deyimleri kullanılmaktadır.

<sup>40</sup> ESİN, a.g.e, s. 215.

edilen tüm yoğunlaşmalara uygulanacaktır. Bir yoğunlaşmanın Topluluk boyutuna sahip olduğunun kabul edilebilmesi için, Tüzüğün 1'inci maddesinin 2'inci ve 3'üncü paragraflarında öngörülen ve eşik diye nitelendirilen bazı büyüklüklerin aşılması gereklidir<sup>41</sup>.

Buna göre, Tüzük m. 1/2 uyarınca bir yoğunlaşmanın Topluluk boyutuna sahip olduğunun kabul edilebilmesi için: “a) ilgili teşebbüslerin dünya çapındaki toplam cirolarının 5 milyar Euro'dan fazla olması, ve b) en az ilgili iki teşebbüsün her birinin Topluluk çapındaki ciroları toplamının 250 milyon Euro'dan fazla olması; ve ilgili her bir teşebbüsün Topluluk çapındaki toplam cirosunun 2/3'ünden fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi “gereklidir<sup>42</sup>. Sayılan bu şartların hepsinin birarada bulunması zorunludur.

Bir yoğunlaşma bu sayılan eşikleri geçmemekle birlikte m. 1/3 ile öngörül-müş eşikleri aşıyorsa, gene Topluluk boyutunda kabul edilecektir. Bu doğrultuda bir yoğunlaşma; “a) ilgili tüm teşebbüslerin dünya çapındaki toplam cirolarının bileşiminin 2,5 milyar Euro'dan fazla olması, b) en az üç üye devletin her birinde, tüm ilgili teşebbüslerin toplam cirolarının bileşiminin 100 milyon Euro'dan fazla olması, c) (b) bendi kapsamına giren devletlerden en az üç üye devletin her birinde en az ilgili iki teşebbüsün her birinin toplam cirosunun 25 milyon Euro'dan fazla olması, d) en az ilgili iki teşebbüsün her birinin Topluluk çapındaki toplam cirosunun 100 milyon Euro'dan fazla olması, ve ilgili her bir teşebbüsün Topluluk çapındaki toplam cirosunun 2/3'ünden fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi şartıyla” yine Topluluk boyutunda sayılacaktır.

Görüldüğü üzere, topluluk boyutu ölçütünün gerçekleşip gerçekleşmediği, yoğunlaşmaya katılan teşebbüslerin ciroları esas alınarak sahip oldukları büyüklüğe göre, yani niceliksel esaslar dikkate alınarak belirlenmektedir. Tüzüğün 5'inci maddesinde Topluluk boyutunun belirlenmesinde dikkate alınacak ciroyu oluşturan kalemler ve bunları hesaplama yöntemi düzenlen-

<sup>41</sup> 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”in 4'üncü maddesi uyarınca, aynı Tebliğ'in 2'nci maddesi kapsamına giren bir birleşme ve devralma işlemi neticesinde, birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümündeki ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması veya toplam pazar payları bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirasını geçmesi halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur. Böylece madde ile pazar payı ve ciro büyüklüğü şeklinde iki farklı kriter getirilmiş bulunmaktadır.

<sup>42</sup> Topluluk boyutunun tespiti bakımından aranan “ilgili her bir teşebbüsün Topluluk çapındaki toplam cirosunun 2/3'ünden fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi” şeklindeki olumsuz şart, esas olarak tek bir üye devletin sınırları dahilinde gerçekleşen teşebbüslere-rası yoğunlaşmaların Topluluk çapında kontrole tabi tutulmasını engellemek amacını gütmektedir. Zira yoğunlaşmaların, kontrole tabi tutulabilmek bakımından Topluluk boyutu-na sahip olmalarının aranmasının amacı, Topluluk ile üye devletlerin yetki alanlarının ayrılmasına imkan sağlamaktır.

miş bulunmaktadır<sup>43</sup>. Kredi kurumları ve özel finansal kurumlar ile sigorta şirketlerinin cirolarının hesaplanması için özel hükümler öngörülmüştür (Tüzük, m. 5/3).

Tüzüğün 5'inci maddesi uyarınca "toplam ciro", ilgili teşebbüslerin son mali yıl süresince ve olağan faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri ürün satışlarından ve sağladıkları hizmetlerden elde ettikleri gelir miktarından, satış indirimleri, katma değer vergisi ve ciroyu doğrudan ilgilendiren sair vergiler düşüldükten sonra bulunacak tutardır. Bu noktada, aynı kişiler veya aynı teşebbüsler arasında iki yıllık süre içerisinde iki ya da daha fazla işlem gerçekleştirilmesi halinde, bunların en son gerçekleşen işlem tarihinde gerçekleştirilmiş tek bir yoğunlaşma işlemi olarak kabul edileceklerini belirtmek gerekir (Tüzük, m. 5/2-2). Bu hüküm ile, Topluluk boyutuna ulaşmayan bölünmüş birden fazla işlem aracılığıyla Tüzüğün yoğunlaşma işlemlerine uygulanmasının engellenmesi, diğer bir deyişle Tüzük hükümlerinin dolanılması ihtimali bertaraf edilmiştir<sup>44</sup>.

Tüzük ile öngörülen ciro eşikleri çok yüksek gibi görünmekle beraber, toplam cironun hesaplanmasında esas alınacak olan, yoğunlaşma işlemine doğrudan taraf olan teşebbüslerin haricinde, bu teşebbüslerin dahil olduğu grupların toplam cirolarıdır (Tüzük, m. 5/4). Anılan hükümde sayılan teşebbüslerin kendi aralarında gerçekleştirdikleri işlemler grup içi işlemler olarak kabul edilecek ve toplam cironun hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır (Tüzük, m. 5/1). Teşebbüsün bir kısmının devredilmesi halinde ise, sadece devir işlemine konu olan kısımların cirosu esas alınacaktır (Tüzük m. 5/2).

Cironun hesaplanmasında ve bu hesaplama yöntemlerinin ilgili teşebbüslere uygulanmasında dikkate alınmak üzere Komisyon tarafından 1998 yılında "4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Cironun Hesaplanmasına İlişkin Not (Açıklama)"<sup>45</sup> yayınlanmıştır. Tüzüğün "cironun hesaplanması"na ilişkin 5'inci maddesinin yorumlanmasında bu açıklamaların da dikkate alınması gerekmektedir.

### *c - Komisyon'un Münhasır Yetkisine Getirilen İstisnalar*

Topluluk boyutuna sahip yoğunlaşmaları denetlemeye münhasıran Komisyon yetkili kılınmış olmakla birlikte (Tüzük m. 21), bu kurala yine Tüzükte iki istisna getirilmiş bulunmaktadır.

<sup>43</sup> KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 19-21.

<sup>44</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 513.

<sup>45</sup> ATRG C 66, 2.3.1998, p. 25 (Merger Control Law in the European Union, s. 127 vd.).

Bu istisnalardan birincisi Tüzüğün 9'uncu maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, bir üye devletin, Komisyon'a, bir yoğunlaşmanın kendi toprakları içindeki ve ortak pazarın önemli bir bölümünü oluşturmaya ayrı, müstakil bir pazarda (*marché distinct - distinct market*) önemli ölçüde rekabeti engellediğini bildirmesi durumunda Komisyon, eğer böyle ayrı, müstakil bir pazarın etkilendiği görüşündeysen, bu pazarla ilgili olayı kısmen veya tamamen üye devletin yetkili makamlarına gönderir (Tüzük m. 9/3)<sup>46</sup>. Bu maddenin uygulanması kapsamında, ilgili üye devlet yalnızca ilgili pazarda etkin rekabetin korunması veya yeniden sağlanması için zorunlu olan tedbirleri alabilir (Tüzük, m. 9/8). Böylece, Tüzüğün 9'uncu maddesi uyarınca, Topluluğun geri kalan kısmından kopuk, ayrılmış bir ulusal pazarda yoğunlaşmanın söz konusu olduğu hallerde, bu yoğunlaşma Tüzüğün birinci maddesi ile öngörülen Topluluk boyutuna sahip olsa dahi, bunlar hakkında ilgili üye devletin karar vermesi imkanı getirilmiştir<sup>47</sup>.

Topluluğun münhasır yetkisine getirilen ikinci istisna ise, bizzat Tüzüğün 21'inci maddesinin 3'üncü paragrafı ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, "*1 ve 2'inci paragraflar saklı kalmak kaydıyla, üye devletler meşru menfaatlerini korumak amacıyla bu Tüzük ile düzenlenenlerin haricinde ve Topluluk hukukunun genel ilkeleriyle ve diğer hükümleriyle bağdaşabilecek sair uygun nitelikte tedbirleri*" alabileceklerdir. Tüzükte "meşru menfaat" kavramı açıklanmamış olmakla birlikte, üye devletin *kamu güvenliği, iletişim araçlarında çok seslilik ve ahlak kuralları* ile ilgili konularda meşru menfaatinin olduğu gene anılan madde ile kabul edilmiştir (Tüzük m. 21/3). Bu çerçevede meşru menfaati olduğunu iddia eden üye devlet, öncelikle Komisyon'a başvurarak durumu bildirecektir. Komisyon yapacağı değerlendirme sonucunda, üye devletin meşru menfaatleri olduğu kanaatine varırsa, Topluluğun genel ilkelerine aykırı düşmeyen tedbirlerin üye devlet tarafından alınmasına karar verebilecektir. Bu çerçevede üye devlet, yoğunlaşma işlemi yasaklayabilecek ya da gerçekleştirmesini ek bir takım şartların yerine getirilmesine bağlayabilecektir.

Tüzüğün 21'inci maddesinin 3'üncü paragrafı ile üye devletlere tanınan bu imkan bakımından belirtilmesi gereken önemli bir nokta da şudur: Topluluk boyutuna sahip olup da *ortak pazar ile bağdaşır nitelikte olduğu kabul edilen* yoğunlaşmalara karşı, üye devletlerin, "meşru menfaatleri bulunduğu" gerekçesiyle, uygun tedbirler alabilmelerine imkan tanınmıştır. Ancak anılan tedbir alma yetkisi salt bu hale özgüdür. Bir yoğunlaşma işlemine ortak pazarla bağdaşır olmadığı gerekçesiyle Komisyon tarafından izin verilmedi-

<sup>46</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 524.

<sup>47</sup> 1991-2001 yıllarında Komisyon'un üye devletlerin ulusal makamlarına havale ettiği olayların bir listesi için bkz. WHISH, s. 760-761.

ği takdirde, artık, meşru menfaati bulunduğu gerekçesiyle dahi olsa bir üye devlet tarafından izin verilebilmesi mümkün değildir<sup>48</sup>.

### 3 - Tüzük Anlamında “Yoğunlaşma” Kavramı

#### a - Genel Olarak

Birleşmeler, pay iktisapları, işletme veya mal varlığı devirleri ve borçlar hukuku sözleşmeleri ile ya da başka yollarla bir ya da daha fazla teşebbüsün başka bir ya da daha fazla teşebbüsün bünyesinde veya etrafında toplanmaları rekabet hukuku literatüründe “yoğunlaşma (*concentration*)” olarak adlandırılmaktadır<sup>49</sup>. Her ne kadar uygulamada genel bir ifade olarak “birleşme (*merger*)” teriminin kullanıldığına da sıkça rastlanmakta ise de (hatta, Komisyon tarafından yayınlanan raporlarda dahi konu ile ilgili mevzuatın bütünü için “*merger regulation*” ifadesi kullanılmaktadır), Tüzük kapsamında daha geniş bir kavram olan “yoğunlaşma” ibaresinin tercih edildiği ve bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu (=TTK) anlamında klasik birleşme ve devralma hallerinin de yoğunlaşma kavramının kapsamında ele alındığı görülmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamında birleşme kavramı geniş yorumlanmıştır. Tüzük çerçevesinde bu kavram sadece teknik hukuki bir kavram olarak TTK m. 146 vd. ile m. 452 vd. anlamında ticaret şirketleri arasındaki birleşmeleri değil<sup>50</sup>, aynı zamanda ortaklık paylarının ve mal varlıklarının iktisabı, işletmelerin aktif ve pasifleriyle kısmen veya tamamen iktisap edilmesi, mülkiyet veya yararlanmaya yönelik hakların elde edilmesi ve borçlar hukuku sözleşmeleriyle başka teşebbüsler üzerinde hakimiyet kurulması<sup>51</sup> hallerini de kapsayan daha geniş ve daha ziyade ekonomik bir kavram olarak ele alınmıştır<sup>52</sup>. Bu noktada yoğunlaşmanın ancak bağımsız teşebbüsler arasında olabileceğini, aynı gruba dahil teşebbüslerin buldukları grup içinde yoğunlaşmalarının denetlemeyi gerektirmeyeceğini de belirtmeliyiz<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Merger Control Law in the European Union, s. 54; Communauté Européenne 2000-2001, s. 525; KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 8.

<sup>49</sup> TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 463. Kavram hakkında ayrıca bkz. PERUZZETTO-POILLOT, a.g.m, s. 7-8; ASLAN, a.g.e, s. 280 vd.

<sup>50</sup> Konu ile ilgili açıklamalar için bkz. Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000, s. 106 vd.

<sup>51</sup> TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 466.

<sup>52</sup> Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da RKHK’da kullanılan “birleşme ve devralmalar” terimini hukuki bir kavram olarak değil, ekonomik bir kavram olarak ele almak ve geniş yorumlamak gerekir. RKHK çerçevesinde birleşme kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. ERDEM, a.g.m, s. 203; GÜVEN, a.g.e, s. 87 vd.

<sup>53</sup> 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hak-

Tüzüğün düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuş temel esasların belirtildiği “Başlangıç” kısmının 23’üncü paragrafında, yoğunlaşma kavramı sadece ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklikler meydana getiren işlemleri kapsar şekilde tanımlanmaktadır. Yoğunlaşma kavramının tanımını veren Tüzüğün 3’üncü maddesi de bu tarz yapısal değişikliklerin önceden bağımsız iki teşebbüsün birleşmesi veya başka bir teşebbüsün tamamı veya bir kısmı üzerinde kontrolün ele geçirilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir.

Tüzüğün 3’üncü maddesinin 1’inci paragrafı uyarınca yoğunlaşma sayılan haller; “a) önceden bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, veya b) halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya daha fazla kişinin veya bir ya da daha fazla teşebbüsün, başka bir veya daha fazla teşebbüsün hisselerini veya malvarlığını satın almak suretiyle, sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak bu teşebbüsün kontrolünü kısmen veya tamamen elde etmesi” olarak sıralanmıştır. Ayrıca, aynı maddenin 2’nci paragrafında yoğunlaşma bağlamında joint venture’larla ilgili ayrı bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, tüm fonksiyonlarını özerk bir ekonomik varlık olarak sürdüren joint-venture’lar da Tüzük, m. 3/1-b anlamında yoğunlaşma olarak kabul edileceklerdir<sup>54</sup>.

Tüzüğün 3’üncü maddesinin 3’üncü paragrafında, “kontrol” deyimiyile neyin kastedildiği açıklanmıştır. Tüzük kapsamına giren bir yoğunlaşmanın varlığının kabulü, Topluluk boyutu kavramında olduğu üzere niceliksel değil, kontrol kavramına odaklanan niteliksel esaslara dayandırılmıştır<sup>55</sup>. Anılan madde hükmüne göre; “Bu Tüzük kapsamında kontrol, ayrı ayrı veya birlikte, fiilen veya hukuken, bir teşebbüs üzerinde kesin (belirleyici) etkide (influence déterminante - decisive influence) bulunma imkanı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir, bu çerçevede özellikle: a)

kında Tebliğ’in 2’nci maddesi uyarınca, ekonomik anlamda bağımsız iki ya da daha fazla teşebbüs arasındaki birleşmeler Rekabet Kurulu’ndan izin almayı gerektirir. Bu çerçevede, bağımsız olmayan teşebbüsler, örneğin aynı gruba bağlı ortaklıklar arasında gerçekleştirilecek birleşmeler izne tabi olmayacaktır (GÜVEN, a.g.e, s. 82).

<sup>54</sup> 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 2’nci maddesinde Rekabet Kurulu’ndan izin almayı gerektiren birleşme ve devralma halleri şu şekilde sıralanmıştır: “a) Bağımsız iki ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi. b) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi. c) Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)”. Aynı Tebliğ’in 3’üncü maddesinde ise birleşme ve devralma sayılmayan haller sayılmıştır.

<sup>55</sup> 4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not (Açıklama), paragraf 4. Bkz. Merger Control Law in the European Union, s. 106.



Bir teşebbüsün malvarlığının tamamının veya bir kısmının sahipliği veya kullanma hakkıyla, b) Bir teşebbüsün organlarının oluşumu, oylamaları veya kararları üzerinde kesin etkide bulunma imkanı sağlayan haklar veya sözleşmelerle” bir teşebbüs üzerinde kontrolün sağlanması mümkündür<sup>56</sup>. Tüzüğün 3’üncü maddesinin 5’inci paragrafında ise yoğunlaşma kabul edilme-yen bazı haller sayılmıştır<sup>57</sup>.

Komisyon, Tüzükte “Yoğunlaşmanın Tanımlanması” başlığını taşıyan 3’ün-cü madde kapsamında yoğunlaşma sayılacak faaliyetlerle yoğunlaşma ile il-gili olarak kullanılan bazı kavramlara açıklık getirmek amacıyla 1998 yılın-da “4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkın-da Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not(Açıkla-ma)”u<sup>58</sup> yayınlamıştır. Bir faaliyetin Tüzük çerçevesinde yoğunlaşma olarak nitelendirilmesinde, Komisyon’un yoğunlaşma kavramına bakış açısını ve kavramın uygulanışıyla ilgili olarak geçmiş yıllarda elde ettiği tecrübeleri yansıtan bu Not’daki bilgilerin de dikkate alınması gereklidir.

### b - Birleşmeler (Fusions - Mergers)

Tüzük m. 3/1-a anlamında “birleşme”, öncelikle, başlangıçta bağımsız olan

<sup>56</sup> 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hak-kında Tebliğ”in 2’nci maddesi uyarınca kontrolün “ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hu-kuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üze-rinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organla-rının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler” yoluyla sağlanabileceği ifade edilmiştir.

<sup>57</sup> “Madde 3- ... 5. Aşağıdaki hallerde bir konsantrasyonun olduğu kabul edilmez: a) Normal faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmayı kapsayan, yeniden satış amacıyla bir işletmeden aldıkları menkul kıymetleri elinde geçici olarak bu-lunduran kredi kurumlarının veya diğer mali kuruluşların veya sigorta şirketlerinin, bu menkul kıymetlerden kaynaklanan oy haklarını, bu işletmenin rekabet davranışlarını etki-leyecek şekilde kullanmaması veya bu oy haklarını sadece, kısmen veya tamamen, işletme-nin veya malvarlığının veya menkul kıymetlerin satılmasına hazırlık olması amacıyla kul-lanması ve böyle bir satışın menkul kıymetlerin devralınmasından itibaren bir yıl içinde ya-pılması; bu süre satışın bir yıl içinde gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı bu kurum-lar veya şirketler tarafından gösterilmesi ve talep edilmesi halinde Komisyon tarafından uzatılabilir. b) Kontrolün, tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkor-dato veya benzeri nedenlerle bir üye devletin hukuku gereğince resmi bir daire tarafından elde edilmesi; c) Paragraf 1 (b)’de anılan faaliyetlerin 84/569/AET sayılı yönerge ile değiş-tirilen, belirli şirketlerin yıllık hesapları hakkında 25 Temmuz 1978 tarih ve 78/660/AET sayılı yazıyla 4. Konsey Yönergesinin 5(3). maddesinde anılan Finansal Holding Şirketler tarafından yapılması; Holdingin oy haklarının ve özellikle işletmenin yönetim ve denetim organlarının üyelerinin atanmasında sadece Holdingin yatırımlarının tam değerinin tespi-ti amacıyla kullanılması, doğrudan veya dolaylı olarak bu işletmelerin rekabet davranışla-rının belirlemek amacıyla kullanılmaması amacıyla”. Metin için bkz. Avrupa Topluluğu Re-kabet Hukuku Mevzuatı 1998, s. 156.

<sup>58</sup> ATRG C 66, 2.3.1998, p. 5 (Merger Control Law in the European Union, s. 105 vd.).

iki ya da daha fazla teşebbüsün yeni bir teşebbüs meydana getirmek için biraraya gelmeleri şeklinde ortaya çıkmaktadır (fusion par création de société nouvelle). Bu halde birleşme ayrı bir tüzel kişilik altında meydana gelmekte, birleşen şirketlerin tüzel kişilikleri sona ermektedir<sup>59</sup>. Bunun dışında, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü tüzel kişiliğini yitirecek şekilde kendi bünyesine katması da Tüzük kapsamında birleşme olarak kabul edilmiştir (fusion-absorption). Böyle hukuki anlamda bir birleşme olmamakla birlikte, bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak faaliyetlerini fiilen tek bir ekonomik yönetim altında toplamaları da Tüzük çerçevesinde birleşme olarak değerlendirilir (fusion de fait)<sup>60</sup>. Bu son ihtimalde iki ya da daha fazla teşebbüs kendi tüzel kişiliklerini korumakta, ancak aralarında akdettikleri bir sözleşme ile kâr ve zararın teşebbüsler arasında paylaşıldığı, müte-selsil sorumluluğun söz konusu olduğu, sürekli nitelikte ortak bir ekonomik yönetim oluşturmaktadırlar<sup>61</sup>.

*c - Kontrolün Ele Geçirilmesi*

*(L'Acquisition du Contrôle - Acquisition of Control)*

4064/89 sayılı Tüzük kapsamında düzenlenen bir diğer yoğunlaşma biçimi, bir teşebbüsün kontrolünün ele geçirilmesidir. Bir teşebbüsün kontrolü veya başka bir ifade ile bu teşebbüs üzerinde belirleyici etkide bulunma imkanı, tek bir kişi ya da teşebbüs tarafından sağlanabileceği gibi birlikte hareket eden birden fazla sayıda kişi ya da teşebbüs tarafından ortak olarak da elde edilebilir. Ayrıca, bir faaliyetin kontrolün ele geçirilmesi sonucunu doğurması, taraflar arasındaki hukuki bir ilişki sonucu gerçekleşebileceği gibi, fiilen de meydana gelebilir. Bu çerçevede, teşebbüsler arasında gerçekleşen fikri mülkiyet haklarının devrine yönelik sözleşmeler veya hissedarlar sözleşmeleri kadar, saf ekonomik içerikteki ilişkiler de istisnai olarak diğer bir teşebbüs üzerinde belirleyici etkide bulunma imkanını sağlayabilir<sup>62</sup>.

4064/89 sayılı Tüzük ile "belirleyici etki" kavramı tanımlanmamış ise de, Komisyon tarafından çıkarılan *Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not (Açıklama)*'da böyle bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre Komisyon, belirleyici etki kavramını, bir teşebbüsün ticari faaliyetini belirleyen kararların alınmasını bloke etme gücü olarak nitelendirmekte ve Tüzük m. 3/3 çerçevesinde

<sup>59</sup> İki teşebbüsün ayrı bir tüzel kişilik altında birleştikleri bir örnek için bkz. Ciba-Geigy/Sandoz kararı; Case IV/M 737, ATRG (1997) L 201/1, p.7. Anılan işlemde iki teşebbüs Novartis şirketini kurmak üzere birleşmişlerdir.

<sup>60</sup> 4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not (Açıklama), paragraf 7 (Merger Control Law in the European Union, s. 106).

<sup>61</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 509; KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 10.

<sup>62</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 509.

kontrolün söz konusu olabilmesi için, halihazırda fiilen *kesin (belirleyici-decisive) etkide bulunma* halinin mevcut olmasına gerek bulunmadığını, sırf böyle bir etkide bulunma imkanının varlığının dahi yeterli olduğunu ifade etmektedir<sup>63</sup>.

Kontrolün ele geçirilmesi tek elden kontrol veya ortak kontrol şeklinde gerçekleşebilir:

*aa - Tek Elden Kontrol (Contrôle Exclusif - Sole Control)*

Tek elden kontrolün tüm bir teşebbüsün kontrol altına alınması ya da teşebbüsün bir kısmının kontrolünün sağlanması şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Tek elden kontrolün en yaygın görünümü, bir teşebbüsün bir şirketteki oy haklarının çoğunluğuna sahip olması halidir. Bu durum ise, mutlak olmamakla birlikte genellikle, teşebbüsün hisselerinin yarısından fazlasının elde edilmesiyle sağlanmaktadır.

Tüzüğün 3'üncü maddesinin 3'üncü paragrafında, kontrolün, sahip olunan pay adedi ile bağlı olmaksızın, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda, kararlarının alınmasında ve oylamalarda belirleyici etkide bulunma imkanı veren haklar yoluyla sağlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu çerçevede azınlığın da bir teşebbüsün kontrolünü hukuken veya fiilen ele geçirmesi mümkündür. Hukuken böyle bir durum, oyda imtiyazlı paylar yaratılması veya ilgili şirketin temel ticari kararlarına etkide bulunma imkanı sağlayan başkaca hakların tanınması gibi, bazı ayrıcalıklı hakların azınlık pay sahiplerine tanındığı hallerde söz konusu olabilir<sup>64</sup>. Öte yandan, azınlık pay sahiplerinin tek elden kontrolü fiilen elde etmesi de mümkündür. Örneğin diğer hisselerin çok fazla sayıda hissedar arasında dağıldığı şirketlerde, azınlık pay sahiplerinin şirket genel kurulunda çoğunluğu sağlayabilmeleri mümkün olabilmektedir<sup>65</sup>. Zira tüm küçük hissedarların genel kurul toplantısında hazır bulunmaları veya temsil edilmeleri çok küçük bir ihtimaldir. Bu çerçevede Komisyon, Société Générale ile ilgili kararında<sup>66</sup>, Société Générale de Belgique'in Générale de Banque'taki hisselerinin %20,94'ten %25,96'ya yükselmesinin anılan şirkete belirleyici etkide bulunma imkanını verdiğini kabul etmiştir. Bu olayda Générale de Banque'ın %55 hissesi çok sayıda hissedar arasında paylaşılmış durumdadır ve bu şirketin son üç ola-

<sup>63</sup> 4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not (Açıklama), paragraf 9 (Merger Control Law in the European Union, s. 107).

<sup>64</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 509.

<sup>65</sup> 4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not (Açıklama), paragraf 13-14 (Merger Control Law in the European Union, s. 107-108).

<sup>66</sup> Société Générale de Belgique/Générale de Banque, Case IV/M 343, 3.8.1993.

ğan yıllık genel kurul toplantısında Soci t  G n rale de Belgique'in %20,94'l k hissesiyle toplantılara katılan tüm hissedarların %43-%47'sini temsil ettiği belirlenmiştir. Komisyon bu tespite istinaden %25,96'lık hissenin Soci t  G n rale de Belgique'e gelecekteki genel kurul toplantılarında %55'in üzerinde oy sağlayacağı sonucuna varmıştır.

#### *bb - Ortak kontrol (Contr le en Commun - Joint Control)*

Bir teşebbüs tek elden kontrol edilebileceği gibi, birden fazla teşebbüs tarafından birlikte de kontrol edilebilir. İki ya da daha fazla kişi ya da teşebbüsün, bir diğer teşebbüs üzerinde belirleyici etkide bulunma imkanına sahip oldukları ve birlikte kontrol ettikleri teşebbüsün stratejik önemi haiz ticari kararlarının alınabilmesi bakımından, bu kararlar üzerinde anlaşmaya varmalarının gerekli olduğu hallerde, o teşebbüs üzerinde ortak kontrolün varlığından söz edilebilecektir<sup>67</sup>. Ortak kontrolün söz konusu olduğu hallere örnek olarak, birlikte kontrol edilen teşebb sde eşit oy hakkı veya teşebbüsün karar alma organlarında temsilde eşitlik, veto hakları (yöneticilerin belirlenmesinde, bütçenin kabulünde ve şirketin yatırımları ile ilgili kararların alınmasında söz konusu olabilmektedir)<sup>68</sup> ile oy haklarının kullanılmasında ortak hareket edilmesi durumları sayılabilecektir<sup>69</sup>.

#### *d - Joint Venture'lar*

Tüzük kapsamında, teşebbüsler arasında bağımsız bir ekonomik birimin bütün işlevlerini sürekli olarak yerine getirmek üzere oluşturulan tüm "tam işlevli joint venture'lar" yoğunlaşmaya yönelik bir işlem olarak kabul edilmiştir (Tüzük m. 3/2). Yukarıda açıklandığı üzere, Tüzükte 1997 yılında gerçekleştirilen değişiklikle "merkezileşmeye yönelmiş (concentrative) joint-ventu-

<sup>67</sup> Communaut  Europ enne 2000-2001, s. 509.

<sup>68</sup> Ortak kontrolün söz konusu olması için mutlaka ortak hareket eden teşebbüslerin her birinin sermayeye aynı oranda katılımı, aynı yetkileri haiz olması ya da tüm kararları oy birliği ile almaları zorunlu değildir.  nemli olan, ortak kontrol edilen teşebbüsün stratejik önemi haiz ticari kararlarının ortak bir iradeyle alınmış olmasıdır. Bu çerçevede, ortak kontrolün en açık göstergesi, ortak hareket eden teşebbüsler arasında oy hakkında veya karar organlarında temsilde eşitlik bulunması olmakla birlikte, eşitliğin bulunmadığı hallerde ortak kontrolün de bulunmadığı sonucuna varmak her zaman mümkün değildir. Özellikle, azınlık pay sahiplerinin, kendilerine, ortak kontrol edilen teşebbüsün ticari faaliyetleri için büyük önemi haiz kararların alınmasını engelleme imkanını sağlayan veto haklarına sahip oldukları hallerde, böyle bir durum söz konusudur (Communaut  Europ enne 2000-2001, s. 510).

<sup>69</sup> Bu haller ile ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. "4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü  er evesinde Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Not (Açıklama)", paragraf 18-40 (Merger Control Law in the European Union, s. 108-112).

re'lar" ile "işbirliği (cooperative) joint-venture'ları" ayırımı kaldırılmış, ister merkezleşmeye yönelmiş joint-venture ister işbirliği joint-venture'ı olsun tüm "tam işlevli joint-venture'lar (full-function joint-ventures)" Tüzük kapsamına dahil edilmişlerdir<sup>70</sup>.

Komisyon, belli özellikleri haiz joint-venture'ları yoğunlaşma olarak kabul eden Tüzüğün 3'üncü maddesini yorumlamak ve joint-venture kavramına açıklık getirmek amacıyla Tüzükte yapılan değişiklikleri de dikkate alarak" 1998 yılında "4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Çerçevesinde tam işlevli joint-venture'lar (full-function joint-ventures) Kavramına İlişkin Not (Açıklama)"u<sup>71</sup> yayınlamıştır. Oldukça yaygın bir uygulama alanını haiz joint venture'ların rekabeti olumsuz yönde kolaylıkla etkilemeleri mümkündür. Zira rakip bir kaç işletme bir veya bir kaç üye devlette veya üye devletin bir bölümünde bir mal veya ürün piyasasında bir joint-venture kurmak suretiyle aralarındaki rekabeti hafifletebilir ya da berteraf edebilirler ve bu surette rekabet ortamının bozulmasına neden olabilirler.

Topluluk rekabet hukuku bakımından bir joint-venture'ın yoğunlaşma olarak denetime tabi tutulabilmesi için üzerinde ortak kontrol söz konusu olmalı ve bu joint-venture tek başına bağımsız bir ekonomik birimin tüm işlevlerini sürekli olarak yerine getiriyor olmalıdır. Bu çerçevede, belirlenmiş kısa bir süre için faaliyette bulunmak üzere oluşturulmuş bir teşebbüs, Tüzüğün öngördüğü anlamda tam işlevli joint-venture olarak kabul edilmeyecektir. Ayrıca, bağımsız bir ekonomik birimin varlığından söz edebilmek bakımından, bu joint-venture, kendisini oluşturan teşebbüslerce ortak kontrol edilse dahi, kendisine tahsis edilmiş imkanlar aracılığıyla belli bir pazarda bağımsız hareket etme imkanına sahip bulunmalı ve aynı pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerce yürütülen faaliyetleri yürütüyor olmalıdır<sup>72</sup>.

#### **4 - Yoğunlaşmaların Ortak Pazar İle Bağdaşıp Bağdaşmadığının Saptanması**

4064/89 sayılı Tüzük kapsamında yoğunlaşma olarak kabul edilen ve Topluluk boyutuna sahip olan bir işlemin Tüzük ile öngörülen denetime tabi tutu-

<sup>70</sup> Kullanılan kavramlar için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, a.g.e, s. 470-471. Bu konuda kapsamlı açıklamalar için bkz. WHISH, a.g.e, s. 749-751.

<sup>71</sup> ATRG C 66, 2.3.1998, p. 1 (Merger Control Law in the European Union, s. 101 vd.).

<sup>72</sup> WHISH, s. 750. Buna göre, kendisini oluşturan teşebbüslerin ticari faaliyetlerinde yardımcı bir rol üstlenmek üzere oluşturulan joint-venture'lar Tüzük anlamında yoğunlaşma olarak kabul edilmeyeceklerdir. Kendisini oluşturan teşebbüslerin ürünlerini satmak veya bu ürünlerin dağıtımını yapmak üzere bir joint-venture kurulması halinde böyle bir durum söz konusudur (Communauté Européenne 2000-2001, s. 510).

labilmesi için, bu faaliyetin ortak pazar ile bağdaşmaz olduğunun tespit edilmesi gereklidir.

Bir yoğunlaşmanın ortak pazar ile bağdaşır olup olmadığının tespitinde Tüzüğün 2'inci maddesinin 3'üncü paragrafında düzenlenen kriter dikkate alınır. Buna göre, Komisyon'un bir yoğunlaşma işleminin ortak pazar ile bağdaşmadığını açıklaması için bu işlemin, herhangi bir mal ya da hizmet piyasasında iyi (etkin) bir şekilde işlemekte olan rekabeti Ortak Pazarın tamamında veya önemli bir bölümünde esaslı surette engelleme sonucunu doğuracak tarzda hakim durum yaratması veya mevcut hakim durumu güçlendirmesi gerekmektedir (Tüzük, m. 2/3). Buna göre, hakim durum yaratmayan ya da mevcut hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucunda ortak pazarın tamamında veya önemli bir bölümünde etkin rekabeti esaslı surette engellemeyen yoğunlaşmaların ortak pazar ile bağdaşır olduğunun kabul edilmesi gerekecektir (Tüzük, m. 2/2).

Komisyon, yoğunlaşmanın böyle bir sonuç doğurup doğurmayacağını değerlendirmesini yaparken, kendisine bildirilen işlemi tümüyle ekonomik bazı kriterleri dikkate alarak inceler. Tüzüğün 2'inci maddesinin 1'inci paragrafı ile düzenlenen bu kriterleri şu şekilde sıralamak mümkündür: İlgili tüm pazarların yapısı, ortak pazar içindeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı, potansiyel rekabet koşulları, ilgili teşebbüslerin pazardaki payları ile ekonomik ve finansal güçleri, tedarikçi ile tüketici alternatifleri, ilgili ürün ve hizmetlerin arz ve talep yapıları, arz kaynaklarına ulaşmada karşılaşılan engeller, hukuki veya fiili pazara giriş engelleri, ara ve nihai tüketicilerin menfaatleri ile bir rekabet engeli teşkil etmemek kaydıyla teknik gelişme.

Sonuç olarak Komisyon, bu kriterler çerçevesinde değerlendirmesini yaparken öncelikle ilgili ürün veya hizmet pazarını belirleyecek ve ilgili coğrafi pazarın sınırlarını çizecektir. Bu saptamaları yaptıktan sonra, kendisine bildirilen işlemin ilgili pazarlarda, Ortak Pazarın tamamı veya önemli bir kısmında rekabetin etkin bir tarzda işleyişini engelleyecek surette bir hakim durum yaratıp yaratmadığına veya mevcut bir hakim durumu güçlendirip güçlendirmedigine bakacaktır<sup>73</sup>.

#### *a - "İlgili Pazar" Kavramı*

"İlgili Pazar" kavramı biri "ilgili ürün veya hizmet pazarı", diğeri ise "ilgili coğrafi Pazar" olmak üzere iki açıdan tanımlanmaktadır.

<sup>73</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 515.

### aa - İlgili Ürün Pazarı

4064/89 sayılı Tüzük ile “ilgili ürün veya hizmet pazarı”nın tanımı yapılmıştır. İlgili teşebbüsler Komisyon’a bildirimde bulunurlarken ilgili ürün ve/veya hizmet pazarını tanımlamak zorundadırlar. Nitekim 4064/89 sayılı Tüzüğün uygulanma esaslarını belirlemek bakımından Komisyon tarafından çıkarılan 447/98 sayılı “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğüne İlişkin Bildirimler, Süreler ve Soruşturmalar Hakkında Tüzük”ün yoğunlaşmaların Komisyon’a bildiriminde kullanılacak standart bildirim formunun (Form CO) düzenlenmesine ilişkin Ek’inin, “pazar tanımlamaları” başlığını taşıyan altıncı bölümünde, ilgili ürün pazarının kısa bir tanımına yer verilmiştir. Burada öncelikle, ilgili ürün pazarının ve coğrafi pazarın, yoğunlaşma sonucu ortaya çıkan yeni teşebbüsün pazar gücünün etkili olduğu faaliyet alanını tespit etmek bakımından belirleyici olacağına altı çizilmiştir. Bunu müteakiben ilgili ürün pazarı, “özellikleri, fiyatları ve yöneldiği kullanım amaçları itibarıyla tüketici nezdinde birbirleri ile değiştirilebilir veya ikame edilebilir (interchangeable or substitutable) kabul edilen tüm ürün ve/veya hizmetler” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, ilgili ürün pazarının sınırı birbiri ile değiştirilebilen<sup>74</sup> veya ikame edilebilen tüm ürünler şeklinde çizilmiş ve ikame edilebilirlik ürünlerin özellikleri, fiyatlar ve ürünün kullanım amaçları dikkate alınarak, yani talebe göre belirlenmiştir.

Komisyon, Topluluk rekabet hukuku uygulamasında ilgili ürün ve/veya hizmet pazarı ile coğrafi pazar kavramlarını nasıl uyguladığına açıklık getirmek amacıyla 1997 yılında “Topluluk Rekabet Hukuku Bakımından İlgili Pazar Kavramına İlişkin Not (Açıklama)”u<sup>75</sup> yayınlamıştır. Komisyon tarafından dikkate alınan kriterler arasında ürünün (ve/veya hizmetin) teknik özelliklerinin ve fiyatının yanı sıra yöneldiği kullanım amacı özel bir önemi haizdir. Ürünlerin ikame edilebilir nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, ürünlerin nesnel özellikleri kadar, tüketicilerin o ürünleri kullanım amacı da dikkate alınmak gerekir. İlke olarak ürünlerin fiziksel görünümünün, içerik ve işlevlerinin aynı olması bu ürünlerin birbirlerini ikame ettiklerine dair önemli bir göstergesi olmakla birlikte, tüketici tercihleri dikkate alınmadan yapılacak bir değerlendirme, ilgili ürün pazarının hatalı tanımlanmasına yol açabilecektir. Zira günümüzde alışkanlıklara bağlı olarak tüketicilerin tercihleri -özellikle gıda ürünleri pazarında- önemli surette değişkenlik gösterebilmektedir<sup>76</sup>. Ekonomik açıdan iki ürünün birbirinin yerine

<sup>74</sup> Birbiri ile değiştirilebilen ürünler ile fiziksel veya teknik özellikleri itibarıyla büyük ölçüde benzerlik taşıyan ürünler kastedilmektedir. Bkz. Komisyon Tüzüğü’ne Ek Standart Bildirim Formu, 6. Bölüm, paragraf I (Merger Control Law in the European Union, s. 88).

<sup>75</sup> ATRG C 372, 9.12.1997, p.5 (Merger Control Law in the European Union, s. 147 vd).

<sup>76</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 516. Konuyla ilgili bir karar (Nestle/Perrier, Case IV/M 0190, 22.7.1992) için bkz. Louis VOGEL, Droit de la Concurrence-La Pratique en 500 Décisions, Paris 1997, s. 481-482.

geçip geçemeyeceğinin tespitinde talep açısından ikame edilebilirlik temel kriter olmakla birlikte<sup>77</sup>, Komisyon kararlarında talep yönünden ikame edilebilirlik kriterinin yanı sıra, arz yönünden ikame ilişkisi ve ilgili piyasalardaki rekabet koşulları da dikkate alınmaktadır.

### *bb - İlgili Coğrafi Pazar*

Komisyon, ilgili ürün ve/veya hizmet pazarının sınırlarını mümkün olabildiğince kesin bir şekilde belirledikten sonra, bu kez coğrafi pazarı tespit edecektir. Coğrafi pazarın tespitinde Tüzüğün 9'uncu maddesinin 7'inci paragrafı dikkate alınır. Bu madde uyarınca coğrafi pazar; *"İçinde ilgili işletmenin, malların veya hizmetlerin arz ve talebiyle uğraştığı, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen olduğu ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler coğrafi pazar oluşturur. Bu değerlendirme, özellikle ilgili ürün ve hizmetlerin durumunu ve özelliklerini, tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin varlığını, ilgili bölge ile komşu bölgelerde işletmelerin pazar payları arasında hissedilir farklılığın veya fiyatlarda önemli farklılıkların varlığını dikkate alır"*<sup>78</sup> şeklinde açıklanmıştır<sup>79</sup>.

Komisyon kararlarında, Tüzükte verilen bu tanımdan hareketle, ilgili ürün ve/veya hizmetin özellikleri ve doğası, piyasaya giriş engelleri, tüketici tercihleri, teşebbüslerin komşu bölgelerdeki pazar paylarındaki farklılıklar ve fiyatlar arasındaki önemli farklılıklar şeklinde ortaya konan söz konusu ekonomik faktörleri dikkate alarak, olayın özelliklerine göre ilgili coğrafi pazarı, yöresel, bölgesel veya ulusal bazda belirleyebildiği gibi, Topluluk ya da dünya çapında<sup>80</sup> da belirleyebilmektedir<sup>81</sup>.

Komisyon, giderek daha çok olayda Topluluğun tamamını ilgili coğrafi pazar olarak ele almakta ise de, üye ülkeler arasındaki ticarete halen teknik engellerin bütünüyle kaldırılmamış olması itibarıyla, ulusal pazarların varlığını da tespit etmektedir. Komisyonun ilgili coğrafi pazarı belirlemek amacıyla pazardaki rekabet koşullarını incelerken ağırlıklı olarak dikkate aldığı faktörler; pazar paylarının, fiyatların ve ana tedarikçilerin coğrafi dağılımı, sevkiyat biçimleri, ithalat ve ihracat koşul ve imkanları, -mali, teknik ve

<sup>77</sup> KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 24.

<sup>78</sup> Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998, s. 162-163.

<sup>79</sup> 447/98 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün standart bildirim formunun düzenlenmesi ile ilgili ekinin pazar tanımlamalarına yer veren 6. bölümünde de coğrafi pazara ilişkin benzer bir tanımlama yapılmıştır (Merger Control Law in the European Union, s. 88).

<sup>80</sup> Komisyon'un ilgili coğrafi pazarı dünya çapında ele alan bir kararı için bkz. 24.4.1996 tarihli Gencor/Lonrho kararı, ATRG 1997 L 11/30.

<sup>81</sup> Communauté Européenne 2000-20001, s. 516.



kültürel- pazara giriş engelleri, tüketici tercihleri, taşıma maliyetleri, dağıtım sistemleri ve ürün farklılaşması olarak sayılabilecektir<sup>82</sup>.

### *b - Hakim Durumun Belirlenmesi*

Yukarıda belirtildiği üzere, bir yoğunlaşmanın ortak Pazar ile bağdaşmaz olduğunun saptanabilmesi için, bu yoğunlaşma işleminin ortak pazarda etkin rekabetin işleyişini bozacak ya da engelleyecek ölçüde hakim durum yaratıcı veya mevcut hakim durumu güçlendirici nitelik taşıması gereklidir. Nitekim Tüzüğün 2'nci maddesinin 3'üncü paragrafında bu husus; "*Bir hakim durum yaratan veya bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen bir yoğunlaşmanın Ortak Pazar ile bağdaşamaz olduğu kabul edilir*" denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Komisyon, yoğunlaşma ile ilgili bir olay önüne geldiğinde, gerek ürün açısından, gerek coğrafi açıdan ilgili pazarı tanımladıktan sonra, yoğunlaşmanın hakim durum yaratıp yaratmadığını araştıracaktır.

4064/89 sayılı Tüzükte "hakim durum" kavramı ile ne anlaşılması gerektiği tanımlanmamıştır. Bu kavramın içeriğinin doldurulmasında Komisyon'un ve Adalet Divanı'nın konuya ilişkin olarak verdikleri kararlar büyük ölçüde belirleyici olmuştur. ATAD, ATA m. 82 (eski m. 86) çerçevesinde verdiği bir kararında hakim durumu; "*bir teşebbüse, rakipleri, müşterileri ve nihayet tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız bir tarzda hareket edebilme imkanını sağlayarak, ilgili pazarda etkin rekabetin oluşmasını ve devamını engelleme olanağını sağlayan ekonomik güç*"<sup>83</sup> olarak tanımlamıştır<sup>84</sup>. Komisyon, verdiği kararlarda, ilke olarak bu tanımdan hareketle, ilgili teşebbüslerin yoğunlaşma işlemi neticesinde yukarıda tanımlanan şekilde bir pazar gücü sağlayacak surette hakim duruma gelip gelmediklerini incelemektedir. Ancak yoğunlaşma işlemlerinde hakim durumun belirlenmesi bakımından, halihazırdaki hakim durumun kötüye kullanılmasını önleyen ATA'nın 82'nci maddesine (eski m. 86) kıyasla, çeşitli ekonomik faktörler dikkate alınarak, daha yapısal ve ileriye dönük bir inceleme yapılması gereklidir.

Komisyon bir yoğunlaşmanın pazarda rekabetin engellenmesine veya bozulmasına yol açacak şekilde hakim durum yaratıp yaratmadığını çeşitli kriterleri dikkate alarak değerlendirir. Bunlardan en önemlisi hiç şüphesiz yoğun-

<sup>82</sup> KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 26.

<sup>83</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 465 ve 517.

<sup>84</sup> ATAD'ın 14 Şubat 1978 tarihli United Brands v. Commission kararı, Case 27/76 (1978) 207. Komisyon'un hakim durumun tespiti bakımından belirleyici diğer iki kararı için bkz. vitamin piyasası bakımından 13 Şubat 1979 tarihli "Hoffmann-La Roche" kararı (Case 85/76 (1979) 461) ve ince metal sanayii bakımından 21 Şubat 1973 tarihli "Continental Can" kararı (Case 6-72 (1973) 215).

laşma işlemine katılan teşebbüslerin sahip oldukları pazar paylarıdır<sup>85</sup>. Düşük, zayıf pazar payına sahip yoğunlaşmaların hakim durum yaratmayacağı ve istisnai haller dışında bunların ortak pazar ile bağdaşır olduğu kabul edilmektedir.

4064/89 sayılı Tüzüğün başlangıç bölümünün 15'inci paragrafında "*İlgili teşebbüslerin pazar paylarının küçük olması nedeniyle etkin rekabetin engellenmesinden sorumlu tutulamayacak yoğunlaşmaların Ortak pazarla bağdaşabilir olacağını; Antlaşmanın 85'inci ve 86'ıncı maddeleri saklı kalmak üzere, ilgili teşebbüslerin pazar payının Ortak Pazarda veya önemli bir bölümünde %25'i aşmadığı hallerde bu sonucun bir göstergesinin varolduğunu*" kabul etmek gereklidir denilmek suretiyle Komisyon'a pazar payı bakımından yapacağı incelemelerde yol gösterici bir kriter getirilmiştir. Buna göre, pazar payının %25'in üstüne çıktığı hallerde Komisyon daha detaylı bir inceleme başlatmaktadır<sup>86</sup>. Pazar payının %25 ila %40 arasında olduğu durumlarda Komisyon, ilgili ürün pazarını ve coğrafi pazarı gözönünde bulundurarak, piyasanın geri kalan bölümünde yeterli sayıda teşebbüsün faaliyet gösteriyor olması kaydıyla, yoğunlaşmanın ilke olarak hakim durum yaratmayacağına karar vermektedir.

İlgili teşebbüslerin pazar payının yoğunlaşma sonrasında %40'ı aşıyor olması durumunda ise Komisyon, pazar payının yanı sıra hakim durumun varlığının belirlenmesi bakımından etkili olabilecek diğer faktörleri de incelemeye alır. Bu faktörlerin; yoğunlaşmaya katılan teşebbüslerin rakipleri karşısında sahip oldukları ve pazar payı haricindeki sair avantajlar (birleşen firmaların mali gücü, maliyet avantajları, bu kapsamda kaynaklara ulaşmada veya üstünlük sağlayacak bir teknolojiye sahip olmada ayrıcalık, ürün ve/veya hizmet yelpazesinde çeşitlilik, uzun süreli reklamlardan kaynaklanan marka avantajı, gelişmiş dağıtım kanalları vs.)<sup>87</sup>, rakip teşebbüslerin ilgili pazardaki sayısı ve gücü dolayısıyla pazarın arz yapısı<sup>88</sup>, pazardaki fiili ve potansiyel rekabet imkanları ile müşterilerin satın alma gücü olarak sıralanması mümkündür<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Pazar payı Komisyon tarafından genellikle rakamsal bir değer olarak hesaplanmaktadır. Ancak bu hesaplama yapılırken ciro dışında, ilgili teşebbüslerin kapasiteleri veya dağıtım ağları gibi farklı faktörler de dikkate alınabilmektedir. Bkz. Communauté Européenne 2000-2001, s. 517.

<sup>86</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 517.

<sup>87</sup> Birleşen firmaların yüksek pazar payının yanı sıra sayılan bu avantajlara da sahip olması veya rakiplerin bu avantajlardan yoksun olması, rakiplerin piyasaya girişini daha da zorlaştıran etkiler yaratmakta ve birleşen firmaların hakim durumunu güçlendirmektedir. Bkz. KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 30.

<sup>88</sup> Pazardaki arz yapısı, özellikle birleşme ile ortaya çıkan güce karşı pazarda dengenin sağlanması ve rekabetin bozulmasının önlenmesi bakımından önemlidir ve dikkate alınmak gereklidir.

<sup>89</sup> Communauté Européenne 2000-2001, s. 518; KARAKEÇİLİ, a.g.e, s. 29-30.

## **B- 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE YOĞUNLAŞMALARIN DENETLENMESİNDE İZLENECEK USUL**

### **1 - Yoğunlaşmaların Komisyon'a Bildirimi**

Yoğunlaşmaların etkin biçimde denetlenebilmesi, 4064/89 sayılı Tüzüğü uygulamakla yetkili olan Komisyon'un bu işlemlerden gerçekleşmesi öncesinde haberdar olmasına bağlıdır. Bu itibarla, yoğunlaşma işlemleri Tüzük uyarınca bildirim tabi tutulmuştur ve kontrol prosedürü taraflarca yapılacak bu bildirim ile başlar; yoksa şikayet üzerine veya re'sen uygulanamaz. Bu çerçevede Komisyon incelemesi, Topluluk boyutuna sahip, 4064/89 sayılı Tüzük kapsamına giren ve bildirim yapılan tüm yoğunlaşmalar bakımından söz konusu olacaktır.

Komisyon'a yapılacak bildirim 447/98 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün ekinde yer alan standart başvuru formu (Form CO) ile ve Komisyon Tüzüğü'nün ekinde verilen bilgilere uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bildirim 1 orijinal ve 23 kopya olmak üzere 24 nüsha halinde yapılır (Komisyon Tüzüğü, m. 2/2). Taraflarca bildirim eklenen belgelerin orijinal veya kopya olması mümkündür; ancak ikinci ihtimalde tarafların bu belge içeriklerinin doğru ve tam olduğunu kabul ettikleri varsayılır (Komisyon Tüzüğü, m. 2/3). Bildirim topluluğun resmi dillerinden birinde yapılabilir. Bildirimin yapıldığı dil aynı zamanda, tüm taraflar bakımından, bundan sonra izlenecek usulde kullanılacak dildir (Komisyon Tüzüğü, m. 2/4).

Tüzüğün "*Yoğunlaşmaların Evvelten Bildirimi*" başlıklı 4'üncü maddesinin 1'inci paragrafı uyarınca; "*Bu Tüzük ile tanımlanan Topluluk çapındaki yoğunlaşmalar; sözleşmenin aktedildiği veya ihale teklifinin ilan edildiği veya kontrolü sağlayan araçların iktisap edildiği tarihten itibaren bir hafta içinde Komisyon'a*" bildirilmek zorundadır. Sayılan işlemlerden birden fazlasını bünyesinde barındıran bir yoğunlaşma işleminin söz konusu olması durumunda, bir haftalık sürenin başlangıcı, ilk işlem tarihidir. İlgili teşebbüslerin yoğunlaşma işlemini Komisyon'a kasten veya ihmal suretiyle bildirmeleri veya bildirimlerinde yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermeleri durumunda, Tüzüğün 14'üncü maddesinin 1'inci paragrafı uyarınca haklarında 1.000 Euro'dan 50.000 Euro'ya kadar para cezası uygulanır.

Maddenin ifadesi farklı anlaşılmaya müsait ise de, bildirim işleminin uygulamaya konulmasından önce yapılması gereklidir. Nitekim Tüzük ile, bir yoğunlaşmanın, bildiriminden önce veya (m. 6/1-b veya m. 8/2-b çerçevesinde bir kararla ya da m. 10/6 çerçevesinde zımnen) ortak pazar ile bağdaşabilir olduğu ilan edilinceye kadar uygulamaya sokulamayacağı (m. 7/1), aksi halde ilgili kişi ve teşebbüsler hakkında toplam cirolarının % 10'ununa kadar ağır para cezalarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır (m. 14/2).

Temel kural bu olmakla birlikte, Tüzüğün 7'inci maddesinin 4'üncü paragrafı ile, Komisyon'a, tarafların talebi üzerine Tüzük m. 7/1'deki düzenlemeden ayrılma yetkisi verilmiştir. Komisyon böyle bir talep üzerine karar verirken, yoğunlaşma işleminin inceleme süresince askıda kalmasının, işlem ile ilgili bir veya daha fazla teşebbüs ya da bir üçüncü kişi bakımından doğurabileceği sonuçlar ile yoğunlaşmanın rekabet üzerinde doğurabileceği olumsuz etkileri dikkate alır. Tüzük düzenlemesinden ayrılma yetkisi, etkin bir rekabet ortamını sağlamak amacıyla ve ancak şartlara ve yükümlülüklerle bağlı olarak tanımlanabilir.

Tüzüğün 4'üncü maddesinin 2'nci paragrafında, bildirim yapmakla yükümlü olanlar belirtilmiştir. Buna göre; Tüzük m. 3/1-a anlamında bir birleşme veya Tüzük m. 3/1-b anlamında ortak kontrolün ele geçirilmesi halinde söz konusu olması durumunda, bildirim, birleşmenin taraflarınca veya ortak kontrolü ele geçirenlerce hep birlikte yapılacaktır<sup>90</sup>. Diğer ihtimallerde ise bildirim, bir veya birden fazla teşebbüsün tamamının veya bir kısmının kontrolünü elde eden kişi veya teşebbüs tarafından yapılacaktır (Tüzük m. 4/2).

Bildirim Komisyon tarafından alındığı tarihte işleme girmiş kabul edilir. Komisyon, bildirim kapsamında verilmesi gereken bilgilerde eksiklik olduğunu tespit ederse, yazılı olarak ve gecikmeksizin tarafları uyarır ve bu eksik bilgilerin tamamlanması için taraflara bir süre tayin eder. Bu ihtimalde bildirim, eksik bilgilerin tamamlanması konusundaki yazının Komisyon tarafından alındığı tarihte işleme alınmış kabul edilir. Bu tarih, Komisyon'un yoğunlaşma işlemini incelemek ve ortak pazar ile bağdaşır olup olmadığını açıklamak bakımından Tüzük ile öngörülen sürelerin başlangıcını teşkil etmesi bakımından önemlidir.

Komisyon kendisine bildirilen yoğunlaşma işleminin Tüzük kapsamına girdiğini tespit ederse, bu işlemin taraflarının isimlerinin, bildirim dayandığı olayların, yoğunlaşmanın niteliğinin ve ilgili ekonomik sektörlerin de belirtildiği bir ilanı Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nde (=ATRG) yayınlar (Tüzük m. 4/3). Bu ilanı yayınlarken Komisyon, teşebbüslerin ticari sırlarının korunmasındaki meşru menfaatlerini dikkate alır.

## 2 - Bildirimin Komisyon Tarafından İncelenmesi

Komisyon, bildirim aldıktan sonra bir ay içinde ilk incelemesini tamamlamak (Tüzük, m. 10/1)<sup>91</sup> ve aldığı kararı ilgili teşebbüslerle üye devletlerin

<sup>90</sup> 447/98 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 1'inci maddesi uyarınca, birlikte yapılan bir bildirim söz konusu olduğu hallerde bu bildirim, tüm taraflar adına belge düzenlemeye ve kabule yetkili kılınmış bir temsilci tarafından yapılmak gereklidir.

<sup>91</sup> Bu süre bildirim Komisyon tarafından alındığı, bildirimde eksik bilgiler varsa bu eksik-

yetkili makamlarına gecikmeksizin bildirmek zorundadır (Tüzük, m. 6/2). Bu ilk inceleme çerçevesinde Komisyon, bildirim yapılan yoğunlaşma işleminin Tüzük kapsamına girip girmediğine, eğer giriyorsa ortak pazar ile bağdaşabilirliği konusunda ciddi şüpheler bulunup bulunmadığına karar vermek zorundadır (Tüzük, m. 6/1).

Buna göre Komisyon, öncelikle kendisine bildirim yapılan yoğunlaşma işleminin Tüzük kapsamına girmediğine karar verebilir (m.6/1-a). Bildirilen yoğunlaşmanın Tüzük kapsamına girmekle birlikte, ortak pazar ile bağdaşabilirliği konusunda ciddi şüpheler bulunmadığı sonucuna varırsa, işleme itiraz etmez ve işlemin ortak pazar ile bağdaşabilir olduğunu ilan eder (m 6/1-b). Buna karşılık Komisyon, yoğunlaşmanın Tüzük kapsamına girdiğine ve ortak pazar ile bağdaşabilirliği konusunda ciddi şüpheler bulunduğu kanaatine varırsa, işlem hakkında soruşturma başlatılmasına karar verir (m. 6/1-c). Böylece Komisyon'un nihai kararını vermek zorunda olduğu azami dört aylık ikinci bir inceleme süreci başlamış olur (m. 10/3)<sup>92</sup>.

Komisyon başlattığı bu soruşturma neticesinde, yoğunlaşmanın, teşebbüslerce önerilen değişikliklerden sonra, Tüzüğün 2'inci maddesinin 2'inci paragrafında belirtildiği şekilde, ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde rekabeti önemli ölçüde engelleyecek nitelikte bir hakim durum yaratmadığına veya mevcut hakim durumu güçlendirmediyse kanaat getirirse, yoğunlaşmanın ortak pazar ile bağdaşabilir olduğu yönünde karar verir (m. 8/2)<sup>93</sup>.

---

liklerin tamamlanarak Komisyon'a ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar. Bir aylık sürenin Tüzük m. 10/1'de öngörülen şartlar dahilinde altı haftaya kadar uzatılması mümkündür. Komisyon'un Tüzük m. 10/1'de öngörülen süre içinde karar vermemesi durumunda, yoğunlaşmanın üye devletlerin yetkili makamlarına gönderilmesi halini düzenleyen 9'uncu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, işlemin ortak pazar ile bağdaşabilir olduğunun kabul edildiği varsayılır (Tüzük m. 10/6).

<sup>92</sup> Komisyon'un Tüzük m. 10/3'de öngörülen bu süre içinde karar vermemesi durumunda, tıpkı Tüzük m. 10/1 ile öngörülen sürenin geçirilmesi ihtimalinde olduğu gibi, yoğunlaşmanın üye devletlerin yetkili makamlarına gönderilmesi halini düzenleyen 9'uncu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, işlemin ortak pazar ile bağdaşabilir olduğunun kabul edildiği varsayılır (Tüzük m. 10/6).

<sup>93</sup> Tüzük m. 8/2 uyarınca, Komisyon'un bir yoğunlaşmanın ortak pazar ile bağdaşabilir olduğuna dair kararı, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan bağlantılı ve onun uygulanabilmesi bakımından zorunlu rekabet kısıtlamalarını da kapsar. Hangi tür rekabet sınırlamalarının bu çerçevede değerlendirilebileceği konusunda Komisyon bir Not (Açıklama) yayınlamıştır: "*Yoğunlaşmalara Yardımcı (Tali) Sınırlamalar Hakkında Not*", ATRG C 203, 14.8.1990 (Merger Control Law in the European Union, s. 141-147). Bu tür bir rekabet kısıtlamasının, yoğunlaşmanın uygulanması bakımından zorunlu kabul edilebilmesi için, kısıtlama getirilmemesi halinde yoğunlaşma uygulanamayacak olmalı ya da çok daha belirsiz koşullar altında, daha yüksek maliyetlerle, çok daha uzun sürede veya çok daha az başarı ihtimali altında uygulanabilecek olmalıdır (Not, paragraf 5). Not'ta en sık rastlanan yardımcı rekabet sınırlamaları üç grupta toplanmıştır: rekabet etmemeye ilişkin hükümler, sınai ve ticari mülkiyet haklarına ilişkin lisans anlaşmaları ile know-how lisansları ve satın alma

İşlemin ortak pazar ile bağdaşabilir olmasını sağlamak amacıyla ilgili teşebbüslerin kendisiyle yürütülen görüşmeler esnasında kabul ettikleri taahhütlerin yerine getirilmesini temin edebilmek bakımından Komisyon, kararına bir takım şart ve yükümlülükler ekleyebilir<sup>94</sup>. Nitekim önüne gelen pek çok olayda Komisyon, ilgili teşebbüsler tarafından belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartıyla, yoğunlaşmaların ortak pazar ile bağdaşabilir olduğunu karara bağlamıştır.

Yoğunlaşmanın, ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde rekabetin engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yarattığına veya bu durumu güçlendirdiğine kanaat getirmesi durumunda ise Komisyon, söz konusu işlemin ortak pazar ile bağdaşamaz olduğu yönünde karar verir (m. 8/3). Eğer yoğunlaşma işlemi bu arada uygulamaya konulmuşsa, Komisyon m. 8/3'e göre aldığı kararda (veya alacağı yeni bir kararla) işletmelerin veya mal varlıklarının ayrılmasına, ortak kontrole son verilmesine ya da ilgili pazarda etkin rekabetin sağlanması bakımından uygun göreceği başkaca bir tedbirin alınmasına karar verebilir (m. 8/4)<sup>95</sup>.

Komisyon Tüzük ile kendisine verilen görevleri yürütürken geniş yetkilerle donatılmıştır. Buna göre, Komisyon, işletmeler, işletme birlikleri ve üye devletlerin yetkili makamlarından gerekli her türlü bilgiyi talep edebilir (m. 11); ilgili teşebbüslerin ticari defter ve kayıtlarını inceleyebilir ve bunların birer kopyasını alabilir, bu teşebbüslerden sözlü açıklama isteyebilir, bu teşebbüslerin binalarına, arazilerine ve taşıma araçlarına girebilir (m. 13)<sup>96</sup>; kasten ya da ihmal suretiyle yanlış, eksik veya gecikmiş bilgi verilmesi, istenen ticari defter ve kayıtların eksik çıkarılması, alınan yerinde inceleme kararına rıza gösterilmemesi halinde ilgili kişi ve teşebbüsler hakkında para cezasına hükmedebilir (m. 14).

---

ve tedarik anlaşmaları. Rekabet hukuku bakımından yan sınırlamaların incelendiği bir çalışma için bkz. Ercüment ERDEM, Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), Yıl: 1, Sayı: 1, İstanbul 2002, s. 310-346.

94 Tüzük m. 8/5 uyarınca Komisyon'a yoğunlaşmanın ortak pazar ile bağdaşabilir olduğu yönünde verdiği kararı geri alma imkanı tanınmıştır. Buna göre, kararın teşebbüslerden birinin vermiş olduğu yanlış veya hileli bilgiye dayanması ya da ilgili teşebbüslerin karara eklenmiş yükümlülüklerini ihlal etmeleri durumunda Komisyon m. 10/3'de öngörülen süre ile bağlı olmaksızın yoğunlaşmanın ortak pazar ile bağdaşmadığını ilan edebilecektir.

95 Tüzüğün 20'nci maddesi uyarınca, Komisyon'un Tüzük m. 8/2-5 çerçevesinde aldığı kararlar ATRG'de yayınlanır.

96 Tüzüğün 11 ilâ 15'inci maddeleriyle Komisyon'a verilen bilgi isteme, yerinde inceleme yapma, üye devlet makamlarınca inceleme yapılmasını isteme ve para cezası verme yetkileri hakkında ayrıntılı bilgi ve bu yetkilerin kullanılması için anılan maddelerle öngörülen usul ve koşullar hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. Communauté Européenne 2000-20001, s. 520-521.

### KAYNAKÇA

- Amsterdam Antlaşması - Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları, yayına hazırlayan: Cenk BOLAYIR, İKV Yayınları No: 162, İstanbul 2000.
- ASLAN, İ. Yılmaz; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992.
- ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun–Rekabet Kurulu Tebliğleri), gen. 2. bası, Bursa 2001 (kısaca: Rekabet Hukuku).
- Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması), çev. Haluk GÜNUĞUR, İKV Yayınları, İstanbul 1985.
- Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998, çev. Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN, RK Yayını No: 16.
- CARTOU, Louis; L'Union Européenne, 3. édition, Paris 2000.
- Communauté Européenne 2000-2001 (juridique-fiscal-social-comptable-financier), Mémento Pratique, éditions Francis Lefèbre 1999.
- ERDEM, Ercüment; Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), Yıl: 1, Sayı: 1, İstanbul 2002, sh. 310-346.
- ERDEM, Ercüment; Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, sh. 193-230.
- ESİN, Arif; Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.
- GÜVEN, Pelin; Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002.
- KARAKEÇİLİ, Feridun; Avrupa Topluluğu'nda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler-Joint Ventures), İKV Yayınları No: 143, İstanbul 1997.
- KARAKEÇİLİ, Feridun /ALAGÖZ, Aylin /ÇALIŞ, Şirin; Avrupa Birliği'nde İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları, İKV Yayınları No: 135, İstanbul 1995.
- KARLUK, Rıdvan; Avrupa Birliği ve Türkiye, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2002.
- MERCIER, Pierre /MACH, Olivier /GILLIERON, Hubert /AFFOLTER, Simon; Grands Principes du Droit de la Concurrence (Droit Communautaire, Droit Suisse), Bruxelles 1999.

- Merger Control Law in the European Union - Situation in March 1998, European Commission Directorate-General for Competition, Brussels-Luxembourg 1998.
- ÖZSUNAY, Ergun; Kartel Hukuku (Çeşitli Ulusal Hukuklarda ve AET’de Karteller, Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar ve “Pazara Egemen Teşebbüsler”e Yönelik Önlemler ve Bir “Türk Kartel Kanunu” İçin Yönlendirici Öneriler), İstanbul 1985.
- PERUZZETTO-POILLOT, Sylvaine; Concentrations, Répertoire Communitaire Dalloz, Septembre 1995.
- POROY, Reha /TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000.
- Rapport Général sur L’Activité de L’Union Européenne 1996, Commission Européenne, Bruxelles-Luxembourg 1997.
- SANLI, Kerem Cem; Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.
- TEKİNALP, Gülören /TEKİNALP, Ünal; (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000.
- TERCINET, Anne; Droit Européen de la Concurrence, Paris 2000.
- VOGEL, Louis; Droit de la Concurrence-La Pratique en 500 Décisions, Paris 1997.
- WHISH, Richard; Competition Law, 4th edition, London 2000.



# YENİ MEDENİ KANUNDA ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Ar. Gör. Mert Yaşar\*

## GİRİŞ

Maddi haklar üzerinde en güçlü ve bir dereceye kadar sınırsız yetki veren mülkiyet hakkı; sahibine hakkın konusu olan şeyden kullanma (usus), ürünlerinden yararlanma (fructus) ve malı tüketme, eski deyimle sarf ve istihlak edebilme (abusus) yetkilerini sağlar<sup>1</sup>. Mülkiyet hakkının tanıdığı bu yetkiler bir takım sosyal amaçlarla ve toplum yararına olmak üzere (AY. m.35) kanunkoyucu tarafından çeşitli sınırlamalara konu olabilir.

Kaynağını AY. m.35 ve MK. m.731'de bulan bu müdahalelerden en önemlisi tasarruf yetkisinin sınırlaması veya bu alanda hak sahibine bazı ödevler yüklemesidir. "Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları" kenar başlığını taşıyan MK. m.731'e göre; "Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur. Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır. Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez."

Kanundan ve sözleşmeden doğan önalım hakları da, MK. m.731'de belirtilen birer mülkiyet hakkı sınırlamalarıdır. Ancak bu sınırlama tiplerinden her biri kendi bünyesi içinde farklı özellikler gösterirler ve bunun sonucunda farklı sınırlama tiplerine ait olurlar. Buna göre, hukuki işlemde doğan önalım hakkı, taraf iradelerinden, belirli kişiler yararına yapılan bir tasarruf sınırlamasıdır; bunun yanında paylı mülkiyet ilişkisi sebebiyle kanundan doğan önalım hakkının kaynağı ise kanundur<sup>2</sup>.

MK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte önalım hakkına ilişkin düzenlemelerde de önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Aşağıda doktrin ve uygulamada dikkat çekilen noktalar esas alınarak yapılan bu değişikliklere, Eski Medeni Kanun (EMK) ile karşılaştırmalı olarak değinilecektir.

Önce yasal önalım hakkına değindikten sonra, sözleşmeden doğan önalım hakkını inceleyeceğiz.

---

\* *Galatasaray Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.*

1 Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ: Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002.

2 Şükran ŞİPKA: Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı (MK. m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), İstanbul 1994, s.14.

## I. YASAL ÖNALIM HAKKI

EMK'nun yasal önalım hakkını eksik düzenlemesi ve uygulamada karşılaşılan sorunların söz konusu hükümlerle (EMK m.659) karşılanamaması sebebiyle yasal önalım hakkının kullanılmasından doğan sorunlarla ilgili olarak çok sayıda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının verilmesi ile bu eksikliğin giderilmeye çalışılması kanunkoyucuyu bu konuda detaylı düzenlemeler getirmeye sevk etmiştir<sup>3</sup>.

Kanunun konuya ilişkin düzenlemesinin sistematığı de, bu konunun önemi-ne bağlı olarak, değişmiştir. EMK'da öncelikle sözleşmeden doğan önalım hakkı düzenlenmiş (EMK m.658), bunu takip eden maddede ise yasal önalım hakkına yer verilmiştir (EMK m.659). Yeni MK'da ise öncelikle yasal önalım hakkı, EMK'dan farklı olarak tek madde halinde değil, üç madde olarak düzenlenmiştir (MK m.732-734). Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise MK m.735'de öngörülmüştür. Sadece şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenleyen MK m.735, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağını ifade etmiştir.

### 1 - Yasal Önalım Hakkının Niteliği:

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlardan birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir hak<sup>4</sup>.

Yasal önalım hakkı, kanundan doğan kısıtlamalar kapsamında düzenlenmiştir. Bu hak kanundan doğmaktadır. Ayrıca bu hak mülkiyet hakkının dolayısıyla kısıtlanmasını teşkil etmektedir<sup>5</sup>. Zira paydaş payını devretmediği sürece bir hukuki kısıtlamadan söz edilemez. Ortada doğrudan doğruya bir kısıtlama söz konusu değildir. Önalım hakkı, bir paydaşın payını satmasına veya başka şekilde devretmesine engel olmaz. Sadece, paydaş olmayan bir

<sup>3</sup> 1984 tarihli Medeni Kanun Öntasarısında "uygulamadaki ihtiyaçlar, ülke şartları, doktrin ve Yargıtay içtihatları ve özellikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının gözönünde tutularak" bu hakkın daha geniş düzenlendiği görülmektedir (Bkz. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ: Eşya Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997). 4721 sayılı Medeni Kanunun yasal önalım hakkını düzenleyen hükümlerin gerekçeleri incelendiğinde bu konuya ilişkin düzenlemelerin yetersiz olduğu genel olarak ifade edilmemiştir; uygulamada karşılaşılan sorunların gözönüne alındığı ifadesi sadece yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin 734. maddede yer almıştır. Yasal önalım hakkında yapılan değişikliklerin çok önemli olması sebebiyle, bu değişikliklerin uygulama gözönüne alınarak yapıldığının genel olarak belirtilmesi uygun olurdu.

<sup>4</sup> Oğuzman/Seliçi, 9. bası, s.411.

<sup>5</sup> Oğuzman/Seliçi, 9. bası, s.412; Selahaddin Sulhi TEKİNAY.: Taşınmaz Mülkiyetinin Takviti II/1, İstanbul 1998, s.37; Şıpka, s.16.

üçüncü kişiye yapılan satış üzerine diğer paydaşlar için önalım hakkı kullanma imkanı doğar. Bu hak kullanılmadığı sürece veya kullanma ile ilgili yasal süreler geçtikten sonra, devreden (satıcı) veya devralan (alıcı) bakımından ifaya ve devre ilişkin herhangi bir hukuki engel söz konusu değildir<sup>6</sup>.

Yasal önalım hakkı, satılan bir payın halen maliki olan kişi kim ise, ona karşı kullanabilen eşyaya bağlı bir haktır<sup>7</sup>. Bu özellik onun yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle, mülkiyette paydaşlık ilişkisine bağlı tali bir hak olmasından, diğer bir deyişle, bir hukuki ilişkiden bağımsız olamamasından<sup>8</sup> kaynaklanmaktadır<sup>9</sup>. Özellikle belirtmek gerekir ki, paylı mülkiyetten doğan önalım hakkının “eşyaya bağlılık” özelliği, hakkın esas niteliği ile ilgili olmayıp sadece taşınmazın paydaşına kanun tarafından tanınmış olmasından doğan bir özel niteliğidir<sup>10</sup>. Önalım hakkı paya bağlı bir haktır<sup>11</sup>. Kim paydaş olursa o, bu hakka sahiptir<sup>12</sup>.

## 2 - Yasal Önalım Hakkının Kullanılması:

Yasal önalım hakkı, sadece payın üçüncü bir kişiye satışı halinde diğer paydaşlar tarafından kullanılır (MK m. 732). Bir pay satıldığı zaman (satış tarihinde) önalım hakkını ancak diğer paya veya paylara malik durumda bulunan kişi(ler) ,yani halihazır paydaşlar kullanabilir. Bir paydaş, kendi payını satmış veya satışını vaademiş olmakla beraber henüz mülkiyeti devretmiş değilse, payın maliki olmaya devam ettiğinden, diğer bir paydaşın kendi payını bir başkasına satması üzerine, bu satış bakımından önalım hakkını kullanabilir<sup>13</sup>.

Yasal önalım hakkının kullanılması incelenirken, bu hakkın ancak payın *satışı* söz konusu olduğunda ve ancak ilgili payın paydaşlar dışında bir *üçüncü şahsa* satılması halinde kullanılabilceği gözönünde bulundurulmalıdır.

Önalım hakkı ancak payın satılması halinde kullanılabilir. Satım sözleşmesinin yapılması arandığına göre, trampa, bağışlama, satış vaadi, ölünceye kadar bakma, payı şirkete aynı sermaye olarak koyma gibi durumlarda önalım hakkı kullanılamaz<sup>14</sup>. taşınmaz satış vaadinde önalım hakkının kullanı-

6 Şıpka, s.16.

7 TEKINAY, s.39.

8 HATEMİ (SEROZAN/ARPACI), s.425.

9 Şıpka, s.38.

10 Şıpka, s.39.

11 Bilge ÖZTAN: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 9. Bası, Ankara 2002, s.740

12 Oğuzman/Seliçi, s.412.

13 TEKINAY, s.47.

14 Hatemi (Serozan/Arpacı), s.611; Tekinay, s.42.

lıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Cebri artırımla satışlarda da önalım hakkı kullanılmaz (MK m.733)<sup>15</sup>. Ayrıca önalım hakkının kullanılması için, yapılan pay devrinin, yalnız şekil bakımından değil, tarafların ona verdikleri anlam ve güttükleri amaç bakımından da gerçek anlamda bir satış olması gerekir<sup>16</sup>.

Bir paydaşa yapılan satışlarda diğer paydaşlar önalım hakkına sahip değildir. Zira yasal önalım müessesesinin varlık sebebi ve fonksiyonu, paylı mülkiyet ilişkisinin bir elde toplanarak, ferdi mülkiyete dönüşmesini sağlamak ve paydaşların arasına istenmeyen kimselerin girmesine engel olmaktır<sup>17</sup>.

MK'nun yürürlüğe girmesinden önce, önalım hakkın, tek taraflı, muhataba ulaşması gereken bir beyanla kullanılacağı kabul ediliyordu<sup>18</sup>. Yeni sistemde ise, uygulamada satışın hemen arkasından tescil de yapıldığı için, MK m.734/I önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağını belirtmektedir. Madde gerekçesinde önalım hakkının dava yoluyla kullanılacağına öngörülmesinin sebebi olarak "(dava dışı) beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi için daima dava açılması gerekliliği" gösterilmiştir. Belirtilmesi gerekir ki, MK'un yürürlüğe girmesinden önce "uygulamada önalım hakkının kullanılması, noter aracılığıyla olmaktaydı. Böylece, önalım hakkının noter aracılığıyla kullanılması durumunda da süresi içinde kullanılmış olup olmadığı belli olacağı meydandaydı. (MK ile getirilen) bu kural, modern Medeni Yargılama Hukukundaki boşanma hakkı gibi ancak yargıcın yargısıyla sonuç doğurabilecek olan yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması gerektiği yolundaki temel ilkeye de açıkça aykırıdır. Önalıcı, kurucu yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkını kullanmakla yargıcın yargısına gerek kalmadan satım ilişkisini doğurabildiğine göre, önalım hakkının kullanılması için de dava açmanın gerekli görülemeyeceği meydandadır"<sup>19</sup>.

15 Medeni Kanununun 1984 Öntasarısı md. 653/III "cebri artırma ile satışlarda önalım hakkı kullanılmaz." hükmünü getirmekteydi. Sungurbey'e göre "cebri icra artırması ve ihalesi(nin)... bir kamu hukuku işlemi olduğunda oybirliği vardır. Bundan dolayı, Öntasarıda bu işlemden "satış" diye söz edilmesi, son derece yanlış ve yanıltıcıdır." (bkz. İsmet Sungurbey: "Medeni Yasa Öntasarısında yöntem ve içerik bakımından temel yanlışlar", Medeni Hukuk Sorunları, Altıncı cild, İstanbul 1994, s.87).

16 Müşterek mülkiyet halindeki taşınmazın paydaşı payını karı veya kocaya, evlada veyahut akrabaya temlik ederse şeklen satış şeklinde gösterilen bu akdin gerçekte satış olmayıp miras hukukuna bağlı veya hibe gibi bir maksada yönelik bir işlem olduğu ispat edilirse şufanın cereyan etmeyeceği 27.3.1957 gün, 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça belirtilmiştir (bkz: Soysal Özenli: Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, sf.186).

17 Şıpka, s.18; Oğuzman/Seliçi, s.413; Tekinay, age, sf.39; Şeref Ertuş Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2002, sf.361, par.1791; Paul-Henri Steinauer, Les Droits Réels, Tome Premier, Stämpfli Editions, Berne 1997, sf.335.

18 Gürsoy/Eren/Cansel: Türk Eşya Hukuku, 2. bası, Ankara 1984, s.617; Tekinay, s.47.

19 Sungurbey, s.90.

Önalım hakkının kullanılmasının dava yoluyla kullanımı zorunluluğu, bu hakkın, süresi içinde basit bir bildirim yoluyla kullanılması ancak davanın sürenin geçmesinden sonra açılması halinde sorun yaratacaktır. MK.'nun emredici hükmü karşısında, basit bir bildirim ile bu hakkın kullanılmaması sebebiyle, yukarıdaki ihtimalde hak sahibi hakkını kaybedecektir. Her ne kadar uygulamada bu hak genellikle dava yoluyla kullanılsa da, bu hakkın bildirim yoluyla da kullanılabileceği kabul edilmeliydi.

Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması gereğinin hukuki anlamı; hak sahibinin irade beyanına bağlanan hukuki sonucun, mahkemenin vereceği kararlar doğrultusudur. Önalım hakkı sahibi hakkını dava yoluyla kullanmakla, önalım hakkı konusu taşınmazın mülkiyetinin bedeli karşılığında kendisine hükmen geçirilmesini ister<sup>20</sup>.

Önalım hakkı sahibi, payın mülkiyetinin kendisine geçirilmesine (adına tescile) karar verilmeden önce satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hakim tarafından belirtilen süre içinde, belirtilen yere nakden yatırmakla yükümlüdür(MK m.734/II)<sup>21</sup>. Madde Gereğesi'nde de belirtildiği üzere, nakit dışında (örneğin banka teminat mektubu olarak) yapılacak ödemeler kabul edilmeyecektir.

Yasal önalımda kanun gereği eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğmaktadır. Satıştan sonra pay, alıcı adına tescil edilmemişse önalım davası satıcıya yöneltilmelidir<sup>22</sup>. Önalım hakkına sahip birden çok paydaş varsa, bunlardan herbiri önalım hakkını kullanabilir. Bu durumda, Yargıtay'ın 11.6.1947 gün ve 5/18 sayılı kararı uyarınca<sup>23</sup>, paydaşlar önalım haklarını eşit olarak kullanacaklardır. Ancak bu karar eleştirilmektedir. Doktrinde, paydaşların önalım haklarını paydaş sayısına göre (eşit olarak) değil, payları oranında kullanabilecekleri kabul edilmektedir<sup>24</sup>. İMK. m.682'ye göre bu durumda paylaşım paydaşların payları oranında gerçekleşecektir.

<sup>20</sup> Oğuzman/Seliçi, s.401. EMK'nun yürürlüğü esnasında, önalım hakkının dava yoluyla kullanılması halinde bu dava konusunun, önalım hakkının tespiti değil, önalım konusu payın mülkiyetinin davacıya geçirilmesine ilişkin (EMK m.642) bir alacak -ifa- davası olduğu ileri sürülmekteydi. Bu yönde bkz: ŞİPKA, s.204.

<sup>21</sup> Şuhalı payın üçüncü bir kişiye satılması durumunda paydaşlardan biri; ancak tapudaki satış bedeli, harç ve masrafi ödemek suretiyle bu payın adına tescilini isteyebilir. Davacı tapuda gösterilen bedelin gerçek olmadığını her türlü delille ispat edebilir. Keşif, tek başına yeterli delil sayılmaz. Ygt. 6. HD., 09/02/1999, 806/854 (Yasa Dergisi, c.XX, sayı:238/09, Eylül/2001, s.1105).

<sup>22</sup> Oğuzman/Seliçi, s.413; Tekinay, s.28.

<sup>23</sup> "Yasada önalım hakkının, ne paydaşlar arasında eşit ne de payları oranında ortak olacağına ilişkin bir açıklık yoktur. Yalnız metnlerden, paydaşlar çok olduğunda, bu hakkın aralarında ortak olduğu anlaşılmaktadır. Yasanın açıklama tekniği, yasa koyucunun yasal önalım hakkında pay miktar ve oranını istemediğini göstermektedir. Bu haktan paydaşlar, sayılarına göre eşit olarak yararlanırlar."

<sup>24</sup> Sungurbey, s.86; TEKİNAY, s.48; Şipka s.126.

### 3 - Satışın Bildirimi

Yasal önalım hakkı, paydaşlardan birinin payını bir üçüncü şahsa devretmek için satım sözleşmesi yaptığının öğrenilmesiyle kullanılabilir hale gelir.

Önalım olayının (satışın) ne zaman öğrenilmiş olduğu ve böylece hak düşürücü sürenin ne zaman başladığını ispat sorunu önalım davalarında tartışmalara yol açan bir olgudur. Önalım hakkının dava yolu ile kullanılması gerekliliği karşısında, davalı davanın süresinde açılmadığını ispat etmek zordur. Davalının muhtemel ispat sorunları karşısında korunması için, öğrenme anının hukuki açıdan belirlenebilir olması, önalım hakkı sahibi paydaşı bu satım ilişkisinden haberdar etmekle mümkün olacaktır. EMK 'da bu amacı sağlamak üzere sadece satıcıya durumu bildirme zorunluluğu getirilmiş iken (EMK 658/II, c.2)<sup>25</sup>, MK 733/III alıcı ve satıcıya bir "ihbar (haber verme) yükümlülüğü" getirmiştir.

İsviçre Hukukunda, İMK m.681a/T'e göre, sadece satıcı bir önalım halinin varlığını önalım hakkı sahibine bildirmekle yükümlüdür. Satıcı önalım hakkı sahibini sözleşmenin varlığı ve içeriği hakkında önalım hakkı sahibini bilgilendirmelidir.

İlgili hükme göre yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilecektir<sup>26</sup>. Sürenin başlangıcının bildirimden itibaren başlatılması bizce uygun olmamıştır. Zira, sürenin bildirimden itibaren başlatılması, önalım hakkı sahibinin satışı bildirim olmadan öğrenmesi halinde, bildirim yapılmadığını öne sürerek önalım davası açmaya teşebbüs etmesine imkan tanıyabilecektir<sup>27</sup>

İhbar yükümlülüğü ile ilgili olarak doktrinde tapu memurunun da ihbar yükümlülüğü altında bulunduğu ileri sürülmektedir<sup>28</sup>. MK m.1019'a göre "Ta-

<sup>25</sup> "Meşfu satıldıkta satıcı keyfiyeti şefie haber vermeğe mecburdur".

<sup>26</sup> MK 733'ün gerekçesinde "... uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, "önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabilceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar" bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlandığı" ifade edilmiştir.

<sup>27</sup> Davalı satın almadan hemen sonra ev yapmaya başlamış olmasına göre, yakın komşu olan ve inşaatın yapıldığını gören davacının bu yerin davalıya satıldığını bilmediğini kabul etmek olağan hayat akışına aykırı olur. YHGK, 6/10/1999, 6-694/772 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, yıl:40, sayı: 478, s.15200-15201). Sungurbey, böyle bir durumda önalım hakkı sahibinin apyın satıldığını kesinlikle öğrenmiş olmasına karşın yıllarca sustuktan sonra, kendisine bildirim yapılmadığından söz ederek önalım davası açmasına kalkışmasının, MK m.2/II'deki hakkın kötüye kullanılmasının özel bir durumu olan çelişkili davranış yasağından kaynaklanan "hak düşümü" ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir (bkz. Sungurbey, s.89)

<sup>28</sup> Şıpka, s.138 vd. İsviçre Hukukunda tapu memuru da İMK m.969/T'de öngörülen hallerde, mülkiyetin bir üçüncü şahıs tarafından elde edildiğini önalım hakkına bildirme yükümlülüğündedir.

pu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür (MK m.1019/I). İlgililerin bu işlemlere karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden işlemeye başlar(MK m.1019/II).” Doktrinde, uygulamada tapu memurunun, önalım hakkının kullanılmasının söz konusu olduğu tapuda yapılan bir satışı bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve bu nedenle de memurun ya da hazinenin sorumlu tutulmadığı belirtilmiştir. *Şıpka*'ya göre yasal önalım hakkı sözkonusu olduğunda bu yükümlülüğün işlerliğinin sağlanması gerekmektedir<sup>29</sup>. Ancak kanunumuzda açıkça “alıcı veya satıcı” ifadesi geçtiğinden ötürü, kanunkoyucunun bu hususu kabul etmediği anlaşılmaktadır.

#### 4 - Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Süreler

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer (MK m.733/IV)”. Burada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Gerekçe’de, önalım hakkının kullanılmasında üst sürenin 10 yıl olduğu belirtilmektedir. EMK zamanında önalım hakkının kullanılması için uyulması gerekli süre belirtilmemişti. Doktrinde de, yasal önalım hakkının hangi süreler içinde kullanılabilmesi tartışılmaktaydı. Bir görüşe göre sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenleyen Emk m.658’de belirtilen süreler, yasal önalım hakkının kullanılmasında da uygulanabilecekti<sup>30</sup>; diğer bir görüşe göre, yasal önalım hakkı, hukukî niteliği ve amacı itibarıyla, paylı mülkiyet ilişkisi devam ettikçe devam edeceğinden ve bu hakkın şerhi söz konusu olmadığından, sözleşmeden doğan önalım hakkının şerh süresi olan 10 yıllık sürenin yasal önalım hakkına uygulanması söz konusu değildi<sup>31</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, EMK’da sözleşmeden doğan önalım hakkı öncelikle düzenlenmiş ve doktrinde sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin hükümlerin yasal önalım hakkına kıyasen uygulanacağı kabul edilmişti. Oysa MK’da önceliğin yasal önalım hakkına verilmesi ve yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerine sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını öngörülmesi (MK m.735/son) ile EMK zamanında yasal önalım hakkının kullanılmasındaki süreye ilişkin “kıyas” tartışmasına son verilmiştir. Artık yasal önalım hakkının kullanımı asgari (üç ay) ve azami sürelerle (iki yıl) bağlanmıştır (MK m.733/son).

<sup>29</sup> Şıpka, s.139.

<sup>30</sup> Yargıtay’ın 26.12.1951 tarih ve 2/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında “... (eski) Medeni Kanunun 658.maddesinin son fıkrasındaki bir aylık müddeti gibi, on yıllık müddetin de kanuni şufaya tatbiki gerektiğine ve on yıllık müddetin kanuni şufaya tatbikinde meşfuun satışı tarihi olmak iktiza ettiği...” belirtilmiştir.

<sup>31</sup> Oğuzman/Seliçi, 1997, s.427; Şıpka, s.156 vd., Tekinay, s.60; Gürsoy/Eren/Cansel, s.619.

Üç aylık hakdüşürücü süre, pay satışının hak sahibine bildirildiği tarihten başlar.

İki yıllık süre ise yapılan pay satışı tarihini izleyen günden başlar (MK m.733/son).

Bildirim yükümlülüğünün zamanında yapılmamasından ya da eksik yerine getirilmesinden dolayı önalım hakkı sahibinin uğramış olduğu zararı satıcı paydaştan (veya) alıcıdan talep etme hakkı doğar<sup>32</sup>.

Bir pay satışında yasal önalım hakkını satışın bildirilmesinden itibaren üç ay içinde kullanmayan paydaş, sadece o satış dolayısıyla önalım hakkını kullanma imkanını kaybeder. Yoksa önalım hakkı sona ermez. Bir kimse pay sahibi kaldıkça payına bağlı önalım hakkı da mevcut kalır ve paydaş ileride yapılacak başka satışlarda önalım hakkını kullanabilir<sup>33</sup>.

### **5 - Yasal Önalım Hakkından veya Hakkı Kullanmaktan Feragat (MK m.733/II):**

Yasal önalım hakkından feragat iki anlama gelmektedir: 1) Hakkın kendisinden vazgeçme (mutlak feragat). 2) Hakkın kullanılmasından vazgeçme (nisbi feragat).

Mutlak feragat, taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisi içinde, artık hangi pay satılırsa satılsın, önalım hakkının doğması imkanından paydaşların feragat etmeleri demektir<sup>34</sup>. Mutlak feragat, hakkın özünden, kendisinden vazgeçme olduğundan, hakkın doğumundan önce ve herkese karşı hüküm doğurur. Bu nedenle söz konusu feragat işleminin satıştan önce gerçekleşmesi gerekir<sup>35</sup>.

Nisbi feragat ise; önalım hakkının belirli bir satış için kullanılmasından vazgeçmek, ancak daha sonraki pay satışları için önalım hakkını kullanma imkanını ortadan kaldırmayıp muhafaza etmek anlamındadır<sup>36</sup>. Nisbi feragat, belli bir satışta önalım hakkından vazgeçme olduğundan (MK m.733/II), sa-

<sup>32</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.641; Şıpka, s. 138. Şıpka'nın "bu halde alıcı üçüncü kişinin de uğramış olduğu zararlarının tazmini için satıcı paydaşa aralarındaki özel borç ilişkisi gereği başvurabileceği" görüşü, yeni düzenlemede bildirim yükümlülüğünün alıcı ve satıcıya verilmiş olması karşısında artık değerini yitirmiştir. Alıcı da ihbar yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır.

<sup>33</sup> Oğuzman/Seliçi, s. 416.

<sup>34</sup> Hatemi (Serozan/Arpacı), s.613.

<sup>35</sup> Şıpka, s.111.

<sup>36</sup> Hatemi (Serozan/Arpacı), s.613; Tekinay, s.63.



dece o önalım olayındaki üçüncü kişiye karşı hüküm doğurur<sup>37</sup>. Mutlak feragatten farklı olarak, nisbi feragat satıştan önce veya satıştan sonra yapılabilir (MK m.733/II).

Feragatin şekli, MK'da hem mutlak hem de nisbi feragat için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Önalım hakkından (mutlak) feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir (MK m.733/II). Resmi şekli kural olarak noter verir<sup>38</sup>. Yasal önalım hakkı, MK m.731 anlamında “taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları”ndan birini teşkil ettiğinden, MK m.731/II'nin açıkça bildirdiği gibi, yasal önalım hakkının ortadan kaldırılması, buna ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır.

Nisbi feragat konusunda, MK m.733/II, önceki uygulamadan farklı bir sistem getirmiştir. MK'nun yürürlüğe girmesinden önce, önalım hakkının kullanılmasından feragat etmenin sağlık şekline bağlı olmadığı ve böyle feragatlarda sadece HUMK m.288'de yazılı ispat şeklinin söz konusu olacağı kabul edilmekteydi<sup>39</sup>. MK m.733/II'ye göre ise “belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir.” Mutlak feragatten farklı olarak nisbi feragat adi yazılı şekilde yapılabilir. Ancak bu şekil şartı; ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır.

## II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI

Önalım hakkı, yukarıda açıklandığı üzere, kanundan doğabileceği gibi, sözleşmeden de doğabilir.

Malikin bir kimseye önalım hakkı tanımak üzere yaptığı sözleşmeye önalım sözleşmesi denir. Bu sözleşme adi yazılı şekle tabidir (BK m.213/III). Bunun sebebi önalım sözleşmesinin çoğunlukla kira sözleşmelerine konulan bir kayıt şeklinde görülmesidir<sup>40</sup>.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, bu hakkın şerh verilmiş olup olmadığına göre ayrıma tutulmaktadır. MK 735 “sözleşmeden doğan önalım hakkı” başlığı altında sadece tapu kütüğüne şerh verilen önalım hakkını düzenlemektedir (MK 735/I).

<sup>37</sup> Şıpka, s.111.

<sup>38</sup> Oğuzman/Seliçi, s.417.

<sup>39</sup> Ygt. 16.5.1951 tarihli ve 6-19/3 sayılı İBK; Oğuzman/Seliçi, 7. Bası, s.429; Hatemi (Serozan/Arpacı), s.613; TEKİNAY, s.63; Şıpka, s.163 vd.

<sup>40</sup> Oğuzman/Seliçi, 9. bası, s.400. Ancak Tekinay önalım sözleşmesinin adi yazılı şekle tabi olmasını, İsviçre'deki uygulamalara ilişkin bir özellik olduğunu belirtmekte ve bu istisnanın Türk Hukuk sistemine zıt olduğunu belirtmektedir (bkz. TEKİNAY, s.20).

Aşağıda, MK'da düzenlenen, şerh verilmiş önalım hakkı ele alınacak ve “yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanmasından” ötürü (MK m.735/son), sadece sözleşmeden doğan önalım hakkının yasal önalım hakkından ve EMK'daki bu konuya ilişkin düzenlemelerden farklı özelliklerine değinilecektir.

### 1 - Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Kullanılması

Yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkı dava açılarak kullanılacaktır (MK m.734).

Önalım hakkını tanıyan önalım sözleşmesi, tarafların önalım hakkı tanınmasına dair irade beyanlarını içermeli ve bu hakkın hangi mala ilişkin olduğunu göstermelidir<sup>41</sup>. Önalım hakkı kullanılarak dava açılması üzerine, davacı ile davalı arasında kurulan satım ilişkisinin hükümleri, önalım sözleşmesinde bir kayıt olup olmamasına göre değişir. MK m.735/I'e göre, kütükte koşullar belirtilmemişse (başka türlü bir anlaşma yoksa) taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınacaktır. İşte taraflarca önalım hakkının kullanılma şartları ayrıca tayin edilmemiş ve sonuç olarak üçüncü kişiye yapılan satıştaki şartların uygulanmasına rıza gösterilmişse *basit önalım* (adi şufa)dan bahsedilir<sup>42</sup>. Şayet taraflar önalım sözleşmesine önalım hakkının kullanılmasına ilişkin kayıtlar koymuş ve özellikle belli bir bedel tayin etmişlerse, önalım hakkı kullanılınca, muhatap ile önalım hakkı sahibi arasında bu kayıtlara uygun bir satış ilişkisi kurulduğu kabul edilir (MK 735/I). Bu tarzdaki önalım hakkına *nitelikli önalım* (mevsuf şufa) hakkı denmektedir<sup>43</sup>.

Önalım hakkı tapu siciline şerh verilmemişse, hak sadece önalım sözleşmesinin tarafı olan malike ve külli haleflerine karşı kullanılabilir. Cüz'i halef durumundaki sonraki maliklere karşı kullanılamaz<sup>44</sup>. Bu hak yine eski malike karşı dava yoluyla ileri sürülmelidir. Fakat bu takdirde eski malik, yeni malikle anlaşıp taşınmazın önalım hakkı sahibine devrini sağlayamazsa, önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen sözleşme ilişkisini ihlal etmiş olur ve önalım hakkı sahibine, kusurlu imkansızlık sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalır<sup>45</sup>.

41 TEKİNAY, s.21.

42 TEKİNAY, s.21; Oğuzman/Seliçi, s.402.

43 Oğuzman/Seliçi, s.402; TEKİNAY, s.21.

44 Oğuzman/Seliçi, s.403.

45 TEKİNAY, s.29.

Önalım hakkı tapu kütüğüne şerh verilmişse, hak kullanılırken kim malikse dava ona karşı açılır (MK m.735/I). Buna göre, şerh edilmiş önalım hakkı yönünden muhatap, satılan taşınmaz mülkiyetinin tapuya alıcı adına tescil edilmiş olup olmamasına göre değişecektir. Eğer taşınmaz satıştan sonra tapu siciline tescil edilmişse, önalım hakkı yeni malike (alıcıya) karşı kullanılacak; tapu siciline henüz tescil yapılmamışsa, önalım hakkı satıcıya karşı kullanılacaktır.

Görüldüğü üzere, paylı mülkiyette kanundan doğan eşyaya bağlı borç ilişkisi; sözleşmeden doğan önalım hakkında sadece bu sözleşmenin şerh verilmesi halinde ortaya çıkmaktadır.

Önalım hakkı kullanılıp satış ilişkisi kurulduktan sonra taşınmazın maliki değişirse, bu takdirde *şerhin* MK m.1009/II'de belirtilen *munzam etkisi*<sup>46</sup>, önalım hakkı sahibinin taşınmazın mülkiyetini yeni malikten devralması imkanını sağlar<sup>47</sup>.

## 2 - Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Kullanılmasında Süre

Önalım sözleşmesinin tarafları, önalım hakkının ne zamana kadar devam edeceğini önalım sözleşmesinde belirleyebilirler. Eğer önalım hakkı şerh verilmişse, bu hak, şerhte belirtilen sürede kullanılabilir (MK m.735/I). Şerh verilen hakkın etkisi, hakkın şerh verildiği tarihten itibaren on yıl ile sınırlandırılmıştır (MK m.735/II).

EMK'un yürürlüğü esnasında, EMK m.659/III'de yer alan "Şefiin astıma itilayı gününden itibaren bir ay ve herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren on sene geçmekle şufa hakkı sona erer" hükmündeki on yıllık sürenin geçmesinin, önalım hakkını da sona erdirip erdirmediği tartışılmaktaydı<sup>48</sup>. MK m.735/II ile bu tartışmaya da son verilmiştir. MK m.733/II'de sadece şerhin etkisinin sona ereceği belirtilmiş ve böylece önalım hakkı sözleşmesinin sona ermeyeceği açıklığa kavuşmuştur. Önalım sözleşmesinin tarafları önalım hakkının geçerliliğini diledikleri süre için kararlaştırabileceklerdir. Şerhin 10 yıllık süresi geçtikten sonra, bu hak sadece şahsi bir hak olacak ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezdir.

<sup>46</sup> MK 1009/II'ye göre "(Önalım hakkı) şerhilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir."

<sup>47</sup> Oğuzman/Seliçi, s.404; Hatemi (Serozan/Arpacı), s.426.

<sup>48</sup> Şufa hakkının sona ereceği yönünde bkz. Tekinay, s.34; 10 yıllık sürenin sadece şerhin etkisine yönelik olduğu, önalım hakkının sona ermeyeceği yönünde bkz. Oğuzman/ Seliçi, 7. bası, s.415, dn.771.

Önalım hakkı, yukarıdaki süreler içinde satışın satıcı veya alıcı tarafından önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildirildiği tarihten üç ay ve herhalde satıştan itibaren iki yıl içinde dava yolu ile kullanılmalıdır (MK m.735/son yollaması ile MK m.733/son).

Şerh verilmiş önalım hakkı bakımından, üç aylık süre geçince önalım hakkının sadece ilgili satış için kullanılamayacağı, ancak sonraki satışlardan herhangi biri için, yine üç aylık süre içinde kullanılmasına bir engel olmadığı kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Aksi halde, mesela on yıllık şerh süresi belirlemenin ve bu süre içinde önalım hakkının “her malike karşı kullanılabilceğine” dair kanun hükmünün (MK m.735/II) anlamı kalmazdı<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.642.

<sup>50</sup> TEKINAY, s.35.

# **KARAR TAHLİLLERİ**



**THE JUDGEMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF  
CIVIL CHAMBERS OF SUPREME COURT**

**E.: 2000/13-749 u K: 2000/758 u K.T.: 12.04.2000**

*Tuba Karaman\**  
*Mehtap İpek\*\**

**I. SUBJECT:**

Below is the translation of the judgment rendered by the General Assembly of the Civil Chambers of the Supreme Court dated 12.04.2000 and numbered E: 2000/ 13- 749, K: 2000/ 758.

Local court decision which was reversed is the Court of Peace of Istanbul 8<sup>th</sup> (Sulh Hukuk Mahkemesi) dated 18.11.1999 and numbered 1999/505-517.

**II. RELATED JUDICIAL MATTERS:**

Claim – penalty clause – intervention of the judge to the penalty clause – equity – justice. (Code of Obligations Article 161).

**III. SUMMARY:**

Parties may determine freely the amount of the penalty However, in cases where the amount of the penalty is excessive, a party could request the judge to intervene.

**IV. JUDGEMENT OF 13<sup>th</sup> CIVIL CHAMBER OF SUPREME COURT:**

As a result of the litigation based on the “recovery” action between the parties, the attorney at law of the plaintiff appealed the judgement rendered by the Court of Peace of Istanbul 8<sup>th</sup> (Sulh Hukuk Mahkemesi) (“local court”) with regards to the partial acceptance and partial refusal of the action. Through the writ of the 13<sup>th</sup> Civil Chamber of the Supreme Court dated 1.7.1999 and numbered 1999/5290-5374, the judgement of the local court was reversed and remanded based on the following motives:

“Attorney at law of the plaintiff asserted that his client signed an agreement with the defendant on 4.5.1996 and that the defendant breached the terms

---

\* Assistant at the Institute of Civil Law, University of Galatasaray, Faculty of Law.

\*\* Assistant at the Institute of Civil Law, University of Galatasaray, Faculty of Law.

of the contract by using the decoder in his café although he bought it to use in his residence. Accordingly, he requested that the penalty amounting to 217,000,000 Turkish Liras, which is 10 times of the individual subscription fee, should be collected together with its default interest at the rediscount rate as of the determination date of the amount of penalty by the court .

The defendant did not respond to the claim.

Local court ruled that the claim should be partially upheld and that only 21,700,000 Turkish Liras should be recovered from the defendant together with its interest at the rediscount rate as of the date of the commencement of the action. The local court also decided to dismiss the further claims. This judgement was appealed by the plaintiff.

In cases where penalty should be reduced, the judge should consider, first of all, the interest of the creditor and should investigate the degree as to which extent his interest is violated. Together with those, the judge should also take into account the circumstances that the parties are in and the degree of negligence of the defendant. The amount of the penalty should be reasonably in accordance with the damages suffered by, and with the violated interest of, the creditor. Thus, the court should consider the essentials explained above and a separate investigation should be carried out on this issue and a more appropriate amount should be reduced from the penalty and then a judgement should be rendered accordingly. The fact that these issues were not considered is contrary to the course of procedures and law and this is a reason for reversal.”

Due to the above explained motives the file was returned to the local court. As a result of the retrial, the local court insisted on its former judgement.

## **V. JUDGEMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF THE CIVIL CHAMBERS OF THE SUPREME COURT:**

(appealing party : attorney at law of the plaintiff)

Through the examination of the General Assembly of the Civil Chambers it was understood that the “insisting decision” of the local court was appealed in the statutory period, the below was held:

“Parties may freely determine the amount of the penalty through a contract. In fact, judge is charged to reduce only excessive penalties (Code of Obligations, Article 61/2). Here, the criteria in determining the fact whether the agreed amount of the penalty is excessive or not are important. As a matter of fact, determining a very high amount of penalty, which is not



conforming to the relationship between the parties and which is explicitly contrary to the equity and justice, should be accepted as being excessive. In order to reach such a result, the proportion between the interest of the creditor in performance according to the contract and the amount determined as penalty should be considered together with the degree of the negligence and the financial status of the debtor. On the other hand, while evaluating the interest of the creditor, the probable benefits of the debtor due to non-performance should not be ignored. While determining the excessive amount, the fact that the penalty creates a moral pressure on the debtor to fulfill his obligations should also be contemplated and any reduction that can lift such pressure should be avoided.

Within the framework of the above explained rules and following an evaluation of all the evidence and documents in the file, the amount of penalty determined by the local court is found to be insufficient. Therefore, it is necessary that the requirements of the said rules should be met and a reasonable amount of penalty that is complying with the equity and justice should be ruled. On the other hand, since the precedent files which were pointed out by the local court, were evaluated in their concrete circumstances that are unique to each event, they cannot be taken as precedent. As such, the insisting decision of the local court was given through a wrongful evaluation of the evidence and this is contrary both to the course of procedures and law. This is a reason for reversal.”

*Conclusion:* It was ruled that the objections in the appeal of the attorney at law of the plaintiff should be upheld and insisting decision of the local court should be REVERSED because of the reasons shown in the reversal decision of the 13<sup>th</sup> Civil Chamber and of those stated above.

## **VI. EVALUATION OF THE ABOVE JUDGEMENT:**

In the above decision of the General Assembly of the Civil Chambers of the Supreme Court (“General Assembly”), the criteria which are to be considered while reducing the amount of penalty determined in the contract, is discussed.

“Penalty clause” is regulated between the articles 158 – 161 of the Turkish Code of Obligations. Through a penalty clause, debtor agrees to pay an amount of money as penalty in cases where he does not duly perform his obligations. Such a penalty clause negotiated in an agreement provides that the debtor shall pay the penalty without the creditor’s being have to prove his damages occurred due to the breach of the contract by the debtor.

The article 161/I of the Code of Obligations clearly states that the parties

shall determine the amount of the penalty freely. On the other hand, 3<sup>rd</sup> paragraph of the said article charges the judge with the power to reduce the excessive amount of penalty. In order to decide whether the amount of the penalty is excessive or not and to decide on how the reduction shall be made, all the characteristics of the case should be considered in accordance with the equity and justice. Nevertheless, the amount of penalty's exceeding the amount of the real damages of the creditor is not a sufficient reason in itself for reduction. As a matter of fact, the payment of the penalty is neither subject to the creditor's being damaged nor to the amount of such damage (Article 159/ I of the Code of Obligations).

In the above translated decision, the amount of the penalty determined in the contract by the parties was considered as being excessive by the local court and the amount was reduced. Upon the appeal of the plaintiff, the 13th Civil Chamber of the Supreme Court reversed the said ruling and the file was remanded for further proceedings to the local court. Local court insisted on its former ruling and the file has been reviewed by the General Assembly of the Civil Chambers of the Supreme Court ("General Assembly") and the local court's insisting decision was reversed.

The General Assembly reversed the ruling of the local court based on the motive that the amount of the penalty judged was insufficient -when all the evidence and the documents in the file is thoroughly evaluated-. According to the General Assembly, in such an evaluation, the proportion between the interest of the creditor in performance according to the contract and the amount determined as penalty, should be considered together with the degree of the negligence, the financial status of the debtor and the pressure put on the debtor morally to fulfill his obligations.

As it is clearly stated in the related articles of the Code of Obligations, the judge is charged to reduce the excessive amount of the penalty. However the judicial discretion is not absolute. While reducing the amount of penalty, the essentials in the above ruling of the General Assembly and especially the moral pressure put on the debtor by the penalty clause should be taken into consideration. In our view, the local court decision is not appropriate since the reduction has been made arbitrarily, without motive and without considering the said criteria. Thus, the discretion power does not permit the judge to decide arbitrarily. Judge should justify the concrete motives which he based his judgment on. Especially, reducing the amount of the penalty excessively without depending on logical explanations and positive facts, is an unlawful intervention and is against free will of the parties. On the other hand, such an approach prevents the parties from reaching to the desired benefits of the penalty clause and also prevents the penalty sanction from functioning duly in accordance with its purpose. If such unlawful

intervention of the judge becomes common, this might tempt debtors to act negligently in performing on time or in accordance with the contract.

In our opinion, the judgement of the General Assembly with regards to the reduction's being subject to certain objective criteria which are defined in advance, is a favorable approach. These criteria set forth by the General Assembly might not be sufficient however it is always possible to improve these and to add further objective and concrete criteria in time. Determining the main criteria in reducing the amount of the penalty is the essential point and the General Assembly is successful in evaluation thereof. Due to these reasons, we agree to the judgement in principles.



# AVIS SUR UNE DECISION DE LA COUR DE CASSATION TURQUE

*Ahu Ayanoglu Morali\**  
*Pelin Cavuşoglu Işintan\*\**

Ci-dessous figure la traduction d'une décision de la 2<sup>ème</sup> Chambre Civile de la Cour de Cassation turque et notre avis sur cette décision.

(no. du dossier: 2002/5872, no. de décision: 2002/6944, date de la décision: 24.5.2002)

## I. OBJET DE LA DÉCISION

- ∑ Protection des Droits de l'enfant et l'administration de ses biens
- ∑ Autorité Parentale

## II. RÉSUMÉ

- ∑ Selon l'article 342 du Code Civil Turc, le père et la mère sont les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers dans les limites de leurs autorité parentale.
- ∑ le père et la mère, en tant que représentants légaux, peuvent vendre les biens mobiliers et immobiliers de l'enfant sans l'autorisation du juge sous réserve de la réalisation des conditions prévues dans les articles 327 et 356 du Code Civil Turc. Ils sont chargés d'administrer les biens de l'enfant sous réserve des conditions négatives mentionnés dans les articles 360 et 361 du Code Civil Turc.

(Le Code Civil Turc, Loi no. 4721, articles 342, 356, 360, 361)

## III. DÉCISION

Suite au pourvoi en cassation de l'arrêt rendu par le Tribunal de Première Instance, la Cour de Cassation a décidé comme suit:

D'après les documents figurant au dossier, les arguments de fait, les dispositions du Code Civil Turc et surtout l'article 327, les frais nécessaires pour l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant sont assumés par le père et la mère.

---

\* Assistante en Droit Civil à la faculté de droit de l'Université Galatasaray.

\*\* Assistante en Droit Civil à la faculté de droit de l'Université Galatasaray.

Le père et la mère, en état de nécessité ou lorsque la situation spéciale de l'enfant exige des dépenses extraordinaires ou en présence d'une cause extraordinaire quelconque, peuvent disposer une partie suffisante des biens de l'enfant par autorisation judiciaire.

Selon l'article 342 du Code Civil Turc, le père et la mère sont les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers. Les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque époux agit avec le consentement de l'autre.

Les dispositions sur la représentation des interdits s'appliquent (par analogie) à la représentation dans le cas de l'autorité parentale à l'exclusion de celles qui concernent le consentement des autorités tutélaires.

Selon l'article 356 du Code Civil Turc, dans la mesure où les besoins courants l'exigent; les versements en capital, les dommages-intérêts et autres prestations semblables peuvent être partiellement utilisés pour l'entretien de l'enfant.

En cas de nécessité pour l'entretien, l'éducation ou la formation de l'enfant, le juge peut permettre aux père et mère de disposer des biens de l'enfant dans une quantité qu'il fixera.

Selon l'article 363 du Code Civil Turc, le père et la mère sont responsables de la restitution des biens de l'enfant comme mandataire. Ils doivent le prix qu'ils ont reçu pour les biens aliénés de bonne foi. Ils ne peuvent être tenus à aucune indemnité pour les dépenses qu'ils ont faites pour l'enfant ou pour le ménage conformément à la loi.

Selon le premier paragraphe de l'article 462 du Code Civil Turc, le consentement de l'autorité tutélaire est nécessaire dans les cas ci-dessous: pour acheter ou vendre des immeubles, pour les grever de gages et autres droits réels... etc.

Dans le cadre des articles 327 et 356 du Code Civil Turc, en cas de nécessité pour l'entretien, l'éducation ou la formation de l'enfant, le juge peut permettre aux père et mère de disposer des biens de l'enfant dans une proportion suffisante pour son éducation, son entretien ou sa formation ou bien de prélever sur les autres biens de l'enfant une contribution qu'il lui revient de fixer.

En l'espèce, la mère de la petite Havva, Satı ayant l'autorité parentale selon le dernier alinéa de l'article 336 du Code Civil Turc, a demandé à l'autorité tutélaire l'autorisation de vendre les biens en copropriété de son enfant afin de lui acheter un bien immobilier dont elle sera la seule propriétaire. Dans ce cas les articles 327 et 356 du Code Civil Turc n'ont pas été invoqués.

De l'exposé de motifs de l'arrêt rendu par le Tribunal de Première Instance, il ressort que la mère détient l'autorité parentale et demeure seul représentant légal.

Selon les articles 342 et 462/1-2 du Code Civil Turc, elle peut vendre les biens soit mobiliers soit immobiliers de l'enfant sans le consentement de l'autorité tutélaire sauf le cas où les conditions des articles 327 et 356 se réalisent. Elle sera chargée d'administrer les biens de l'enfant à moins que les conditions négatives mentionnés dans les articles 360 et 361 ne se réalisent (art. 352). Dès que l'administration prend fin, elle restituera les biens et rendra compte à l'enfant majeure, à son tuteur ou à son curateur (art. 362).

L'arrêt du Tribunal de Première Instance relatif au rejet de la demande d'autorisation de l'autorité tutélaire pour vendre les biens de l'enfant en a à juste titre décidé ainsi, et doit en conséquence être approuvé à l'unanimité.

#### **IV. AVIS SUR LA DÉCISION**

La question du besoin d'une autorisation de l'autorité tutélaire à propos des actes de disposition que fait le détenteur du pouvoir paternel sur les biens de l'enfant est discutée dans cet arrêt de la 2<sup>ème</sup> Chambre Civile de la Cour de Cassation turque et on a décidé qu'une telle autorisation n'est pas nécessaire selon les dispositions du Code Civil turc.

Selon l'article 335 du Code Civil le pupille est soumis à l'autorité parentale de son père et de sa mère. Comme précisé dans l'article 342 le père et la mère sont les représentants légaux de l'enfant à l'égard des tiers. D'après cet article le père et la mère ne sont donc pas obligés à demander l'autorisation du juge (l'autorité tutélaire) quand ils agissent dans les limites de leur pouvoir de représentation. Même si l'acte fait à titre de représentants légaux est un des actes cités dans les articles 462 et 463 nécessitant l'autorisation pour le tuteur, cette autorisation ne serait pas nécessaire dans le cas où le même acte est fait par le père et la mère en commun (ou bien par l'un seul des deux si le juge lui a confié cette autorité). Du reste la disposition de l'article 342 précise cette matière explicitement en disant que "Les dispositions sur la représentation des interdits s'appliquent à la représentation dans le cas de l'autorité parentale à l'exclusion de celles qui concernent le consentement des autorités tutélaires." Les actes de disposition concernant les biens de l'enfant faits par le détenteur de la puissance paternelle dans les limites de son pouvoir de représentation sont aussi considérés dans le même cadre.

Cependant d'après l'article 327 du Code Civil, le père et la mère sont chargés d'assumer les frais nécessaires pour l'entretien, l'éducation et la protection

de l'enfant. L'enfant ne serait pas responsable de ces frais sur ses propres biens. L'utilisation des biens de l'enfant par le père et la mère pour couvrir ces frais est seulement possible dans les cas précisés par les articles 327 et 356 du Code Civil. Dans le cadre de ces articles s'il est nécessaire pour l'entretien, l'éducation ou la formation de l'enfant, le juge peut permettre aux père et mère de disposer sur les biens de l'enfant d'une partie suffisante pour son éducation, son entretien ou sa formation ou bien de prélever des autres biens de l'enfant une contribution qu'il va fixer. Sur ce point, la règle générale semble d'être déviée à cause de la demande d'autorisation au juge, mais en fait la raison d'être de cette disposition est la volonté du père et de la mère d'utiliser les biens de l'enfant pour couvrir les frais qui leur incombent. Elle ne constitue donc pas une exception aux dispositions du Code Civil relatives au pouvoir de représentation du père et de la mère provenant de leur autorité parentale. Les dispositions des articles cités ci-dessus sont interprétées faussement dans la pratique comme requérant l'autorisation du juge pour tous les actes du père et de la mère. On trouve même cette interprétation dans certains des arrêts de la Cour de Cassation.

Telle est la situation dont on traite dans la décision de la Cour de Cassation que nous avons traduit: Le représentant légal de la pupille est la mère, ayant seul l'autorité parentale. Elle désire vendre les biens en copropriété de son enfant, dans le cadre de son pouvoir de représentation, afin de lui acheter un bien immobilier dont elle sera la seule propriétaire. Il est probable que la Direction du Registre Foncier a réclamé une autorisation des autorités tutélaires sur ce sujet et s'est abstenue d'agir en l'absence d'une telle autorisation. La mère a donc demandé l'autorisation des autorités tutélaires (le Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance) qui l'ont rejeté par motif que cet acte ne nécessitait pas une telle autorisation. Suite au pourvoi en cassation de cet arrêt, la 2<sup>ème</sup> Chambre Civile de la Cour de Cassation a approuvé la décision et rejeté la demande de la mère.

En effet, les actes faits par le détenteur de l'autorité parentale dans le cadre de son pouvoir de représentation légale, ne sont pas soumis à une autorisation. L'acte dans le présent affaire doit être considéré dans le même contexte. Le Code Civil dispose des articles spéciaux à propos des mesures protectrices dans les cas où ce type d'acte soit au détriment de l'enfant; mais un cas pareil n'est pas en question dans notre affaire.

Il faut souligner que la décision du rejet de la demande d'autorisation est plus efficace qu'une décision d'autorisation et constitue une base légale bien forte pour le détenteur de l'autorité parentale si bien que la Direction du Registre Foncier doit immédiatement agir sur une telle décision.



**NOTE SUR UN ARRET CONCERNANT  
LA RADITION D'UNE MARQUE ENREGISTREE  
INICIALEMENT PAR UNE AUTRE PERSONNE**

*Fülürya Yusufoglu\**

**COUR DE CASSATION**

**11. CHAMBRE**

**Dossier No** : 2001/9903  
**Arrêt Numéro** : 2002/3699  
**Date** : 19.04.2002

**SOMMAIRE DE L'ARRET** : L'argument du défendeur, exerçant une activité professionnelle dans le même secteur que le demandeur, qui prétendait ignorer que la marque par lui enregistrée en Turquie, l'était déjà dans 15 pays, est contraire à l'article 21/2 du Code de Commerce Turc et n'est pas recevable en vertu de l'article 2 du Code Civil Turc, en raison de son obligation de se comporter comme un commerçant prudent. Sur le fondement de l'article 6 bis/3 de la Convention de Paris, le véritable propriétaire de la marque peut demander la radiation d'un enregistrement effectué de mauvaise foi.

**ARRET DE LA COUR DE CASSATION**

L'action qui a été intentée devant le Tribunal de la Propriété Incorporelle d'Istanbul date de 05.06.2001, portant le no. 2001/283-47.

Selon la demande faite de la part du représentant du demandeur à propos d'examen du dossier en audience et après l'audition du rapport, préparé par le juge d'examen sur le dossier et la lecture et l'examen des pétitions, les minutes des sessions et tous les documents, La Cour de Cassation s'est prononcé.

Le représentant du demandeur a déclaré que l'intimé, en enregistrant en Turquie la marque "Alvorada", identique à la marque dont le véritable propriétaire est le demandeur et qui est enregistrée sur le registre international, à fait naître un risque de confusion.

---

\* *Assistante en Droit Commercial à la faculté de droit de l'Université Galatasaray.*

Le représentant du demandeur a demandé la radiation de la marque déposée par le défendeur; la constatation que le signe est une marque notoirement connue; l'interdiction de la contrefaçon de la marque; le paiement de 2.000.000.000 lira de dommages et intérêts et de 500.000.000 lira au titre de préjudice moral.

Le représentant du défendeur a prétendu que l'action était forclosée, que son mandant n'avait pas agi de mauvaise foi; que le défendeur était à l'origine de la notoriété de la marque en Turquie et que les prétentions du demandeur étaient irréalistes. En conséquence il a demandé le rejet de l'action.

Le Tribunal de première instance a décidé au vu des preuves et des expertises que la marque du demandeur n'était pas connue en Turquie, qu'elle a été rendue notoire par le défendeur, qui n'a pas agi de mauvaise foi et a rejeté l'action, conformément à la dernière expertise.

Le représentant du demandeur a interjeté appel.

L'action porte sur l'interdiction de la contrefaçon de la marque, sa radiation et l'indemnisation matérielle et morale.

Vu ce qui précède, la Cour a rejeté la demande du demandeur.

Selon les preuves figurant au dossier, la marque "Alvorada" a été antérieurement enregistrée par le demandeur dans 15 pays signataires de la Convention de Paris et OMPI, dans le but de couvrir des produits à base de thé. Le défendeur a enregistré en Turquie en 1992 la même marque qui était utilisée dans le même secteur de produits.

L'un des trois principes importants pour l'acquisition et la protection de droit sur la marque, sur lequel se fonde le droit turco-hélicétique, est le droit d'antériorité sur la marque. Le droit d'antériorité sur la marque appartient à la personne qui a créé la marque, qui en a fait usage et qui l'a rendue notoire sur le marché. Cette personne est appelée «le véritable propriétaire de la marque» et cet enregistrement a un effet déclaratoire. En d'autres termes, le droit sur une marque notoire est né avant l'enregistrement de cette marque. En revanche, l'enregistrement effectué par une personne qui n'a encore ni créé ni fait usage d'une marque a un effet fondateur. Cet enregistrement ne peut conférer au détenteur du droit qu'un droit conditionnel qui existe à l'origine. Le droit fondateur est effectif jusqu'à ce que le véritable propriétaire de la marque intente une action en justice et enregistre la marque. En effet le véritable droit de propriété s'oppose à un second droit de propriété indépendant et exclusif. L'enregistrement par un tiers d'une marque identique ou similaire à la marque du véritable propriétaire, rendant la distinction impossible est considéré comme une

atteinte portée au droit du propriétaire de la marque. Dans ces circonstances, le véritable propriétaire de la marque a le droit de demander la prévention de la violation et la radiation de la marque enregistrée postérieurement à la sienne, sur le fondement de l'article 56 du Code de Commerce Turc relatif à la concurrence déloyale et en vertu des prévisions spéciales de l'article 8/III et 42/I-b du décret-loi no. 556 relatif à la protection des marques et les prévision de l'article 47 de la loi no.551, antérieure au décret-loi no. 556.

Selon la jurisprudence constante de la Chambre, en vertu de l'article 6 bis de la Convention de Paris, dont La Turquie est signataire, il ne sera pas fixé de délai pour réclamer la radiation ou l'interdiction d'usage des marques enregistrées ou utilisées de mauvaise foi. L'article 6 bis de la Convention de Paris indique que : «Les pays de l'Union s'engagent soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour les produits identiques ou similaires. » En vertu de cet article, une marque qui est enregistrée dans plusieurs Etats étrangers et spécialement dans l'exemple concret où la marque figure au registre de L'Organisation Mondiale de Propriété Intellectuelle doit être protégée. En conséquence, le défendeur, qui exerce une activité commerciale dans le secteur international du thé, est obligé de se tenir informé des enregistrements et les développements dans ce secteur. Cette contrainte résulte de son obligation de se comporter comme un commerçant prudent. Dans ces circonstances, le défendeur qui exerce une activité commerciale dans le même secteur, ne peut pas prétendre qu'il ne savait pas que la marque était enregistrée dans 15 pays et justifier ainsi l'enregistrement de cette marque en Turquie. Cette prétention est contraire à l'article 21/2 du Code de Commerce Turc et n'est pas recevable en vertu de l'article 2 du Code Civil Turc. Sur le fondement de l'article 6 bis/3 de la Convention de Paris, il y a un enregistrement de mauvaise foi et la radiation de cet enregistrement peut être demandé par le véritable propriétaire de la marque.

Vu ce qui précède, la Cour de Cassation casse le jugement de la Cour de Première instance qui a rejeté la demande au lieu de la recevoir.

**CONCLUSION :** Par ces motifs, casse la décision en faveur de recourant et renvoie...

**NOTE :**

Cet arrêt de la Cour de Cassation est très important dans la mesure où il est l'un des premiers à établir que l'enregistrement d'une marque ne suffit pas en soi à protéger efficacement cette marque.

En vertu de l'article 6 du décret-loi no.556, la protection accordée à la marque commence dès son enregistrement. Cette règle confère en conséquence la propriété de la marque à l'auteur de l'enregistrement. Dans ce système, l'enregistrement a un effet fondateur, la propriété naissant du seul fait de l'enregistrement. Selon ce système, la personne qui a antérieurement créé une marque, en a fait usage et l'a rendue notoire ne peut pas invoquer son antériorité sur la personne qui a postérieurement enregistré une marque identique<sup>1</sup>.

Mais on voit que au cours du temps cette règle a perdu de son importance. La Cour de Cassation a rendu des arrêts qui accordaient l'antériorité et la propriété sur la marque de renommée mondiale, à la personne qui l'a créée et en a fait usage<sup>2</sup>. Dans ces arrêts on voit que la Cour a décidé que l'enregistrement d'une marque ne fait naître qu'un droit de propriété conditionnel au déposant. Le véritable propriétaire de la marque continue d'être la personne qui l'a créé et en a fait usage.

La règle selon laquelle «La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement» n'est pas absolue. Comme il était indiqué dans l'arrêt rapporté, le droit de l'antériorité sur la marque appartient à la personne qui l'a créée, l'a rendue notoire. Ainsi cette personne est «le véritable propriétaire de la marque». Alors le véritable propriétaire a le droit de s'opposer à l'enregistrement de sa marque par un tiers. Il a donc le droit de demander la radiation de cette marque. La règle selon laquelle, l'enregistrement d'une marque a un effet déclaratoire se trouve étendue pour les marques notoires.

Il est donc très important de déterminer quand une marque est notoire. Le décret-loi no.556 ne contient pas de dispositions relatives aux critères

---

<sup>1</sup> Ünal Tekinalp: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2002, s. 325.

<sup>2</sup> L'affaire de Parfums Christian Dior. Cass. Civ. 11. Chambre, 6 juillet 1998, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001/1, p.146 et s. Voir aussi, Ata Sakmar : La Protection des Marques en Turquie (La Législation Turque en Matière de Protection des Marques), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 1/2002, s.272-290.

convenables à la détermination de la notoriété de la marque. Mais selon l'art.16 (2) de l'Accord sur les ADPIC, pour déterminer si une marque de fabrique ou de commerce est notoirement connue, les Membres tiendront compte de la notoriété de cette marque dans la partie du public concernée. Ceci inclut la notoriété dans le pays Membre concerné obtenue par la suite de la promotion de cette marque. La Turquie a adopté cet accord en 1995<sup>3</sup>. Dans ce cas, cette définition est valable aussi en droit Turc. L'idée dominante dans la doctrine turque est en faveur de cette définition<sup>4</sup>.

La «Recommandation conjointe concernant la protection des marques notoirement connues», adoptée par les Assemblées des États membres de l'OMPI en septembre 1999, donne des indications pour la détermination de la notoriété<sup>5</sup>. L'art. 2 alinéa 2/a définit le terme «partie du public concerné», «secteur concerné». La connaissance d'une marque donnée par le public doit être appréciée dans les secteurs concernés et non par rapport à l'ensemble du public. Dès lors il est très important de déterminer le secteur concerné. Trois secteurs concernés possibles figurent à titre indicatif. L'art. 2/2, a, indique que les secteurs concernés du public sont notamment, mais pas uniquement

- les consommateurs effectifs ou potentiels des produits ou des services auxquels la marque s'applique;
- les personnes appartenant aux circuits de distribution des produits ou des services auxquels la marque s'applique;
- les milieux économiques ayant des activités liées au type de produits ou de services auquel la marque s'applique.

L'art. 4/5, c de la «Recommandation conjointe concernant la protection des marques notoirement connues», définit le critère de la mauvaise foi. Selon cette disposition, pour déterminer la mauvaise foi aux fins du présent alinéa, l'autorité compétente examine si la personne qui a fait enregistrer, ou qui a utilisé, la marque en conflit avec une marque notoire avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, de la marque notoire au moment de l'utilisation ou de l'enregistrement de la marque en conflit.

<sup>3</sup> RG. 25.02.1995, 22213

<sup>4</sup> Hamdi Yasaman: "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yarg. 11. HD'sinin Kararı Üzerine Düşünceler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GSÜHF), S.2; Hamdi Yasaman: "Tanınmış Markalar", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.691-708. Hamdi Yasaman: "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 1/2002, s.308-309; Reha Poroy/Hamdi Yasaman: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001, 9.Bası, s.326; Sakmar, s. 277; Hamdi Yasaman, "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yarg. 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler", GSÜHF Dergisi, S.2, s. 151 vd.

<sup>5</sup> Hamdi Yasaman, "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yarg. 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler", GSÜHF Dergisi, S.2, s. 151 vd.

Dans son arrêt, la Cour de Cassation a jugé que, le défendeur qui exerce une activité commerciale dans le même secteur, ne peut pas prétendre qu'il ignorait que la marque était enregistrée dans 15 pays et prétendre ainsi justifier l'enregistrement de cette marque en Turquie. Dès lors il apparait que la Cour de Cassation a pris en considération le critère, proposé par l'article 4 alinéa 5/c, pour décider que les personnes ayant des activités liés au type de produits auquel la marque s'applique ne peuvent pas prétendre un enregistrement de bonne foi. Celle-ci a décidé de bon droit, que la personne qui a enregistré la marque et qui exerce une activité commerciale dans le même secteur de produits, ne peut pas prétendre qu'elle ignore l'enregistrement préalable de cette marque dans 15 pays signataires de la Convention de Paris et auprès de l'OMPI.

Sur le fondement de l'art. 6 bis/3, aucun délai n'existe pour réclamer la radiation ou l'interdiction de l'usage des marques enregistrées ou utilisées de mauvaise foi. La Cour a décidé de bon droit, qu'il y a un enregistrement de mauvaise foi et que la radiation de cet enregistrement peut être demandée par le véritable propriétaire de la marque. Le défendeur ne peut en conséquence prétendre à l'extinction d'aucune prescription.

De cet arrêt résulte que la primauté absolue sur la marque appartient à la personne qui l'a rendue notoire. Le propriétaire de la marque enregistrée en Turquie, n'aura droit à rien puisqu'il était en tort dès l'origine. Le véritable propriétaire de la marque n'est pas celui qui l'a enregistrée, mais celui qui l'a créée, en a fait usage et l'a rendu notoire. Le véritable propriétaire de la marque a la primauté absolue sur la marque dès l'origine. L'enregistrement de la marque en Turquie a un effet déclaratoire pour la personne qui l'a rendue notoire.

Dans ces circonstances, on peut dire que, en droit Turc prévaut la règle qui privilégie le véritable propriétaire de la marque. Ce dernier a en effet un droit exclusif sur sa marque, qui n'est pas limité dans le temps.

# **MAKALE EVİRİLERİ**





**ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜNÜN  
ENGELLİLERİN ÇALIŞMA YAŞAMINA  
KATILIMINA İLİŞKİN FAALİYETLERİ\***  
Paul Raoult\*\*

*Yrd. Doç. Dr. Şebnem Gökçeoğlu Balcı\*\*\*  
Sedef Koç\*\*\*\**

**GİRİŞ: ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜNÜN  
FAALİYETİNİN TANITIMI**

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün normları, uluslararası sözleşmelerde veya tavsiye kararlarında vücut bulur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmeleri, üye devletlerin onayına açık uluslararası sözleşmelerdir. Bağlayıcı olmayan tavsiye kararları ise, genellikle sözleşmelerle aynı konudur ve ulusal politikaları ve uygulamaları yönlendirmeye dönük ilkeleri belirlerler. Sözleşme ve tavsiye kararları, her ülkedeki çalışma koşullarına etkide bulunmayı amaçlar.

Her yıl toplanan Uluslararası Çalışma Konferansı ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün diğer organları, sözleşme ve tavsiye kararlarına oranla daha az bağlayıcı nitelikte başka belgeler de hazırlamaktadır. Bunlar; kararlar, direktifler ve deklarasyonlardır. Bu belgeler de normatif bir etkide bulunmayla çalışırlar, ama bunlar Örgütün uluslararası çalışma normlarının bir parçası olarak sayılmazlar. Bu konuda pek çok örnek vardır.

Uluslararası Çalışma Örgütü bugüne kadar değişik pek çok konuda 180 sözleşme ve 185 tavsiye kararı kabul etmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü İdari Konseyi, çalışanların haklarına ilişkin 8 sözleşmeyi, temel sözleşme olarak kabul etmiştir. Bunların, örgüte üye devletler tarafından onaylanması ve uygulanması zorunludur. Bunlara Uluslararası Çalışma Örgütünün temel sözleşmeleri denmektedir.

---

\* İçişleri Bakanlığı ile Galatasaray Üniversitesi tarafından 30 Kasım-01 Aralık 2001 tarihlerinde düzenlenen "Mülki ve Mahalli İdarelerin Sosyal Hizmet Kapasitesinin Arttırılması, Engelliler ve Hukuk" konulu sempozyumda Dr.Patrick Raoult tarafından sunulan tebliğin çevirisi.

\*\* Dr., Maître de conférences associé à l'Université de Cergy

\*\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

\*\*\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Çalışma yaşamına ilişkin politikalar ve kurumlar açısından önem taşıyan 4 sözleşme ise öncelikli sözleşmeler olarak kabul edilmiştir.

Oldukça geniş konulara ilişkin diğer sözleşme ve tavsiye kararları ise 12 grupta toplanmıştır ve bunlar olağan sözleşmeler olarak nitelenebilir.

### **Üye Devletlerin Yükümlülükleri**

Bu konuyu üye devletlerin onayladığı sözleşmeler ve onaylamadığı sözleşmeler bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir.

## **I. ONAYLANMAYAN NORMLAR**

Uluslararası Çalışma Örgütüne üye devletler bir sözleşmeyi onaylamak ya da onaylamamak konusunda tamamen özgürdürler. Bununla birlikte Örgütün Anayasası, üye devletlere, onaylanmamış sözleşmeler için de bazı yükümlülükler getirmektedir. Bunlar rapor hazırlama ve bildirme yükümlülükleridir.

### **Bildirme yükümlülüğü**

Uluslararası çalışma normları, çalışma ortamına etkide bulunacak şekilde uygulanma amacı taşıyan normlardır. Bu nedenle, tüm üye devletler, konuya ilişkin alanda yetkili makamlara, bu konuda yasa yapmaları veya başka bir yolla gerekli tedbirleri almaları için, yeni sözleşmeleri bildirme yükümlülüğü altındadır. Yetkili makam genellikle, yasama organıdır. Bu yükümlülüğün amacı, yeni uluslararası çalışma normlarını tanıtmak ve bu konuda ulusal ölçekte bir kamuoyu tartışmasına yolaçmaktır.

### **Onaylanmamış sözleşmeler ve tavsiye kararlarına ilişkin rapor hazırlama yükümlülüğü**

Bu yükümlülüğün amacı, Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından kabul edilen normların uygulanması ve sözleşmelerin onaylanması için bu konuda ulusal düzeyde bir kamuoyu tartışması yaratmaktır.

Bu amaçla ve Örgütün Anayasasının 19.maddesinin 5/e ve 6/d fıkraları uyarınca, İdari Konsey, bir üye devletten, onaylanmayan bir sözleşme veya tavsiye kararına ilişkin olarak, bu konuda mevzuatının ve uygulamasının içinde bulunduğu duruma ve sözleşme veya tavsiye kararında yer alan hükümlerin ne ölçüde uygulandığına ilişkin rapor sunmasını isteyebilir. Sözleşme sözkonusu olduğunda, üye devlet ayrıca bu sözleşmenin onaylanmasını engelleyen veya geciktiren nedenleri de belirtmelidir.

Ayrıca, hükümet tarafından hazırlanan bu raporların kopyaları, işçi ve işve-

ren kesimlerini temsil yetkisine sahip kuruluşlara gönderilmelidir. Bu kuruluşlar, ilgili konuda görüş bildirebilirler.

## **II. ONAYLANAN NORMLAR**

Uluslararası Çalışma Örgütü, uluslararası çalışma normlarını denetleme konusunda etkili mekanizmalara sahiptir.

### **Düzenli denetim sistemi**

Çalışma yaşamına ilişkin bir normun onaylanması, onaylanan belgenin hükümlerinin sonuç doğurması için alınan tedbirleri içeren raporların düzenli aralıklarla periyodik olarak sunulması yükümlülüğünü beraberinde getirir.

### **Özel denetim prosedürleri**

Bu prosedürler, bir üye devletin onayladığı bir sözleşmenin hükümlerine uymadığı iddiası üzerine devreye girerler. Bu konu, Örgütün Anayasasının 24. ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütünün temelini oluşturan ilkelerden sendika özgürlüğü ilkesinin ihlaline ilişkin iddialar, sözleşmeyi onaylamamış devletlere karşı da ileri sürülebilir.

### **Ad hoc mekanizmalar**

Uluslararası çalışma normlarının verili durumlardaki etkisini denetlemek amacıyla yürürlüğe konmuş özel (ad hoc) mekanizmalar da mevcuttur.

## BİRİNCİ BÖLÜM:

### ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜNÜN ÇALIŞAN ENGELLİLERİN DURUMUNA İLİŞKİN FAALİYETLERİ

Bu bölümde öncelikle bu alandaki yükümlülükler daha sonra politikalar inceleneyecektir.

#### 1 - Yükümlülükler

Bu başlık altında öncelikle genel nitelikli yükümlülükler daha sonra özel nitelikli yükümlülükler incelenecektir.

#### A- GENEL NİTELİKLİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Uluslararası Çalışma Örgütünün sözleşmeleri, bu sözleşmeleri onaylayan devletler açısından uluslararası yükümlülükler doğurur. Genel olarak istihdam politikasına ilişkin olan yükümlülüklerin bir bölümü, çalışan engellilerin haklarına ilişkindir.

Ayrıca, insan kaynakları ve mesleki formasyona, istihdam bürolarına ve iş güvencesine ilişkin uluslararası normların bir bölümü de çalışan engellilere ilişkindir.

#### Mesleki formasyon ve insan kaynaklarına ilişkin politikalar

1975 tarihli İnsan Kaynaklarının Değerlendirilmesine İlişkin 142 sayılı sözleşme uyarınca, bu sözleşmeyi onaylayan devletler mesleki formasyon ile istihdam arasında ilişki kuran program ve politikalar oluşturmak zorundadırlar. Sözleşme, bu politika ve programların gözönüne alması gereken unsurları (istihdam konusundaki ihtiyaç ve olanaklar, ülkenin gelişmişlik düzeyi, diğer ekonomik, sosyal, kültürel amaçlar vb.), uyulacak ilkeleri (ayrım yasası) ve mesleki formasyon ve eğitim sistemlerini belirlemiştir. Sözleşme, 150 sayılı tavsiye kararı ile tamamlanmıştır.

#### İş güvencesi

1982 tarihli iş güvencesine ilişkin 158 sayılı sözleşme, devletleri, fesih sebeplerini sözleşmeye uygun hale getirmeye zorlamaktadır. Çalışanların davranış ve yeteneklerinden veya işyerinin işleyişine ilişkin zorunluluklardan kaynaklanan geçerli bir sebep olmaksızın fesih yapılamaz. Sendika üyeliği, işverene karşı yöneltilen şikayet, işçi temsilciliğine ilişkin faaliyetler, ırk, soy, renk, cinsiyet, ailevi sorumluluklar, hamilelik, din, siyasi düşünce, sosyal köken, doğum izninden ötürü çalışmama gibi nedenler, geçerli fesih se-

bebi değildirler. Sözleşme ayrıca, feshe karşı itiraz yolları da öngörmektedir. Bu sözleşme 166 sayılı tavsiye kararı ile tamamlanmıştır.

## **B- ÖZEL NİTELİKLİ YÜKÜMLÜLÜKLER**

Engellilerin istihdamına ve mesleki adaptasyonuna ilişkin 1983 tarihli ve 159 sayılı sözleşme uyarınca sözleşmeyi onaylayan devlet, ulusal koşullara uygun olarak ve imkanları ölçüsünde, engellilerin istihdamına ve mesleki adaptasyonuna ilişkin bir politikayı yürürlüğe koyma ve alınan tedbirlerin tüm engelli gruplara açık olmasını garanti etme yükümlülüğündedir. Bu politikanın oluşturulması sürecinde, işçi ve işveren kuruluşları ve engellileri temsil eden veya bu kişilerle ilgilenen örgütlerin görüşü alınmalıdır. Bu politikanın özünü, genel olarak çalışanlarla, çalışan engelliler (kadın ve erkek) arasında fırsat eşitliği ilkesi oluşturmalıdır. Ayrıca, özel olumlu tedbirler de öngörülebilir. Engellilere, durumlarına uygun olarak adapte edilmiş mesleki formasyon ve yönlendirme hizmetleri, işe yerleştirme hizmeti ve diğer hizmetler sunulmalıdır. Sözleşme, bu hizmetlerin tarım bölgelerinde ve ücra bölgelerde de geliştirilmesini ve istihdam ve adaptasyon konusunda danışmanlıklar oluşturulmasını öngörmektedir. Sözleşme, 168 sayılı tavsiye kararı ile tamamlanmıştır.

## **2 - Politikalar**

Endüstrileşmiş ülkelerde, çalışan engellilere ilişkin sorunların arttığı saptamasından yola çıkan 19 Mayıs 1998 tarihli Washington Konferansı, bu konudaki çözümleri özdeş kılmayı amaçlamıştır.

Sanayi dünyasında malullük yardımları talebindeki güçlü artış- bazı ülkelerde yüzde 600- hükümetleri, özel sektörü ve sendikaları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yeni bir raporu doğrultusunda engellilerin yeniden çalışma yaşamına girmelerini sağlayacak düzenlemelerde bulunmaya yöneltmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün tahminlerine göre, dünya nüfusunun yüzde onu yani yaklaşık 600 milyon kişi, fiziksel veya ruhsal anlamda engellidir. Bunların da yaklaşık yüzde 50'si çalışma çağındadır. Ve bu sayı giderek artmaktadır.

Uluslararası Çalışma Bürosu Genel Müdür Yardımcısı Ali Taqi, "Yeni ekonomik düzen – dünya ölçeğinde şiddetli rekabet, düşen kâr marjları ve azalan kaynaklar- tüm dünyada işletmeleri, emeğin değerini azaltmanın yollarını aramaya zorluyor. Ancak bu durum çalışan engellilerin aleyhine olacak şekilde kullanılmamalıdır" diye açıklamada bulunmuştur.

Tam tersine, çalışabilecek durumda olan ve çalışmayı talep eden engellilerin istihdama katılmaları için yaratıcı çözümler üretilmelidir.

Uluslararası Çalışma Bürosunun incelemesine katılan ülkelerden gelen veriler aşağıdaki olguları ortaya çıkarmaktadır:

- Amerika Birleşik Devletlerinde, çalışma çağında olup da malullük yardımlarından yararlananların sayısı, 1984 ile 1994 yılları arasında yüzde 60 oranında artmıştır ve bunların yalnızca yüzde 0.5'i çalışma yaşamında yer alabilmiştir;
- Hollanda'da, 1980 ile 1992 yılları arasında, malullük yardımlarından yararlananların sayısı yüzde 50 oranında artmıştır. Bu da 900.000'den fazla kişi demektir;
- Avustralya'da, çalışanlara verilen malullük yardımları, 1976'dan 1986'ya kadar, yüzde 700 oranında artmıştır. 1980'li yıllarda, bu yardımların doğrudan maliyeti yıllık ortalama 5 milyar dolardır ve dolaylı maliyeti bunun dört kat fazlasıdır. Dolaylı maliyet, iş göremezlik nedeniyle üretimde meydana gelen düşüşü ve yeniden işe adapte olma faaliyetine ayrılan harcamaları da hesaba katar.

Uluslararası Çalışma Bürosunun incelemesine göre, Almanya, Fransa, Hollanda, İsveç gibi ülkelerde, çalışanların işe alınmasına, çalışma koşullarına ve feshe ilişkin yasalar, engellilerin istihdamına ilişkin politikaların da temelini oluşturmaktadır. Amerika, Yeni Zelanda, İngiltere gibi liberal yaklaşımı benimseyen ülkelerin hükümetleri ise, tam tersine bu konuda işletmelere zorlamada bulunmaktan kaçınırlar ve engellilerin istihdamını gönüllülük ve kârlılık ilkeleri temelinde serbestçe işleyen bir mekanizmaya bırakırlar.

Uluslararası Çalışma Bürosunun incelemesine göre, pek çok ülkede, işletmeler, sendikalar, sigortacılar, adaptasyon hizmeti sunan kuruluşlar ve doktorlar çalışan engellilerin sosyal maliyetinin ve bunların çalışma yaşamına yeniden katılmalarının avantajlarının giderek daha fazla bilincine varmaktadır. Bu kesimler artık, çalışabilen ve çalışmak isteyen engellilerin, çalışma yaşamına yeniden katılmasını birincil amaç olarak değerlendirmektedirler.

Bay Taki, tıbbi ve mesleki anlamda adaptasyon konusunda erken müdahaleye ve bir an önce işe geri dönmeye önem veren yeni yaklaşımların sonuçlarının olumlu olduğunu belirtmiştir.

Uluslararası Çalışma Bürosu, sendikaların, iş yerlerinde sunulan doğrudan hizmetler ve programlar aracılığıyla, engellilerin çalışma yaşamına yeniden

girmeleri konusuna giderek daha aktif katıldıklarına dikkat çekmektedir. Özel sigorta şirketleri de işe geri dönmek isteyen ve yararlandığı yardımları kaybetmek istemeyen engellilere yardım amacıyla daha esnek modeller benimsemektedirler. İşletmeler ise, işyerlerinde bu konudaki programları uygulamak yoluyla maliyetlerini düşürmeye çalışmaktadırlar.

Uluslararası Çalışma Bürosuna göre, karşılaşılan sorunların bir kısmı, koordinasyon eksikliğinden, politikalarla uygulama arasındaki çelişkiden ve ulusal sistemin değişik bileşenleri arasındaki etkileşimsizlikten kaynaklanmaktadır. Bazı ayrımcı uygulamalar engellilerin çalışma yaşamına girmesinin önünde engel oluşturmaktadır.

Uzun vadeli projenin amaçlarından biri, engelli kişilerin çalışma yaşamına hızlı bir şekilde yeniden girmesini ve bunların istihdamda yer almasını destekleyen işçi, işveren ve hükümet kesimlerini içeren verimli stratejilerin global düzeyde yaşama geçmesidir.

**İKİNCİ BÖLÜM:**  
**ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜNÜN ENGELLİ**  
**ÇALIŞANLARIN ULUSLARARASI STATÜSÜNE**  
**İLİŞKİN PROJELERİ**

**2001 yılı boyunca:**

Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışma ortamında engellilerin durumuna ilişkin bir pratik direktifler derlemesinin (bağlayıcı olmayan normlar bütünü) kaleme alınmasını öngörmektedir. Bu derleme; inceleme, düzeltme ve onaylama için, 3-12 Ekim 2001 tarihleri arasında Cenevre’de Uluslararası Çalışma Örgütü’nün merkezinde kurulan çalışma ortamında engellilerin durumu ile ilgili üçlü uzmanlar topluluğuna sunulmuştur.

10 Ekim 2001 tarihli basın bildirisi ile Uluslararası Çalışma Bürosunun Almanya, ABD, Finlandiya, Polonya ve İngiltere’de çalışma hayatında akıl sağlığı üzerine raporu açıklanmıştır. Bu çalışmaların sonucunda Uluslararası Çalışma Örgütü’nün “engellilik ve çalışma yaşamı” programı yürürlüğe konmuştur. Bu program, teknik işbirliği projeleri geliştirmeye (mesleki formasyon ve adaptasyon) ve dünyanın çeşitli bölgelerinde politika ve programların kabul edilmesine yöneliktir.

**Asya:**

Uluslararası Çalışma Örgütü; Çin, Malezya, Tayland ve Vietnam’da iş arayan engellilerin takibi için programlar geliştirmeyi amaçlayan iki aşamalı bir projenin hayata geçirildiği on yıllık dönemde (1993-2002) önemli bir yer almaktadır. 1997 ve 1999 yılları arasında gelişen bu proje şunları içermektedir:

- Engellilerin işe yerleştirilmesi ile ilgili bir yaklaşımın oluşturulması.
- Projeye katılan dört ülkenin işe yerleştirme kurumlarına bu yaklaşımın tanıtılması.
- İş arayan engellilerin en iyi şekilde takibini sağlamak amacıyla işe yerleştirme kurumlarının personelinin yeteneklerini geliştirmek için bir formasyon programı oluşturulması.
- “Engelli çalışanlara iş bulunması için etkili bir hizmetin gelişmesi” konusu üzerine sekiz Asya ülkesinin iş bulma kurumlarının temsilcilerinden oluşan teknik bir komisyonun kurulması (Singapur, Mart 1999). Komisyonun amacı, bu projeden çıkan sonuçları tartışmak ve etkili bir işe yerleştirme hizmetinin içerdiği her şeyi tanımlamak için katılan her ülkenin deneyimlerini incelemektir.



## **Orta ve Doğu Avrupa**

### **Bosna-Hersek'te mesleki adaptasyon**

Bu pilot proje, yerel mesleki yönetim ve adaptasyon hizmetlerinin gelişmesini desteklemekte ve engellileri emek pazarına dahil etmek için etkili eylem politikası önermektedir.

### **Savaş malullerinin işe yerleştirilmesi**

Bu projeden yararlananların başında, mesleki yeterlilik ve yeteneklerine uygun bir iş bulmak için, mesleki adaptasyon ve formasyon konusunda özel bir takip gerektiren, mesleği olmayan ve çalışma yaşında olan savaş malulleri gelmektedir. Bundan başka, bu proje, engellilerin ihtiyaçlarına mümkün olan en iyi şekilde cevap verebilecek yerel hizmetleri geliştirmek amacıyla gelecekte formasyon hizmeti verecek olanları eğitmeye yardım etmektedir.

### **Alman hükümetinin desteği**

Ocak 2000'de başlayan dört senelik bu proje, neredeyse tamamen Alman hükümeti tarafından finanse edilmiştir. Uluslararası Çalışma Bürosunun katılımından ve teknik desteğinden yararlanmaktadır.

Önümüzdeki senelerde ilk amaç, Bosna-Hersek'te tıbbi ve mesleki adaptasyon konusunda daha iyi bir koordinasyonun önemini vurgulamak olacaktır.

## **Kuzey ve Batı Afrika**

### **Fas'ta engellilerin ekonomik ve sosyal entegrasyonu**

Uluslararası Çalışma Bürosu, 1995'te Müsteşarlık tarafından Fas'taki engelliler için ortaya atılan topluluk temelli ulusal bir adaptasyon programına destek sağlamaktadır. Bu program, yetişkin ve genç engellilerin ve de ailelerinin sosyal ve ekonomik yaşam kalitesini iyileştirmeyi amaçlamaktadır.

Uluslararası Çalışma Bürosunun katılımı, PNUD<sup>1</sup> tarafından finanse edilen ulusal programa destekle belirlenmektedir. Uluslararası Çalışma Bürosu, bu projenin anlaşılmasında kesin bir rol almıştır ve projeye, ortaya atıldığından beri aktif olarak katılmaktadır. Mart 2000'de Fransız örgüt AFPA<sup>2</sup> ile işbirliği içinde, engellileri olağan mesleki formasyon sürecine dahil etmeyi amaçlayan bir öneriler bütünü ortaya çıkarmak amacıyla teknik yardım sağlamıştır. 2000 yılının ikinci yarısı boyunca, engellilerin ekonomik hayata katılımının artmasını hedefleyen faaliyetler hayata geçirilmiştir. Gerçekleşen

<sup>1</sup> Çev. notu: Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı.

<sup>2</sup> Çev. notu: Yetişkinler Meslek Eğitim Merkezi.

başlıca faaliyetler şunlardır: teknik yardım, resmi ve sivil kuruluşların personelinin formasyonu, bilgilendirici ve duyarlılığı arttırıcı kampanyalar.

Proje, iki aşamada, ilk olarak Settat, Khemisset ve Sale şehirlerinde, sonra Casablanca, Marakeş ve Tanger'de ortaya kondu.

### **Latin Amerika**

#### **Dominik Cumhuriyetinde engellilerin ekonomik ve sosyal entegrasyonu**

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün katılımıyla düzenlenen ulusal bir toplantının sonunda Dominik Cumhuriyetindeki engellilerin ekonomik entegrasyonu için Praxis Dominica olarak adlandırılan bir ulusal eylem programı ortaya çıkmıştır. Bu programın amacı, iş imkanlarını geliştirerek engellileri emek pazarına dahil etmektir. Böylece, bunların sosyal ve ulusal ekonominin gelişmesine tam katılımlarının gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır.

Bu program, başlıca hükümet kurumları, işçi ve işveren örgütleri, engelliler için kuruluşlar, ulusal ve uluslararası finans kurumları ve sivil toplum örgütlerinin yardımıyla oluşturulmuştur.

Program, duyarlılığı geliştirme, kurumsal güçlendirme, olağan ortamda formasyon ve mesleki yeniden entegrasyon şemalarına göre yönlendirilen dört modüle bölünmüştür.

Dört kişiden oluşan ulusal bir komisyonun yardımını alan Çalışma Bakanlığı bu programı yürütmektedir.

#### **Panama'da engellilerin ekonomik ve sosyal entegrasyonu**

Dominik Cumhuriyetinde yerleştirilen model çerçevesinde PRAXIS PANAMA adlı bir program Panama'da da geliştirilmiştir.

"PRAXIS Dominica" ve "PRAXIS Panama", Orta Amerika, Panama ve Dominik Cumhuriyetini kapsayan bölgesel bir programın bölümlerini oluşturmaktadırlar.

Aynı model üzerinde temellenen ulusal programlar, Orta Amerika'nın başka ülkeleri için de öngörülmüştür. Uluslararası Çalışma Örgütü, ulusal ve bölgesel programların uygulanmasında etkin bir rol oynamaktadır.

## **Ortadoğu ve Arap ülkeleri**

### **Engellilerin ekonomik ve sosyal entegrasyonu**

Ürdün ve Gazze Şeridinde Şeyh Halifenin mesleki adaptasyon merkezi, engelliler için tasarlanan bir mesleki adaptasyon programından yola çıkarak Abu Dhabi prensi Şeyh Halife Bin Zayed Al-Nahayyan (Birleşik Arap Emirlikleri) tarafından finanse edilen bir proje ortaya koymuştur. 1999'dan beri hizmete sunulabilir olan bu merkez, adaptasyon, formasyon ve iş hizmetleri sağlayacaktır. Ayrıca bu proje, engellilere mesleki beceri edinmeleri ve kendi topluluklarında iş imkanları bulmaları konusunda yardım etmek için topluluk temelli hizmetlerden faydalanmayı kolaylaştıracaktır.

### **Filistin'de gelir getirici faaliyetler**

Uluslararası Çalışma Örgütünün gelir getirici faaliyetlerle ilgili projesi (1999-2001), ülkeye sürekli bir programın yerleştirilmesi için gerekli araçları sağlayarak işgal altındaki topraklarda engellilerin ekonomik şartları kadar yaşam kalitelerini de iyileştirmeyi amaçlamaktadır. Daha çok engelli kadınlara yönelik olan bu proje, yerel bankaları, engellileri kredi planlarına dahil etmeye, onların emek pazarına girişlerini kolaylaştırmaya ve iş imkanları yaratmaya cesaretlendirmek amacını taşımaktadır. Bu faaliyetler, engellilerin çalışma hayatına dahil edilmelerini kolaylaştırmak için formasyon programları içermektedir.

### **Eski hükümlülerin rehabilitasyonu ve yeniden işe yerleştirilmesi programı**

Bu proje, 1995-1999 yılları arasında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından gerçekleştirilmiştir. Proje, Filistin makamlarına, eski hükümlülere sosyo-ekonomik bir yeniden yerleştirme programı tasarlamaları için yardım etme amacını taşımaktadır. Gelir getirici faaliyetler ortaya koymak amacıyla, adaptasyon ve mesleki formasyon, eğitim desteği, sağlık yardımı ve krediler gibi rehabilitasyon hizmetleri önermektedir. İtalya tarafından finanse edilen bu proje, Filistin yönetiminin programı yürütme ve eski hükümlülerin kişisel gelir getirici faaliyetlerini destekleme yeterliliğini güçlendirmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü, bu program için finansman arayışına da yardım etmiştir.

### **Irak'ta topluluk temelli bir adaptasyon**

Uluslararası Çalışma Örgütünün projesi (1995-2000), çalışma yaşında olan engellilerin karşılaştıkları problemler doğrultusunda yönlendirilmiştir: Formasyon ve iş imkanı eksikliği, bunların aktif yaşama girişlerini zorlaştırmaktadır. Bu zorluğun üstesinden gelebilmek için her biri bir ilde (Bağdat,

Basra ve Nineva) olmak üzere üç entegrasyon birimi oluşturulmuştur. Programın stratejisi, engellilerin emek pazarına yerleştirilmelerini kolaylaştırmak amacıyla onları, olağan formasyon hizmetlerine doğru yeniden yönlendirmeye dayanmaktadır. Gelir getirici pilot programlar da başarıyla devreye sokulmuştur. Adaptasyon hizmetleri geliştiği gibi, kamuoyunun bilinçlenmesi de gelişmiştir. Bu proje, 2000 yılının sonuna kadar üç ilde (Babil, Kerbela ve Diyala) daha gelir getirici faaliyetler gerçekleştirmek amacıyla ülkenin geneline yayılmıştır.

### **Suriye’de topluluk temelli adaptasyon üzerine bir pilot proje çalışması**

Uluslararası Çalışma Örgütü, Çalışma Bakanlığı bünyesinde, Suriye hükümetinin kabul ettiği yeni adaptasyon politikası çerçevesinde, planlama, topluluk temelli adaptasyonun gelişimine yardımda bulunma ve üç kırsal toplulukta pilot adaptasyon programları kurma amacıyla PNUD tarafından finanse edilen bir projede yer almaktadır. Ayrıca bu koordinasyon ünitesi, uzun vadedeki adaptasyon konusunda Suriye’nin durumundan kaynaklanan özel dinamikleri de göz önünde bulunduracak ulusal bir politikanın belirlenmesinde bakanlığa yardımcı olmaktadır.