



**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Journal of the Faculty of Law of İnönü University**

**Cilt : 5 – Sayı : 1**  
**Ocak – Haziran 2014**

**Vol. : 5 – No : 1**  
**January – June 2014**

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası  
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye  
Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

[www.inonu.edu.tr/hukuk](http://www.inonu.edu.tr/hukuk)  
[www.inonu.edu.tr/hukukdergi](http://www.inonu.edu.tr/hukukdergi)

e-posta : [hukuk@inonu.edu.tr](mailto:hukuk@inonu.edu.tr)  
e-posta : [hukukdergi@inonu.edu.tr](mailto:hukukdergi@inonu.edu.tr)

## İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

<i>İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>	<i>Journal of the Faculty of Law of İnönü University</i>
<i>Sahibi</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	<i>Owner</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
<i>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	<i>Responsible Chief Editor</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
<i>Editörler</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	<i>Editors</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Assist.Prof.Dr.Hayri KESER
<i>Yayın Kurulu</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	<i>Editorial Board</i> Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK Prof. Dr. Hakan KARAN Assoc.Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU Assist.Prof.Dr.Hayri KESER

**ISSN: 2146-1082**

**İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi Yılda 2 Sayı Olarak  
Yayımlanan ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)  
Ulusal Hukuk Veri Tabanında 2010 Yılından İtibaren Taranmakta  
Olan Hakemli Dergidir.**

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülteyi  
bağlamaz

### Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. A.Mehmet KOCAOĞLU	Kocaoğlu Avukatlık Bürosu
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan KARAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa AKAY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zariye ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Haluk EMİROĞLU	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Murat ATALI	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Süleyman BAŞTERZİ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Tamer BUDAK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÜRK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Hayri KESER	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İsmail ERBAY	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. N. Kağan KOCAOĞLU	Kocaoğlu Avukatlık Bürosu

## İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

- 1- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
- 2- Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
- 5- Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
- 6- Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır. Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

- 9- Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.  
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
- 11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
- 12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:  
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
- 13- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
- 14- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
- 15- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

## İÇİNDEKİLER

<b>Prof. Dr. Magali LEHARDY</b> Bonifacio Boğazı Örneği Işığında Uluslararası Bir Boğazda Uluslararası Çevre Koruması .....	1 - 22
<b>Prof. Dr. Syméon KARAGIANNIS</b> Armatörler ve Gemiyi Tutan Devletler Arasındaki İlişki – Uluslararası Deniz Hukuku Muhakemesinin Rolü .....	23 - 34
<b>Prof. Dr. Huriye KUBİLAY</b> Türk Hukukuna Göre «Boğazlar Rejimi»: Çevre Hukuku Yönünden Değerlendirme:	35 - 64
<b>Doç. Dr. Abdurrahman SAYGILI</b> Sinema ve Hukuk Bir Tür Olarak Hukuk Filmleri .....	65 - 76
<b>Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU – Arş. Grv. Sadık ÇAPA</b> Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak “Sıradan Çekilme Anlaşması” .....	77 - 118
<b>Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU</b> Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği .....	119-138
<b>Yrd. Doç. Dr. Esra KATIMAN</b> “Arctic Sunrise” (UDHM, Hollanda/Rusya Federasyonu) Davası Işığında, Uluslararası Hukuk ve Çevre Koruma Eylemleri .....	139-158
<b>Yrd. Doç. Dr. Joseph ZAND</b> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 15. Maddesi ve Olağanüstü Kavramı .....	159-224
<b>Yrd. Doç. Dr. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY</b> Fransa’da Kamu Personel Rejimi .....	225-240
<b>Dr. Talat KAYA</b> OECD / Dünya Bankası Model Rekabet Kanunu .....	241-268
<b>Dr. Vehbi Umut ERKAN</b> Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E.2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması .....	269-294
<b>Nuran KOYUNCU</b> Osmanlı Devleti’nde Sarrafların Mültezimlere Kefilliği .....	295-326
<b>Nevin MERAL</b> Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri’nde Sözleşmenin Devri .....	327-352
<b>Nermin TOMBALOĞLU</b> Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı .....	353-388
<b>Talya Şans UÇARYILMAZ</b> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Mülkiyet Hakkı: Thaleia Karydi Kararı Işığında Bir İnceleme .....	389-412

## CONTENTS

<b>Prof. Dr. Magali LEHARDY</b> La protection transnationale de l'environnement dans un détroit international le cas des Bouches de Bonifacio .....	1 - 22
<b>Prof. Dr. Syméon KARAGIANNIS</b> Les rapports entre armateurs et États détenant des navires Le rôle du Tribunal international du droit de la mer .....	23 - 34
<b>Prof. Dr. Huriye KUBİLAY</b> "Regime of The Straits" in Turkish Law: an Evaluation Concerning Environmental Law .....	35 - 64
<b>Assoc Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI</b> Cinema and Law, Law Film as a Type .....	65 - 76
<b>Assist. Prof. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU–Res. Assist, Sadık ÇAPA</b> Over-Indebtedness and "Letter of Subordination" as a Method for Preventing Bankruptcy .....	77 - 118
<b>Assist. Prof. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU</b> A.New Contribution to Turkish Administrative Law: The Union of Access Providers:	119-138
<b>Assist. Prof. Dr. Esra KATIMAN</b> Environmental demonstrations and international law in light of the <i>Arctic Sunrise Case (ITLS Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)</i> .....	139-158
<b>Assist. Prof. Dr. Joseph ZAND</b> Article 15 of the European Convention on Human Rights and The Notion of State of Emergency .....	159-224
<b>Assist. Prof. Dr. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY</b> The Regime of Public Personnel in France .....	225-240
<b>Dr. Talat KAYA</b> OECD / World Bank's Model Competition Law .....	241-268
<b>Dr. Vehbi Umut ERKAN</b> On The Decision of The Constitutional Court Dated 12.12.2007 Number 2003/34 Decision Number 2007/94: The Legal Nature of Statutory Right of Preemption and it's Exercise .....	269-294
<b>Nuran KOYUNCU</b> Money-Changers Guarantee for Leaseholders in the Ottoman State .....	295-326
<b>Nevin MERAL</b> Turkish Code of Obligations and the Transfer of Contract in the Principles of ole Lando .....	327-352
<b>Nermin TOMBALOĞLU</b> The Concept of Public Interest in the Decisions of the Constitutional Court .....	353-388
<b>Talya Şans UÇARYILMAZ</b> European Court of Human Rights and the Right to Property: an Analsis in the Light of Thaleia Karydi Decision .....	389-412



## La protection transnationale de l'environnement dans un détroit international le cas des Bouches de Bonifacio

Magali LEHARDY\*

Les Bouches de Bonifacio, détroit séparant la Corse, île sous souveraineté française, de la Sardaigne, île sous souveraineté italienne, au milieu de la Méditerranée occidentale, sont exemplaires des différentes stratégies juridiques permettant de résoudre des problèmes de protection des espaces marins vulnérables conjointement avec des questions de navigation internationale.

En effet, les Bouches de Bonifacio sont un espace maritime complexe et dangereux caractérisé par d'importants risques d'accidents de la navigation aux conséquences d'autant plus lourdes qu'il s'agit aussi d'un écosystème particulièrement rare et fragile.

En effet, les Bouches de Bonifacio sont un espace remarquable tant par la richesse écologique de ses habitats naturels (herbier de posidonies, coralligène, îlots marins...) que par les nombreuses espèces végétales (silène velouté,



Schéma in URL : <http://www.mediterraneancruises.com/map.cfm>

---

\* Maître de Conférences HDR à l'Université Nice Sophia Antipolis, Directrice du Master 2 Droit de l'Environnement, des Espaces et Ressources Maritimes et de l'Aménagement du Littoral (DEERMAL) de la Faculté de droit international « Institut du Droit de la Paix et du Développement » (IDPD)

barbe de Jupiter...) ou animales (puffin cendré, cormoran huppé, mérrou, grande nacre, patelle géante...) qu'elles abritent. Par ailleurs, elles se distinguent par la qualité et l'originalité de ses paysages (falaises calcaires, chaos granitiques, plages de sable...) <sup>1</sup>.

Par ailleurs, cet écosystème vulnérable subit de nombreuses pressions et menaces d'origine anthropique liées à l'essor démographique, à l'urbanisation du littoral, à la sur-fréquentation touristique et à l'exploitation des ressources halieutiques mais aussi et surtout au trafic maritime. En effet, les Bouches de Bonifacio sont une zone maritime caractérisée par des conditions de navigations tout à fait spécifique. Tout d'abord, la configuration physique même du détroit est particulièrement complexe pour la navigation. Il s'agit d'une zone de passage étroite dont la largeur varie de 8 à 10 milles marins, d'une profondeur maximale de 100 mètres et marquée par la présence de nombreuses îles et écueils. La navigation de transit doit ainsi s'y effectuer dans un espace resserré de trois milles de large, selon une route qui n'est pas rectiligne <sup>2</sup>. Ensuite, les conditions météorologiques y sont très instables voire très mauvaises en hivers <sup>3</sup>. Enfin, le trafic maritime y est considéré comme important. Il s'agit notamment de la route directe entre les ports de Barcelone et de Civitavecchia (Rome) et de la route directe entre de nombreux ports français et le sud de l'Italie. Trois milles navires transitent ainsi chaque

---

<sup>1</sup> Pour une présentation générale des caractéristiques écologiques des Bouches de Bonifacio voir les pages 'unités écologique' du site internet de la Réserve Naturelle des Bouches de Bonifacio: URL : <http://www.rnbb.fr/> Pour plus de détails sur la vulnérabilité de l'écosystème des Bouches de Bonifacio voir la demande déposée auprès de l'OMI de classement de la zone en ZMPV: In OMI, Comité de la protection du milieu marin, 61ème session, Point 9 de l'ordre du jour, « Identification et protection des zones spéciales et des ZMPV - Désignation des Bouches de Bonifacio comme zone maritime particulièrement vulnérable » ; Document présenté par la France et l'Italie, MEPC 61/9, 25 juin 2010, Annexe, pp.6-12.

<sup>2</sup> A l'embouchure orientale, se trouvent les îles italiennes de l'archipel de la Maddalena et les îles françaises de Cavallo et Lavezzi. Dans la partie nord du détroit, les navires doivent éviter les écueils de Perduto et les îles Lavezzi, au sud se situent les îles sardes de Razzoli et de Persa. In OMI, Comité de la protection du milieu marin, 61ème session, op cit, p.3.

<sup>3</sup> In OMI, Comité de la protection du milieu marin, 61ème session, op cit, Annexe, p.11.

année dans les Bouches de Bonifacio, entre la Corse et la Sardaigne <sup>4</sup>, plus de cent cinquante transportant des cargaisons dangereuses, tels que des hydrocarbures ou des produits chimiques <sup>5</sup>.

Les conséquences environnementales d'un accident au sein de cet écosystème particulier ont été illustrées par le cas du céréalier Fénès. Suite à une importante tempête dans le détroit, le 25 septembre 1996, le céréalier panaméen Fénès, s'est échoué sur les écueils de l'île Lavezzi. Si n'y a pas eu de pollution par hydrocarbures <sup>6</sup>, les tempêtes de l'automne ont peu à peu éventré le navire et sa cargaison s'est déversée autour de lui sur un herbier dispersé de posidonies dans une zone recouvrant un peu plus d'un hectare, les algues et animaux sessiles se retrouvèrent ainsi enfouis sous des dizaines de centimètres voire plusieurs mètres de blé. Au final, c'est plus de huit hectares d'écosystème marins remarquables bénéficiant de la protection de la réserve naturelle des Lavezzi qui ont été atteint par cette pollution. Les dégâts ont toutefois été considérablement limités par l'action conjointe et rapide des différents acteurs en cause aux

---

<sup>4</sup> Les 2984 navires ayant emprunté les Bouches de Bonifacio en 2009 se répartissaient de la façon suivante: Union européenne (Italie 831, France 371, Malte 251, Pays-Bas 152, Portugal 78, Royaume-Uni 67, Chypre 50); hors UE (Turquie 100, Antigua 183, Bahamas 165, Panama 143). In IMO, Sub-Committee on Safety of Navigation, 57th session, "Routeing of Ships, Ship Reporting and Related Matters - Strait of Bonifacio PSSA Associated Protective Measure - Recommended pilotage", NAV 57/3/8, 11 March 2011, Annex, p.4.

<sup>5</sup> 157 navires transportant des marchandises dangereuses ont transité par les Bouches en 2009 dont: 70 porte-conteneurs, 61 rouliers, 13 vraquiers, cinq chimiquiers, trois pétroliers, trois gaziers et deux transbordeurs. In IMO, Sub-Committee on Safety of Navigation, op cit, NAV 57/3/8, Annex, p.4.

<sup>6</sup> « Grâce à la réaction rapide de la Préfecture Maritime de la Méditerranée et de l'assureur du navire. Le fioul de propulsion et les huiles du navire furent enlevés dès le 10 octobre ». L'accident du Fénès, site internet du CEDRE (Centre de documentation, de recherche et d'expérimentations sur les pollutions accidentelles des eaux) : URL : <http://www.cedre.fr/fr/accident/fenes/fenes.php>

fins d'organiser la dépollution du site. Cette dernière a toutefois représenté un coût important pour les acteurs concernés <sup>7</sup>.

Le cas du Fénès, s'il n'a pas abouti à une pollution majeure, est cependant exemplaire des risques qui pèsent sur cet écosystème en cas d'accident d'un navire transportant des substances dangereuses. Les conséquences environnementales relativement limitées dans le cas du Fénès, auraient été tout autre et extrêmement graves si le navire accidenté avait transporté des hydrocarbures au lieu de céréales. Par ailleurs, il convient de préciser que l'enjeu n'est pas seulement écologique, dans la mesure où le développement économique des régions en cause est en grande partie lié au tourisme, lui-même dépendant de l'image que présente la région en termes de qualité environnementale de ses côtes et espaces marins.

Il résulte de ces différents éléments d'une part, que les Bouches de Bonifacio subissent d'importantes menaces, parmi lesquelles les risques liés à la navigation commerciale tiennent une place importante, et d'autre part, que cet espace maritime est caractérisé par des qualités écologiques qui justifient de le préserver, d'autant plus qu'il est un atout majeur pour le développement économique des régions qui le bordent. Pour ces raisons, les Etats en cause, la France et l'Italie, ont depuis les années quatre-vingt-dix considéré qu'il était indispensable de mettre en place des mécanismes juridiques visant à assurer la préservation des Bouches de Bonifacio vis-à-vis des différentes menaces que les activités humaines font peser sur cet espace marin et sur les espaces terrestres qui lui sont contigus.

Dans la mesure où il s'agit d'un espace naturel rare et fragile qu'il convient de préserver, les deux Etats ont d'abord fait appel aux mécanismes du droit de l'environnement, particulièrement aux instruments de protection spatiale des espaces naturels (I). Toutefois, compte tenu des limites de ces derniers face aux obligations qui s'imposent aux Etats dans les détroits servant à la navigation

---

<sup>7</sup> « Le suivi écologique a fait apparaître un impact notable sur 8 hectares dont une atteinte sévère sur 3,9 hectares avec, entre autres, destruction de 2 500 m<sup>2</sup> d'herbiers de posidonies. » In Site internet du CEDRE, op cit.

internationale au titre du droit de la mer, les deux Etats ont prolongé leur action dans le domaine du droit de la mer, notamment au travers d'un mécanisme de protection spatiale de l'environnement marin établi au titre de l'organisation de la navigation (II).

### **I- La protection des Bouches de Bonifacio par les instruments du droit de l'environnement**

Les Bouches de Bonifacio, en tant qu'écosystème unique partagé entre les deux Etats riverains du détroit, ne peuvent être protégées de manière efficace qu'au travers de mécanismes internationaux. Cette approche internationale de la protection c'est toutefois déclinée en deux composantes distinctes et complémentaires. D'une part, l'Italie et la France ont développé une politique de coopération bilatérale aboutissant à l'élaboration d'un instrument conjoint de protection de cet espace marin (A). D'autre part, les deux Etats ont souhaité inscrire leurs actions bilatérales de protection dans un contexte juridique international plus large en faisant appel aux instruments multilatéraux de protection spatiale de l'environnement marin (B).

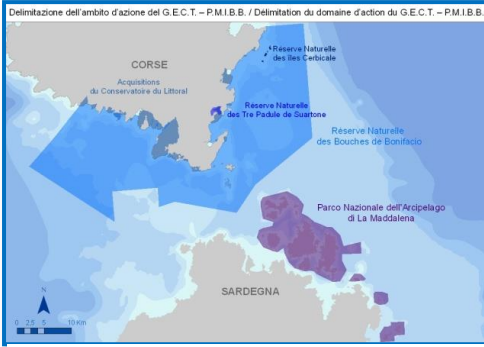
#### **A) La protection des Bouches de Bonifacio au travers de la coopération des Etats riverains**

Dès le début des années quatre-vingt-dix, la France et l'Italie, avec le soutien de la Communauté européenne, se sont entendues aux fins d'établir dans la Bouches de Bonifacio un mécanisme commun de protection spatiale de l'environnement. Ce projet a été officialisé en 1992, par les ministres de l'environnement français et italien, au travers de la Déclaration d'Aoste qui prévoit la création d'une « *réserve marine internationale dans les Bouches de Bonifacio* »<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Le projet est confirmé le 19 janvier 1993 par l'adoption d'un protocole franco-italien définissant ses modalités de mise en œuvre. In Site internet du Parc marin international des Bouches de Bonifacio, Dossier de Presse: URL : <http://www.pmibb.com/fr/dossier-de-presse-pourquoi-un-parc-marin-international> Voir aussi M. LAUDATO, « *Le projet de Parc marin international dans les Bouches de Bonifacio* », Annuaire du Droit de la Mer, 2005, Tome X, pp.109-122; C. CHEVALIER & T.R. YOUNG, « *The international marine park in the mouth of Bonifacio - Relevant perspectives in international law* »,

Toutefois, avant de mettre en place un tel instrument commun de protection, il convenait que les deux Etats fassent évoluer leurs régimes juridiques nationaux de protection de l'environnement dans la zone en cause. A cette fin, l'Italie a créé en 1994 le Parc national de l'archipel de la Maddalena, dans la partie sarde du détroit <sup>9</sup>, et la France a instauré en 1999 la réserve naturelle des Bouches de Bonifacio, dans la partie



Carte in pages relatives au GECT – PMIBB du site internet de la Réserve Naturelle des Bouches de Bonifacio: URL : <http://www.rnbb.fr>

corse des Bouches de Bonifacio <sup>10</sup>.

Les deux zones protégées ainsi désignées ont la particularité de concerner à la fois des espaces terrestres et des espaces marins. Ces derniers contigus aux premiers sont toutefois de dimension plus beaucoup plus importante, ce qui confère à ces deux ensembles le caractère dominant d'Aire Marine Protégée. La vocation maritime de ses instruments de protection spatiale de l'environnement est confirmée par l'adoption par les deux Etats de différentes mesures nationale de protection de l'environnement marin au côté de la réglementation terrestre. On notera

---

IUCN Centre for Mediterranean Cooperation, Malaga, Espagne, 2004, 26.p. disponible sur [www.iucnmed.org](http://www.iucnmed.org); A. L. BĪNDĪ, « *Le projet de parc marin international des Bouches de Bonifacio, la sécurité et le contrôle de la navigation maritime dans le détroit* », Annuaire du Droit de la Mer, 1999, tome IV, pp.163-178.

<sup>9</sup> Le Parc national de l'archipel de la Maddalena a été créé en Sardaigne par la loi du 4 janvier 1994. Cf Site internet du Parc marin URL : <http://www.lamaddalenapark.it/ente-parco/introduzione> Voir aussi le Décret du Président de la République du 17 mai 1996: D.P.R. 17 maggio 1996, Istituzione dell'ente Parco nazionale dell'Arcipelago de La Maddalena.

<sup>10</sup> La Réserve Naturelle des Bouches de Bonifacio a été créée en Corse par le décret n° 99-70056 du 23 septembre 1999 (JORF n° 222 du 24 septembre 1999, p.14243).

en particulier, en ce qui concerne les espaces marins, une réglementation stricte de la pêche, de la plongée, de l'accostage et du mouillage <sup>11</sup>.

La coopération bilatérale interétatique s'est alors prolongée au travers de l'action des différents organismes locaux compétents <sup>12</sup> aux fins d'une part, de collaborer à l'amélioration de la protection de l'ensemble des Bouches de Bonifacio mais surtout, d'autre part, aux fins de préparer la création d'un véritable outil international de protection et de gestion en commun de cet espace marin. Cette coopération bilatérale a abouti en 2012 à la création du Parc Marin International des Bouches de Bonifacio (PMIBB) <sup>13</sup>.

L'instauration du PMIBB vise l'organisation d'une véritable gestion concertée des deux zones protégées <sup>14</sup> au travers d'une structure commune

---

<sup>11</sup> Voir les textes constitutifs des deux zones protégées ainsi que les textes d'application : pour la France voir la réglementation s'appliquant dans la réserve : pages réglementation du site internet de la Réserve Naturelle des Bouches de Bonifacio : URL : <http://www.rnbb.fr/> ; pour l'Italie voir la réglementation s'appliquant dans le parc : pages « salvaguardia » et « zonizzazione » du site internet du Parc National : URL : <http://www.lamaddalenapark.it/ente-parco/misure-di-salvaguardia>

<sup>12</sup> Du côté français, il s'agit de l'Etat, de la Collectivité Territoriale de Corse, du le Département de Corse-du-Sud, du Conservatoire du Littoral et des Communes de Porto-Vecchio, Bonifacio, Figari, Pianottoli-Caldareello et Monaccia d'Aullène. Du côté italien, il s'agit de l'Etat, de la Région autonome de Sardaigne, de la Province d'Olbia-Tempio (anciennement Province de Sassari) et de la Commune de La Maddalena.

<sup>13</sup> Le 7 décembre 2012: les Présidents de l'Office de l'Environnement de la Corse et du Parc National de l'Archipel de la Maddalena ont signé à Bonifacio les textes constitutifs du PMIBB (convention et statuts). Ces documents prévoient que le PMIBB est « chargé de promouvoir la protection, la gestion et la valorisation conjointe des ressources naturelles et culturelles des Bouches de Bonifacio, afin de mettre en œuvre une stratégie commune en matière de développement durable de cet espace de coopération ». In Dossier de Presse relatif à la création du GECT- PMIBB: page actualités du site internet de la RNBB: URL : [http://pmi.oec.fr/catalog\\_repository/uploads/18/GECTPMIBB\\_dossier\\_presse\\_071212.pdf](http://pmi.oec.fr/catalog_repository/uploads/18/GECTPMIBB_dossier_presse_071212.pdf)

<sup>14</sup> On notera qu'au contraire du projet initial et à de la logique d'une gestion concertée d'un écosystème unique et partagé, la zone de compétence du Parc Marin International est segmentée et ne fait qu'additionner les zones de compétences des deux aires protégées existantes, sans intégrer, comme dans le projet initial, les espaces marins contigus aux deux zones. Voir la carte infra.

qui prend la forme d'un « Groupement Européen de Coopération Territoriale » (GECT). En effet, ce dispositif original, proposé par l'Union Européenne<sup>15</sup>, permet une collaboration plus étroite entre deux pays transfrontaliers, en l'occurrence la France et l'Italie, au sein d'une entité juridique autonome. Parallèlement à cette dynamique de coopération bilatérale, les deux Etats ont développé une politique de protection des Bouches de Bonifacio au travers de mécanismes internationaux de protection de l'environnement.

### **B) La protection des Bouches de Bonifacio par des instruments internationaux de protection spatiale de l'environnement**

Aux fins à la fois de compléter leur action bilatérale et de donner une assise internationale à leur volonté d'assurer la protection de la zone en cause, les deux Etats ont intégré leurs actions dans un processus de reconnaissance internationale du caractère rare et fragile de la zone en cause, justifiant son classement au titre des mécanismes internationaux de protection spatiale de l'environnement.

A ce titre, les Bouches de Bonifacio sont aujourd'hui protégées tant par des mécanismes issus du cadre juridique de la protection de la Méditerranée que par ceux prévus par le droit européen. Ainsi, depuis 2009, la Réserve Naturelle des Bouches de Bonifacio (RNBB) est classée en tant qu'ASPIM « Aire Spécialement Protégée d'Intérêt Méditerranéen » au titre du Protocole relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique en Méditerranée de la Convention de Barcelone pour la protection de la Méditerranée<sup>16</sup>. Un classement identique pour le Parc de la Maddalena fait partie des objectifs annoncés

---

<sup>15</sup> Règlement (CE) n° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), JOUE L 210 du 31.7.2006.

<sup>16</sup> PNUE, *La Seizième réunion des Parties contractantes: Décision IG.19/14*, "Inscription sur la liste des ASPIM de la Réserve naturelle des Bouches de Bonifacio (France), des Aires marines protégées de Capo Caccia-Isola Piana (Italie), de Punta Campanella (Italie) et du Parc National d'Al-Hoceima (Maroc)" in UNEP(DEPI)/MED IG.19/8 Annexe II, Page 137.



du nouveau Parc Marin International <sup>17</sup>. Le classement de la RNBB en ASPIM a pour conséquence d'élargir la portée juridique et l'applicabilité des mesures de protection adoptées par la France dans la cadre de la Réserve Naturelle à l'ensemble des Etats parties au Protocole <sup>18</sup>.

Au côté de cette mesure de protection spatiale établie au niveau international régional, les deux Etats ont utilisés les mécanismes de protection de l'environnement instaurés au niveau européen. Ainsi, la Réserve Naturelle des Bouches de Bonifacio bénéficie d'un classement au titre du réseau « Natura 2000 en mer » en tant que site d'importance communautaire (SIC), au titre de la directive habitat <sup>19</sup>, et en tant que zone de protection spéciale (ZPS), au titre de la directive oiseaux <sup>20</sup>. Le même processus de classement en Zone Natura 2000 a été opéré pour la partie italienne des Bouches de Bonifacio <sup>21</sup>. Ce classement <sup>22</sup> impose aux Etats

---

<sup>17</sup> Site internet du Parc National de l'Archipel de la Maddalena: Pages relatives aux projets de coopération en cours du site internet du Parc: URL : <http://www.lamaddalena.it/ente-parco/cooperazione-e-progetti/pmibb>

<sup>18</sup> Au mois de mai 2014, seuls quatre Etats de la Méditerranée n'avaient pas ratifié le Protocole relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique en Méditerranée adopté le 10 juin 1995 à Barcelone: la Bosnie, la Grèce, Israël et la Lybie.

<sup>19</sup> Trois sites d'importance communautaire sont classés au titre de la directive 92/43/CEE (Habitat) concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages: les Bouches de Bonifacio et l'îles des Moines pour 94 612 hectares, les Îles Cerbicales et frange littorale pour 3 698 hectares et le Plateau de Pertusato/Bonifacio et Îles Lavezzi pour 6 071 hectares. In pages relatives à « Natura 2000 en Mer » du site internet de l'Office de l'Environnement de la Corse:

URL <http://www.oec.fr/modules.php?name=Sections&sop=viewarticle&artid=1414#2>

<sup>20</sup> Classement en zone de protection spéciale (ZPS) au titre de la directive 79/409/CEE (Oiseaux) des "Îles Lavezzi, Bouches de Bonifacio", pour 98941 hectares, désignée par arrêté interministériel du 30 octobre 2008. In JORF 6 novembre 2008, p.14. Voir aussi Carte du Réseau Natura 2000 en Mer pour la Région Corse : In site internet de l'Office de l'Environnement Corse :

URL <http://www.oec.fr/modules.php?name=Sections&sop=viewarticle&artid=1414#2>

<sup>21</sup> Six zones de protection spéciale au titre de la directive 79/409/CEE (Oiseaux) et douze sites d'importance communautaire au titre de la Directive 92/43/CEE (Habitat) ont été classés. Les deux types de classement concernent les espaces maritimes entourant l'archipel de la Maddalena: Voir le site internet de l'Union européenne relatif à Natura 2000 : <http://natura2000.eea.europa.eu/natura2000/SDF.aspx?site=ITB010008>. Voir aussi pour le Classement de l'archipel de la Maddalena: Deliberazione della Giunta

garantir le maintien de la diversité biologique des milieux, tout en tenant compte des exigences économiques, sociales, culturelles et régionales dans une logique de développement durable.

Enfin en 2010, les ministres chargés de l'environnement des deux Etats en cause se sont engagés « à accompagner la démarche de dépôt d'un dossier de classement du site des Bouches de Bonifacio sur la liste du patrimoine mondial et culturel de l'UNESCO »<sup>23</sup>. Ainsi, l'une des premières missions confiées au nouveau GECT-PMIBB est d'intégrer « la perspective de l'inscription et de la gestion de valeurs universelles exceptionnelles concernant le P.M.I.B.B. dans le cadre de la convention du patrimoine mondial de l'U.N.E.S.C.O. »<sup>24</sup>.

Pour autant, malgré cette multiplication des régimes de protection spatiale des Bouches de Bonifacio<sup>25</sup>, l'une des principales menaces pesant sur cet espace marin vulnérable n'est pas écartée. Le passage au travers du détroit de navires transportant des substances dangereuses n'est pas visé par ces mécanismes adoptés dans le cadre du droit de l'environnement qui

---

Regionale della Sardegna n. 9/17 del 07/03/2007; Determinazione del Direttore del Servizio Tutela della Natura della Regione Sardegna n. 1699 del 19/11/2007

<sup>22</sup> La Commission européenne a approuvé par le classement de ces sites au titre de Natura 2000 par sa décision du 22 décembre 2009 arrétant, en application de la directive 92/43/CEE du Conseil, une troisième liste actualisée des sites d'importance communautaire pour la région biogéographique méditerranéenne. In *C(2009) 10406*, (2010/45/UE), JOEU du 2.2.2010, L 30/322, p.359 & p.398.

<sup>23</sup> Déclaration d'intention entre le Ministre de l'environnement et de la protection du territoire de la mer de la République italienne et le Ministre d'Etat, Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, de la République française relative à la création du parc marin international des Bouches de Bonifacio signée à Palau le 15 juin 2010

<sup>24</sup> Article 5 de la Convention *constitutive du G.E.C.T.* (Groupement Européen de Coopération Territoriale) P.M.I.B.B. (Parc Marin International des Bouches de Bonifacio) signés à Bonifacio le 7 décembre 2012 par les Présidents de l'Office de l'Environnement de la Corse et du Parc National de l'Archipel de la Maddalena.

<sup>25</sup> A ces différentes mesures de protection spatiale, il convient de rajouter le sanctuaire Pelagos pour la protection des mammifère marin créé par l'accord du 25 novembre 1999 signé à Rome entre l'Italie, la France et Monaco. In Site internet de l'accord Pelagos : URL : <http://www.sanctuaire-pelagos.org/accord-pelagos>

échouent ainsi à faire face à l'un d'un principaux enjeux de la protection de l'environnement dans les Bouches de Bonifacio.

On peut donc douter de l'utilité de la multiplication des instruments utilisés. Mais d'une part, ils permettent de faire face aux autres enjeux environnementaux de la zone qui ne sont pas minimes. D'autre part, ils assurent une reconnaissance internationale du caractère vulnérable de la zone et servent ainsi de support à l'action des deux Etats aux fins d'obtenir un régime de la navigation dans le détroit, qui permette de limiter la menace qu'elle représente pour cet écosystème. C'est en effet seulement dans le cadre juridique spécifique du droit de la mer que les Etats peuvent obtenir une évolution du statut de la navigation dans le détroit qui soit suffisamment contraignante pour être favorable à la préservation de l'écosystème des Bouches de Bonifacio.

## **II- La protection des Bouches de Bonifacio par les mécanismes du droit de la mer**

La navigation dans les Bouches de Bonifacio relève du régime juridique des détroits internationaux, qui garantit la liberté de passage et protège ainsi la navigation des risques d'entraves de la part des Etats riverains du détroit (A). Malgré ce cadre juridique contraignant, la France et l'Italie ont développé de multiples actions qui ont leur ont permis d'obtenir une diminution substantielle de la fréquentation des Bouches de Bonifacio tout en se conformant aux principes du droit de la mer (B).

### **A) La protection de la navigation internationale dans le détroit de Bonifacio**

La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer signée le 10 décembre 1982 à Montego Bay (CNUDM), dispose que la navigation « *dans les détroits servant à la navigation internationale* » est soumise au principe de la liberté de la navigation et ne peut pas être entravée par l'action d'un Etat riverain dans le cadre de l'exercice de ses compétences au titre de sa mer territoriale.

Les Bouches de Bonifacio sont considérées comme un « *détroit servant à la navigation internationale* » en raison de leur position particulière en Méditerranée occidentale. D'une part, elles se situent sur la ligne directe entre les ports de Barcelone et de Civitavecchia (Rome) et apparaissent ainsi pour de nombreux navires comme un point de transit qu'il ne serait pas « *possible de franchir par une route (...) de commodité comparable du point de vue de la navigation* »<sup>26</sup>. D'autre part, elles sont traversées par près de trois milles navires par ans, dont de nombreux navires battant pavillons d'un Etat non riverain du détroit<sup>27</sup>. Elles doivent donc être considérées comme « *servant à la navigation internationale* » (Art.36 CNUDM). Cette qualification entraîne l'application des dispositions de l'article 38 de la CNUDM qui dispose que « *tous les navires ... jouissent du droit de passage en transit sans entrave* ». La convention précise que ce mode de passage implique « *l'exercice ... de la liberté de navigation ... à seule fin d'un transit continu et rapide par le détroit* ».

Les Etats riverains du détroit ne peuvent donc adopter des mesures limitant ou entravant le passage, comme ils pourraient le faire dans leur mer territoriale, sans contrevenir au principe de la liberté de la navigation et aux dispositions de la CNUDM<sup>28</sup>. La France et l'Italie étant partie à la CNUDM, elles sont tenues de développer leur action au titre de la protection de l'environnement face aux menaces présentées par la navigation en conformité avec le principe de la liberté du passage. Il en résulte que les instruments utilisés par les Etats riverains des Bouches de Bonifacio pour assurer la protection de cet écosystème naturel (ASPIM, Natural 2000, Pelagos) ne leur ont pas permis, malgré leur inscription dans un dispositif de droit international, de limiter la navigation dans le

---

<sup>26</sup> Article 37 de la CNUDM: dans dernier ce cas, le droit de passage n'est pas protégé par le principe de la liberté de la navigation et le régime juridique du droit de passage en transit établi pour les détroits servant à la navigation internationale.

<sup>27</sup> Cf supra note 4

<sup>28</sup> L'article 42§2 de la CNUDM précise que si l'Etat côtier peut adopter des mesures relatives au passage, celles-ci ne doivent pas avoir « *pour effet d'empêcher, de restreindre ou d'entraver l'exercice du droit de passage en transit* »

détroit. Toutefois, si le droit de la mer ne permet pas aux Etats riverains du détroit de suspendre le passage, il prévoit qu'ils peuvent l'organiser.

La CNUDM pose le principe de la liberté du passage mais elle intègre la possibilité pour les Etats riverains d'organiser le trafic à condition d'obtenir l'accord de l'Organisation Maritime Internationale. Ainsi les dispositions conjointes des articles 41 et 42 de la CNUDM permettent aux Etats riverains d'un détroit de prendre des mesures visant à organiser le trafic maritime de manière à éviter que les menaces qu'il représente ne se réalisent pas, notamment à la suite d'un accident de la navigation. La Convention dispose ainsi que les Etats riverains d'un détroit peuvent adopter des « *lois et règlements relatifs au passage par le détroit portant sur : a) la sécurité de la navigation et la régulation du trafic maritime* » (Art.42§1a CNUDM). Dans ce cadre, ils peuvent notamment « *lorsque la sécurité des navires dans les détroits l'exige, désigner des voies de circulation et prescrire des dispositifs de séparation du trafic* » (Art.41 CNUDM). La Convention prévoit que ces mesures s'imposent aux navires pendant leur passage en transit (Art.41§7 & 42§4 CNUDM).

Ces mesures ne peuvent toutefois pas être établies de manière unilatérale par les Etats riverains du détroit. La Convention prévoit qu'avant de prendre des mesures visant l'organisation de la navigation, « *les Etats riverains du détroit soumettent leurs propositions, pour adoption, à l'organisation internationale compétente* ». C'est donc au sein de l'Organisation Maritime Internationale (OMI)<sup>29</sup>, que les Etats riverains de détroits internationaux effectuent les démarches aux fins d'établir des mécanismes permettant d'organiser la navigation de manière à assurer la sécurité de celle-ci et à éviter tout accident aux conséquences néfastes pour les écosystèmes en cause. L'action de la France et de l'Italie s'est

---

<sup>29</sup> L'Organisation Maritime Internationale est l'institution spécialisée de l'Organisation des Nations-Unies compétente pour assurer la collaboration entre les États membres dans le domaine de la réglementation maritime. Elle compte 170 États membres et 3 membres associés. Site internet de l'OMI: URL : <http://www.imo.org>

inscrite dans ce cadre en conformité avec le droit international et le droit de la mer.

### **B) La protection des Bouches de Bonifacio par l'organisation par la France et l'Italie de la navigation dans le détroit**

Parallèlement à leur action au titre du droit de l'environnement, visant à limiter les effets des activités humaines sur l'écosystème des Bouches de Bonifacio, la France et l'Italie ont développé leur action aux fins de limiter la navigation internationale dans le détroit.

Dès le début des années quatre-vingt-dix, les deux Etats ont adopté des mesures visant à limiter le nombre de navire transportant des substances dangereuses dans le détroit. Ainsi en 1993, ils ont interdit le franchissement du détroit aux navires battant leurs pavillons transportant des hydrocarbures ou des substances dangereuses ou toxiques<sup>30</sup>. Compte tenu de la fréquentation importante du détroit par les navires battant pavillon des Etats riverains<sup>31</sup>, cette mesure apparaissait tout à la fois indispensable pour des Etats souhaitant assurer la sécurité et la sûreté de la zone mais elle était aussi un préalable indispensable à l'obtention de mesures visant à limiter le trafic des navires étrangers dans les détroits.

L'action des deux Etats en tant qu'Etat du pavillon s'est ainsi prolongée au sein de l'OMI par l'obtention d'une résolution qui recommande aux Etats membres « *d'interdire ou, du moins, de fortement décourager le transit par les Bouches de Bonifacio des pétroliers en charge et des navires transportant des produits ... susceptibles de polluer* »<sup>32</sup>.

L'adoption d'une telle résolution par l'Assemblée de l'OMI, si elle ne permet pas d'obtenir l'interdiction du passage dans le détroit des navires étrangers transportant des substances dangereuses, est toutefois d'une portée juridique majeure dans la mesure où « *très souvent, les*

---

<sup>30</sup> Pour la France: arrêté du Préfet Maritime de Méditerranée n°1/93 du 15 février 1993 et pour l'Italie: décret du Ministre de Marine Marchande du 26 février 1993.

<sup>31</sup> En 2009 près de la moitié des navires traversant le détroit battent pavillon français ou italien. Cf note 4.

<sup>32</sup> Résolution OMI A.766 (18) du 4 novembre 1993 relative à la navigation dans les Bouches de Bonifacio

*gouvernements mettent en œuvre [ces résolutions] après les avoir intégrées dans leur législation* »<sup>33</sup>. La résolution prévoit aussi la mise en place par les Etats riverains du détroit d'un système de surveillance et d'information permettant d'assurer l'organisation et le suivi du trafic maritime au travers de moyens des techniques de communication.

Cette première organisation de la navigation dans le détroit de Bonifacio a été complétée en 1998 par l'adoption au sein de l'OMI de deux circulaires prévoyant la mise en place d'un dispositif d'aide à la navigation et d'une procédure de surveillance<sup>34</sup>. La France et l'Italie ont mis en œuvre l'ensemble de ces dispositions qui prévoyaient d'une part, l'instauration d'un système d'organisation du trafic maritime comprenant une route recommandée à double sens de circulation (*Two-way Route*) pour les navires supérieurs à 20 mètres, complété à chaque extrémité par une zone de prudence d'un rayon de 5 miles nautiques et d'autre part, un système de comptes-rendus obligatoires (*reporting systems*) pour les navires dont le tonnage est supérieur ou égal à 300 UMS, dès le passage en zone de prudence ou franchissement des lignes « BONIFREP » (voir la carte infra)

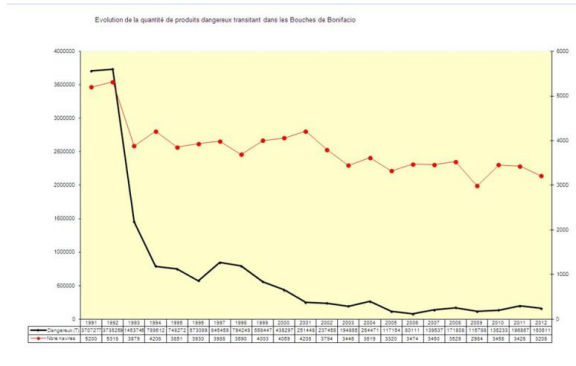
<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> In IMO, « *OMI Ce qu'elle est* », p.47. Site internet de l'OMI : URL : <http://www.imo.org>

<sup>34</sup> IMO SN/Circ.201, et IMOSN/Circ.198: Circulaires adoptées le 26 mai 1998, relatives aux systèmes d'organisation du trafic autres que les dispositifs de séparation » et aux « systèmes de compte rendu des navires ».

<sup>35</sup> Voir l'arrêté n°84/98 du 3 novembre 1998 (modifié par l'arrêté 56/2003) du préfet maritime français de la Méditerranée réglementant la navigation dans les Bouches de Bonifacio en vue de prévenir les pollutions marines accidentelles; le décret du ministère italien des transports et de la navigation du 27 novembre 1998 relatif à l'organisation du trafic dans le détroit de Bonifacio et l'accord technique franco-italien relatif aux procédures opérationnelles à mettre en œuvre pour le système de comptes rendus de navires dans les Bouches de Bonifacio (Bonifacio trafic) a été signé à Rome le 3 juin 1999.



Source : Office de l'Environnement de la Corse

Bien que n'entravant pas le passage en transit des navires dans le détroit, ces mesures ont été d'une très grande efficacité. Elles ont eu pour principal effet de diminuer de manière drastique la fréquentation du détroit par des navires transportant des substances dangereuses. On observe ainsi une baisse de 95% des quantités de substances dangereuses transitant par le détroit entre 1991 et 2012, ce pourcentage passant à 98% en ce qui concerne les produits pétroliers <sup>36</sup>.

L'efficacité de l'ensemble des textes ainsi adoptés par l'OMI est confirmée par la relative faiblesse des comportements non conformes aux dispositions qu'ils établissent <sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En ce qui concerne le nombre de navires: il passe de 5.200 en 1991 à 3222 en 2012. En ce qui concerne les quantités de produits dangereux: en 1991: 3.707.277 tonnes, en 1993: 1.453.745 tonnes, en 2012: 160.611 tonnes. En ce qui concerne les produits pétroliers: 1991: 2 573 380 tonnes / 2012: 60.782 tonnes soit une baisse de 98 %. In G. CANCEMI (ss la dir), « Lignes directrice du plan d'action », GECT PMIBB, Office de l'Environnement de la Corse, juin 2013, p.122.

<sup>37</sup> « En 2009 Bonifacio Trafic (service franco-italien) a reçu 2 984 comptes rendus obligatoires (CRO) de navires. Parmi eux 180 cas anormaux (infractions à la résolution A.766), dont 108 pour transport de marchandises dangereuses, soit 147 013 tonnes (141 867 tonnes en 2008). Parmi les infractions, on relevait 55 infractions pour des navires ayant émis leur CRO après avoir pénétré le dispositif, 19 pour des navires identifiés suivant une route non recommandée (-33 % par rapport à 2008) et 108 pour des navires transportant des matières dangereuses (+9 %). » In OMI, Comité de la protection du milieu marin, 61ème session, op cit, Annexe, p.11.



Cette efficacité n'a toutefois pas satisfait les autorités françaises et italiennes, qui ont poursuivi leurs actions aux fins de contrôler plus strictement la navigation dans les Bouches de Bonifacio. Les raisons de la poursuite de l'action franco-italienne sont liées au maintien des menaces que présente la navigation pour l'écosystème vulnérable des Bouches de Bonifacio. En effet, 130.000 tonnes/an de substances dangereuses transitent toujours par le détroit. Par ailleurs, un certain nombre de navires ne respectent pas les recommandations OMI et plusieurs accidents ont été évités de justesse.

Afin de limiter les menaces pesant encore sur les Bouches de Bonifacio, les deux Etats riverains du détroit poursuivent leur action au sein de l'OMI. Ils tentent ainsi de préciser l'organisation de la navigation dans le détroit par l'intermédiaire de la mise en place d'un instrument de protection spatiale de l'environnement s'appliquant à la navigation internationale. Il s'agit du procédé élaboré par l'OMI en 1978, permettant le classement d'un espace marin en « Zone Marine Particulièrement Protégée » (ZMPV)<sup>38</sup>. Ce classement s'accompagne de mesures associées qui visent à assurer une meilleure protection de la zone en cause vis-à-vis de la navigation internationale.

La procédure permettant d'obtenir un tel classement étant relativement difficile et longue, les représentants des gouvernements des deux Etats ont appuyé leur action en s'engageant à déposer auprès des Nations Unies une demande d'interdiction du « *passage ... des navires transportant des matières dangereuses* » en attendant le classement de la zone en par l'OMI<sup>39</sup>. Cette dernière demande paraît tout à fait excessive car elle

---

<sup>38</sup> Ou PSSA (Particular Sensitive Sea Area) selon le vocable anglo-saxon.

<sup>39</sup> « Déclaration commune de Mme Stefania Prestigiacomo, Ministre chargée de l'Environnement, de la Protection du territoire et de la Mer de la République italienne et de M. Jean-Louis Borloo, Ministre d'Etat, Ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, de la République française sur l'interdiction du transit par les Bouches de Bonifacio de navires transportant des marchandises dangereuses » signée à Palau le 15 juin 2010.

aboutirait à remettre en cause l'un des principes fondateurs de la CNUDM et donc la Convention elle-même, ce qui, compte tenu de la complexité de la négociation d'un tel texte, apparaît comme tout à fait hypothétique. Toutefois, cette demande démontre la motivation des deux gouvernements à obtenir devant les instances internationales une amélioration du statut des Bouches de Bonifacio au titre de la protection de l'environnement vis-à-vis de la navigation.

La demande franco-italienne de classement en ZMPV des Bouches de Bonifacio correspond aux objectifs de cet instrument qui vise à identifier une zone fragile qui doit faire l'objet d'une protection particulière, au niveau international, en raison de sa vulnérabilité face aux activités de transport maritime <sup>40</sup>. Pour la France et l'Italie, l'intérêt d'une telle procédure réside essentiellement dans les mesures associées qui peuvent être adoptées par l'OMI lors du classement. Celles-ci peuvent intégrer toute une série d'instruments visant à préciser l'organisation de la navigation dans le détroit <sup>41</sup>.

La proposition franco-italienne de classement des Bouches de Bonifacio en ZMPV, déposée auprès de l'OMI en 2010, comprenait les mesures d'organisation du trafic maritimes suivantes : un dispositif de séparation de trafic (DST) obligatoire en remplacement des routes recommandées

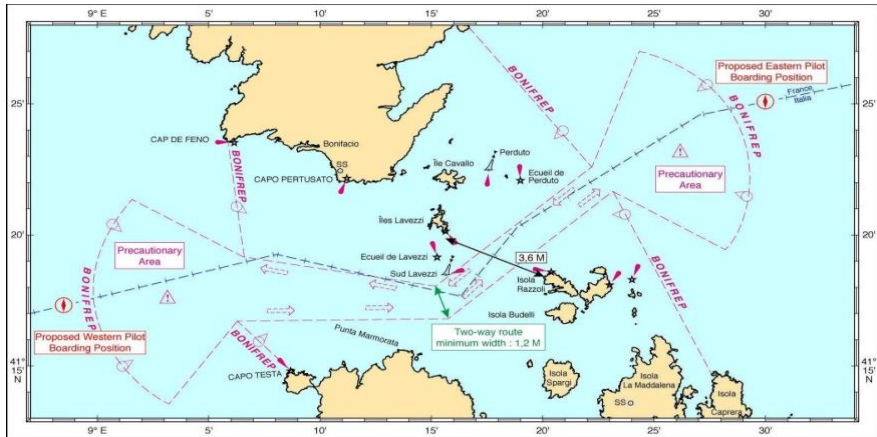
---

<sup>40</sup> A ce titre, les critères établis par l'OMI aux fins d'attribuer un tel classement s'attachent à plusieurs points dont notamment : les qualités écologique, socio-économique ou scientifique du site, sa vulnérabilité aux dommages liés aux transports maritimes (accidents, rejets en exploitation, dommages physiques aux habitats ou organismes marins,...) et la possibilité de prévenir/réduire/éliminer les risques par des mesures de protection associées. Voir Les Directives de l'OMI pour l'identification et la désignation des zones maritimes particulièrement vulnérables dans la résolution A.982(24). IMO, Assembly, A 24/Res.982, 6 February 2006.

<sup>41</sup> Ainsi, peuvent notamment être mise en place :

- des mesures d'organisation du trafic (Dispositif de Séparation de Trafic)
- des systèmes de compte rendus à proximité ou à l'intérieur de la zone (*Mandatory report*)
- des systèmes de pilotage
- des systèmes de gestion du trafic maritime (Système d'identification automatique; Système de Trafic Maritime (*Vessel Traffic Services*))

actuelles, un système de trafic maritime (STM ou *Vessel Traffic Service*) complet, des zones d'évitement près des écueils les plus dangereux et surtout un pilotage hauturier obligatoire pour le transport de cargaisons dangereuses <sup>42</sup>.



Carte des dispositifs organisant le trafic dans les Bouches de Bonifacio : Source : IMO, NAV/57/3-8, Annex, p.4

Aucune de ces mesures n'a été validée par les différents comités techniques de l'OMI ayant à examiner la proposition à l'exception notable du pilotage qui a été accepté par l'OMI à condition toutefois de le limiter à une mesure recommandée et non obligatoire.

De nombreux Etats ont en effet contesté la mise en place d'un pilotage s'imposant aux navires. Les autres mesures associées recommandées par les différents comités techniques de l'OMI <sup>43</sup> constituent une reprise des

<sup>42</sup> In OMI, Comité de la protection du milieu marin, MEPC 61/9, op cit, Annexe, p.13

<sup>43</sup> En attendant une validation définitive par l'Assemblée de l'OMI, le Comité MEPC (Comité de la protection du milieu marin) a adopté le 15 juillet 2011 une résolution désignant les Bouches de Bonifacio en tant que ZMPV (IMO, MEPC 62/24Add.1, Annexe 22, p.1). Le Comité MSC (Comité de la Sécurité Maritime) reprenant les travaux du sous-comité NAV (Sub-Committee on Safety of Navigation, NAV 57/3/8 & NAV 57/15) a adopté le 31 mai 2012 les nouvelles mesures d'organisation du trafic en tant que mesure de protection associées à la ZMPV des Bouches de Bonifacio (IMO, MSC 90/28, p.45-46) en précisant que ces mesures prendront effet le 1<sup>er</sup> juillet 2014. Les nouvelles recommandations de l'OMI sur la navigation dans les Bouches de Bonifacio sont ainsi

mesures préexistantes au titre des dispositions adoptées par l'OMI en 1993 et en 1998. Dans l'attente de l'adoption d'une résolution de l'Assemblée de l'OMI confirmant les dispositifs ainsi établis et prévue pour l'été 2014, les autorités maritimes corses et sardes travaillent de concert pour la mise en place de ce service de pilotage hauturier.

La protection des Bouches de Bonifacio est donc désormais organisée au travers de multiples instruments de protection spatiale de l'environnement marin : réserve et parc naturels, Pelagos, Natura 2000 en mer, ASPIM, Parc marin international, ZMPV et certainement à terme un classement au patrimoine mondial de l'UNESCO. Il en résulte que le statut juridique des Bouches de Bonifacio n'est pas loin de ressembler à un véritable « millefeuilles » dans la mesure où s'y superpose plusieurs catégories nationales et internationales de zone marines protégées. On pourrait douter de la cohérence et de la pertinence d'une telle approche accumulant les mécanismes sectoriels de protection dans les domaines de l'environnement, de la navigation ou du patrimoine culturel au détriment d'une approche globale, dite « holistique », de l'espace en cause, qui garantirait la cohérence de toutes les mesures adoptées<sup>44</sup>.

Toutefois, cette superposition des classements en zone marine protégée obtenus par les deux Etats a eu deux effets complémentaires. D'une part, elle a eu pour résultat d'obtenir une reconnaissance internationale du caractère rare et fragile des Bouches de Bonifacio, qui a permis d'obtenir la validation par l'OMI des mesures de protection vis-à-vis de la navigation. Ceci démontre la nécessité d'organiser l'interpénétration opérationnelle des dispositifs juridiques du droit de l'environnement et du droit de la mer aux fins d'assurer une protection efficace et effective d'un

---

précisées dans le rapport de la 19<sup>ème</sup> session du Comité de la sécurité maritime (IMO, MSC 90/28/Add.1/rev.1 du 12 août 2012, Annexe 19, p3&4).

<sup>44</sup> Cf LEHARDY M. "Superposition of marine protected areas: an original legal solution for the protection of Mediterranean canyons", in Wurtz M. (ed.) (2012). *Mediterranean Submarine Canyons: Ecology and Governance*, Gland, Switzerland and Malaga, Spain: IUCN, 175-180 et E. DRUEL, "Marine protected areas in areas beyond national jurisdiction: The state of play", IDDRI, Working Papers N°07/11.

écosystème marin vis-à-vis des activités maritimes. Par ailleurs, la stratégie de reconnaissance internationale développée par la France et l'Italie démontre aussi la complémentarité des instruments du droit de l'environnement et du droit de la mer.

D'autre part, cette accumulation a permis à la France et à l'Italie de s'engager dans un processus de protection globale ainsi que de gestion durable de cet espace marin. La superposition de multiples Aires Marines Protégées (AMP) à vocation sectorielle au titre de la protection de l'environnement (ASPIM, Natura 2000, UNESCO, Pelagos, Parc Marin) et du droit de la mer (ZMPV) abouti à la construction d'une politique de gestion globale permettant de palier l'absence de mécanisme global de protection spatiale des espaces marins<sup>45</sup> et garantissant une approche technique spécifique à chaque secteur d'activité en cause, limitant ainsi les risques d'opposition d'un secteur d'activité par rapport à une mesure globale de protection.

---

<sup>45</sup> Cf. TANAKA Y., « A Dual Approach to Ocean Governance - The Cases of Zonal and Integrated Management in International Law of the Sea », Ed Ashgate, Burlington, USA, pp.161-208 ; LEHARDY M., « *Les Aires Marines Protégées et la Gestion Intégrée des Océans : deux concepts interactifs du droit de la mer* », Annuaire du Droit de la Mer, Tome XIV, 2009, Pedone, Paris, pp.308-344 ; BONNIN M., « *Les aires protégées dans la mise en place des réseaux écologiques. Gestion globale de la nature ou gestion des institutions de conservation ?* », in « Aires protégées, espaces durables ? », Aubertin C. & Rodary E., (ss dir), IRD Éditions, Marseille, 2008, pp.113-135.



**Les rapports entre armateurs et États détenant des navires  
Le rôle du Tribunal international du droit de la mer**

*(The Relationship between the Shipowners and the Detaining State - The role  
of the International Tribunal for the Law of the Sea)*

**Prof. Dr. Syméon KARAGIANNIS\***

**ABSTRACT**

Although still not sufficiently well-known by ship-owners, the procedure under Article 292 of the UN Law of the Sea Convention covers a most substantial part of the overall activity of the International Tribunal for the Law of the Sea. This procedure enables ship-owners to obtain the prompt release of their vessels detained by coastal States for alleged illegal fishing in their EEZ as well as the prompt liberation of the detained crews upon the posting of a reasonable bond. The main objective of Article 292 procedure is for the Tribunal to appreciate the reasonableness of such a bond by the ship-owner is actually. Yet, despite the efforts of the Tribunal, many crucial questions regarding this procedure remain unanswered (criteria of the reasonableness, possibility for the detaining State to confiscate the ship ad son on).

**Keywords:** fishing vessels; detention of vessels; ship-owners; International Tribunal for the Law of the Sea; release of detained vessels and crews

**Mots clés:** navires de pêche ; détention de navires ; armateurs ; Tribunal international du droit de la mer ; libération d'équipages

---

\* Strazburg Üniversitesi.

Le Tribunal international du droit de la mer est né de la volonté de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de faire en sorte que la future Convention sur le droit de la mer comporte des mécanismes juridictionnels permettant le règlement de la plupart des litiges maritimes entre Etats, sinon carrément de tous les litiges. Certes, d'autres mécanismes juridictionnels auraient pu faire l'affaire, comme les tribunaux arbitraux ou encore la Cour internationale de justice.

Toutefois, on connaît le problème avec les tribunaux arbitraux : ils agissent ponctuellement et dépendent pour leur mise en place et leur composition des Etats parties aux litiges, ce qui, en théorie du moins, peut rendre leur effectivité aléatoire ainsi que le montre une célèbre jurisprudence de la Cour internationale de justice.<sup>1</sup> Cela dit, le danger de voir un Etat paralyser la mise en place d'un tribunal arbitral en refusant, par exemple, de nommer l'arbitre qu'il doit nommer est largement conjuré dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>2</sup>. En effet, en cas de non-nomination de « ses » arbitres par un Etat partie, c'est le Président du Tribunal international du droit de la mer qui les nommera<sup>3</sup>.

Quant à la Cour internationale de justice, son cas est un peu différent. La Cour de La Haye a sans aucun doute une grande expérience dans le domaine du droit de la mer étant donné que presque la moitié des affaires dont elle a eu à connaître depuis 1946 concernaient de près ou de loin des litiges se rapportant à la mer. Toutefois, une majorité de délégations à la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a empêché que la Cour se voie attribuer le rôle unique de tribunal permanent susceptible de régler les différends relatifs à l'interprétation ou

---

<sup>1</sup> Interprétation des Traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis consultatif du 30 mars 1950, Rec. p. 65.

<sup>2</sup> Entrée en vigueur le 16 novembre 1994, cette Convention est le fruit de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer dont les travaux ont été clôturés en Jamaïque, dans la ville de Montego Bay. La Convention de Montego Bay (R.T.N.U., vol. 1835, p. 3), comme on l'appellera le plus souvent dorénavant, liait 166 Etats en juillet 2014.

<sup>3</sup> Article 3, *littera e*) de l'Annexe VII de la Convention.



à la mise en œuvre des dispositions de la Convention sur le droit de la mer. En effet, les États du Tiers-Monde concevaient à l'époque une indéniable méfiance vis-à-vis de la Cour de La Haye considérée comme étant par excellence une cour « occidentale ». Paradoxalement, durant la même période, qui commence à la moitié des années 1970, la Cour perd, pour diverses raisons, la confiance des États occidentaux les plus importants tandis que les États socialistes de l'époque continuaient de regarder la Cour et, plus généralement, ce que l'on appelle justice internationale avec beaucoup de suspicion.

Ce sont précisément ces méfiances combinées qui ont fait que la Conférence ait opté en faveur de la création d'un tribunal international permanent spécialisé dans les questions concernant le droit de la mer. Le Tribunal international du droit de la mer, dont le siège est à Hambourg, coexiste donc, dans la Convention de 1982, avec la Cour internationale de justice tout comme d'ailleurs avec deux types de juridictions arbitrales lesquelles relèvent, respectivement, des annexes VII et VIII de la Convention. La composition élargie du Tribunal international du droit de la mer (21 membres au lieu de 15 pour la Cour) contribue à ce que celui-ci fasse figure d'organe juridictionnel davantage « démocratique ». Inutile de dire que cette composition élargie fait également les délices des États d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine qui y placent plus facilement « leurs » juges que dans la Cour de La Haye.

Ironie de l'histoire pourtant, alors même que le Tribunal était vu comme le futur principal tribunal maritime, la Cour continue d'accaparer l'essentiel du contentieux maritime qu'il s'agisse du contentieux de la délimitation maritime (toujours aussi fourni) que d'autres questions maritimes, concernant la pêche, des incidents navals, etc. A tel point que certains ont pu s'interroger naguère sur le luxe inutile que constituerait le

Tribunal international du droit de la mer dans le petit monde des juridictions internationales<sup>4</sup>.

Il est vrai bien sûr que le Tribunal n'a aucune sorte de monopole en ce qui concerne les différends maritimes et que l'expérience mais aussi la confiance dont bon nombre d'Etats a réinvesti la Cour de La Haye depuis le début des années 1990 font que le nombre d'affaires dont a pu être saisi le Tribunal de Hambourg reste plutôt modeste. Son rôle d'affaires compte, entre 1997 et 2014, vingt-deux affaires. Or, un peu moins de la moitié concerne un type d'affaires assez particulier. C'est justement ce type d'affaires qui sera l'objet de cette brève étude. Il s'agit de la procédure de l'article 292 de la Convention de Montego Bay portant sur la prompte mainlevée de l'immobilisation des navires ou la prompte libération de leurs équipages. Il est caractéristique que, déjà, la première affaire qui a été soumise au Tribunal, l'affaire du navire « Saiga »<sup>5</sup>, concernait déjà cette procédure.

Le succès qu'a pu connaître le Tribunal au sujet de cette procédure n'est pas dû au fait que le Tribunal possède un monopole de jure en ce qui concerne ce type d'affaires. Mais, en réalité, on est assez proche d'une sorte de monopole. En effet, dans ce genre d'affaires, le Tribunal devient seul compétent pour régler le litige si, dans un délai de 10 jours, les deux Etats concernés par le litige n'arrivent pas, d'un commun accord, à désigner une autre juridiction internationale.

La procédure de l'article 292 présuppose qu'un Etat côtier ait immobilisé, en principe dans un de ses ports, un navire battant pavillon étranger. Il est fréquent que l'Etat côtier ait également procédé à la détention des membres de l'équipage du navire ou du moins de certains d'entre eux (le plus souvent, le capitaine du navire). Souvent, les membres de l'équipage, privés de leurs passeports, seront assignés à bord. Sauf

---

<sup>4</sup> Voir, entre autres, Shigeru ODA, « The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976 – 1993) », *R.C.A.D.I.*, 1993/VII, tome 244, pp. 9 – 190, spéc. p. 145, n° 230 ; Jillaine SEYMOUR, « The International Tribunal for the Law of the Sea: A Great Mistake? », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, pp. 1-35.

<sup>5</sup> Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt du 4 décembre 1997.

erreur, dans la totalité des affaires portées en vertu de l'article 292 devant le Tribunal, ce qui était reproché au navire immobilisé était une activité de pêche illégale. En fait, l'article 73 de la Convention de Montego Bay prévoit explicitement la possibilité pour l'Etat côtier de prendre de telles mesures dans sa lutte contre les infractions à sa réglementation relative à la conservation de ses ressources biologiques marines. Une autre possibilité serait l'immobilisation du navire et la détention de son équipage au cas où ce navire serait soupçonné d'actes de pollution en vertu des articles 220 et 226 de la Convention. La question de savoir si des infractions à d'autres réglementations nationales de l'Etat côtier peuvent conduire à l'immobilisation du navire et à la détention de son équipage et, simultanément, à la mise en œuvre de la procédure de l'article 292 de la Convention reste toujours une question controversée.

Il est important de comprendre en quoi consiste exactement cette procédure de l'article 292. Il ne faut surtout pas croire qu'elle puisse permettre au Tribunal de régler l'affaire au fond, de dire, en d'autres termes, que le navire a effectivement violé la réglementation de l'Etat côtier relative à la pêche ou à la préservation de l'environnement ou, au contraire, que l'Etat côtier a immobilisé le navire et détenu son équipage de manière illégale. L'objectif poursuivi par l'article 292 est bien plus modeste. Cette procédure permet uniquement au Tribunal de statuer sur le caractère raisonnable de la caution ou autre garantie financière déposée par l'armateur auprès du Trésor de l'Etat côtier.

Il est intéressant de savoir que de telles immobilisations de navires de pêche ou de détentions de leurs équipages ne sont pas rares. Or, sans même parler du drame que peuvent vivre des équipages privés de leur liberté pendant plusieurs mois sans aucune sorte de procès, l'immobilisation d'un chalutier ou d'un autre navire moderne peut coûter extrêmement cher à son armateur. Il a été assez vite conclu au sein de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer que la future Convention devait faciliter les libérations des navires et des équipages dans de telles circonstances. D'autre part, il n'était bien entendu

pas question de léser les intérêts des Etats côtiers dont les ressources biologiques, notamment dans des mers qui ne peuvent faire l'objet d'une surveillance constante, pouvaient être pillées par des chalutiers peu scrupuleux.

Le compromis fut tout trouvé. Les autorités de l'Etat côtier doivent immédiatement lever l'immobilisation du navire et libérer son équipage dès qu'une garantie, bancaire ou autre, est déposée par l'armateur du navire. Ce sera sur cette somme d'argent que pourra être payée l'amende que le tribunal national compétent pourra, le cas échéant, infliger à l'armateur ou au capitaine pour pêche illégale, pollution marine délibérée, etc.

Toute la question est maintenant de savoir si la garantie que l'armateur est disposé de déposer est suffisante aux yeux des autorités locales. C'est, justement, le Tribunal international du droit de la mer qui devra statuer sur ce point. Il est remarquer cependant que « le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie ne constitue pas nécessairement une condition préalable à la soumission d'une demande fondée sur l'article 292 de la Convention »<sup>6</sup>. L'arrêt du Tribunal pourra, en tout cas, dire si la garantie est « raisonnable » et, au cas où, à son avis, cette garantie ne l'est pas, le Tribunal va fixer lui-même ce qu'il considérera comme garantie « raisonnable ». Il n'y a pas d'appel possible contre l'arrêt du Tribunal. D'un autre côté, ce n'est pas l'arrêt du Tribunal qui aura, en soi, le don de libérer l'équipage ou de lever l'immobilisation du navire. Il faudra que l'armateur dépose la garantie prescrite par le Tribunal. Ce sont d'ailleurs, in fine, les autorités locales de l'Etat côtier qui libéreront l'équipage et le navire.

Si, en tout cas, malgré le dépôt de la garantie prescrite, les autorités de l'Etat côtier ne se conforment pas à l'arrêt du Tribunal et continuent d'immobiliser le navire ou détenir son équipage, l'Etat côtier engagera sa responsabilité internationale. Mais là on change d'affaire et possiblement de juridiction même si rien n'empêche que les deux Etats acceptent la

---

<sup>6</sup> Affaire du "Camouco" (Panama c. France), arrêt du 7 février 2000, par. 63.

compétence du Tribunal de Hambourg pour régler ce nouveau litige. Toutefois, à la connaissance de l'auteur de ces lignes, aucune difficulté majeure ne s'est jamais présentée sur ce point. Tout au plus peut-on remarquer que, parfois, la mainlevée de l'immobilisation du navire et/ou la libération de son équipage ne s'effectuent pas immédiatement après le dépôt de la garantie financière prescrite par l'arrêt du Tribunal<sup>7</sup>. Ainsi, par exemple, selon certaines informations, la Guinée-Bissau n'a pas libéré dès le dépôt de la garantie le navire « Juno Trader » qu'elle détenait sous prétexte que les modalités du dépôt qu'avait privilégiées l'armateur n'étaient pas adéquates et allaient coûter cher à cet Etat africain désireux de recouvrer le montant de la garantie bancaire au plus vite et au coût bancaire le moins élevé possible. La fixation des modalités appropriées du dépôt de la garantie peut donc devenir un nouveau chantier délicat pour le Tribunal international du droit de la mer dans le cadre de la procédure de l'article 292 de la Convention de Montego Bay.

Derrière ce cadre général qu'esquisse l'article 292 se cachent certains aspects contentieux qui n'avaient pas forcément été prévus par la Troisième Conférence. Il ne s'agit pas ici d'épuiser la matière mais juste de faire mention de quelques uns de ces aspects un peu secrets de la procédure de l'article 292.

Ainsi, avant tout, se pose la question de la fixation du montant de la caution ou garantie financière raisonnable. La Convention de Montego Bay restant muette sur ce point, c'est forcément le Tribunal lui-même qui tentera, au fil de ses arrêts, de mettre en place quelques critères en la matière. La « doctrine » du Tribunal sur ce point n'est peut-être pas définitive mais on voit habituellement qu'il prend en considération la

---

<sup>7</sup> Pourtant, l'expression de l'article 292 § 4 est bien claire : « Dès le dépôt de la caution ou de l'autre garantie financière ». La même clarté et la même indication de simultanéité entre le dépôt de la garantie et la libération du navire et de l'équipage se retrouve également dans la version anglaise de la Convention (« Upon the posting of the bond or other financial security ») mais pas forcément dans d'autres versions officielles de la Convention (« Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera »; « После предоставления залога или иного финансового обеспечения »).

valeur marchande du navire et celle de son éventuelle cargaison ou encore la nature de l'infraction qui est reprochée au capitaine ainsi que le montant de l'amende ou l'importance d'une autre peine qui est prévue dans la législation nationale pour ces infractions.

A cet égard, on peut, néanmoins, se demander ce qui peut se passer si, de manière assez évidente, le navire ne semble pas avoir commis l'infraction qui lui est reprochée. C'est ainsi que le conseil de Saint-Vincent-et-les-Grenadines a soutenu que le navire « Juno Trader », immobilisé depuis quelques mois par les autorités de Guinée-Bissau, ne pouvait raisonnablement pas avoir pêché les poissons qui se trouvaient à son bord dans la zone économique exclusive de Guinée-Bissau parce que, primo, il possédait les certificats officiels requis attestant que ces poissons avaient été capturés dans la zone économique exclusive de la Mauritanie, fait que les autorités mauritaniennes, à nouveau sollicitées, ont immédiatement confirmé ; secundo, parce que le « Juno Trader » n'était pas un bateau de pêche mais un navire frigo ne possédant absolument pas de capacités de pêche ; tertio, parce que, sur requête de l'armateur, le tribunal administratif de Bissau avait déjà ordonné aux autorités de libérer le navire et son équipage. Malgré tout, le Tribunal de Hambourg n'a pas voulu abandonner sa traditionnelle jurisprudence en la matière en fixant, comme le lui suggérait le conseil de Saint-Vincent, le montant de la caution raisonnable quelque part entre 0 et 30000 euros<sup>8</sup>. Le fait, cependant, qu'il a estimé cette dernière à 300000 euros et non pas à 1300000 euros, comme le demandait la Guinée-Bissau, en dit déjà long sur le fait qu'il n'a pas été - totalement - insensible sur les circonstances particulières de cette affaire, circonstance qui, bien sûr, relevaient davantage du fond du litige que de la simple analyse de l'affaire sous l'angle de la procédure de l'article 292.

Un autre aspect intéressant de la procédure de l'article 292 est de savoir si, en fait, le Tribunal pourra effectivement statuer sur l'affaire dont

---

<sup>8</sup> Affaire du « Juno Trader », Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau, arrêt du 18 décembre 2004.

il est saisi. Comme il est énoncé dans le paragraphe 2 de l'article 292, la demande de mainlevée du navire et la demande de mise en liberté de son équipage ne peuvent être introduites auprès du Tribunal que par l'Etat du pavillon ou en son nom. Or, dans certains cas, l'Etat côtier avait confisqué le navire qu'il avait immobilisé lorsque l'affaire est arrivée devant le Tribunal. Cette mesure de confiscation est parfois prévue comme sanction par le droit pénal de certains Etats côtiers, mais la confiscation fait que l'Etat du pavillon se trouve, dans un tel cas, dans une situation assez délicate et particulière. On ne sait plus si, suite à cette confiscation, il continue d'être l'Etat du pavillon. Si la confiscation a pour conséquence que l'Etat du pavillon initial cesse d'être Etat du pavillon, il est manifeste qu'il ne pourra pas porter ce litige devant le Tribunal et demander la libération du navire qui, juridiquement, est devenu maintenant propriété de l'Etat côtier. Une telle hypothèse a été avancée par la Guinée-Bissau dans l'affaire « Juno Trader ». Toutefois, les circonstances de l'affaire et, avant tout, l'extrême précipitation dans laquelle la confiscation s'est opérée donnaient l'impression que son seul objectif poursuivi par cette confiscation était d'empêcher le Tribunal du droit de la mer de statuer dans cette affaire.

En revanche, dans les affaires des navires « Hoshinmaru » et « Tomimaru » qui ont opposé le Japon, Etat du pavillon initial, et la Russie, le Tribunal a fini par admettre la légalité de la mesure de confiscation de ces deux chalutiers japonais par l'Etat russe<sup>9</sup>. Il faut bien relever que, dans ces affaires, la procédure interne russe s'est déroulée normalement et est même arrivée devant la Cour suprême de la Fédération de Russie (laquelle a confirmé les confiscations). Pendant tout ce temps, l'armateur japonais n'avait pas réagi devant le Tribunal de Hambourg. Conclusion : l'armateur qui voit son navire immobilisé par un Etat côtier a intérêt à porter rapidement l'affaire devant le Tribunal de Hambourg et de ne pas passer beaucoup de temps devant les tribunaux nationaux de l'Etat

---

<sup>9</sup> Affaire du « Hoshinmaru » (Japon c. Fédération de Russie), arrêt du 6 août 2007 et affaire du « Tomimaru » (Japon c. Fédération de Russie), arrêt du 6 août 2007.

côtier surtout si une menace de confiscation de son navire par les autorités de l'Etat côtier se profile à l'horizon<sup>10</sup>.

Un dernier aspect de la procédure de l'article 292 qui sera examiné a trait à la personne qui peut déclencher cette procédure. Comme on l'a vu, l'article 292 § 2 prévoit que la demande de mainlevée « ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom ». Cette règle consacre le rôle traditionnel qu'en droit de la mer et en droit maritime joue l'Etat du pavillon. Il est donc, entre autres, exclu que la procédure puisse être déclenchée par l'Etat de nationalité de la société qui possède le navire immobilisé, par l'Etat de nationalité de la société qui est propriétaire de la cargaison se trouvant à bord du navire immobilisé ou encore par l'Etat de nationalité du capitaine ou des autres membres d'équipage détenus. Si l'on arrive, normalement, à déterminer sans trop de difficulté l'Etat du pavillon, le fait que l'article 292 § 2 prévoit que la procédure peut également être déclenchée « au nom » de l'Etat du pavillon reste un peu plus énigmatique. Il est évident que, forcément, ce sera toujours une personne physique qui agira « au nom » d'un Etat quelle que soit la procédure, internationale ou interne. Insister sur ce point, comme le fait l'article 292 § 2, peut paraître un peu suspect. L'explication de tout cela est à rechercher dans les travaux préparatoires de la Convention de Montego Bay. Le phénomène d'immobilisations, parfois intempestives ou non justifiées, de navires et surtout de chalutiers avait pu alarmer nombre d'Etat, essentiellement occidentaux, à commencer par les Etats-Unis d'Amérique. Ces Etats ont souhaité que des armateurs malheureux puissent, en cas de besoin, passer outre à l'éventuelle inertie de l'Etat du pavillon et porter eux-mêmes l'affaire de leur navire devant le Tribunal de Hambourg. Il y a eu sans doute des résistances face à cette « privatisation » possible de la justice interétatique. D'où cette formule

---

<sup>10</sup> Voir de manière plus détaillée sur la confiscation du navire en tant qu'obstacle à la compétence du Tribunal Syméon KARAGIANNIS, « A propos de quelques incertitudes concernant la demande de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire devant le Tribunal international du droit de la mer », *Journal du droit international (Clunet)*, 2009, pp. 809 – 851, spéc. p. 828 et ss.



bizarre « par l'Etat du pavillon ou en son nom ». Il est vrai que la formule dans la version anglaise « on behalf of » est davantage parlante que la formule de la version française (« en son nom »)<sup>11</sup>.

Il ne semble pas que le Tribunal ait eu, jusqu'à présent, à s'occuper sérieusement de la possibilité pour un armateur de déclencher lui-même la procédure. Cela devrait néanmoins être possible pour peu que l'Etat du pavillon, à tout le moins, ne s'y oppose pas formellement. Or, comme la plupart des Etats du pavillon de chalutiers sont actuellement des Etats à pavillon de complaisance, on voit mal comment ils pourraient ne pas cautionner l'action judiciaire de l'armateur. Ce dernier garde une arme absolue. S'il n'est pas satisfait des « services » de l'Etat du pavillon, il va immatriculer son chalutier auprès d'un autre Etat, davantage compréhensif. De toute façon, une procédure devant le Tribunal de Hambourg ne coûte rien à l'Etat à pavillon de complaisance. Bien au contraire, grâce à cette procédure, beaucoup de monde apprendra enfin que cet Etat existe!

---

<sup>11</sup> On notera que les versions espagnole et russe sont, de ce point de vue, très proches de la version française (« en su nombre » « от его имени »).



# TÜRK HUKUKUNA GÖRE « BOĞAZLAR REJİMİ » : ÇEVRE HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

*Prof. Dr. Huriye Kubilay\**

## **Özet**

Türk Boğazlarında çevrenin korunması Türkiye için olduğu kadar uluslararası toplum için de büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, ilgili hukuki düzenlemelerin uluslararası mevzuata uygun olması ve boğazlardan geçişin ve denetimlerin uluslararası standartlarda olması gerekmektedir. Özellikle yakın zamanlarda yürürlüğe giren mevzuatın değerlendirildiği bu çalışmanın sonucunda, uluslararası mevzuata uyumun hedeflendiği ve önemli ölçüde bu uyumun sağlanmış olduğu tespit edilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** “Türk Boğazları”, deniz kirliliği, Deniz Hukuku, çevrenin korunması, sigorta

## **“REGIME OF THE STRAITS” IN TURKISH LAW: AN EVALUATION CONCERNING ENVIRONMENTAL LAW**

### **Abstract**

Protection of environment in the Turkish Straits has great importance for the international community as well as for Turkey. Therefore, it is necessary that the related legal arrangements are in harmony with international regulations and control of passage from the Straits must be realized in accordance with international standards. At the end of this research where recently enacted legislation has been evaluated, it was determined that international compliance has been targeted and this compliance has been significantly achieved.

**Keywords:** “Turkish Straits”, marine pollution, Law of the Sea, protection of environment, insurance

---

\* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

Boğazlar, kara parçaları arasında iki deniz alanını bağlayan doğal deniz yolları olarak tanımlanır<sup>1</sup>. Türkiye sınırları içinde bulunan boğazların; İstanbul Boğazı'nın<sup>2</sup> ve Çanakkale Boğazı'nın<sup>3</sup> ve daha geniş anlamda “*Türk Boğazları*” olarak anılan deniz alanının çevre hukuku yönünden değerlendirilmesi bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Dünya üzerinde yaşanan çevresel felâketler, çevresel hassasiyeti yoğun olan boğazlarla ilgili çevre hukuku düzenlemelerinin önemini ortaya koyar<sup>4</sup>. Türk Boğazlarından petrol ve doğal gaz arama ve çıkarma amaçlı deniz araçlarının, nükleer atık<sup>5</sup> gibi tehlikeli yük taşıyan gemilerin geçişinin giderek artması bu alanda ciddi risk oluşturmaktadır. Bu çalışma çerçevesinde, özellikle Türk Boğazlar Sisteminde çevrenin korunmasına yönelik olarak, yakın zamanlarda ortaya çıkan hukuki gelişmeler üzerinde durulacaktır.

İlk olarak 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin<sup>6</sup> Başlangıç kısmında yer alan ve sonra 20 Temmuz 1936 Montreaux Boğazlar Sözleşmesi'nin<sup>7</sup>

<sup>1</sup> *Pazarıcı, H.* Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2005, s.267.

<sup>2</sup> İstanbul Boğazı, yaklaşık 30km (17 nm) uzunluğunda ve sadece 700 m. genişliğinde olup, kuzeyde Marmara Denizi ile Karadeniz'i bağlar. Karşıdan karşıya geçiş, Boğaziçi Köprüsü ve Fatih Sultan Mehmet Köprüsü ile boğazın altından geçen bir demiryolu tüp geçidi olan “Marmaray” ile sağlanır. Taşıtlar için “Avrasya Tüneli” olarak adlandırılan tüp geçit planlanmakta ve üçüncü asma köprü olan Yavuz Sultan Selim Köprüsü'nün yapımı sürmektedir. [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0stanbul\\_Bo%C4%9Faz%C4%B1](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0stanbul_Bo%C4%9Faz%C4%B1) (Erişim tarihi: 08.07.2014)

<sup>3</sup> Çanakkale Boğazı (Dardanellia/Hellespontos) , 68km (37 nm) uzunluğunda ve 1,2km genişliğinde olup, Marmara Denizi'ni Ege Denizi'ne bağlayan boğazdır. [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87anakkale\\_Bo%C4%9Faz%C4%B1](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87anakkale_Bo%C4%9Faz%C4%B1) (Erişim tarihi: 09.07.2014)

<sup>4</sup> Son yıllarda gittikçe artan petrol taşımacılığında meydana gelen deniz kazalarının yolaçabileceği tehlikelerin berteraf edilmesi konusunda gereken önlemlerin alınması zorunluluğu hakkında bk.*Kuran, S.* Uluslararası Deniz Hukuku, İstanbul 2006, 114.

<sup>5</sup> *Ece, J. N.*, Boğazlarda Çevre Güvenliği ve Alternatif Yollar [http://www.cozumvar.com.tr/tr/Yayinlarimiz/Denizcilik\\_Sektoru/Bogazlarda\\_Cevre\\_Guvenligi\\_ve\\_Altternatif\\_Yollar.asp](http://www.cozumvar.com.tr/tr/Yayinlarimiz/Denizcilik_Sektoru/Bogazlarda_Cevre_Guvenligi_ve_Altternatif_Yollar.asp) (Erişim tarihi: 01.04.2014)

<sup>6</sup> *Demirkaran, H.M.*, Türk Boğazları'nda Geçiş Rejimi ve Geçiş Rejimi İle İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 Gün E.2001/4-955, K.2001/1073 Sayılı Kararı, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.449-450; *Oğuzülgen, S.*, Türk Boğazları ve Deniz Trafığı İle İlgili Uluslararası Tarihi Gelişmeler ve Terminolojik İlkeler, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL

Başlangıç kısmında da anılan “Türk Boğazları”<sup>8</sup> terimi, İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı’ndan ortak ve özel (*ad hoc*) geçiş rejimi için kullanılmaktadır. Çevresel yönden etkileşim halinde olan bu alan, İstanbul’un 1453’de fethinden on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısı sonlarına kadar Osmanlı Devleti’nin *tam ve münhasır egemenliği* altında iken zamanla uluslararasılaşmış bir geçiş rejiminin uygulandığı bir alan haline gelmiştir<sup>9</sup>. Türkiye, uluslararası hukuk çerçevesinde gerekli yasal düzenlemelerini yaparak, deniz çevresinin korunması için bayrak devleti<sup>10</sup>, kıyı devleti<sup>11</sup> ve liman devleti olarak egemenlik yetkilerini en etkin şekilde kullanmaya çalışmaktadır.

Eski adı “Propontis” olan Marmara Denizi, Karadeniz’i, Ege Denizi ve Akdeniz’e bağlayan 110 nm. Uzunluğunda bir iç denizdir. Kirlilik,

---

ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.911-913.

<sup>7</sup> Demirkıran, H.M., s.450-452; Karlıklı, Y. Montrö Boğazlar Sözleşmesi Ekseninde Karadeniz’in Değişen Stratejik Görünümü, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.804-806; Oğuzülgen, H.M., s.913-916; Toluner, S., Montreux Konvansiyonu’nun Feshi ve Değişirme Usulüne İlişkin Bazı Sorunlar Üzerinde Düşünceler, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1071-1086; Ünan, S., Türk Boğazları’na İlişkin Montreux Sözleşmesi’nin Ticaret gemileri Hakkındaki Düzenlemesi ve Bu Boğazlarda Karşılaşılan Bazı Sorunlar Hakkında Kısa Değerlendirme, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1169.

<sup>8</sup> “Türk Boğazları” (The Turkish Straits Region) hakkında bk. Akten, N., Türk Boğazları ve Geleceği, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.246; Demirkıran, H.M., s.451; Oğuzülgen, S., s.910, 920; Ünan, S., Türk Boğazları’na İlişkin Montreux Sözleşmesi’nin Ticaret gemileri Hakkındaki Düzenlemesi ve Bu Boğazlarda Karşılaşılan Bazı Sorunlar Hakkında Kısa Değerlendirme, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1168.

<sup>9</sup> Pazarıcı, H., 271-272; Yüceer, B. S., Uluslar arası Boğazlar ve Kılavuzluk, İzmir 2001, s.49-50.

<sup>10</sup> Okur, D.A., Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi, Gemi Kaynaklı Deniz Kirliliğinin Önlenmesinde Değişen Yetki Dengeleri Bağlamında Liman Devletinin Artan Önemi, İstanbul 2009, s.103-107.

<sup>11</sup> Toluner, S. Boğazlardan Geçiş ve Türkiye’nin Yetkileri, Boğazlardan Geçiş Güvenliği ve Montreux Sözleşmesi, Prof.Mahmut BELİK ve Prof.Dr.Tahir ÇAĞA’ya Saygı Semineri, İstanbul 1994, s.11, Ünan, S.,s.1170.

Marmara Denizinin başlıca sorunlarından biri olarak kabul edilmektedir. Özellikle denizin kuzeydoğusundaki İstanbul ve İzmit gibi yoğun nüfuslu şehirlerin atıkları ile İzmit Körfezi etrafındaki ağır sanayi tesisleri, deniz kirliliğinin nedenleridir. Günde yaklaşık olarak 0,3 milyon metreküp sanayi, 2,1 milyon metreküp evsel atık bırakılmaktadır. Denizdeki yoğun denizanası popülasyonu bu kirliliğin işareti olarak görülmektedir. Küresel ısınma ile değişen deniz yapısı ve zehirli denizanaları ve balon balığı gibi istilacı türler Marmara Denizine yönelik yeni tehditler olarak algılanmaktadır<sup>12</sup>.

Marmara Denizi'nde (Propontis/Marmaros)<sup>13</sup> gerçekleşen ve önemli ölçüde kirlilik ile sonuçlanan kazalardan bazıları şöyle sıralanabilir:

- 1997, 13 Şubat günü “TPAO” adlı tanker Pendik Tersanesinde bakım onarım sırasında yanmış olup yangın sonucunda 1500 ton fuel-oil denize yayılmıştır.
- 1999, 07 Kasım günü “Semele” ve “Şipka” adlı gemiler Yenikapı açıklarında çarpışmış, kaza sonucunda 10 ton fuel-oil denize yayılmış, “Semele” adlı gemi batmıştır.
- 1999, 29 Aralık günü “Volganeft 248” adlı tanker hava muhalefeti sebebi ile Florya açıklarında ikiye ayrılmış, bu parçalardan biri de batmıştır. Kaza nedeniyle tahminen 1500 ton fuel-oil denize yayılmıştır.

İstanbul Boğazı'nda geniş çaplı deniz kirliliğine sebep olan kazalardan başlıcaları şunlardır<sup>14</sup>:

- 14 Aralık 1960'da “Peter Zoranic-World Harmony” tankerinin Kanlıca'da çarpışmasında 18 000 ton petrol denize dökülmüştür,

---

<sup>12</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/Marmara\\_Denizi#Tehditler](http://tr.wikipedia.org/wiki/Marmara_Denizi#Tehditler) (Erişim tarihi: 09.07.2014)

<sup>13</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/Marmara\\_Denizi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Marmara_Denizi) (Erişim tarihi: 09.07.2014)

<sup>14</sup> İstanbul Boğazındaki deniz kazaları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Ece, J. N., İstanbul Boğazındaki Deniz Kazaları, [http://www.denizhaber.com/index.php?sayfa=yazar&id=11&yazi\\_id=100095](http://www.denizhaber.com/index.php?sayfa=yazar&id=11&yazi_id=100095) Erişim tarihi: 10.07.2014. Ayrıca bk. <http://www.denizcigunlugu.com/1054-istanbul-canakkale-bogazlarinda-en-butuk-deniz-gemi-kazalari-independenta.html> (Erişim tarihi: 10.07.2014), <http://www.yeniaktuel.com.tr/tur105,222@2100.html> (Erişim tarihi: 10.07.2014).

- 15.09.1964’de Norveç bandralı “*Norborn*” ile batık durumdaki “*Peter Zoranic*”in Kanlıca önlerinde çarpışması sonucu petrol kirliliği oluşmuştur,
- 01.03.1966 yılında “Lutsk” ile “*Kransky Oktiabr*” Kızkulesi’nde çatışmış ve 1850 ton petrol denize dökülmüştür,
- 15 Kasım 1979’da Yunan Bandralı “*M/V Evriali*” adlı şilep ile Romen bandralı “*Independenta*” adlı tanker İstanbul Boğazının girişinde çarpışmış, kaza sonrasında dökülen 64000 ton petrolün 4kmlik alana yayılması sonucu önemli bir çevre kirliliği oluşmuştur.
- 28 Ekim 1988’de Panama bandıralı “*Bluestar*” adlı tanker “*Gaziantep*” tankeri ile çarpışmış, çarpışma sonucu Bluestar’da bulunan 1000 ton amonyak gazı denize ve havaya karışmış, infilak etme tehlikesi bulunan tanker Marmara Denizi’ne çekilerek İstanbul’dan uzaklaştırılmıştır.
- 29.03.1990 tarihinde İstanbul Boğazında meydana gelen çatışma sonucu yara alan “*Jambur*” adlı tankerden yaklaşık 2600 ton gaz denize dökülmüş,
- 14 Kasım 1991 tarihinde Filipin bandıralı “*Madonna Lily*” ile Lübnan bandıralı “*Rabunion-18*” Anadolu Hisarı önlerinde çarpışmış, çarpışma sonucu 20000 canlı hayvan taşıyan Rabunion-18 gemisi, üç personeli ile batmış, Boğaz’dan günlerce koyun ölüleri toplanmış, ciddi boyutta çevre kirliliği oluşmuştur.
- 03.1994 günü 100.000 ton petrol taşıyan Kıbrıs Rum Kesimi bandıralı “*Nassia*“ tankerinin bir kuru yük gemisi ile İstanbul Boğazı’nda çatışması sonucu büyük bir yangın çıkmış olup denize 9000 ton petrol dökülmüş ve 20 000 ton denize dökülen petrol bir hafta yanarak deniz ve çevre kirliliğine neden olmuştur,
- 7 Kasım 1999’da “*Semele*” ve “*Shipka*” adlı gemiler çatışmış, çatışma sonucu Semele adlı gemi batmıştır.

Türkiye'nin de taraf olduğu 1992 tarihli Kirlenme Zararından Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Sözleşmesi (International Convention On Civil Liability For Oil Pollution Damage, 1992/CLC, 1992) m.1, b.6 hükmünde, “kirlenme zararı”;

a) Çevrenin bozulmasından kaynaklanan kâr kaybının dışında, çevre bozulması dolayısıyla ödenecek tazminatın yanısıra, fiilen yapılan veya yapılacak olan makul eski hâle getirme tedbirlerinin maliyetiyle sınırlı olması kaydıyla; gemiden nerede olursa olsun sızan veya bırakılan hidrokarbonların sebep olduğu kirlenmeden, hidrokarbonu taşıyan gemi dışında oluşan bütün kayıp veya zararlar,

b) Önleyici tedbirlerin maliyetlerini ve ayrıca önleyici tedbirlerin sebep olduğu kayıp veya zarar” olarak tanımlanmaktadır. Böylece, 1969 Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'nden (CLC, 1969) ve 1971 Fon Sözleşmesi'nden farklı olarak, petrol sızmamış veya dökülmemiş olsa dahi ciddi ve ağır bir tehdit söz konusu olduğu takdirde alınan önlemlerin, önleyici tedbir olarak kabul edilmek suretiyle tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiş olmaktadır<sup>15</sup>.

## II. 1982 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE DENİZ KİRLİLİĞİNE YOLAÇAN NEDENLER

10 Aralık 1982 tarihinde imzaya açılan ve 16 Kasım 1994 tarihinde altmış onay belgesine ulaşılması suretiyle yürürlüğe giren; 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Türkiye tarafından imzalanmamış olmakla birlikte, bu Sözleşme'nin Kısım XII'de düzenlenen “*Deniz Çevresinin Korunması*” hakkındaki m.193-237'deki hükümleri, Deniz Hukuku alanındaki en kapsamlı uluslararası sözleşme niteliğinde olması sebebiyle Sözleşme'nin diğer hükümleri gibi Türkiye tarafından gözönünde

---

<sup>15</sup> Demir, İ., Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:1 Yıl: 2011, ([http://cms.inonu.edu.tr/panel/uploads/21/255/demir\\_tam\\_2\\_-\\_1.pdf](http://cms.inonu.edu.tr/panel/uploads/21/255/demir_tam_2_-_1.pdf) Erişim tarihi: 09.07.2014) s. 258.



bulundurulur. Sözleşme, 165 devlet ve Avrupa Birliği tarafından onaylanmış, geniş kabul gören bir uluslararası andlaşmadır.

1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde, "*Deniz çevresinin kirlenmesi*"<sup>16</sup>, canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verme, insan sağlığı için tehlike oluşturma, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dahil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve güzellikleri bozma gibi zararlı

etkileri olan veya olabilecek maddelerin veya enerjinin, insan tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, haliçler de dahil olmak üzere, deniz çevresine dahil edilmesi, olarak ifade edilmektedir (m.1 (4)). Bu çerçevede, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne göre deniz kirliliğine yol açan nedenler;

- \* Kara kaynaklı kirlenme,
- \* Ulusal yetkiye tabi deniz yatağı faaliyetlerinden ileri gelen kirlenme,
- \* Damping (boşaltma)/suya batırma kaynaklı kirlenme,
- \* Gemilerden kaynaklanan kirlenme,
  - Kasdi (işletimsel) boşaltmalar,
  - Kasdi olmayan (kaza sonucu) kirlenme,
- \* Atmosferden kaynaklanan veya atmosfer yoluyla oluşan kirlenme

başlıkları altında toplanabilir.

### III. YASAL DÜZENLEMELER

Türkiye'nin çevre hassasiyeti yoğun olan ve bu hassasiyeti her geçen gün daha da artan Türk Boğazları'nda, çevre korunmasını ön planda tutarak gemilerin emniyetle seyrini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

<sup>16</sup> "*Deniz kirliliği*" kavramı hakkında bk. Ağsagal, İ., Donatanın Deniz Kirliliğinden Hukuki Sorumluluğuna Uygulanabilecek Hükümlerin Tespiti, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.231-232; Deniz kirlenmesinin önemli risk kaynaklarından biri olan kazaların ana sebepleri hakkında bk. Tütüncü, A. N., Deniz Kirlenmesinin Azaltılması ve Önlenmesine Yönelik Boğazlardan Geçiş Düzeni, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1122.

Örneğin, son yıllarda deniz sondaj teknolojisindeki gelişmeler sonucu deniz alanlarımızda hidrokarbon arama ve üretim olanaklarının arttığı görülmektedir. 2013 yılında, TPAO ve SHELL Arama ve Üretim Türkiye, Karadeniz sularının en batı ucunda yer alan 3920 numaralı ruhsat alanında derin deniz çalışmaları yürütmek için bir «Ortak İşletme Anlaşması» imzalamışlardır.

Yine, dev petrol ve doğalgaz arama platformu "Ocean Endeavor"u taşıyan Çin bandıralı "Xiang Yun Kou" adlı gemi, 25.03.2014 tarihinde İstanbul Boğazı'ndan geçmiştir. İtalya'dan Romanya'nın Köstence Limanı'na gidecek 216 metre uzunluğundaki geminin güvertesindeki dev arama platformu; "Ocean Endeavor" Marshall Adaları bandırası taşımaktadır. 21 bin 815 grostonluk bu platform, 107,1 metre uzunluğunda ve 108,6 metre genişliğinde olup, 57,8 metre yüksekliğe sahiptir. Platformda, minimum 3 yıl süre ile önce Romanya sonra Rusya için Karadeniz'de Exxon Mobile adına sondaj çalışmaları yapılması planlanmaktadır.

Türkiye'nin boğazlarla ilgili çevre konusundaki yükümlülükleri, uluslararası sözleşmelerden, bölgesel sözleşmelerden, ikili anlaşmalardan, iç hukukun diğer birincil ve ikincil mevzuatından kaynaklanmaktadır. T.C. Anayasası'nın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56'ncı maddesi uyarınca; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir."<sup>17</sup>

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden bazıları şunlardır:

- Denizde Kara kaynaklı Kirliliğin Önlenmesi Sözleşmesi (Paris Sözleşmesi)
- Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Sözleşme (Marpol 73/78)

---

<sup>17</sup> İzgi, Ö./Gören, Z., Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt: I, Madde 1-78, Ankara 2002, s.592-605 .

- Denizde Can Güvenliği Uluslararası Sözleşmesi (SOLAS)-ISM Code: Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu, denizlerde seyir emniyetinin sağlanması ve çevre kirliliğinin önlenmesi için Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) tarafından oluşturulmuş kurallar bütünüdür<sup>18</sup>.
- Uluslararası Denizcilik Tehlikeli Yük Kodu/IMDG Code (International Maritime Dangerous Goods Code)<sup>19</sup>: Birleşmiş Milletler'e bağlı Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (IMO) Deniz Emniyeti komitesi (MSC) tarafından, SOLAS konvansiyonunun öngördüğü şekilde tehlikeli yüklerin emniyetle taşınmasında uluslararası bir standart sağlamak amacıyla hazırlanmış olan ve iki yılda bir düzenli olarak güncelleştirilen Uluslararası Denizcilik Tehlikeli Yük Kodu, özellikle deniz yoluyla taşınması tehlikeli olan maddelerle ilgili olup güvenli nakliyatın sağlanması için neler yapılması gerektiğini açıklamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti SOLAS Andlaşması'na imza koyması nedeniyle, SOLAS'a Bölüm VII Tehlikeli Yüklerin Taşınması ile ilgili bölüm kapsamında yayımlanan ve 01 Ocak 2004'den itibaren uygulanması zorunlu hale getirilen IMDG Kod'a da taraf olmuş olup, bu Kod'un zorunlu bölümlerindeki uygulamaları yapmakla yükümlüdür.

16 Mayıs 2008 tarihli IMO MSC 84. Dönem Toplantısında yapılan revizyonla beraber IMDG Kod Eğitimi'nin, tehlikeli yüklerle uğraşan kıyı personeli için 01 Ocak 2010 tarihinden itibaren zorunlu hale getirilmesi üzerine “*Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere İlişkin Uluslararası Kod*

---

<sup>18</sup> Gürses, Ö., Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu'nun (ISM Code) Taşıyan ve Donatanın Sorumluluğuna Etkileri, İstanbul 2005, s.3, 97, 99, 100.

<sup>19</sup> IMDG Code'un 2012 baskısı 01 Ocak 2014'de yürürlüğe girmiş olup, 01 Ocak 2013'den bu yana isteğe bağlı olarak uygulanabilmekteydi.

*Kapsamında Eğitim ve Yetkilendirme Yönetmeliği*”<sup>4</sup> Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır<sup>20</sup>.

- Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stockholm Sözleşmesi (The POPs Treaty)
- Karadenizin Kirliliğe Karşı Korunması Sözleşmesi (21 Nisan 1992 Bükreş Sözleşmesi, R.G. 06.03.1994, S: 21869)
- Denizde Çatışmayı Önleme Uluslararası Kuralları Sözleşmesi (COLREG)
- Petrol Kirliliğinden Doğan zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme (CLC, 1969 Yürürlük Tarihi: 19 Haziran 1975) 1992 Protokolü/Brüksel Sözleşmesi, 27 Kasım 1992’de kabul edilmiş, 30 Mayıs 1996’da yürürlüğe girmiştir<sup>21</sup>. Petrol Kirliliğinden Doğan zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme, Türkiye’de 17.08.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme’nin 2000 Değişiklikleri, 18 Ekim 2000’de kabul edilmiş, 01 Kasım 2003’de yürürlüğe konulmuştur.

29/6/2012 tarihli ve 6345 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan “1969 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmeyi Değiştiren 1992 Protokolünün Sınırlandırma Miktarlarının Değişiklikleri”ne dair Karara katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 4/9/2012 tarihli ve HUM/3466050 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 24/9/2012 tarihinde kararlaştırılmıştır (Karar Sayısı: 2012/3745 için bk. R.G. 10 Ekim 2012 tarih ve Sayı: 28437). Buna göre,

1992 CLC Protokolü’nün 6(1) Maddesi, aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

---

<sup>20</sup> “Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere İlişkin Uluslararası Kod Kapsamında Eğitim ve Yetkilendirme Yönetmeliği” <http://www.csi-turkey.com.tr/imdg-code-egitimi-C219/imdg-kod-egitimi-P1.html> (Erişim tarihi: 12.07.2014)

<sup>21</sup> *Ağsaka, İ.*, s. 239-240.

“3 milyon hesap birimi” ifadesi, “4.510.000 hesap birimi” olarak değiştirilmiştir;

“420 hesap birimi” ifadesi, “631 hesap birimi” olarak değiştirilmiştir ve “59,7 milyon hesap birimi” ifadesi, “89.770.000 hesap birimi” olarak değiştirilmiştir<sup>22</sup>.

- Petrol Kirliliği Zararlarının Tazmini İçin Bir Fonun Kurulmasıyla İlgili Uluslararası Sözleşme/ International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (Fund Convention, Kabul Tarihi: 18 Aralık 1971, Yürürlük Tarihi: 16 Ekim 1978) Türkiye’de yürürlüğe giriş tarihi 17.08.2002’dir<sup>23</sup>.
- 1992 Ek Fon Protokolü (Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage) <sup>24</sup> 05.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>25</sup>.
- Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi, 1989 (International Convention on Salvage, 1989) 14/5/2013 tarihli ve 6480 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan “1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi”ne çekince ile katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 4/4/2014 tarihli ve 4250898 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine

<sup>22</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-6.htm> (Erişim tarihi: 09.07.2014)

<sup>23</sup> Bu Andlaşma ve değişiklikleri hakkında bk. Ağsakal, İ., s.240-242.

<sup>24</sup> Bu Protokol hakkında bk. Ağsakal, İ., s.242.

<sup>25</sup> “CLC 1969 sadece petrol yükü taşıyan tankerlere yönelik olarak uygulanmaya başlandığında, ne kadar yararlı olduğu anlaşılırken, denizlerde büyük petrol kirliliği tehlikesinin tankerlerin sadece yüklü olduğu zamanlarda ortaya çıkmadığı da farkedilmiştir. Bu nedenle 1992 CLC Protokolü’nde hemen bu eksiklik giderilmeye çalışılmış ve 1992 Protokolü ile tanker yüklü olsun olmasın CLC uygulanmaya başlanmıştır. Sonuç olarak, CLC 1969, sadece tankerlere yönelik olarak ve tankerler yüklü olduğu zaman uygulanırken, 1992 CLC Protokolü ile Konvansiyon’un uygulama alanı genişletilerek tankerin boş olduğu durumda da kaza olması halinde tankerdeki yakıtın kirlilik doğurduğu gerekçesiyle tankerler yüklü olsun olmasın CLC’nin uygulama alanına alınmıştır.” Ilgın, C., Bunker Konvansiyonu, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.671.

göre, Bakanlar Kurulu'nca 5/5/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır (2014/6336 sayılı karar için bk. R.G. Tarih: 24.05.2014, Sayı: 29009).

- Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Sözleşme (Basel Sözleşmesi) /The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal
- Uzun Menzilli Sınır Ötesi Hava Kirliliği Sözleşmesi
- Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılması Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Kanun No: 6530, Kabul Tarihi: 08.04.2014, RG: 16 Nisan 2014, Sayı: 28974) Convention on Facilitation of International Maritime Traffic (FAL Convention). IMO Standart Formları (FAL 1-7), 9 Nisan 1965'de kabul edilerek 5 Mart 1967'de yürürlüğe girmiştir. Bu Standartlar'ın 2002 değişiklikleri 10 Ocak 2002'de kabul edilerek 1 Mayıs 2003'de yürürlüğe girmiş, Standartlar'ın 2005 değişiklikleri, 7 Temmuz 2005'te kabul edilerek 1 Kasım 2006'da yürürlüğe girmiştir.
- 2004 Gemi Balast Suyu ve Sedimanlarının Kontrolü ve Yönetimi Hakkında Uluslararası Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Kanun No:6531, Kabul Tarihi: 08.04.2014, RG.16.04.2014, S.28974) The International Convention for the Control and Management of Ships Ballast Water & Sediments (The IMO Ballast Water Management Convention, Kabul Tarihi: 13 Şubat 2004) .

Türkiye tarafından onaylanması öngörülen; “*Bazı Tehlikeli Kimyasalların Ve Pestisitlerin Uluslararası Ticaretinde Ön Bildirimli Kabul Usulüne Dair Rotterdam Sözleşmesi*” (Rotterdam Convention On The Prior Informed Consent Procedure For Certain Hazardous Chemicals And Pesticides In International Trade), imzaya açıldığı 10 Eylül 1998'de Türkiye

tarafından imzalanmıştır. 24 Şubat 2004 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşme, Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır<sup>26</sup>.

Amacı, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olan Çevre Kanunu<sup>27</sup>, boğazlarda çevrenin korunmasını<sup>28</sup> sağlayacak temel mevzuattır<sup>29</sup>. Bu Kanuna göre, çevrenin korunması amacıyla; ülkenin deniz ve su ürünleri istihsal alanlarının korunarak kullanılmasının sağlanması ve kirlenmeye karşı korunması esastır (Çevre Kanunu, m.9 (h)).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun da boğazlardaki çevrenin korunmasına katkı sağlayacak hükümler içermektedirler. Gemilerin denize ve yola elverişli olmalarını düzenleyen m.932, 6762 sayılı yürürlükten kalkan Türk Ticaret Kanunu'nda (m.817) da yer almış olan bir hükümdür. Buna göre; gövde, genel donatım, makine, kazan gibi esas

<sup>26</sup> 31 Aralık 2008 tarih ve 27097 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2008/14481 sayılı "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar"ın 27'nci Çevre Faslı başlığı kapsamında "Rotterdam Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"un 2011 sonuna kadar yayımlanması öngörülmüştür.

Öte yandan, Avrupa Birliği Çevre Faslı Açılış Kriterleri kapsamında, AB'nin taraf olduğu Çevresel Sözleşmelere de Ülkemizin üye olana kadar taraf olması gerektiği ve çalışmanın takvime bağlanması gerektiği belirtilmiştir. AB'de Rotterdam Sözleşme'nin Uygulama Mevzuatı olan 689/2008/EC Tüzüğüne uyum çalışmalarımızın planlanması kapsamında Sözleşme'ye 2012 yılına kadar taraf olmamız öngörülmüş olup, bu husus 21.12.2009 tarihinde açılan Çevre Faslına ilişkin hazırlanan Müzakere Pozisyon Belgesinde de beyan edilmiştir.

<sup>27</sup> Kanun No: 2872,09.08.1983 tarihinde kabul edilen 2872 sayılı Çevre Kanunu için bk. R.G.11.08.1983, Sayı:18132.

<sup>28</sup> Çevre Kanunu'na göre "Çevre korunması", çevresel değerlerin ve ekolojik dengenin tahribini, bozulmasını ve yok olmasını önlemeye, mevcut bozulmaları gidermeye, çevreyi iyileştirmeye ve geliştirmeye, çevre kirliliğini önlemeye yönelik çalışmaların bütünü," ifade eder (Çevre Kanunu, m.2).

<sup>29</sup> Uluğ, İ., Deniz Kirliliğinden Dolayı, Donatanın Sorumluluğu Hakkındaki Düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Açısından Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1133-1134.

kısımları bakımından, yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek bir gemi “denize elverişli” sayılır. Denize elverişli olan gemi, teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip bulunduğu takdirde “yola elverişli” sayılır. Boğazlarda çevre emniyeti bakımından gemilerin denize ve yola elverişli olmaları önemli olup, gemilerin denize ve yola elverişliliğinin denetimi etkin bir şekilde sürdürülmelidir.

6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 37nci maddesinin (H) bendinde, “1992 Sözleşmeleri”<sup>30</sup> olarak anılan “Hukuki Sorumluluk” (CLC) ve Fon Sözleşmelerinin (Fund Convention) Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 17.08.2002 tarihinden başlayarak uygulanması düzenlenmektedir. Bu maddede, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini” ne ilişkin m.1328-1349’uncu maddelerinin 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği; 01 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiş olmakla beraber (6103 sayılı Kanun, m.43), 1992 Sözleşmeleri’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 17 Ağustos 2002 tarihinden başlayarak uygulanmasının bundan müstesna olduğu ifade edilmektedir (6103 sayılı Kanun, m.37 (H)).

1992 Sözleşmelerine göre, üye devletlerin, bu Sözleşmelerdeki güvenceleri iç hukukları kapsamında temin etmeleri gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti, hem Anayasa’daki düzenleme gereği hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki ve 6013 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve

---

<sup>30</sup> “1992 Sözleşmeleri”, 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme’yi (CLC, 1992) ve 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme’yi (Fund Convention, 1992) kapsayan bir terim olarak kullanılmaktadır (6102 sayılı TTK m.1336 (3)).



Uygulama Şekli Hakkında Kanun'daki düzenlemeleriyle bu uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır<sup>31</sup>.

Anayasa'nın 90ıncı maddesinin son fıkrasına göre; “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” Anayasa'nın bu hükmüyle bir yandan, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde oldukları belirlenmekte öte yandan uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz, hükmüne yer verilerek uluslararası antlaşmaların, kanunlardan farklı bir özelliği vurgulanmaktadır<sup>32</sup>.

01 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>33</sup> ile “1992 Sözleşmeleri” hükümlerinin doğrudan uygulanabileceği bir alan yaratılmak suretiyle “1992 Sözleşmelerinin uygulanma alanı genişletilmiş bulunmaktadır. Nitekim, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun “Petrol kirliliği zararı hakkında özel hükümler”e ilişkin olarak kuralı belirleyen 1336ncı maddesinin, linci fıkrasında, 1992 tarihli, Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme'nin linci maddesinin altıncı paragrafında tarif edilen “kirlenme zararı” hakkında “1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi” ile “1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile ilgili Uluslararası Sözleşme'nin, bu Sözleşmelerde belirlenmiş şartlarla doğrudan uygulanacağı açıklığa kavuşturulmaktadır<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun bu uluslararası sözleşmeler de göz önünde tutularak düzenlenmesi önerisi hakkında bk. *Uluğ, İ.*, s.1137.

<sup>32</sup> *İzgi, Ö./Gören, Z.*, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt: II, Madde 79-177, Ankara 2002, s.847-870.

<sup>33</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddelerinin buradaki açıklamaları Madde Gereklilerinden alınmıştır.

<sup>34</sup> “MADDE 1336- (1) 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin 1 inci maddesinin altıncı paragrafında tanımlanan “kirlenme zararı” hakkında bu Sözleşme ve 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme hükümleri uygulanır. Bu sözleşmelerin

Petrol kirliliği zararı hakkında özel hükümler getiren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre, 1992 tarihli Hukuki Sorumluluk ve Fon Sözleşmeleri'nde ele alınan tazminat talepleri hakkında, münhasıran Sözleşmelerin getirdiği düzen uygulanır; milletlerarası hukukun veya ulusal hukukun başka kurallarına başvurulamaz. Bu temel ilke, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin III üncü maddesinin dördüncü paragrafının birinci cümlesinde açıkça ifade edilmektedir. Ancak, Madde Gereğesinde, bu hususta Türk Hukuku bakımından tereddütlerin yaşanabileceği belirtilmektedir. Nitekim, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin I inci maddesinin altıncı paragrafının (b) bendinde ve yedinci paragrafında tarif edilen “önleyici tedbirler” aynı zamanda Çevre Kanununun 3 üncü maddesinin (e) bendinin de kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, bu nedenle kamu tüzel kişileri tarafından yapılan masraflar için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin işletilmesi gündeme gelebilecektir. Oysa, 6183 sayılı Kanuna göre yapılacak takiplerde, Fon Sözleşmesinin 7 nci maddesinin dördüncü paragrafı uyarınca Fonun davaya müdahale hakkı temin edilemez. Öte yandan, Çevre Kanununun 3 üncü maddesinin (e) bendinin ikinci fıkrasında öngörülen kurtuluş kanıtı, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi'nde bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür masraflar, (diğer şartlar da oluşmuşsa) her olasılıkta Fon'dan tahsil edilir. Bunun yanı sıra, denizde meydana gelen petrol kirliliğine ilişkin olarak çeşitli kanunlarda ve başka mevzuatta düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin çoğu, 1992 tarihli Sözleşmelerde kabul edilmiş olan kurallara aykırı düşmektedir. Madde Gereğesi'ne göre önemle vurgulanmalıdır ki, iç hukuk düzenlemeleri ile 1992 tarihli Sözleşmelere aykırı hüküm ve uygulamaların kabul edilmesi, hem Türkiye'nin milletlerarası taahhüt ve yükümlülüklerini ihlal eder, hem de o Sözleşmelerde öngörülen (sigortacıya ve Fon'a) başvuru yollarının kapanması sonucunu doğurur. Türkiye'nin, Fon'a en çok katkı payı ödeyen on ülkeden biri olduğu dikkate alınırsa, Fon'a başvuru yolunu kapatacak

---

*doğrudan veya bu Kanun uyarınca uygulandıkları hâllerde, mevzuatın, bu sözleşmelerde düzenlenen hususlara ilişkin diğer hükümleri uygulanmaz.”*

uygulamalar içine girilmesinin sakıncaları büsbütün belirginleşir, çünkü böyle uygulamalar sebebiyle Fon ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Açıklanan bu gerekçelerle, birinci fıkranın ikinci cümlesi sevk edilmiş ve 1992 tarihli Sözleşmelerin düzenlediği hususlarda, mevzuatın diğer hükümlerinin kesinlikle uygulanmayacağı açıklanmıştır.

1992 tarihli Sözleşmelerde yapılacak değişiklikler de Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, Sözleşmeler kapsamında aynı etkiyi haiz olarak uygulanacaklardır (TTK m.1336 (2), (3)).

### **1. 1992 Sözleşmelerinin uygulanmasında “yabancılık unsuru”nun aranmaması**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1337'nci maddesinin Gereğesinde; bu maddede, 1992 tarihli Sözleşmelerin uygulanması için yabancılık unsurunun aranmadığı, yani Sözleşmelerin, tümüyle ulusal nitelikteki kirlenme hallerinde de uygulanacağını açıkladığı, bu ilkenin, Almanya'da da 1969 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi için kabul edildiği, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda bu Sözleşmeler uygulanmazsa, Türk Bayraklı bir tankerin Türkiye'de yolaçtığı kirlenme zararında, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi uyarınca sigortacıya ve 1992 tarihli Fon Sözleşmesi uyarınca Uluslararası Tazminat Fonuna doğrudan başvuru haklarının, Türk vatandaşlarından esirgenmiş olacağı, üstelik 1997 yılında meydana gelen “TPAO” kazası gibi, hem Türk vatandaşlarının hem de yabancıların zarar gördüğü hallerde, iki farklı rejim (üstelik de Türk vatandaşlarının aleyhine) uygulanacağı, dolayısıyla her iki Sözleşmenin, “yabancılık unsuru” aranmaksızın, düzenledikleri bütün hallerde uygulanması gerekli olduğu, esasen, her iki Sözleşme'nin de zaten, böyle bir unsur aramadan, uygulama alanlarını tayin ettikleri (II nci ve 3 üncü maddeler), dolayısıyla, doğrudan Sözleşme metinlerine göre de “yabancılık unsuru”nun aranmadığı, bu nedenle, hükmün, Sözleşmelerin kabul ettiği ilkeyi tasrih ettiği. kaldı ki, 1992 tarihli Fon Sözleşmesi tahtında doğrudan Fon'a yöneltilecek talepler bakımından, “yabancılık unsuru”nun daima oluştuğu, çünkü Fon İdaresinin yerleşim yerinin Londra olduğu belirtilmektedir.

## **2. 1992 Sözleşmelerinin uygulama alanının genişletilmesi**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1338'inci maddesinin birinci fıkrasında kişi itibarıyla kıyasen uygulama hâli düzenlenmiştir. 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi, “kirlenme zararı” nedeniyle doğrudan ve münhasıran maliki sorumlu tutmuştur (I inci maddenin üçüncü paragrafı). Sözleşmenin III üncü maddesinin dördüncü paragrafı uyarınca, “kirlenme zararı” nedeniyle malike yöneltilecek bütün talepler, bu Sözleşmeye tâbi olacaktır.

Aynı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca da, mezkûr taleplerin yöneltilmeyeceği kişilerin bir listesi verilmiştir. Bu kurallar bir arada ele alındığında, ortaya çıkan sonuç şu olmaktadır: 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin tarif ettiği anlamda “kirlenme zararı”ndan doğan taleplerin, geminin malikine yöneltilmesi zorunludur; bu talepler, Sözleşmenin III üncü maddesinin dördüncü paragrafının ikinci cümlesinde sayılan kişilere karşı ileri sürülemez. Ne var ki Sözleşmenin bu hükmü, bir deniz kazası nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olabilecek bütün kişileri kapsamaz. Uygulamada karşılaşılan kazalar ve davalar çerçevesinde, gemiyi inşa eden tersanenin, klas kuruluşunun, liman ve terminal işleticisinin, çatmada kusuru bulunan ama tanker niteliğinde olmayan bir geminin malikinin de sorumluluğunun tartışma konusu edildiği görülmüştür. Bu kişiler, 1992 tarihli Sözleşmelerle getirilen sistemden yararlanamaz. Ancak talebin konusu, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi anlamında bir “kirlenme zararı” olduğundan, 1976 Sözleşmesinin de (3 üncü maddesinin (b) bendinde yer alan istisna hükmü nedeniyle) doğrudan uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla, bu kişiler bakımından da bir düzenleme yapılması zorunludur. Aksi halde alacaklılara, sorumluluğu sınırlı olmayan kişilere dava açarak, 1992 tarihli Sözleşmelerle kurulan sistemi dolanma olanağı sağlanır. Alman hukukunda, bu tür talepler için özel bir hüküm sevk edilmiştir. Alm. TK.'nın 486 ncı paragrafının üçüncü fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinden doğan talepler, malikin dışında, 1976 Sözleşmesinin 1 inci maddesinde sayılan kişilere yöneltilirse, bu kişiler 1976 Sözleşmesini kıyasen uygulayarak sorumluluklarını sınırlayabilir. Oysa, 1976 Sözleşmesinin 1 inci maddesindeki liste, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin III üncü maddesinin dördüncü paragrafının ikinci

cümlesindeki liste ile karşılaştırıldığında, iki listenin geniş ölçüde örtüştüğü görülmektedir. Lâfzi bir yorumdan hareket edilirse, yalnızca şu kimseler 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi'nde dava açılmayacağı bildirilen kişilerin dışında kalmış sayılabilir: 1976 Sözleşmesinin 2 nci maddesinin birinci paragrafının (d) ve (e) bentlerinde sayılan “enkaz kaldıranlar” ve 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi III üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendinde belirtilen “izin veya talimat olmadan hareket eden kurtarıcılar”. Dolayısıyla, Alm. TK.'daki hükmün korumak istediği kimseler, esasen 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi tahtında zaten korunmuştur. Çünkü onlara dava açılması yasaklanmıştır. Bu garip düzenin sebebini, hükmün yasama tarihçesinde bulmak mümkündür. Almanya, 1969 tarihli Sorumluluk Sözleşmesine taraf olurken, anılan hükmü kabul etmişti. 1969 tarihli Sözleşmede ise, yalnızca gemi adamları ve müstahdemler aleyhine dava yasağı öngörülmüştü. Dolayısıyla eski düzenlemede, Alman hükmünün bir anlamı vardı. Sözleşmede sayılmış olmayan çok sayıda başka kişi de korunmaktaydı. Oysa yeni sistemde, böyle bir himaye verilecekse, bambaşka kişilerin düşünülmesi gerekmektedir. İşte bu düşünceler çerçevesinde, Alman hukukundaki düzenlemenin yerine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki hüküm getirilmiştir. Bu hüküm ile, bir yandan korunan kişilerin çerçevesi genişletilmiş, diğer yandan da 1976 tarihli Sözleşmede değil de, **1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinde öngörülen sınırlandırma fonunun kıyasen uygulaması kabul edilerek alacaklıların himayesi genişletilmiştir.** Sonuçta da, 1992 tarihli Sözleşmeler ile ihdas edilen sistemle tam bir uyum sağlanmıştır. Sözleşme uyarınca malike tanınan sorumluluk sınırı ile bu fıkra uyarınca tesis edilebilecek bir fon arasında eşitlik sağlamak gerekir. Bu nedenle, sınırın hesabında, sorumlu tutulan herkes bakımından, Sözleşmenin I inci maddesinin altıncı paragrafının (a) bendinde tarif edilen geminin esas alınması zorunludur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1338'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, bu hususu düzenlemektedir.

*“Ship” means any I. sea-going vessel and seaborne craft of any type whatsoever constructed or adapted for the carriage of oil in bulk as cargo, provided that a ship capable of carrying oil and other cargoes shall be*

*regarded as a ship only when it is actually carrying oil in bulk as cargo and during any voyage following such carriage unless it is proved that it has no residues of such carriage of oil in bulk aboard.*

İkinci fıkrada 1992 Sorumluluk Sözleşmesinin uygulama alanı, yer itibarıyla kıyasen genişletilmektedir. “Önleyici tedbirler” bakımından 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin uygulanması için, Sözleşmenin II nci maddesinin (b) bendine göre bir coğrafi sınırlama yoktur. Dolayısıyla, bir Türk mahkemesi, “önleyici tedbir” masraflarına ilişkin bir uyuşmazlıkta, her ihtimalde (yani kazanın veya zararın yeri, geminin bayrağı gibi unsurlara bakmadan) Sözleşmenin hükümlerini uygulamak zorundadır. Bu nedenle de, böyle hallerde kıyasen uygulamaya ilişkin bir ulusal hukuk kuralına ihtiyaç yoktur. Buna karşılık Sözleşmenin I inci maddesinin altıncı paragrafının (a) bendi kapsamındaki “kirlenme zararı” bakımından, II nci maddenin (a) bendi bir coğrafi sınır çizmiştir. Bu sınırın dışında meydana gelen kirlenme zararı hakkında Sözleşmenin uygulanması için ulusal hukukta düzenleme yapılması gerekir. Böyle bir düzenleme, başlıca, 1992 tarihli Sorumluluk ve Fon Sözleşmelerine taraf olmayan bir ülkede meydana gelen kirlenme zararı için Türkiye’de dava açılması halinde önem kazanır. Dolayısıyla da Türk gemi sicillerine kayıtlı tankerlerin donatanlarına, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin bahsettiği olanağın en geniş biçimde sağlanması sonucuna götürür. Eğer Türk bayraklı bir tanker, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkenin karasularında (örneğin A.B.D., Bulgaristan veya Ukrayna) kirlenme zararına sebep olursa, o ülkedeki alacaklılar için bir ihtimal, tazminat davalarını Türkiye’de (malikin yerleşim yeri mahkemesinde) açmaktır. (Nitekim 1978 yılında meydana gelen “Amoco Cadiz” faciasında Fransız Hükümeti ve çok sayıda başka alacaklı, tankerin Amerikalı işleticisine Amerika’da dava açmıştı). Böyle bir varsayımda, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi doğrudan uygulanamaz, çünkü zarar Sözleşmenin II nci maddesinin (a) bendi anlamında âkit devletlerden birinin karasularında meydana gelmiş değildir. Alman hukukunda, bu haller için, 1976 tarihli Sözleşmenin kıyasen uygulanması kuralı kabul edilmiştir; ancak bu kural, aynı uyuşmazlıktan doğan taleplerin sırf coğrafi bir incelik nedeniyle farklı sınırlara tâbi olması sonucunu

doğuracağından sakıncalıdır. İngiliz hukukunda ise, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin fiilen uygulanmadığı “kirlenme zararı” için (diğer şartlar oluşmuşsa) doğrudan 1976 tarihli Sözleşme uygulanmaktadır. Ne var ki, bu uygulama da sakıncalıdır, çünkü bu Sözleşme uyarınca tesis edilen bir fonun, o Sözleşmenin açıkça dışında bırakılmış olan taleplere teşmil edilmesi, fonun “kirlenme zararı” alacaklıları tarafından tüketilmesi riskine yol açabilecektir. Bu nedenle Tasarıda, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin II nci maddesinin (a) bendinde sayılan yerlerin dışında meydana gelen “kirlenme zararı” hallerinde de maliki, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin hükümlerinden yararlandırabilmek için, Sözleşmenin böyle hallerde kıyasen uygulanması kabul edilmiştir. Dolayısıyla “malik”, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinde öngörülen sınırlar çerçevesinde bir fon tesis ederek, sorumluluğunu sınırlayabilir.

1338’inci maddenin üçüncü fıkrası sigorta itibarıyla kıyasen uygulamayı düzenlemektedir. Sözleşmenin kıyasen uygulama alanı bulunduğu hallerde, alacaklılar lehine dengenin sağlanması için, sigortacıya doğrudan başvuru hakkı da tanınmıştır. Ancak, bu hükmün işlemesi için, böyle bir sigortanın veya benzer güvencenin alınmış olması gerekir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1338’inci maddesinin dördüncü fıkrasında fonların bağımsızlığı ilkesine yer verilmiştir. Bu madde uyarınca tesis edilecek fon, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesinin doğrudan uygulandığı hallerde tesis edilecek fon değildir. Eğer, aynı olay nedeniyle hem Sözleşmeye taraf olan bir ülkede hem de olmayan bir ülkede zarar meydana gelmiş ise (örneğin Bulgaristan karasularında bir “kirlenme zararı” meydana gelir ve bu kirlenme sürüklenerek Türk karasularına da sirayet ederse) ve Türkiye’de dava açılmışsa, malik iki fon tesis etmek zorunda olacaktır: Fonların biri doğrudan Sözleşme uyarınca, diğeri ise Sözleşmenin kıyasen uygulanması suretiyle tesis edilecektir. Bu fonların her biri bağımsızdır; bu husus, son fıkra ile düzenlenmektedir.

03.03.2005 tarihinde kabul edilen 5321 sayılı “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda

Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun"<sup>35</sup>, kirlenmeye karşı acil durumlarda müdahalenin yanısıra oluşan zararlar dolayısıyla sorumluluk ve tazminat esaslarını da düzenlemeyi amaçlamaktadır<sup>36</sup>.

Türkiye'nin uluslararası alandaki yoğun çabaları sonucu yürürlüğe konulan "*Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü*"<sup>37</sup> nün Türk Boğazları'ndaki çevre korunması yönünden bir dönüm noktası oluşturduğu kabul edilmelidir<sup>38</sup>.

Türk Boğazları'nda da çevrenin korunmasına somut, olumlu katkılar sağlayacak mevzuat çalışmalarına yön vermek amacıyla yakın zamanda yürürlüğe konulan bir Yönetmelik dikkat çekmektedir. Nitekim 10 Temmuz 2014 tarihli ve 29056 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "*Deniz Kazalarını ve Olaylarını Araştırma ve İnceleme Yönetmeliği*"<sup>39</sup>ne göre, bu Yönetmelik kapsamındaki deniz kaza incelemesinin amacı; deniz kazalarının oluşmasına neden olan gerçek sebeplere ulaşmak suretiyle denizde can, mal ve çevre emniyetine yönelik mevzuat ve uygulamaların geliştirilmesini sağlamak, böylece benzer kazaların tekrarını önlemek ve kaza sonrasındaki olumsuz etki ve sonuçların azaltılmasını temin etmektir (Yönetmelik, m.8).

---

<sup>35</sup> Bk.R.G. tarih: 11.03.2005, Sayı:25752.

<sup>36</sup> Bu Kanun'un çok sayıda belirsiz hüküm içerdiği ve hukuki sorumluluk ve tazminata ilişkin çoğu hükmünün uluslararası hukukla uyumlu bulunmadığı, bu nedenlerle gözden geçirilerek Kanun'un kapsamının "acil durumlarda müdahale" ile sınırlı tutulması hakkındaki görüş için bk. *Demir, İ.*, s.314-315.

<sup>37</sup> "*Türk Boğazları Trafik Düzeni Tüzüğü*", Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 08.10.1998, Karar No: 98/11860 için bk. RG. Tarih: 06.11.1998, Sayı: 23515 Mük. Bu Tüzük ile, 23.11.1993 tarih ve 1993/5061 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan "Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük" yürürlükten kaldırılmıştır (m.52).

<sup>38</sup> Bir iç hukuk düzenlemesi olan Tüzüğün 1993 yılında IMO'ya sunulması hakkındaki farklı görüşler için bk. *İlgin, S.*, Türk Boğazları Konusunda Uluslar arası Denizcilik Örgütü'ndeki (IMO) Çalışmalar, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.702-706; ayrıca bk. *Oğuzülgen, S.*,s.916-922; *Ünan, S.*, s.1171..

<sup>39</sup> Bu Yönetmelik ile 31/12/2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Deniz Kazalarının İncelenmesine İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır (m.20).



#### IV. TÜRK BAYRAKLI GEMİLERİN LİMAN DEVLETİ DENETİMLERİ (PSC) VE TUTULMA ORANLARI

Türkiye’de, Karadeniz’de bulunan limanlarda Karadeniz Mutabakat Zaptı (2000 yılında İstanbul’da imzalanan “*Black Sea MoU*”) kapsamında denetimler gerçekleştirilirken, Akdeniz, Ege ve Marmara Denizi’nde bulunan limanlarda ise Akdeniz Mutabakat Zaptı (1997’de Malta’da imzalanan “*Mediterranean Sea MoU*”) kapsamında denetimler gerçekleştirilmektedir<sup>40</sup>. Aşağıdaki tablolar değerlendirildiğinde, Türk Bayraklı gemilerin yabancı limanlarda tutulma oranlarının yıllar geçtikçe azaldığı; “*kara liste*”den “*beyaz liste*”<sup>41</sup>’ye geçildiği görülmektedir<sup>42</sup>.

#### PARİS MoU<sup>43</sup> KAPSAMINDA YAPILAN DENETİMLERDE TÜRK BAYRAKLI GEMİLERİN DENETİM ve TUTULMA ORANLARI

Yıl	Denetim	Tutulma	T. Oranı	Listedeki Durum
2003	749	131	17,5	KARA LİSTE
2004	776	67	8,6	KARA LİSTE
2005	586	45	7,7	KARA LİSTE
2006	595	42	7,1	GRİ LİSTE
2007	670	41	6,1	GRİ LİSTE

<sup>40</sup> Türkiye’de yapılan denetimlere ilişkin değerlendirme hakkında bk. *Okur, D.A.*, s.270-281.

<sup>41</sup> “*Denizde can emniyetinin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi için oluşturulan uluslararası sözleşme kurallarına ve standartlarına tam olarak uyan ve uluslararası sefer yapan gemilerin taşıdıkları Bayrak Devletleri Paris MOU’nun Beyaz Listesinde yer almaktadır. Beyaz Listede yer alan bayrak devletlerinin gemilerinde emniyet seviyesi ve bilinci daha yüksek olup, gemiler daha uzun aralıklarla ve daha az detaylı denetime tabi tutulmaktadır. Bu doğrultuda gemiler daha rahat ticaret yapma imkanına kavuşurlar. Türk Bayrağının Beyaz Listeye geçmesiyle birlikte, gemilerin limanda bekleme süresi azalmış, sigorta primleri düşmüş, yük bulma avantajı sağlanmıştır. En önemlisi gemilerimizin dünyanın tüm denizlerinde dalgalandığı Bayrağımızın itibarı yükselmiştir.*” <http://www.denizticaretgazetesi.org/gundem/ilk-6-ayda-sadece-6-gemi-tutuldu-h4261.html> (Erişim Tarihi: 11.07.2014)

<sup>42</sup> Türk Bayraklı Gemilerin PSC Denetim Analizleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. [http://www.ubak.gov.tr/BLSM\\_WIYS/DISGM/tr/doc/20140127\\_121941\\_66968\\_1\\_67502.pdf](http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/DISGM/tr/doc/20140127_121941_66968_1_67502.pdf) (Erişim Tarihi: 11.07.2014)

<sup>43</sup> Paris MoU hakkında bk. *Okur, D.A.*, s.232-240.

2008	774	40	5,2	BEYAZ	LİSTE
2009	738	34	4,6	BEYAZ	LİSTE
2010	782	34	4,3	BEYAZ	LİSTE
2011	586	28	4,8	BEYAZ	LİSTE
2012	561	26	4,6	BEYAZ	LİSTE
2013	502	15	2,99	BEYAZ	LİSTE

KARADENİZ MoU <sup>44</sup> KAPSAMINDA 2013 YILINDA TUTULAN  
TÜRK BAYRAKLI GEMİLERİN ÜLKELERE GÖRE DAĞILIMI

<u>LİMAN DEVLETİ</u>	<u>TUTULMA SAYISI</u>
RUSYA FEDERASYONU	9
GÜRCİSTAN	2
ROMANYA	1
UKRAYNA	1
BULGARİSTAN	1
TOPLAM	14

AKDENİZ MoU KAPSAMINDA 2013 YILINDA TUTULAN TÜRK  
BAYRAKLI GEMİLERİN ÜLKELERE GÖRE DAĞILIMI

<u>LİMAN DEVLETİ</u>	<u>TUTULMA SAYISI</u>
MISIR	7
İSRAİL	1
TOPLAM	8

---

<sup>44</sup> Karadeniz MoU hakkında bk. *Okur, D.A.*, s.248-250.

## V. TÜRK BOĞAZLARI GEMİ TRAFİK HİZMETLERİ (TBGTH) SİSTEMİ”

Sistemin amacı, Türk Boğazlarında, belirlenen servis alanı içinde, deniz trafik emniyetini ve deniz trafiğinden kaynaklanabilecek risk ve tehlikelere karşı çevre emniyetini arttırmak amacıyla, ulusal ve uluslararası kurallara uygun olarak çağdaş ve teknolojik imkânlarla “*Türk Boğazları Gemi Trafik Hizmetleri (TBGTH) Sistemi*” ni tesis etmek, işletmek ve sürdürmektir.

“*Türk Boğazları Gemi Trafik Hizmetleri (TBGTH) Sistemi*” 30 Aralık 2003 tarihinden itibaren operasyonel olarak hizmet vermeye başlamıştır.

“*Türk Boğazları Gemi Trafik Hizmetleri (TBGTH) Sistemi*”nin işletme, bakım-onarım ve idamesi 02.08.2002 tarih ve 2002/4636 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile eski adı Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü, yeni adı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü olan kuruluş tarafından yapılmaktadır. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, “Gemi Trafik ve Kılavuzluk Hizmetleri Dairesi Başkanlığı”nın görev ve sorumlulukları şöyledir:

- Tesis bulunduğu deniz alanındaki deniz trafiğini her türlü çevre şartlarında, gece ve gündüz devamlı olarak yüksek bir hassasiyet ile izlemek, Servis ve sorumluluk alanındaki deniz trafiğinin emniyetini arttırmak,
- Gemi seyir emniyetini, gemi kaptanının sorumluluğunu esas alarak, etkin bir şekilde arttırmak,
- Sorumluluk sahasındaki deniz trafiğinin “trafik görüntüsünü” tesis ve idame etmek ve bu bilgileri gerekli durumlarda gemilere aktarmak, bu amaçla kullanılacak seyir bilgilerini hassasiyetle ölçmek ve kayıtları tutmak,
- Deniz trafiği ile ilgili tüm ses, veri ve görüntülerin kaydını yapmak, gerektiğinde yeniden göstermek,
- Tesis bulunduğu deniz alanındaki deniz trafiği ile ilgili olarak ulusal ve uluslararası mevzuatların uygulanmasını idare adına takip etmek,,

- Kaza vukuunda, etkin bir şekilde ve süratle müdahale edilmesini sağlamak, can ve mal güvenliği, deniz kirlenmesi ve diğer ekonomik kayıpları asgariye indirmek ve trafiğin en kısa zamanda emniyetle devamını sağlamak ve bu amaçla ilgili kuruluşlar ile gerekli koordinasyon ve bilgi hizmetini vermek,
- Adli ve idari soruşturma gerektiren vakalarda, resmi makamlarca istenebilecek her türlü görüntü ve ses kayıtları dâhil her türlü delili saklamak, resmi talep üzerine imkanlar dâhilinde karşılamak.
- Kaza riskini asgariye indirmek için, gemi kaptanlarının seyir ile ilgili kararlarına yardımcı olabilecek gerekli bilgileri zamanında temin etmek, acil durumlarda gerekli uyarı, tavsiye ve talimatları vermek,
- Komşu GTH merkezleri ile karşılıklı bilgi alış verişinde bulunarak, daha etkin bir trafik organizasyonu ve yönetiminin yapılabilmesini sağlamaktır<sup>45</sup>.

## VI. ÖZEL SİGORTALAR

Çevreye verilen zararlara karşı “*Kulüp Sigortası (P&I Clubs)*”<sup>46</sup> ile “*Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*”<sup>47</sup> ve “*Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası*” gibi sigorta sözleşmeleriyle sigorta güvencesinden yararlanmak mümkündür. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1448inci maddesi uyarınca, sigortacı, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması amacıyla yaptığı makul giderleri de, bunlar faydasız kalmış olsalar bile sigorta tazminatı olarak ödemekle yükümlüdür.

---

<sup>45</sup> <http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/default.aspx?pid=23> (Erişim tarihi: 11.07.2014).

<sup>46</sup> *Algantürk, S.D.*, Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası (Protection and Indemnity Insurance) (P&I), İstanbul 2002.

<sup>47</sup> *Light, A. D.*, “Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Genel Şartları”, *Deniz Hukuku Dergisi*, Y.10, 2010, S.1-4, s. 49-70.

Deniz kirliliği, en önemli katastrofik risklerden olmasına rağmen CLC 1969, petrol kirliliğinden dolayı kirlenme zararları nedeniyle hukuki sorumluluk riskine karşı zorunlu sigorta kabul edilmiştir<sup>48</sup>. Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'nin (CLC, 1992) VII'nci maddesine göre, bir Üye Devlette kayıtlı bir geminin maliki, yük olarak 2000 tondan fazla dökme petrol yükü taşıyorsa, bu Sözleşme'ye göre çevre kirlenmesi zararlarından dolayı hukuki sorumluluğunu Sözleşme'de belirlenen sınırlar içinde karşılamak üzere sigorta sözleşmesi yapmak veya banka teminat mektubu ya da bir uluslararası tazminat fonu tarafından verilen bir sertifika temin etmek zorundadır. Türk Gemi Sicillerinden veya diğer ülkelerin gemi sicillerinden birine kayıtlı bulunan ve petrol taşıyan gemiler için CLC- 92 sertifikasının düzenlenmesi ve denetimi ile ilgili usul ve esasların belirlenmesi amacıyla "1992 Petrol Kirliliğinden Doğan zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme (CLC 92) Sertifikasının Düzenlenmesine ve Denetimine Yönelik Usul ve Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönerge" 19.12.2013 tarihinde onaylanmıştır. 27/1/2000 tarihli ve 4507 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ve 26/4/2001 tarihli ve 4658 sayılı Kanunla katıldığımız, "1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme (CLC- 92)" ve katılmış olduğumuz değişiklik hükümlerine dayanılarak hazırlanan Yönerge, Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmede belirtilen petrol taşıyan gemilere, bu Sözleşmede belirlenen bölgeler içinde meydana getireceği kirlenme zararlarının tazmini için verilecek olan CLC- 92 sertifikasının düzenlenmesi, bulundurulması ve denetimi ile ilgili usul ve esasları kapsamaktadır. Sertifika; sicil limanlarınca Türk Bayrağı çekme hakkını haiz, dökme olarak 2000 tondan fazla petrol yükü taşıyan gemilere verilir. Hukuki Sorumluluk Sözleşmesine taraf olmayan bir devletin siciline tescil edilmiş olan dökme olarak 2000 tondan fazla petrol yükü taşıyan bir gemi ile ilgili olarak da talep edildiği takdirde sertifika verilebilir veya tasdik edilebilir.

---

<sup>48</sup> CLC 1969'da hukuki sorumluluğun sınırlandırılmasının başlıca nedeninin sigorta olduğu hakkında bk. *Uluğ, İ.*, s.1142.

## VII. SONUÇ

Türk Boğazlarında çevrenin korunması amacıyla uygulanan hukuki rejimin uluslararası düzenlemelerle uyumlu olduğu ve hukuki gelişmelerin sürekli izlendiği anlaşılmaktadır. Yasal düzenlemelerdeki gelişmelerin uygulamaya yansınmasıyla birlikte çevrenin korunması yönünden olumlu sonuçların alındığı da bir gerçektir.

Türk Bayraklı gemilerin yabancı limanlarda tutulma oranlarının giderek azalarak, “kara liste”den “beyaz liste”ye geçilmesi, denizciliğin uluslararası hukuka ve standartlara uygun olarak gelişme gösterdiğinin somut kanıtıdır. Türk Bayraklı gemilerle ilgili olarak yaşanan bu memnuniyet verici gelişmenin Türk Boğazlarından geçen yabancı bayraklı gemiler yönünden de yaşanması, uluslararası düzenlemeler çerçevesinde gerekli gözetim ve denetimin etkin bir şekilde yapılmasına bağlıdır.

## KAYNAKÇA

- AĞSAKAL, İ.,** Donatanın Deniz Kirliliğinden Hukuki Sorumluluğuna Uygulanabilecek Hükümlerin Tespiti, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.227-245.
- AKTEN, N.,** Türk Boğazları ve Geleceği, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.246-253.
- ALGANTÜRK, S.D.,** Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası (Protection and Indemnity Insurance) (P&I), İstanbul 2002.
- DEMİRKIRAN, H.M.,** Türk Boğazları’nda Geçiş Rejimi ve Geçiş Rejimi İle İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.11.2001 Gün E.2001/4-955, K.2001/1073 Sayılı Kararı, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.446-467.
- ECE, J. N.,** Boğazlarda Çevre Güvenliği ve Alternatif Yollar [http://www.cozumvar.com.tr/tr/Yayinlarimiz/Denizcilik\\_Sektor](http://www.cozumvar.com.tr/tr/Yayinlarimiz/Denizcilik_Sektor)

u/Bogazlarda\_Cevre\_Guvenligi\_ve\_Alternatif\_Yollar.asp  
(Erişim tarihi: 01.04.2014)

- GÜRSES, Ö.,** Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu'nun (ISM Code) Taşıyan ve Donatanın Sorumluluğuna Etkileri, İstanbul 2005.
- ILGIN, C.,** Bunker Konvansiyonu, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.670-685.
- ILGIN, S.,** Türk Boğazları Konusunda Uluslar arası Denizcilik Örgütü'ndeki (IMO) Çalışmalar, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.686-706.
- İZGİ, Ö./GÖREN, Z.,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt: I, Madde 1-78, Ankara 2002.
- İZGİ, Ö./GÖREN, Z.,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt: II, Madde 79-177, Ankara 2002.
- KARLIKLI, Y.,** Montrö Boğazlar Sözleşmesi Ekseninde Karadeniz'in Değişen Stratejik Görünümü, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.804-806.
- KURAN, S.,** Uluslararası Deniz Hukuku, İstanbul 2006.
- LIGHT, A. D.,** "Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Genel Şartları", Deniz Hukuku Dergisi, Y.10.S.1-4, s. 49-70.
- OĞUZÜLGEN, S.,** Türk Boğazları ve Deniz Trafığı İle İlgili Uluslararası Tarihi Gelişmeler ve Terminolojik İlkeler, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.910-922.
- OKUR, D.A.,** Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi, Gemi Kaynaklı Deniz Kirliliğinin Önlenmesinde Değişen Yetki Dengeleri Bağlamında Liman Devletinin Artan Önemi, İstanbul 2009.

- TOLUNER, S.,** Boğazlardan Geçiş ve Türkiye'nin Yetkileri, Boğazlardan Geçiş Güvenliği ve Montreux Sözleşmesi, Prof.Mahmut BELİK ve Prof.Dr.Tahir ÇAĞA'ya Saygı Semineri, İstanbul 1994, s.10-20.
- TOLUNER, S.,** Montreux Konvansiyonu'nun Feshi ve Değiştirme Usulüne İlişkin Bazı Sorunlar Üzerinde Düşünceler, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1071-1086.
- TÜTÜNCÜ, A.N.,** Deniz Kirlenmesinin Azaltılması ve Önlenmesine Yönelik Boğazlardan Geçiş Düzeni, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1122-1128.
- ULUĞ, İ.,** Deniz Kirliliğinden Dolayı, Donatanın Sorumluluğu Hakkındaki Düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Açısından Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1129-1143.
- ÜNAN, S.,** Türk Boğazları'na İlişkin Montreux Sözleşmesi'nin Ticaret gemileri Hakkındaki Düzenlemesi ve Bu Boğazlarda Karşılaşılan Bazı Sorunlar Hakkında Kısa Değerlendirme, Prof.Dr.Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof.Dr.Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1168-1171.
- YÜCEER, B. S.,** Uluslar arası Boğazlar ve Kılavuzluk, İzmir 2001.
- DEMİR, İ.,** Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:1 Yıl: 2011, ([http://cms.inonu.edu.tr/panel/uploads/21/255/demir\\_tam\\_2\\_-\\_1.pdf](http://cms.inonu.edu.tr/panel/uploads/21/255/demir_tam_2_-_1.pdf) Erişim tarihi: 09.07.2014)



## SİNEMA VE HUKUK BİR TÜR OLARAK HUKUK FİLMLERİ

Doç. Dr. Abdurrahman Saygılı\*

### ÖZET

Sinema bir yüzyılı aşkın bir zaman önce kitlelilik kazanmış ve zaman içinde üzerinde birçok tartışma yapılmış bir sanat dalıdır. Başlangıcından bugüne değin farklı türlerle zenginleşen sinema, son on yıllarda hukuku da tematik olarak kullanmaya başlamıştır. Bir tür olarak hukuk filmleri bu çerçevede yeni bir sinema türü olarak değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk, Tür, Sinema, Hukukçular, Hukuk Mekânları

### CINEMA AND LAW LAW FILM AS A TYPE

### ABSTRACT

Cinema is a well-debated constituent of the arts that has gained global quality more than a hundred years ago. Starting from its earliest times up to day, having been enhanced by the contribution of various types, cinema has embraced law as a thematic too. Within this framework, law-related movies are considered to constitute a particular type in cinema.

**Keywords:** Law, Type, Cinema, Lawyers, Law-related locations

---

\* Ankara Ü. Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuk ABD

## GİRİŞ

Sinemanın, kimilerine göre büyülü fenerin, bir sanat dalı olup olmadığı tartışmalarını, endüstriyel olduğu gerekçesiyle yapılan suçlamaları, yedinci sanat iğnemelerini öteleyerek konuşmak mümkünse eğer; sinema, en azından üzerinde düşünülmesi gereken, mekanikle sanatın modern dünyadaki bir çatışmasının belki de en iyi örneğini teşkil eder<sup>1</sup>.

O halde, yeni bir sanat olan ya da olmaya yazgılı sinema, modernitenin bizi köşeye sıkıştırdığı bir noktada, kendine ait ve farklı kodları-kipleri kullanarak, ruhumuza dokunmaya çalışan bir soluktur.

Hiç şüphesiz ki, bu soluk gökten zenbille inmiş olamaz. 1895'te koca bir trenin beyaz bir perdeden seyircinin üzerine dumanlar saçarak gelmesiyle kitleselleşen; yarattığı gerçeklik algısıyla ilk seyircilerini salondan kaçırarak sinema; süreç içinde eğlence türünden çok farklı türlere yönelmiştir.

Sinemayı tek bir üslup üzerinden değerlendirmek mümkün değildir. Sinema, farklı akımlarıyla-ki akımlar sinema kendini ifade etme tarzıdır-, başka bir deyişle modern sanat akımlarından ödünç aldıklarıyla söylemek istediğini başka yollarla aktarmak istemiştir seyircisine...

Bu kısa makalede, sinema üzerine çok fazla kelam edecek, büyük büyük laflar edecek değilim. Derdim, bir tür olarak artık kabul gören hukuk filmleri hakkında bir girizgâhtır sadece. Dolayısıyla, bunu gerçekleştirebilmek için önce sinemadaki türlerden bahsetmek lüzum eder. Ancak böylece “bir tür olarak hukuk filmleri” ile ne kastedildiği anlaşılabilir.

Şimdi gelin büyülü fener'e hukuk üzerinden yakından bakalım.

## I. SİNEMADA TÜRLER

“Tür” teriminin kökeni edebiyata dayanır. Edebiyatta tür terimi, metin kategorileri arasında farklı düzen ayırımlarını belirtmek için

---

<sup>1</sup> *Arnheim, R.*: Sanat Olarak Sinema, (Çev. Ulus Baker/Ege Berensel), Öteki Yay., Ankara 2002, s. 14-15.

kullanılır. Örneğin sunum tipi için epik/lirik/dramatik; gerçeklikle ilişkisi açısından kurgusal/belgesel; üslup düzeyi bakımından epik ya da roman, metnin örgü tarzı yönünden komedi veya trajedi ve son olarak içeriği açısından duygusal/tarihsel/macera romanı şeklinde edebiyatta türler ayrılır<sup>2</sup>.

Bu türsel ayırım sinemaya da yansımış ve filmler ilk başlarda komedi veya romans ya da savaş filmleri gibi kısıtlı konulara odaklanmıştır. İlgi çekici bir örnek verilirse, şimdi western olarak bildiğimiz film türleri, ilk ortaya çıktığında melodram karakteri göstermekteydi. Bu özelliği taşıyan ilk film 1903'te (Büyük Tren Soygunu) yapılmıştı. On yıl geçmeden şimdi western dediğimiz türe dönüştü ve kendi içerisinde western kovalamaca, western melodram, western romans gibi alt türlere ayrıldı<sup>3</sup>.

Western türünün böylesi bir gelişimi ileride başka tür filmlerinin de ortaya çıkmasına ve gelişimine esin kaynağı olmuştur. Sinema filmlerinin böyle türlere ayrılması beraberinde izleyicilerde bir beklenti doğurmuştur. İzleyici tür filmlerini izlerken o türe ait beklentiler içerisine girmişler/girmektedirler ve filmi izlerken olay örgüsünün bu yönde bir geliş göstermesini ummuşlardır, ummaktadırlar<sup>4</sup>.

Tür filmleri ya da başka bir deyişle, bir türün bütün filmleri bir dizi semantik bileşenlere denilebilecek öğeleri paylaşırlar. Western örneğinden hareket edilirse; atlar, kavgacı kahramanlar, kanuna karşı eylemler, yabani doğa ve Vahşi Batı tarihinden kesitlerin bir kombinasyonu görüldüğünde, o filmin bir western olduğu kabul edilebilir. Dolayısıyla, tür filmleri, ortak semantik öğeleri ortak bir sözdiziminin parçası haline getirirler. Semantik öğelerin taşıdığı anlamlar, önceden var olan sosyal kodlardan ödünç alınmakta iken, sözdizimsel özellikler ise özel olarak o türe özgü olarak yaratılmaktadır<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Altman, R.:“Sinema ve Tür”, Dünya Sinema Tarihi, ed. Geoffrey Nowell-Smith, (Çev. Ahmet Fethi), Kabalıcı Yay., İstanbul 2003, s. 322.

<sup>3</sup> Altman, s. 322-323.

<sup>4</sup> Altman, s. 326-327.

<sup>5</sup> Altman, s. 331.

Tür filmlerinin iki önemli eğilim bulunmaktadır. Birinci olarak, tür filmleri toplumdaki çatışmaları, hoşnutsuzlukları ya da toplumsal yaratımı esas alarak bir kültürel düşünme tarzı yaratmaya çalışırlar. Bunu izleyicinin (toplumun) beklenti düzeyi üzerinden yapabilirler ya da toplumu böyle bir beklentiye kanalize edebilirler. İkinci olarak ise, saf ideolojik de bir işlev görürler. Kapitalist/komünist bir devlet sistemini ya da iktidardaki bir hükümeti veyahut hukuk sistemini meşrulaştırmak, övmek ya da onun politikalarına inandırmak için izleyiciyi kandırma ve yönlendirme işlevi görürler. İkinci eğilime, politik filmler denilmektedir. Görüldüğü gibi, ilk eğilim daha özgürleştiricidir ve izleyiciyi bilinçlendirmeye yöneliktir. Oysa ikinci eğilim maniple edicidir ve dolayısıyla tür filmlerinin tehlikeli yönüdür. Bu yüzden tür filmleri, toplumu bilinçlendirme ve iktidarın (dönemsel olarak değişir) politikaları pekiştirme, kişilerin algılarını maniple etme arasında gerilimli bir ilişkiye sahiptirler. Tür filmlerine bir eleştiri de sanatı araçsallaştırdıklarından bahisle yapılmaktadır. Bu düşünceyi ileri sürenlerin gerekçeleri, biraz önce söylenenlerle paralellik göstermektedir<sup>6</sup>.

İşte sinemadaki tür eğilimi zamanla bir tür olarak hukuk filmlerini de ortaya çıkarmış, özellikle Amerika'da bu türe ilişkin birçok film yapılmıştır ve hala da yapılmaktadır. Baştan belirtmek gerekirse, bu filmler hukuk temalı filmlerden ayırırlar. Çünkü hukuk temalı filmlerin inceleme alanı çok daha geniştir. Bir örnek üzerinden açıklanacak olunursa, Luis Bunuel'in *Burjuvanın Gizli Çekiciliği* filmi burjuva hukukunun önemli bir kurumu olan aile kurumunu eleştiren hukuk temalı bir filmidir, ama bir tür olarak hukuk filmi değildir. Yine Zeki Demirkubuz'un *Üçüncü Sayfa* filmi suç, suçluluk gibi hukukun alanına giren konular etrafında gezinirken, bir hukuk türü film olarak nitelendirilemez. Oysa örneğin *Şeytanın Avukatı* ya da *A Civil Action* gibi filmler hukuk türüne ait filmlerdir. Türk sinemasında buna bir örnek olarak Mesut Uçakan'ın *Reis Bey* isimli filmi gösterilebilir.

---

<sup>6</sup> Ryan, M/Kellner, D.: Politik Kamera-Çağdaş Hollywood Sinemasının İdeolojisi ve Politikası, (Çev. Elif Özsayar), Ayrıntı Yay., İstanbul 1997, s. 34 vd.

## II. BİR TÜR OLARAK HUKUK FİMLERİ

Bir tür olarak hukuk filmlerini inceleyebilmek için ilk önce hukuk ve popüler kültür çalışmalarına bakmak gerekmektedir. Bu çalışmaların kökeninde de hukuk ve edebiyat hareketi yer alır. Hukuk ve edebiyat hareketi iki alt kola ayrılarak incelenebilir. Bu hareketin ilk koluna mensup olanlar, “büyük kitaplarda” hukukun nasıl temsil edildiği incelerler ve bu kolun adına edebiyatta hukuk (law in literature) hareketi adı verilir. Diğer kolda yer alanlar ise, dil vasıtasıyla (edebi dil) bir toplumun nasıl inşa edileceğini ve nasıl ikna edileceğini incelerler; bu harekete de edebiyat olarak hukuk (law as literature) hareketi denilmektedir. Edebiyatta hukuk hareketi, Dostoyevski’nin *Suç ve Ceza*, Herman Melville’in *Billy Budd* gibi edebi metinlerini inceleyerek, bu metinlerde hukukun nasıl tarif edildiğini anlamaya çalışırlar. Edebiyat olarak hukuk hareketinin öncüsü James Boyd White, hukuku, dili kullanarak toplumu inşa eden, ona anlam veren; doğasında edebiyat ve retorik bulunan bir sanat olarak tanımlar<sup>7</sup>.

Bu çalışmalar hukukun kültürel analizlerini yapmakla birlikte bir yönden hep eksik kalırlar. Hukukun öznelerini çoğu kez es geçerler; hukuk öznesi olarak yurttaşları ya da diğer hukuki özneleri incelemelerine dâhil etmezler. Onların düşüncesinden hareketle söylenirse, edebi metinlerde ya da edebi metinler vasıtasıyla hukuk özneleri de anlatılmakta/inşa edilmektedir. Oysa hareketin iki kolu da bunu ihmal etmiştir.

Popüler kültür alanında yapılan edebiyat ve hukuk çalışmalarına daha sonra bir yenisi daha eklenir: hukuk ve film çalışmaları.

Hukuk ve film alanında çalışan akademisyenler, öncelikli olarak, sinema filmlerinde hukuk ve hukuki süreçlerin nasıl tasvir edildiklerini incelerler. Bu incelemeye, filmlerde hukuk (law in film/cinema) incelemeleri benzetmesi yapılabilir. Bu yaklaşım, yine edebiyat ve hukuk

<sup>7</sup> Posner, R.: Law and Literature, 3rd edition, Harvard University Press, 2009, s. x1-x11; Domnarski, W.:“Law and Literature”, Legal Stud. F., Vol 27, 2003, s. 109 vd.; Levinson, S.:“Law as Literature”, Tex. L. Rev., Vol. 60, 1981-1982, s. 373 vd.

hareketine benzer bir biçimde, hukuk filmlerinde, hukuk kültürünün nasıl anlatıldığını araştırmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu alanda çalışan akademisyenler, yaşadığımız toplumda ya da daha genel olarak dünyamızda, hukuk ve adaletten beklentilerimizi filmlerin kendilerine has yollarla bize nasıl aktardıklarını inceleme konusu yapmışlardır. Bu bakış açısına göre, filmler toplumdaki hukuk söylemini hareket imgesini kullanarak görsel olarak somutlaştırır. Diğer bir yaklaşım ise, filmi hüküm vermenin ve iletişim formunun bir aracı olarak görmektedir. Filmler hukukun ne olduğuna ilişkin hakikatler üretmekte, hukuki öznelerin davranış kodlarını yönlendirmektedir. Böylece sosyal ilişki şekillerine filmler aracılığıyla yön verilmek istenmektedir. Bu yaklaşımın adına da sinema/film olarak hukuk (law as film/cinema) denilmektedir. İşte bir tür olarak hukuk filmlerinden kastedilen de budur<sup>8</sup>.

Bir tür olarak hukuk filmleri/film olarak hukuk, hakikat algımızı değiştirir; dünyayı algılamamızı şekillendirir. Sinemanın dili gibi hukuki süreçler de tekrarlanan süreçlerdir; hukuk sürecinde birbiriyle çelişen birçok öykü anlatılır defalarca ve hâkim bu hikâyeler üzerinden bir yargıya ulaşarak hüküm verir. Filmlerdeki kurmaca mahkeme salonları izleyiciyi salona çeker ve böylece izleyiciyi bazen hâkim, bazen jüri üyesi/avukat kimi zamanda mağdur/fail kimliğiyle sürece dâhil eder. Bunu yaparken filmin alt-metni, aslında izleyiciyi dilediği yöne doğru yönlendirir, artık alt metnin amacı her neyse hukuku inşa eder. Hukuk, izleyiciye, bazen adil olarak gösterilir, bazen de adaletsizlikle özdeşleştirilir.

## **1. HUKUKUN UYGULANDIĞI MEKÂNLARI KONU ALAN FİMLER:**

### **Dava Odaklı Filmler**

Dava, hukukun ritüel olarak bir görünümüdür. Çoğu kez gözden kaçırdığımız bu görünüm hukukun gücünü pekiştirmek ya da bağlayıcılığının hissettirmek için önemlidir. Birçoğumuz için davalar ya

---

<sup>8</sup> *Elkins, J.R.*:“Popular Culture; Legal Films, And Legal Film Critics”, *Loyala of Los Angeles Law Riview*, Vol. 40, Winter 2007, s. 752 vd.

da yargılama süreci, hukukun faaliyette olduğunu gösteren bir sembolü işlevi görmektedir. Bu yüzden davaya ya da yargılama sürecine odaklanan filmler, izleyici/yurttaş/toplum nezdinde önemli bir işleve sahiptirler. Dava filmleri tür olarak hukuk filmlerinin en bilinen ve en çok kullanılan örneğidir.

Bu yüzden dava odaklı filmlerde, hukukun nasıl anlamlandırıldığına bakmak gerekir. Dava odaklı filmler ikili bir ayırma tabi tutulabilir. İlk ayırımda, dava filmlerinde, öykünün yapısıyla, karakterlerin gelişimleriyle ve sinematik niteliklerle faraziyeler, beklentiler aşikâr edilir, hukukun ideolojik meşruiyetini yeniden üretilir. Bunlar tür olarak hukuk filmlerinin işaretlerini verirler bize. İkinci ayırımında, dava filmlerinde, ilk ayırma bahsedilen modellerin yardımıyla, tıpkı hukukunun özneleştirme kipleri gibi özel bir tür izleyicisi oluşturulur. Bu tür izleyicisi, hukuk kurumlarının meşruiyetini ve gücünü sürdürmekte bir yardımcı konumundadır. Tür izleyicisi, önceden de ifade edildiği gibi, yargıç, jüri üyesi, mağdur ya da avukat rolünde olabilir. Yani izlediği filmdeki karakterle kendini özdeşleştirir. Dava filmlerinin izleyici-öznesi, liberal hukuk öznesi olan bireyi ve onun adaleti kovalamadaki merkezi rolünü aksettirir. Dava filmleri, izleyicisini, hem hukukun başarısında katkısı olduğuna inandırmak hem de hukukun ihtiva ettiği olanakları eleştirmek için cesaretlendirir. Bu eleştirel pozisyon, genellikle, filmdeki öyküye dâhil edilir ve hukukun olanaklarının olumlanmasıyla sonuçlanır. Böylece izleyici-özneye, hukuk vasıtasıyla adaletin tecelli edeceği hatırlatılmış olur.

Buradan hareketle özetlemek gerekirse, dava filmlerinin asıl anlatmak istedikleri hukukun adaletle olan ilişkisidir. Bu filmlerde, kamera, mahkeme salonunu çeşitli açılardan gezerek izleyiciye tarafları gösterir. Kameranın böylesi hareketinin maksadı, mahkemenin yargılama sonucunda vereceği kararın ve tarafların bakış açıları arasındaki farklılığın alt yapısını hazırlamaktır. Klasik bir dava filminde, hakikat, izleyicinin keşfetmesini bekleyerek saf bir şekilde öykünün bir yerlerine yerleştirilir.

İzleyici, hakikatin ifşasını kolaylaştırmak için hazırlanır. Hakikat ya duruşma salonun da ya da dava hemen sonuçlandıktan sonra ifşa edilir.

Yukarıda anlatılanları bir film üzerinden incelemek konunun somutlaşması açısından daha iyi olacak. Sidney Lumet'in 12 Angry Men filmi iyi bir örnek olabilir<sup>9</sup>.

Sidney Luumet'in filmi klasik bir jüri filmidir. Film adalet binasının alttan çekimiyle başlar ve sonra koridorlara girer. Rutin bir adalet binasındaki işleyişi gösterir bize. Kamera yavaş yavaş insanlara odaklanır ve izleyici artık binanı içerisine tam anlamıyla girmiştir. Bu sahneler izleyiciye hiçbir önermede bulunmaz, sadece boşluk duygusu verir. Ardından kameranın hareketleri bir tarafa doğru kayar ve 225 numaralı mahkeme salonun içine girer; izleyiciyi bir yargılamanın ortasına atıverir. 12 Adam ve yargıç karşımıza çıkar. Çok geçmeden jüri kararını vermek için karar odasına geçer. Bir cinayet davası olduğunu anladığımız bu dava, "12 adamın" sanık (Latin kökenli Amerikalı) hakkında idam cezası verip verilmeyeceği üzerine yaptıkları tartışmalarla sürüp gider. Filmde jüri üyelerinin kararların öznel yaşantılarında konumları tarafından etkilendikleri gösterilir: Jüriden üyelerinden birisi, yabancı düşmanı, diğeri hukukun ceza vermektan ibaret olduğuna inanan birisidir. Sanık 11-1 suçlu bulunur; ancak 1 jüri üyesinin sanığın suçsuz olduğuna inanması ve sonunda 11 adamın oyunu değıştirmesiyle film örölmüş olur. Son sahne filmin açılış sahnesine göndermede bulunmayı ihmal etmez; adalet binasının devasa kolonları çekim tekniklerinin de yardımıyla gökyüzüne doğru uzanır sanısı verir izleyici-özneye. Böylece, izleyiciler, yani bizler, ilk sahnedeki boşluk duygusundan kurtulmuş ve hukukun cisimleştiğı bu binayla hukukun varlığına yeniden inanmış olarak, Henry Fondayla birlikte rahatlamış olarak gündelik yaşamımıza döneriz.

Film her ne kadar bir yönüyle jüri sisteminin tirani boyutlarını, karar alma sürecinin öznelliğini sorunsallaştırırsa, eleştirse de, adalet sarayının, yani hukukun somutluğunun adaletle ilişkisi anlatması

---

<sup>9</sup> 12 Angry Men, 1957, [http://www.imdb.com/title/tt0050083/fullcredits?ref\\_=tt\\_ov\\_st\\_sm](http://www.imdb.com/title/tt0050083/fullcredits?ref_=tt_ov_st_sm).



açısından önemlidir. Yukarıda da değinildiği gibi, film, asıl amaç olarak izleyiciye hukukun hakikatini sunar. Gerçek adaletin devasa kolonlu adalet saraylarında tecelli edeceğini öğretir. İlk sahnede izleyici üzerindeki boşluk ve adaletsizlik duygusu, jürinin kararını verdikten sonra yerini, bir iç huzura ve adalete inanca bırakır. Dava filmlerinde, adalet binası, jüri odası ve mahkeme salonu, hepsi birden, hukukun işlediğini kanıtlamak için bir metafor olarak kullanılan öğelerdir; bunlar, dava odaklı filmlerin iskeletleridir.

## 2. HUKUKÇULARI ESAS ALAN FİMLER

Dava filmleri ile odağını hukukçulara yönelten filmler arasındaki sınırı çizmek kolay değildir. Çünkü her iki alt tür de çoğu kez birbiri içerisine girmiş şekilde karşımıza çıkar. Ancak yine de aralarında bazı farklar bulunmaktadır.

Hukukçuları esas alan filmler, genellikle, hukukçuları negatif ve kötü olarak gösterme eğilimindedir. Bu filmlerde hukukçular, özellikle avukatlar, kazanmak için hiçbir engel tanımazlar. Bazı filmler ise, aslında kanunu harfiyen uygulamakta çok sert görünen yargıçların maskelerini ...*And Justice for All*'daki gibi düşürerek, negatiflik açısından avukatlarla aralarında denge sağlamaya çalışırlar<sup>10</sup>.

Hukukçuları esas alan filmleri bir örnek üzerinden inceleyerek bu alt-türün özelliklerini belirleyelim. Bunun için de Şeytan'ın Avukatı biçilmiş kaftandır.

Şeytanın Avukatı,<sup>11</sup> özellikle Keanu Reeves'in canlandığı Kevin Lomax karakteri, bir çok çevre tarafından avukatlık mesleğini aşağıladığı ve gülünç olduğu için eleştirilmiştir. Çünkü Kevin Lomax karakteri için, filmde, ilk başta objektif olarak mesleğinde oldukça iyi, başarılı ve yakışıklı bir avukat portresi çizilirken, daha sonra öznel hikâyesi işin içine katılarak izleyiciye bu başarısının tesadüfi olmadığı gösterilmektedir. Buradan toplum içinde başarılı olarak nitelendirdiğimiz avukatların gerçekte buna benzer öznel tarihleri olduğu anlatılmak istenir izleyiciye.

<sup>10</sup> ...*And Justice For All*, 1979, [http://www.imdb.com/title/tt0078718/?ref\\_=fn\\_al\\_tt\\_1](http://www.imdb.com/title/tt0078718/?ref_=fn_al_tt_1).

<sup>11</sup> *The Devil's Advocate*, 1997, [http://www.imdb.com/title/tt0118971/?ref\\_=fn\\_al\\_tt\\_1](http://www.imdb.com/title/tt0118971/?ref_=fn_al_tt_1).

Filmin satır arasında avukatların gerçek hayatta hep karşı karşıya kaldıkları vicdanları ile kazanma hırsları arasındaki ikilem, “suçlu olduğu kesin olarak izleyiciye sunulan” sanık üzerinden gösterilir<sup>12</sup>. Bu satır arası avukatları olumsuzlamak için iyi bir fırsat sağlar yönetmene.

Filmin fantastik öğeleri olmakla birlikte, aslında metaforik bir anlatımı vardır. Bu filmin alt-metninin zenginliğinden kaynaklanır. Filmin metni güçlü edebi metinlerle desteklenmiştir. Filmde güçlü bir Avukatlık firmasının sahibi olan Şeytan’ın adı özellikle ilgi çekicidir: John Milton. Bu John Milton karakteri İngiliz şair ve romancı John Milton’dan bir başkası değildir. Metne iyice bakıldığında *Paradise Lost*’tan<sup>13</sup> alıntılar olduğu kolayca göze çarpar. Milton *Paradise Lost*’ta Tanrının karşısına Şeytanı koyarak, ona verilen cezanın çok da adil olmadığını anlatır; düşmüş bir melek olarak Şeytan en az diğer melekler kadar hak etmiştir cennette kalmayı aslında. Bu yüzden Tanrının cezası her zaman adil olmayabilir; yani, Tanrı da adaletsiz olabilir. Şeytan bu adaletsizliği cehennemdeki bütün iblisleri yanına toplayarak gidermek ister ve insan üzerinden Tanrıdan hesap sorar. Kitaptaki bu anlatımı filmde de buluruz. Bir metafor olarak Şeytan hukukun ta kendisidir. Kevin de hem onun oğlu hem de Avukatı olarak hukukun temsilcisidir. Filmin en etkileyici sahnesinde, yönetmen Milton (Al Pacino)’un ağzından, “cennete yükselecek pis kokular hukuktan geçer ve bunu da yapacak olan sensin Kevin” diyerek hukukçuların günahlarını teslim eder.

Sırf bu yüzden bile, Şeytan’ın Avukatı hukukçu olanlar için can sıkıcıdır. Hukukçuların çok sık kullandıkları *şeytanın avukatlığını yapmak* deyimini bu filmle metaforik anlamından kopartılır. Bu tür filmlerin anlatmak istediği, adaletsiz olduğu iddia edilen sistemin tek günahkâr

---

<sup>12</sup> Bunun aksine... *And Justice for All*’da Avukat Arthur Kirkland, suçlu olduğunu bildiği Yargıç Henry Fleming’i, duruşma günü açılış konuşmasını yaptıktan sonra mesleğini kaybetme pahasına, vicdanının sesini dinleyerek savunmayacağını jüriye açıklar ve koşarak adalet sarayından çıkar. Film, Kirkland’ın yüzüne yansıyan adaleti yerine getirmenin verdiği huzura odaklanarak biter. Bu film, en azından avukatlar üzerinden bazı hukukçuları aklayan filmlere örnek gösterilebilir.

<sup>13</sup> *Milton, J. : Paradise Lost, Penguin Classic, 2000.*

olmadığıdır. Sistemi ayakta tutanlar olmadan sistemin tek başına günah işleme kabiliyeti yoktur zira. Tıpkı Nazi Almanya'sında Nazi Kanunlarını uygulayan yargıçların “hukukun gereğini yerine getirdik” şeklindeki söylemlerin altında yatan suça ortak olmaktan kaçma istekleri gibi hukukçuların da olağan dönemlerdeki hukukun günahlarından sadece sistemi suçlamayarak günah çıkarmaları, onları sorumluluktan kurtarmaz.<sup>14</sup> Film bu açıdan bakıldığında bile oldukça radikaldir. Çünkü örneğin *Primal Fear* filmindeki Avukat Martin Vail (Richard Gere), suçsuz olduğunu düşünerek savunduğu sanığın suçlu olduğunu ancak son sahnede öğrenir. Şeytanın Avukatı'nın aksine bu film hukukçuları hakikati ortaya çıkarmak için uğraşan iyi niyetli kişiler olarak gösterir. Ve iyi niyetli hakikat arayıcıları oldukları için de aldatılmaları mümkündür. Sorun sistemin yanlış kurgusundadır.

Bu iki örnek, hukukçuları esas alan filmlerin kendi içinde iki farklı yaklaşımdan hareketle yapıldığını gösterdiği için önemlidir. Hukukçu odaklı filmler, ya hukukçuları sistemi sorumlu tutarak kısıtlı bir çerçevede eleştirerek anlatırlar ya da Şeytan'ın Avukatı gibi hukukçuları sistemden koparmaksızın daha eleştirel bir tarzda izleyiciye aksettirirler. Bazı yorumcular bu ikinci tarz filmlerin, bir anti-hukukçu profili çizmeye çalıştığını ifade ederek, toplum nezdinde hukukçu kimliğinin zedelendiğinden yakınırırlar ve bu ve benzeri filmleri eleştiriye tabi tutarlar.

---

<sup>14</sup> Bkz. *Washington, E.*: “Nurenberg Trials: the Last Tragedy of the Holocaust”, *The Atlantic Montly*, s. 9vd ve *Wyzanski, C.E.*: “Nurenberg- A Fair trial? Dangerous Precedent”, *The Atlantic Montly*, April 1946, s. 1 vd.

## SONUÇ

Mekân ve aktör açısından bakıldığı zaman, hukuk filmleri ikili bir ayırımla incelenebilir. Lakin hukuka ilişkin mekânlara ve aktörlere yer veren, tematik olarak onu kullanan her film tür olarak hukuk filmi değildir. Suç, suçlu, ceza gibi hukukla doğrudan ilgisi bulmakla birlikte, ortak semantik öğeleri ortak sözdizimine odaklanarak anlatmayan filmler “tür-film” olarak nitelendirilemez. Sadece bazı öğelerin çevresinden gezinen veyahut kurumların etrafında dolanan hukukla ilgili öğelere yer veren filmler, bu kategorinin dışındadır.

Hukukun bir tür olarak değerlendirildiği filmler ise, hukuka ilişkin olumlu ya da olumsuz “hakikatler” üreten ve/veya hukuk öznelerini ön plana çıkararak bir eğilim yaratmaya çalışan filmlerdir. Sinemanın dili hukukun ideolojisini ya da hukuku ideolojileştirmeyi bir imkân olarak kullanır. Sinemanın bu türü; “söz” ve “görüntü” ile “gerçek” ve “kurmacayı” melezleştirerek biçimlendirir. Bu filmlerle, alt metinde her ne varsa üst metinde izleyiciye sunulur ve izleyicinin gözünde hukuk yeniden inşa edilir. Kimi zaman hakikatle kimi zaman da hakikati tahrif ve tağyir ederek...

**BORCA BATIKLIK**  
**VE**  
**İFLASIN ÖNLENMESİ YOLU OLARAK**  
**‘SIRADAN ÇEKİLME ANLAŞMASI’**

**Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN-GÜNEYSU\***  
**Araş. Gör. M. Sadık ÇAPA\*\***

**Özet**

Borçlunun iflasını istemesinin zorunlu olduğu hallerden biri, şirketin pasifinin aktifinden fazla hale gelmesidir. Bu durumda şirketi temsile yetkili kişiler, yetkili asliye ticaret mahkemesine başvurarak şirketin iflasını talep etmek zorundadırlar. Türk Ticaret Kanunu (TTK), bu talep zorunluluğuna bir istisna getirmiştir (TTK m. 376/3). Buna göre, iflasa karar verilmeden önce, şirket bilançosundaki açığı karşılayacak ve borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket alacaklıları ile sıradan çekilme anlaşması yapılmış ise, iflas talebinde bulunma zorunluluğu ortadan kalkar. Ancak bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanması gerekir. Aksi halde, mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildiri olarak kabul edilir.

**Anahtar Kelimeler:** Şirketler, borca batıklık, bilanço, iflas, sıradan çekilme.

---

\*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı.

\*\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

**OVER-INDEBTEDNESS  
AND  
'LETTER OF SUBORDINATION' AS A METHOD FOR  
PREVENTING BANKRUPTCY**

**Abstract**

One of those situations where it is compulsory to demand the bankruptcy of a company is the fact that company has more liabilities than assets. In this case, those individuals entitled to represent the company have to file for bankruptcy before the competent commercial court. Turkish Commercial Code in its Article 376 paragraph 3 foresees an exception to this general rule. According to this regulation, it is not mandatory to file for bankruptcy if a letter of subordination has been agreed to, for a sum high enough to meet the difference between liabilities and assets, before a ruling of bankruptcy by the court. The propriety, authenticity and validity of this agreement has to be verified by the expert witness appointed by the court that is to be the addressee of that request pertaining to bankruptcy. Failing in these respects, the demand for the appointment of the expert witness will be accepted as filing for bankruptcy.

**Keywords:** Companies, over-indebtedness, balance-sheet, bankruptcy, letter of subordination.

**GİRİŞ**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinin 3. fıkrası anonim ortaklığın borca batıklık durumunun tespiti için yönetim kuruluna ara bilançolar düzenleme görevi yüklemektedir. Düzenlenen ara bilançoların borca batıklık sonucunu göstermesi durumunda yönetim kurulu, ortaklığın borca batık halde olduğunu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirmek ve şirketin iflasını talep etmek zorundadır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki yeni düzenlemeye göre, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının

alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanırsa, ilgili şirketin iflası önlenmiş olur. Böylece İsviçre hukukunda kabul edilen ‘iflasta sıradan çekilme’ kurumu Türk hukukunda benimsenmiştir. Öngörülen hükümlerle amaçlanan, pay sahiplerinin, alacaklıların, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarının ve genel ekonomik menfaatlerin korunmasıdır.

Bu çalışmada, sermaye ortaklıkları ve kooperatifler açısından borca batıklık kavramı ve Türk hukukunda yeni bir kavram olan sıradan çekilme anlaşması ele alınacaktır. Çalışmada öncelikle borca batıklık kavramı ve borca batıklığın tespiti incelenecek; daha sonra borca batıklığın sonuçları kapsamında sıradan çekilme anlaşması değerlendirilecektir. Sıradan çekilme anlaşmasının şekli, hukuki niteliği, tarafları, sonuçları ve mahkemenin anlaşmayı değerlendirmesi ile çalışma tamamlanacaktır.

## I. BORCA BATIKLIK

### A. ‘Borca Batıklık’ Kavramı

‘Borca batıklık (*Überschuldung*)<sup>1</sup>’ kavramı, Türk hukukunda son yıllarda kullanılmaya başlanmış bir kavramdır<sup>2</sup>. Daha önce ‘borca

<sup>1</sup> Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrası, anonim ortaklıkların borca batıklığı esasından hareket ettiğinden kavram da bu çerçevede ele alınmıştır. Çalışmada ele alınan hususlar niteliğine uygun düşüğü ölçüde, Türk Ticaret Kanunu’nun 633. maddesinde esas sermayenin kaybı ya da borca batıklık hallerinde anonim şirketlere uygulanan hükümler limited şirketlere uygulandığından, limited şirketler; Türk Ticaret Kanunu’nun 570. maddesi gereği, anonim ortaklıkların yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümleri, yönetici olan komandite ortaklar hakkında uygulandığından sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve son olarak Kooperatifler Kanunu (KoopK.) m. 98 gereği, kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulandığından kooperatifler açısından da geçerli olacaktır (Kayar, İ.: Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, MÜHFD-HAD (2012), C. 18 S. 2, s. 644)

<sup>2</sup> Borca batıklık durumunda aynı zamanda sermaye kaybı da mevcut olmakla birlikte bu iki kavram aynı anlamı haiz değildir. Zira sermaye kaybında ‘öz kaynaklar-esas (veya kayıtlı) sermaye’; borca batıklıkta ise, ‘malvarlığı-borçlar’ ilişkisi esas alınmaktadır

batıklık’ durumunu ifade etmek üzere çeşitli kavramlar kullanılmakta idi. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu’nun (İİK) 179. maddesinde ‘borçların aktiften fazla olması’ veya 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 324. maddesinde ‘aktiflerin alacakları karşılığa yetmemesi’ ifadeleri kullanılmaktaydı. Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinde ise, ‘borca batıklık’ kavramı tercih edilmiştir<sup>3</sup>. ‘Borca batıklık’, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 324. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, ‘şirketin aktiflerinin şirket alacaklarının alacaklarını karşılığa yetmemesi’ şeklinde tanımlanabilir. Bu tanım, aktifler-borçlar esasından hareket etmesi sebebiyle eleştirilmekte ve tanımda, malvarlığı-borçlar ilişkisinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>4</sup>.

Doktrinde borca batıklık, şirket mevcut ve alacaklarının şirket borçlarını karşılığa yetmemesi olarak ifade edilir<sup>5</sup>. Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrasında borca batıklık, tanımlanmaya çalışılmıştır; buna göre borca batıklık, “*aktiflerin, şirket alacaklılarının*

---

(bkz. Türk, A.: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK. m. 324), Ankara 1999, s. 35).

<sup>3</sup> Türk, Sermaye Kaybı, s. 32.

<sup>4</sup> Türk, Sermaye Kaybı, s. 33-34.

<sup>5</sup> Kaya, A.: Borca Batık Anonim Şirketin İflâsının Erteleme, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 283; Atalay, O.: Borca Batıklık ve İflâsın Erteleme, İzmir 2006, s. 6; Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 246 N. 12-132.

‘Borca batıklık’ ile ‘ödemeden aciz hali’ birbirinden farklı kavramlardır. Ödemeden aciz hali, bir kişinin muaccel borçlarının önemli bir bölümünü ödeme yeteneğini sürekli olarak kaybetmesidir (Türk, Sermaye Kaybı, s. 36. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, Sermaye Kaybı, s. 36 vd.; Umar, B.: Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M.K. Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık (M.K. m. 605, f. II, 618), YÜHFD (2004), C. 1 S. 1, s. 319 vd.; Atalay, Borca Batıklık, s. 7 vd.; Toraman, B.: İcra ve İflâs Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Erteleme Talebi, Ankara 2007, s. 174 vd.). Borca batıklık hali, alacaklılar açısından borç ödemeden aciz haline oranla daha tehlikelidir. Zira borca batıklık halinde, şirket aktifi tamamen paraya çevrilsen bile alacaklılar alacaklarını tam olarak alamamaktadır. Borç ödemeden aciz hali ise, en azından teorik olarak ve borca batıklık hali söz konusu değilse, alacaklıların tamamının ödenmesine imkân verecek bir paraya çevirmeye götürebilir (Öztek, S.: İflâsın Erteleme, Bankacılar Dergisi (2005), S. 53, s. 42). Doktrinde Tekinalp, borca batıklığın ‘acz/aciz’ ibaresiyle de ifade edildiğini belirtmektedir (bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 246 N. 12-132).



*alacaklarını karşılamaya yetmemesi*” olarak açıklanmıştır. Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin gerekçesinde de ‘borca batıklık’, şirket aktifleri-yıllık bilançoda olduğu gibi- defter (iktisap) değerleriyle değil; fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması şeklinde açıklanmaktadır<sup>6</sup>.

## **B- BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ**

### **1. Genel Olarak**

Anonim şirketlerin borca batıklığı, Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddede şirketin borca batık durumda olduğuna dair işaretlerin varlığı durumunda yönetim kuruluna<sup>7</sup> bir takım görevler yüklenmiştir. Daha önce de ifade edildiği gibi, limited şirketlerle ilgili hükümlerde borca batıklık konusu ayrıca ele alınmamış, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı Türk Ticaret Kanunu’nun 633. maddesinde belirtilmiştir. Bu nedenle 376. maddenin 3. fıkrasında sözü edilen yönetim kurulunun görevleri, limited şirketlerde müdürler açısından aynen geçerli olacaktır.

Sermaye ortaklıkların borca batık durumda olmasına yönelik işaretler, yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin veya erken teşhis komitesinin raporlarından ya da yönetim kurulu belirlemelerinden ortaya çıkabilir<sup>8</sup>. Bu veya benzer şekillerde borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin varlığında şirketin Türk Ticaret Kanunu anlamında borca batıklık durumunun tespiti, ancak maddede belirtilen ara bilançonun düzenlenmesiyle sağlanacaktır. Borca batıklık şüphelerine dair çok güçlü işaretler bulunsa da, Türk Ticaret

<sup>6</sup> Borca batıklığın tespitinde kanuni yedek akçelerin de hesaba katılacağına ilişkin olarak bkz. Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 646.

<sup>7</sup> Çalışmada ‘yönetim kurulu’ olarak kaleme alınan açıklamalar, limited şirketler açısından ‘müdürleri’; kooperatifler açısından yine ‘kooperatif yönetim kurulunu’ ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından ‘yönetici komandite ortakları’ da kapsamaktadır.

<sup>8</sup> Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin Gerekçesi. Borca batıklık şüphesi uyandıran en önemli neden veya belirti, yıllık bilanço esaslarına tabi bir bilançonun borca batıklık sonucunu göstermesidir (Türk, Sermaye Kaybı, s. 241).

Kanunu anlamında borca batıklığın ortaya çıkabilmesi için ara bilançonun varlığı şarttır<sup>9</sup>. Bu yüzden borca batıklık şüphesi uyandıran işaretler söz konusuysa yönetim kurulu ara bilanço aracılığıyla durumu tespit etmek zorundadır<sup>10</sup> (TTK m. 376/3) . Söz konusu hüküm, pay sahiplerini, alacaklıları, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumayı amaçlamaktadır<sup>11</sup>.

Yönetim kurulu, maddede öngörülen ara bilanço düzenleme yetkisini bizzat kullanmak zorunda değildir. Zira bu tür bir iş uzmanlık gerektirir. Kanun'da da muhasebe için gerekli düzenin kurulması görev ve yetkisinin devredilemez olduğu belirtilmiş; ancak muhasebenin tutulması

<sup>9</sup> Türk, Sermaye Kaybı, 41; Kaya, s. 289-290; Atalay, Borca Batıklık, s. 13; Muşul, T.: İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 42-43; Öktem, S.: İflâsın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu, İBD (2006), C. 80 S. 6, s. 2481-2482; Ermenek, İ.: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2009, s. 200; Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 647-648.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin 2. fıkrasında, borca batıklık halinin aktiflerin satış fiyatları esas alınarak düzenlenen bir ara bilançodan anlaşılabilirliği belirtilmişti. Ancak eski Kanun döneminde doktrinde Kayar, borca batıklık halinin kural olarak ara bilançodan anlaşılmasının söz konusu olduğunu, bu ispatın ise tek yol olmadığını ifade etmiştir. Kayar, iflasın ertelenmesine ilişkin açıklamalarında, ertelenmenin şartının borca batıklık halinin tespiti olduğu, bunun nasıl yapılacağına ise önemsiz olduğunu ifade etmiştir (Kayar, İ.: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 244).

<sup>10</sup> Alman hukukunda anonim şirketlerin borca batıklık durumu Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'nun 92. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm gereği, borca batıklık mutlaka bilanço aracılığıyla tespit edilmek zorunda değildir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Grigoleit, H. C./Tomasch, L.: Aktiengesetz Kommentar, München 2013, § 92 N. 1 vd.). İsviçre hukukunda anonim (ve limited) ortaklıkların borca batıklığı İsviçre Borçlar Kanunu'nun m. 725. Maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinin 3. fıkrasının mehzazı niteliğinde olduğu için Türk Ticaret Kanunu'nda benimsendiği gibi borca batıklığın tespiti için ara bilançonun varlığı şarttır.

<sup>11</sup> Doğan, B. F.: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s. 210.

Hüküm ayrıca, henüz mümkün olan mali iyileştirme imkânlarının sağlanması ve şirket malvarlığının kötüye gidişatının engellenmesini amaçlamaktadır (Böckli, P.: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N. 766). Hükümün, sadece şirket alacaklılarını veya pay sahiplerini değil, aynı zamanda ortaklığın korunmasına da hizmet ettiği ifade edilmektedir [4C. 130/2002 (Gauch, P./Aeppli, V./Stöckli, H./Schöll, M.: Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Auflage, Zürich 2009, Art. 725 N. 3)].

açısından bir sınırlama öngörülmemiştir<sup>12</sup> (TTK m. 375/1-c; m. 625/1-c). Yani yönetim kurulu, finansal işleri bizzat icra etmek zorunda değildir; onun görevi uygun organizasyonun oluşturulmasıdır<sup>13</sup>.

## 2. Borca Batıklık Durumunun Tespiti Amacıyla Düzenlenecek Ara Bilançolar

Borca batıklık, ortaklık yönetim organı için zor ve hatta belki en rahatsız edici durumdur<sup>14</sup>. Borca batıklık halinin tespiti şirketin geleceği, alacaklıların alacaklarının akıbeti ve şirkette pay sahibi olanların ve çalışanların durumu gibi hususlar dolayısıyla kritik ve önemli bir görevdir. Bu nedenle Kanunda, ‘borca batıklık halinin mahkemeye bildirilmesi’ yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden olduğu belirtilmiştir (TTK m. 375/1-g).

Yukarıda da belirtildiği gibi borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin bulunması<sup>15</sup>, yönetim kuruluna ara bilanço düzenleme yükümlülüğünü öngörmektedir (TTK m. 376/3). Yönetim kurulunun bu yükümlülüğü, şirketin finansal ve ekonomik durumunu sürekli olarak takip etmek gerekliliğinin sonucudur<sup>16</sup>. Bu ara bilanço hem *işletmenin devamlılığı* hem de *aktiflerin muhtemel satış değerleri* esasına (yöntemine) göre düzenlenecektir<sup>17</sup>. Yani yönetim kurulu, borca batıklık

<sup>12</sup> Doğan, s. 188.

<sup>13</sup> Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013, § 20 N. 72.

<sup>14</sup> Madörin, B.: Der KMU-Verwaltungsrat, Bern 2013, s. 60.

<sup>15</sup> Mesela, yıllık bilançoda birikmiş zararların sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının tamamına ulaşması veya geçmesi; senetlerin protesto edilmesi (Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 246 N. 12-133).

<sup>16</sup> Böckli, § 13 N. 766.

<sup>17</sup> Türk Ticaret Kanunu kabul edildiğinde, 376. maddenin 3. fıkrasında hükmünde, ara bilançoların yedi iş günü içinde görüşünü açıklamakla yükümlü tutulan şirket denetçisine verilmesi ve denetçinin inceleme sonrasında önerilerini de ekleyerek yönetim kuruluna bir rapor sunması gerektiği kabul edilmişti. Rapora erken teşhis komitesinin önerilerinin de eklenmesi gerekmekteydi. Ancak bu iki durum 6335 sayılı Kanun ile, belirtilen düzenlenmenin bağımsız denetçinin görevi ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle kaldırılmıştır. Doktrinde Tekinalp, hükmün önceki halinin isabetli olduğunu ve hüküm sayesinde yönetim kuruluna tek başına sorumluluğun yüklenmediğini ifade etmektedir (bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 248 N. 12-136). Değişikliğin isabetli olduğu ve önceki düzenlemenin eleştirisi noktasında bkz. Aydın, A.: Türk Ticaret Kanunu’nun

şüphesi uyandıran işaretlerin varlığı durumunda iki ayrı ara bilanço düzenlemekle yükümlüdür<sup>18</sup>; bu bilançolardan sadece birinin düzenlenmesiyle yetinilemez<sup>19</sup>. Şirketin borca batık durumda olduğuna yönelik işaretler olmasına rağmen yönetim kurulu yukarıda belirtilen iki ara bilanço düzenlemezse, Türk Ticaret Kanunu gereğince sorumluluğu doğacaktır<sup>20</sup> (TTK m. 553/1).

### a) İşletmenin Devamlılığı Esasına Göre Ara Bilanço Düzenlenmesi

İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilanço (*Zwischenbilanz zu Fortführungswerten*), ‘Uluslararası Muhasebe Standartları–International Accounting Standards (IAS)’ kapsamında öngörülen ‘*going concern*’ kavramını karşılamaktadır (IAS 1)<sup>21</sup>. İşletmenin devamlılığı (*going concern/Unternehmensfortführung*) kavramında, faaliyetlerine devam eden bir işletmenin bütünüünün değeri esas alınmaktadır<sup>22</sup>. İşletmenin devamlılığı esası, sadece değerlendirme anının değil, rasyonel öngörülere dayalı olarak gelecekte ulaşılabilecek değer

---

Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış, İÜHFİM (2012), C. LXX S. 2, s. 109 dpn. 16.

<sup>18</sup> Bkz. Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin Gerekeşi.

<sup>19</sup> Çıkarılacak ara bilançoların amacı, güncel veya yakın gelecekteki olanaklar çerçevesinde ortaklığın borç ödeme yeteneğinin tespit edilmesidir. Zira bilançodaki aktiflerin güncel ve rasyonel öngörüye dayalı olarak geleceğe yönelik değerleri, ortaklığın gerçek manada borç ödeme gücünü ortaya koyacaktır (Manavgat, Ç. (Kırca, İ./Şehirli Çelik, F. H.): Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013, s. 585-586).

<sup>20</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, § 20 N. 270.

<sup>21</sup> Aciz halinde olup, ödemelerini tatil etmiş anonim ortaklıklarda kural olarak, işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenlenemez (IAS 1-28). Ancak Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrası ile emredici bir kural kabul edilmiş ve işletmenin devamlılığı esasına göre de bilanço düzenlenmesi gerektiği benimsenmiştir. Dolayısıyla anonim ortaklık yönetim kurulunun bu yöneme göre bilanço düzenleme zorunluluğu bulunmaktadır, Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrası hükmü bu zorunluluk için yeterli bir gerekçedir (bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 248 N. 12-135).

<sup>22</sup> Mirza, A. A./Ankarath, N.: International Trends in Financial Reporting under IFRS, New Jersey 2012, s. 14; Zülch, H./Fischer, D. T.: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 4. Auflage, München 2013, IAS 1 N. 38; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 247 N. 12-135.

de dikkate alınmasını gerektirir<sup>23</sup>. İşletmenin devamlılığı varsayımı gereği, işletmenin öngörülebilir gelecekte faaliyetlerini sürdüreceği kabul edilir<sup>24</sup> (İşletmenin Sürekliliği (BDS 570) Hakkında Tebliğ).

İşletmenin devamlılığı esası, işletme faaliyetleyken, yani hem bilanço tarihinde hem de gelecekteki bir zaman dilimi içinde işletme konusunu elde edebilmek amacıyla yapılan işlemlerin sonuçları dikkate alınarak yapılan değerlendirmedir. İşletmenin sürekliliği için yapılan değerlendirmede, olay veya şartların doğası gereği belirsiz olan gelecekteki sonuçlar hakkında belirli bir tarihte varsayımda bulunulur. İşletmenin büyüklüğü ve karmaşıklığı, faaliyetlerinin niteliği ve durumu, dış faktörlerden etkilenme derecesi, olay veya şartların sonucuna ilişkin yapılacak varsayımı etkiler. Geleceğe ilişkin herhangi bir varsayım, o varsayımın yapıldığı anda mevcut bulunan bilgilere dayanır (İşletmenin Sürekliliği Hakkında Tebliğ).

İşletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilanço, aktiflerin muhtemel satış değerleri bilançosu yönteminde olduğu gibi tahminler ve varsayımlar üzerine yapılandırılmaktadır. Genel kabul gören ilkeler çerçevesinde ve genel kabul gören yöntemlere uyularak düzenlenen bu ara bilançoda; aktifler, borçlar ve yükümlülükler, gelirler-giderler ve işletmenin elde edeceği şanslar ve fırsatlar ihtimallere göre hesaba katılır ve değerlendirilir<sup>25</sup>. Ayrıca bu ara bilanço çerçevesinde gelir-gider tablosunun (*Erfolgsrechnung*) hazırlanması zorunludur<sup>26</sup>.

Aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, yukarıda da belirtildiği gibi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirme yapılması anlamına gelmektedir. Böyle bir değerlendirme işletmenin borca batık durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koyar. Örneğin bir şirketin kuruluşunun ilk

<sup>23</sup> Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586.

<sup>24</sup> Türkiye Denetim Standartları Tebliği No: 25 (RG 28891, 23.1.2014).

<sup>25</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 247 N. 12-135.

<sup>26</sup> Böckli, § 13 N. 770.

yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşın, ilerleyen yıllarda kâr elde edilebileceği ihtimalinin yüksek olması uzman bir işletmeci tarafından farklı değerlendirilebilir. Bu tür bir değerlendirme, yatırımların sonuçlarını da hesaba katar<sup>27</sup>.

Halka açık ortaklıkların SPK II-14.1 Tebliği<sup>28</sup> çerçevesinde ara dönem finansal rapor hazırlama yükümlülüğü<sup>29</sup> bulunmuyorsa, borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasını takiben 30 gün içerisinde SPK II-14.1 Tebliği hükümlerine uygun olarak hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre ara bilanço düzenlenmelidir (SPK 10.4.2014 tarih 11/352 sayılı İlke Kararı).

İşletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenlenmesi anlamının tam olarak kavranabilmesi açısından *Tekinalp*, şu örneği vermektedir<sup>30</sup>: “*Borca batıklık emareleri gösteren bir AO'nun portföyünde yer alan başka bir AO'nun pay senetlerinin gerçek değeri borca batık ortaklığın durumu dolayısıyla pek dikkate alınamaz. Oysa, işletmenin devamlılığı esasına göre çıkarılan bilançoda bu ortaklığın, gerçekçi bir varsayım ile bir yıl sonra borsa değerinin yükselebileceği bilimsel olarak hesaplanıp bu değer esas alınursa, bu AO'nun durumu olumlu bir resim verebilir. Böylece borca batık bir ortaklığın değeri, devam eden faaliyetleri sonucunda yükselmiş olur.*”

### **b) Aktiflerin Muhtemel Satış Değerlerine Göre Ara Bilanço Düzenlenmesi**

Yıllık bilançoda aktifler kural olarak, teker teker değerlendirilir<sup>31</sup>. Ara bilançonun aktiflerin muhtemel satış değerleri (*Zwischenbilanz zu Veräußerungswerten*) esasına göre düzenlenmesi ise, yıllık bilanço gereği aktiflerin defter/iktisap değeri şeklinde adlandırılan değere göre değil,

<sup>27</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesi Gerekçesi.

<sup>28</sup> Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği (II-14.1), RG 28676, 13.6.2013.

<sup>29</sup> Bkz. SPK II-14.1 Tebliği m. 7; m. 8; m. 11.

<sup>30</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 248 N. 12-135.

<sup>31</sup> Türk, A.: Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEÜHFD (2004), C. 6 S. 1, s. 305.

aktifler bilanço günü satılırsa fiyatları ne olacak ise o değere, yani cari değere<sup>32</sup> göre düzenlenmesidir. Söz konusu bilanço, genel kabul gören ilkeler çerçevesinde ve genel kabul gören yöntemlere uyularak düzenlenir. Bu sebeple yıllık bilançoda olduğu gibi kayıtlı değerler esas alınmaz<sup>33</sup>.

Aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen ara bilançonun temel amacı, yıllık bilançodan farklı olarak, ortaklık malvarlığının satış değerini gerçekçi bir biçimde belirleyerek bunun borçları karşılamaya yetip yetmediğini tespit etmektir. Ayrıca yıllık bilanço, ancak şekli/bilançosal anlamda borca batıklığı (*bilanzmässige Überschuldung*) gösterirken, burada belirtilen ara bilanço maddi anlamda/gerçek borca batıklığı gösterecektir<sup>34</sup>.

Halka açık ortaklıklar bakımından, aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre hazırlanacak ara bilançonun borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasını takiben en çok 30 gün içerisinde düzenlenmesi gerekir (SPK 10.4.2014 tarih ve 11/352 sayılı İlke Kararı).

### c) Ara Bilançoların Farklı Sonuçlar Göstermesi

Yönetim kurulu hem aktiflerin muhtemel satış değerlerini hem de işletmenin devamlılığı esasını inceler ve çıkan sonuca göre anonim ortaklığın aktiflerinin borçları ile zararlarını karşılayıp karşılamadığına karar verir<sup>35</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinin 3. fıkrası, yönetim kurulu için iki ayrı yönetime göre (işletmenin devamlılığı ve aktiflerin muhtemel satış değerleri) ara bilanço düzenleme yükümlülüğü öngörmektedir<sup>36</sup>. Yönetim kurulunun sadece iki ara bilançodan birini

<sup>32</sup> “...borca batıklığın tespiti sırasında, rayiç değerlerin esas alınması gerekir.” [Yarg. 19. HD, 9.6.2010, E. 4456 K. 7169; Yarg. 19. HD, 23.6.2010, E. 4824 K. 7949; Yarg. 19. HD, 16.2.2011, E. 699 K. 1911; Yarg. 23. HD, 5.6.2013, E. 1565 K. 3783 (bkz. www.kazanci.com)].

<sup>33</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 247 N. 12-134.

<sup>34</sup> Türk, Değerlendirme ve Öneriler, s. 305-306.

<sup>35</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 248 N. 12-136.

<sup>36</sup> Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 247 N. 12-134; Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 268; Aydın, s. 110. Maddenin lafzı iki ayrı yönetime göre bilanço düzenlenmesini açıkça öngörmekle beraber, Kayar, aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre düzenlenen bilançoya göre şirketin borca batık olduğu tespit edilirse, yönetim kurulu şirket

düzenleyip borca batıklık halinin tespitini sağlaması veya önce işletmenin devamlılığı esasına göre, burada borca batıklık görüldükten sonra aktiflerin muhtemel satış değeri esasına göre ara bilanço düzenlenmesi mümkün değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinin 3. fıkrasının mehzazı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesinin 2. fıkrasıdır; bu madde gereği, şirketin borca batık durumda olduğu şüphesi uyandıran işaretlerin olması durumunda yönetim kurulu ara bilanço düzenlemek zorundadır. Bu ara bilançodan ortaklık alacaklılarının alacakları *ne işletmenin devamlılığına ne de aktiflerin muhtemel satış değerlerine* göre karşılanamadığı görülüyorsa, yönetim kurulu iflas talebiyle mahkemeye başvurmak zorundadır. Anlaşıldığı gibi, belirtilen hüküm Kanuna alınırken çeviride küçük bir hata yapılmıştır<sup>37</sup>. Şöyle ki; Türk Ticaret Kanunu'nda *'hem işletmenin devamlılığı hem aktiflerin muhtemel satış değerleri'* ibaresi kullanılmaktadır. Yani hükümde *'hem ... hem de'* bağlacı tercih edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde ise *'ne ... ne de'* bağlacı mevcuttur<sup>38</sup>. Bu durum her iki düzenlemenin farklılaşmasına yol açmaktadır. İsviçre hukukunda şirketin borca batıklık halinin tespit edilebilmesi için öncelikle işletmenin devamlılığı esasına göre bilanço düzenlenmesi gerektiği ifade edilir. Bu bilançonun vereceği sonuca göre iki ihtimal ortaya çıkar. İlk ihtimal, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilançonun borca batıklık göstermemesidir; bu durumda aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre ara bilanço düzenlenmesine ihtiyaç kalmamaktadır. İkinci ihtimal, düzenlenen ara bilançonun borca batıklık göstermesidir. Bu durumda yönetim kurulu aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre ara bilanço düzenlemek zorundadır. Eğer düzenlenen bu ikinci ara bilanço borca batıklık

---

merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine borca batıklık bildiriminde bulunarak şirketin iflasını isteyeceği açıklamasında bulunmuştur (bkz. Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 653).

<sup>37</sup> Hükümün çevirisi ve hükme yapılan bir takım eklemelerin düzenlemeyi karmaşık ve tutarsız hale getirdiği yönünde bkz. Aydın, s. 110.

<sup>38</sup> Bilindiği gibi, Almancada *'weder ... noch'* bağlacının Türkçe karşılığı *'ne ... ne'*dir. *'Hem ... hem de'* bağlacının Almanca karşılığı ise *'sowohl ... als/wie auch'*tur.



durumunu teyit etmezse, yine borca batıklıktan bahsedilemeyecektir. Ancak ikinci ara bilanço da borca batıklık durumunu teyit ederse yönetim kurulu, kural olarak, iflas talebiyle mahkemeye başvurmak zorundadır<sup>39</sup>. Yani, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilanço borca batıklığı göstermediği müddetçe aktiflerin muhtemel satış değerleri üzerinden ara bilanço düzenlenemeyecektir. Böylece Türk Ticaret Kanunu bu açıdan mehzadan ayrılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu sisteminde iki ayrı ara bilançonun düzenlenmesi gerekliliği, önemli bir sorunu beraberinde getirmektedir. Şöyle ki; borca batıklık şüphesi olan bir anonim ortaklığın yönetim kurulu, Kanun gereği (TTK m. 376/3) hem işletmenin devamlılığı hem de aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre iki ayrı ara bilanço hazırlamış olsun. Bu ara bilançoların her ikisi borca batıklık sonucunu gösteriyorsa, bu durumda herhangi bir sorun yoktur; kural olarak, yönetim kurulu iflas talebiyle mahkemeye başvurmak zorundadır. Benzer şekilde her iki ara bilanço, ortaklığın borca batık olmadığını göstermesi durumunda da sorundan bahsedilemez. Ancak yönetim kurulunun düzenleyeceği iki ara bilançonun farklı sonuçlar vermesi, yani ara bilançolardan biri ‘borca batık’ diğeri ‘borca batık değil’ sonucunu göstermesi durumuna ilişkin olarak Kanunda herhangi bir belirlemede bulunulmamaktadır. Madde gerekçesinde iki ara bilançonun farklı sonuçlar vermesi; özellikle işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenen ara bilançonun olumlu, aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre düzenlenen ara bilançonun ise olumsuz olması durumunda nasıl karara varılacağına bir sorun olacağına düşünülebileceği ifade edilmiştir<sup>40</sup>. Ancak bu soruna çözüm olarak madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. *Manavgat*, işletmenin devamlılığı veya muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançolardan *birinin*

<sup>39</sup> Nitekim bkz. Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N. 206; Böckli, § 13 N. 771; Meier, R.: Die Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Zürich 2005, s. 266 N. 9.8.

<sup>40</sup> Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesi Gerekçesi.

borca batıklığı *göstermemesi* durumunda yönetim kurulunun iflas başvurusu yapmasına gerek olmadığını ifade etmiştir<sup>41</sup>.

*Kanaatimizce*, belirtilen sorunun ortaya çıkması durumunda ‘aktiflerin muhtemel satış değerleri’ ara bilançosuna üstünlük tanımak isabetli olacaktır. Zira bu ara bilanço ortaklığın gerçek durumunu ortaya koymaktadır<sup>42</sup>. Ayrıca böyle bir yorum, Türk Ticaret Kanunu uygulamasını mehz kanun hükmüne yaklaştıracaktır. Dolayısıyla ‘işletmenin devamlılığı’ esasına göre hazırlanan ara bilanço borca batıklık sonucunu gösterse bile, ‘aktiflerin muhtemel satış değerleri’ esasına göre düzenlenen ara bilanço borca batıklık sonucunu göstermediği müddetçe anonim ortaklığın borca batıklığından bahsetmemek gerekir. Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu, Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin halka açık ortaklıklar bakımından uygulamasıyla ilgili olarak 10.4.2014 tarih ve 11/352 sayılı İlke Kararı’nda, belirttiğimiz çözüm önerisine benzer bir durumu haklı olarak kabul etmiştir. Bu İlke Karar gereğince, ‘işletmenin devamlılığı’ esasına göre hazırlanan ara bilanço’ sermayenin tamamının kaybını gösteriyorken, ‘aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre hazırlanan ara bilanço’<sup>43</sup> aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılaması durumunda, aksini açıkça ortaya koyan durumların ortaya konamaması halinde, Kanun’da (TTK m. 376/3) öngörülen tedbirlerin alınmasına gerek yoktur.

Bunun dışında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 24.5.1944 yılında vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararı’nın da soruna ışık tutabileceği düşünülebilir. Söz konusu kararda özetle, yabancı bir ülkeden alınmış kanunda yapılan çeviri hatalarının, mehaza uygun olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>44</sup>. *Kanaatimizce* Kanun’da (TTK m. 376/3) bağlaçlardan kaynaklanan bir tercüme hatası

---

<sup>41</sup> Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 587.

<sup>42</sup> Nitekim bkz. Böckli, § 13 N. 771.

<sup>43</sup> İlke Karar’da bu ara bilançoya ‘TTK m. 376 bilançosu’ adı verilmektedir.

<sup>44</sup> Yarg. İBGK, 24.5.1944, E. 1942/38 K. 1944/20 (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz. Karayalçın, Y./Yongalık, A.: Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod – Problem Çözme, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 141.

söz konusudur. Dolayısıyla, mehz Kanunda olduğu gibi, aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına göre düzenlenen ara bilanço borca batıklık göstermediği müddetçe şirketin borca batık durumda olduğundan bahsedilmemelidir.

### **C- Borca Batıklığın Sonucu**

Anonim ortaklığın borca batık olduğu ara bilançolardan anlaşılması durumunda Türk Ticaret Kanunu, yönetim kuruluna önemli bir görev yüklemektedir. Bu görev, borca batıklık durumunun şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirilmesi ve şirketin iflasının talep edilmesidir (TTK m. 376/3). Yönetim kurulunun bu görevi, (TTK m. 375/1-g) vazgeçilemez ve devredilemez niteliktedir<sup>45</sup>. Anonim ortaklık tasfiye aşamasındaysa, tasfiye memurları şirketin borca batık olduğunu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirmek zorundadırlar (TTK m. 542/1-c). Türk Ticaret Kanunu’nda yönetim kurulu (veya müdürler) ile tasfiye memurları açısından öngörülen borca batıklığı bildirim yükümlülüğü, İcra ve İflâs Kanunu 179. maddesiyle de kurala bağlanmıştır.

Yönetim kurulu (veya müdürler) ile tasfiye memurları, borca batıklık durumunu mahkemeye bildiren iflas talebinde bulunmazlarsa hukuki sorumlulukları doğacaktır<sup>46</sup> (TTK m. 553 vd.). Hukuki sorumluluğun yanında belirtilen kişiler için, hem İcra ve İflâs Kanunu hem de Türk Ceza Kanunu’nda cezai hükümler öngörülmüştür<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Limited ortaklıkta aynı kuralın müdürler açısından da geçerli olduğu yönünde bkz. Türk Ticaret Kanunu’nun 625. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendi.

<sup>46</sup> Yönetim kurulu borca batıklık durumunda pasif davranırsa, durumu mahkemeye bildirmek hususunda geç karar alırsa bussines judgement rule (iş adamı kararı) ilkesi (TTK m. 369) onu korumaz (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, § 20 N. 207).

<sup>47</sup> Bkz. İİK m. 345/a; İİK m. 310/4 ve TCK m. 162. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, s. 40 vd.. Ayrıca bkz. “Sanığa isnat edilen suçun oluşup oluşmadığının anlaşılabilmesi için öncelikle, İİK'nun 179. ve TTK'nun 324. maddesinde öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumu incelenerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesinin gerekip gerekmediğinin tespiti gerekmektedir.” [Yarg. 16. HD, 21.6.2010, E. 2791 K. 4423; Yarg. 16. HD, 22.4.2013, E. 4119 K. 4115 (www.kazanci.com)].

## II. İFLASIN ÖNLENMESİ YOLU OLARAK ‘SIRADAN ÇEKİLME’

### A) Genel Olarak

13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirkete ilişkin 4. kısım, 376. maddesinin 3. fıkrasında “(...) bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Meğerki iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemeye atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır<sup>48</sup>. Yani borca batık şirkete, iflas etmesinin önlenmesine yönelik ‘sıradan çekilme anlaşması/beyanı<sup>49</sup>’ olarak adlandırılan bir imkân sunulmuştur<sup>50</sup>. Böylece, sıradan çekilme anlaşması<sup>51</sup> (Rangrücktrittsvereinbarung)<sup>52</sup> Türk

<sup>48</sup> Türk, 4949 sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu’nda yapılan değişiklik sırasında, sıradan çekilme sözleşmesinin, borca batıklık bildiriminde bulunmanın gerekli olmadığı haller kapsamında Kanun’da açıkça yer alması gerektiğini savunmakta idi (Türk, Değerlendirme ve Öneriler, s. 306).

<sup>49</sup> Doktrinde ‘sıradan çekilme anlaşmasının’, ‘sıradan vazgeçme anlaşması’ olarak da adlandırıldığı görülmektedir (Nitekim bkz. Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 653). Kanaatimizce, belirtilen kavramda ‘vazgeçme’ ibaresinin kullanılması çok isabetli değildir. Zira, ‘vazgeçmek’ sözcüğünün anlamı sözlükte “Kendi hakkı saydığı bir şeyi artık istemez olmak” olarak tanımlanmaktadır (www.tdk.gov.tr). ‘Sıradan çekilme anlaşması’nda ise, alacaklı alacağından vazgeçmemekte, sadece sırada sona gitmekte veya sırada geriye çekilmektedir. Belirtilen kavram önerisi mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda kullanılan kavrama (zurücktreten) da uygundur.

<sup>50</sup> Belirtmek gerekir ki, iflasın önlenmesinin tek yolu alacaklılarla sıradan çekilme anlaşması değildir. Bunun yanında, birleşme (TTK m. 139/1), sermaye tamamlama ve iflasın ertelenmesi gibi hususlar da gündeme gelebilir.

<sup>51</sup> Çalışmada ‘sıradan çekilme anlaşması’ kullanılan yerler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde sıradan çekilme beyanını veya anlaşmasını kapsamaktadır. Zira sırada geriye çekilen

hukukuna girmiş ve şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılması amaçlanmıştır. Bu hüküm hazırlanırken, İcra ve İflâs Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu’na 1991 yılında yapılan ilaveler ve AET’nun 2. Yönergesi dikkate alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 725. maddesinin 2. fıkrasına 1991 reformunda giren bu hükümle şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılması amaçlanmıştır<sup>53</sup>. Hükümün amacı, pay sahiplerini, alacaklıları, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumaktır. Bu düzenleme niteliği itibariye borca batıklık nedeniyle iflasın önlenmesi niteliğindedir<sup>54</sup>. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde sıradan çekilme anlaşmasının söz konusu olabilmesi için, şirketin borca batık halde olduğunun ara bilançolar aracılığıyla tespit edilmiş olması şarttır; iflas nedenleri, aciz hali veya ödeme güçsüzlüğü sıradan çekilme anlaşmasının gündeme gelebilmesi için yeterli değildir<sup>55</sup>.

*Atalay*, bu sözleşmeyi “alacaklı, iflas masasından tatmini konusunda talep hakkını, diğer alacaklılar lehine, bu alacaklılar tatmin edildikten sonra kullanmak üzere, paraların paylaşılmasındaki sırasından vazgeçerek, daha sonra kullanmayı taahhüt eder” şeklinde tanımlamıştır<sup>56</sup>. Sıradan çekilme anlaşması, en az borca batıklığı ortadan kaldıracak şirket alacaklısının, iflasta alacaklıların sırasını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu’nun 206. maddesindeki sırasında geriye çekilmesini ifade

---

alacaklı bunu, şirket ile arasındaki bir anlaşma çerçevesinde yapabileceği gibi, tek taraflı bir beyanda/taahhütte bulunarak da yapabilir (Nitekim bkz. Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesi Gereçesi; Kayar, *Borca Batıklığın Tespiti*, s. 653 vd.).

<sup>52</sup> Kavramın İngilizcesi, “Letter of subordination” olarak ifade edilir (Duss, M.: *Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften*, Zürich 1971, s. 23).

<sup>53</sup> Bu sözleşme türü, 1970’li yıllardaki ekonomik kriz zamanında güncel bir sözleşme olduğu; daha sonraki zamanlarda ise güncelliğini koruyamadığı; ancak 1980’li yıllarda yeniden gündeme geldiği ifade edilmektedir (Duss, s. 24).

<sup>54</sup> *Atalay*, İflas, s. 75-78; Kuru, B.: *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 1160-1161; Pekcanitez, H./*Atalay*, O./*Surgurtekin-Özkan*, M./*Özekes*, M.: *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2012, s. 647; Türk, *Sermaye Kaybı*, s. 293-297.

<sup>55</sup> Aynı yönde iflasın ertelenmesi açısından bkz. Kaya, s. 289. Ayrıca sıradan çekilme anlaşması, ortaklığın borca batık durumda olduğu gerçeğini değiştirmez (Türk, *Değerlendirme ve Öneriler*, s. 307).

<sup>56</sup> *Atalay*, İflas, s. 75.

eder. Yani alacaklıların, şirketin diğer tüm alacaklılarından sonra alacaklarını almaya razı olmalarıdır.

Sıradan çekilme anlaşması, öncelikle şirket ve diğer alacaklıların yararına görünebilir. Ancak sıradan çekilme anlaşmasında, sırada geri çekilen alacaklının önemli menfaati söz konusudur. Zira şirketin ekonomik durumunun düzelmesi halinde bu alacaklı, alacağını tam olarak tahsil edebilme imkânına sahip olur<sup>57</sup>.

## **B) Sıradan Çekilme Anlaşması**

### **1. Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve Şekli**

Sıradan çekilme anlaşması, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme gereğince alacaklı, iflasta tasfiye sırasında tatmin edilinceye kadar alacağını talep etmekten vazgeçmektedir. Ortaklık ise, bu aşamaya kadar söz konusu borcu ödememeyi taahhüt eder. Ancak anlaşmanın hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

*Kayar* bu sözleşmeyi, 3. şahıs yararına bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Sıradan çekilme sözleşmesi, imtiyazlı alacaklıların sırasını değiştirerek sona geçme veya adî alacaklılar arasında sona geçme şeklinde yapılır<sup>58</sup>.

*Atalay*, bu sözleşmeyi 3. şahıs yararına bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Alacaklı, bu sözleşme ile alacak hakkından feragat etmez<sup>59</sup>. Bu sözleşme ile alt sıraya çekilen alacak bakımından borç erteleme anlaşması anlamını taşır<sup>60</sup>.

*Türk*, bu sözleşmenin amacının diğer alacaklıların çıkarlarını korumak olduğunu ve bu yönüyle sözleşmenin 3. şahıs lehine bir sözleşme olduğunu belirtir. Ortaklık borca batıklıktan çıkıncaya veya iflas tasfiyesi sırasında borçlar ödeninceye kadar bir erteleme söz konusudur. Alacağın tamamı, borca batıklık hali aşıldıktan sonra istenebilir. Şirketin

---

<sup>57</sup> Atalay, İflas, s. 76; Duss, s. 84.

<sup>58</sup> Kayar, s. 654.

<sup>59</sup> Alacaklı, aşağı dereceye çekilen alacak kısmını, olduğundan daha az almayı veya diğer alacaklılardan geriye para artmazsa hiçbir talepte bulunmamayı da taahhüt edebilir. Bu durumda şarta bağlı bir feragat söz konusudur (Atalay, İflas, s. 75).

<sup>60</sup> Atalay, İflas, s. 75-76.

iflası halinde ise, bütün alacaklar karşılandıktan sonra bir ödeme yapılmaktadır. Bu sözleşme, yapılıp yapılmaz ortaklığın borcuna son veren bir ibra sözleşmesi değildir. Borcun tamamen veya kısmen ibrası, erteleyici şarta bağlanmıştır. Bu şart, şirketin iflası halinde diğer alacaklıların haklarını tam olarak alamamalarıdır<sup>61</sup>.

Bilindiği üzere üçüncü şahıs yararına sözleşme<sup>62</sup>, kendi adına sözleşme yapan kişinin, sözleşmeye üçüncü şahıs yararına bir edim yükümlülüğü koydurarak edimin üçüncü şahsa ifa edilmesini istediği sözleşmedir (Türk Borçlar Kanunu-TBK m. 129). Üçüncü şahıs yararına sözleşmelerde, üçlü ilişki söz konusudur. Üçüncü şahıs lehine hüküm koyduran tarafa ‘vaadettiren’; üçüncü şahsa ifada bulunmayı taahhüt eden tarafa ‘vaadeden’ ve kendisine ifada bulunulacak üçüncü şahsa ‘lehdar’ denir<sup>63</sup>. Belirtilenlerden anlaşıldığı gibi, üçüncü şahıs yararına sözleşmeden bahsedilebilmesi için, üçlü bir ilişkinin olması ve lehdara edimde bulunulması gerekir. Ancak sıradan çekilme anlaşması, şirket ile alacaklı(lar) arasında kurulan bir sözleşmedir; sıradan çekilme anlaşmasında lehtar olarak diğer alacaklılara bir ifade bulunulması veya onların lehtar olarak gösterilmesi söz konusu değildir. Bu sözleşmede şirket lehine<sup>64</sup> bir edimde bulunulması taahhüt edilir ve bu taahhüt duruma göre alacaklılar lehine de olabilir. Bir başka deyişle, sıradan çekilme anlaşmasıyla öncelikle amaçlanan, şirketi iflas etmekten kurtarmaktır. Bu anlaşmanın aynı zamanda alacaklıların lehine olması, sıradan çekilme sözleşmesinin alacaklı(lar) yararına akdedildiği ve alacaklı(lar) lehine edimde bulunulacağı anlamına gelmez. Zira bazı iki taraflı sözleşmelerde sözleşmenin tarafları dışında başka kişiler nezdinde yarar veya menfaat

<sup>61</sup> Türk, Sermaye Kaybı, s. 293-294.

<sup>62</sup> Üçüncü şahıs yararına sözleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Ş.: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, s. 1 vd.

<sup>63</sup> Oğuzman, M. K./Öz, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 428.

<sup>64</sup> Sıradan çekilme anlaşması ilk bakışta sadece şirket lehineymiş gibi görünse de, şirket borca batıklıktan kurtulduktan sonra alacaklıların gereği gibi ifa etmek ve son olarak sıradan çekilme anlaşmasının tarafı olan alacaklıya ödemedede bulunmak suretiyle alacaklı lehine de bir durum oluşturur.

durumu ortaya çıkabilir. Mesela, bir inşaat şirketi ile arsa sahibi arasında yapılan arsa karşılığı kat yapım sözleşmesinde, şirketin inşaat yapma taahhüdüne girmesi ve bu sebeple şirketin işçilerine daha fazla çalışacakları gerekçesiyle fazla ücret verilmesi söz konusu olursa, sözleşmenin işçiler lehine yapıldığı söylenemez. İşte sıradan çekilme anlaşmasında da, alacaklılar ve hatta şirket işçileri ile kamunun menfaati veya yararı söz konusu olabilir. Bu menfaatlerin veya yararların söz konusu olması, sıradan çekilme anlaşmasını üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğine büründürmez. Dolayısıyla *kanaatimizce*, şirket ile alacaklı(lar) arasında akdedilen sıradan çekilme anlaşmasının, üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğunun kabulü mümkün görülmemektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesinde<sup>65</sup>, bu anlaşmanın niteliğine ilişkin doğrudan bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak alacaklı ile borçlunun 'erteleme anlaşması' yapmış olduğundan hareketle açıklamalarda bulunulmuştur. Borçlar hukuku kuralları çerçevesinde taraflar, bir borcu doğumundan önce ve özellikle o borca ait sözleşmeyle ilgili borcu vadeye bağlayabilecekleri gibi, bu husustaki bir anlaşmayı sonradan da yapabilirler. Bir borcun sonradan vadeye bağlanmasına ve özellikle mevcut vadenin (ifa zamanının) uzatılmasına *tecil veya erteleme anlaşması*<sup>66</sup> denir<sup>67</sup>. Erteleme, alacaklının tek taraflı işlemiyle gerçekleşmez; iki tarafın anlaşmasına bağlıdır. Fakat erteleme konusundaki önerinin zımni olarak kabulü

---

<sup>65</sup> "(...) Erteleme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir. Erteleme bir anlamda istekle sırada en sona giderek şirketi iflâstan kurtarma, ertelemenin son bulduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır; yoksa alaktan feragat edilmiş değildir. Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz." (Türk Ticaret Kanunu'nun 376. Maddesi Gerekçesi)

<sup>66</sup> Doktrinde bu anlaşmaya 'ifa zamanını uzatma sözleşmesi' de denilmektedir (Bkz. Eren, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 951).

<sup>67</sup> Türk Borçlar Kanunu'nda erteleme anlaşması (veya ifa zamanını uzatma sözleşmesi) düzenlenmemiştir. Ancak, taraflar sözleşmeyi yaparken tayin ettikleri ifa zamanını (veya muacceliyet anını) sonradan anlaşarak uzatabilecekleri gibi, muaccel hale gelen borcun ifa zamanını yeni bir sözleşmeyle uzatma hakkına da sahiptirler. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 95. maddesi 'Süre uzatılmış ise ...' şeklindedir (Eren, s. 951).



mümkündür<sup>68</sup>. Erteleme anlaşması alacağın ifa zamanında değişikliğe sebebiyet verir ve alacaklı erteleme süresince alacağını talep edemez<sup>69</sup>. Erteleme anlaşmasıyla borcun muacceliyet zamanı ertelendiği için, erteleme esnasında borç muaccel olmaz; borçlu temerrüde düşmez ve temerrüt faizi ödemez. Borçlu temerrüde düştükten sonra erteleme anlaşması yapıldıysa, alacaklının temerrüt faizinden vazgeçmiş sayılabilmesi bu hususun kararlaştırılmış olmasına bağlıdır<sup>70</sup>. Borçlu temerrütteyken erteleme sözleşmesi yapılmışsa temerrüt sona erer<sup>71</sup>. Eğer erteleme anlaşması, alacağın muaccel hale gelmesinden sonra yapılmışsa zamanaşımı durur<sup>72</sup>. Sıradan çekilme sözleşmesi, erteleme sözleşmesinin tanımına uygun olmakla birlikte; erteleme sözleşmesinin sonuçlarını taşımamaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nun gerekçesinde sıradan çekilme anlaşmasının erteleme sözleşmesi niteliğinde olduğu ima edilmiş; ancak bu sözleşmenin zamanaşımı sürelerinin etkilenmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Erteleme anlaşmasıyla borcun muacceliyet zamanı ertelendiği, erteleme esnasında borç muaccel olmadığı, borçlunun temerrüde düşmediği ve temerrüt faizi ödemediği dikkate alındığında, sıradan çekilme anlaşmasının bu özellikleri taşımadığı görülür. Bu nedenle sıradan çekilme anlaşması, erteleme sözleşmesi olarak kabul edilmemelidir.

Sıradan çekilme anlaşmasının, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdedilmiş ve şirketin iflasının önlenmesi amacıyla, alacaklının veya alacaklıların alacağını zamanaşımı süresince talep etmeyeceğini taahhüt eden bir sözleşme olarak kabul etmek gerekir. Yani sıradan çekilme anlaşması *sui generis* nitelikte bir sözleşmedir. Nitekim doktrinde aynı

<sup>68</sup> Oğuzman, M. K. /Öz, M. T.,: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 324.

<sup>69</sup> Eren, s. 951.

<sup>70</sup> Eren, s. 952.

<sup>71</sup> Oğuzman/Öz, Cilt – 1, s. 325.

<sup>72</sup> Oğuzman/Öz, Cilt – 1, s. 325; Eren, s. 952. Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrası gerekçesinde, sıradan çekilme anlaşmasının zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmadığı belirtilmiştir.

yönde *Duss*, bu sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine uyum sağlamadığını ve *sui generis* bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir<sup>73</sup>.

Son olarak, sıradan çekilme anlaşmasının şekline değinmek gerekir. Kanunda açıkça belirtildiği gibi, sıradan çekilme anlaşması, yazılı olarak yapılmak zorundadır. Kanun koyucu, geçerlilik şartı olarak adi yazılı şekil şartını kabul etmiştir; yani resmî yazılı şekil zorunluluğunu öngörmemiştir. Ayrıca yazılı olarak akdedilen bu anlaşma veya verilen beyanın yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, ticaret mahkemesince atanan bilirkişiler tarafından tespit edilecektir (TTK m. 376/3). Anlaşmanın mahkeme önüne getirilebilmesi için adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir.

## 2. Anlaşmanın Tarafları

Sıradan çekilme anlaşmasının tarafları, şirket alacaklıları<sup>74</sup> ve ilgili anonim şirkettir. İstisnanın uygulanabilmesi için şirket alacaklılarının belli özelliklere sahip olması gerekir. Şirket alacaklılarının şirketin açığını karşılayacak ve borca batıklığı ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları<sup>75</sup> olması gerekir. Bu niteliklere sahip alacaklı, tek alacaklı olabileceği gibi birden fazla alacaklı da olabilir.

Kanunun ifadesi gereği, bu istisnadan yararlanmayı mahkemeden talep edecek kişi, anonim şirket yönetim kuruludur (TTK m. 376/3). Borca batıklık bildirimini, yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 375/1/g). Ayrıca, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları da, iflas davası devam ederken veya iflas davası açılmadan mahkemeden bu yönde karar verilmesini talep edebilir.

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin hükümler, Türk Ticaret Kanunu'nun 663. maddesi gereğince, limited şirketler hakkında, yine aynı Kanun'un 570. maddesi gereğince sermayesi paylara

---

<sup>73</sup> Duss, s. 35-37.

<sup>74</sup> Atalay, bu sözleşmenin imtiyazlı alacaklılar tarafından da yapılabileceği görüşündedir. Zira imtiyaz, kanun koyucu tarafından belirli alacaklılara tanınmıştır ve ilgililerin bu haktan vazgeçmeleri mümkündür (Atalay, İflas, s. 76).

<sup>75</sup> Alacağın mevcut bir olacak olması şart değildir; gelecekte doğacak bir alacak içinde bu anlaşma yapılabilir (Duss, s. 20).

bölünmüş komandit şirketler hakkında, Kooperatifler Kanunu (KoopK.)’nin 98. maddesi gereğince kooperatifler hakkında da uygulanır<sup>76</sup>. Dolayısıyla, anlaşmanın tarafları limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit veya kooperatif şirketler de olabilecektir.

Anonim ortaklıklarda, bu istisnadan yararlanmayı mahkemeden talep etmeye yetkili organ yönetim kuruludur (TTK m. 376/3). Yukarıda da belirtildiği gibi, borca batıklık bildirim, yönetim kurulunun (limited ortaklıkta müdürlerin) devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 375/1-g; m. 625/1-h). Bu kapsamda, sıradan çekilme anlaşması sebebiyle iflasın önlenmesi talebinin de yönetim kurulu (limited ortaklıklarda müdürler) tarafından bizzat kullanılmak zorunda olması gerekir.

Bilindiği üzere, borca batıklık sebebiyle iflas bildiriminde bulunulması, sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından zorunlu iflas nedenidir (İİK m. 179). Türk Ticaret Kanunu ile anonim şirketler kısmında ele alınan ve iflas bildiriminin istisnası olarak öngörülen ‘sıradan çekilme anlaşması’ sadece anonim şirketlere hasredilmemelidir. İcra ve iflas hukukunu doğrudan ilgilendiren bir konuda, bu istisnanın tüm sermaye şirketlerine (ve kooperatiflere) tanınması kanun yapma tekniğine ve kanunun amacına uygun düşer. Nitekim anonim ortaklıklarda borca batıklığa ilişkin hükümlerin limited şirketler (TTK m. 633), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler (TTK m. 570) ve kooperatifler (KoopK. m. 98) hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir (ayrıca bkz. İİK m. 179).

Bu kapsamda, limited şirketlerde müdürler (TTK m. 623 vd.); sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yönetici komandite ortaklar (TTK m. 309/2); kooperatiflerde ise yönetim kurulu (KoopK. m. 55 vd.) ve son olarak tasfiye aşamasında tasfiye memurları, sıradan çekilme anlaşmasından yararlanma talebini mahkemeye bildirimde bulunmaya yetkilidirler.

---

<sup>76</sup> Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 644.

### 3. Anlaşmanın Sonuçları

Sıradan çekilme anlaşması ile şirketin borca batıklık durumunda değişiklik veya pasiflerinde eksilme olmamakta; pasifi aynı düzeyde kalmakta, sadece alacaklıların sırasında bir değişme meydana gelmektedir<sup>77</sup>. Sıradan çekilme anlaşması, alacaklının alacağından vazgeçmesi sonucunu doğurmamaktadır. Alacaklı sadece, diğer alacaklılar tatmin edildikten sonra alacağını elde etmeyi taahhüt etmektedir<sup>78</sup>. Alacaklıların sıradan çekilme anlaşmasıyla bulunduğu taahhüt, etkilerini iflas halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sırada sona giden alacaklının alacağı garameye katılamaz. Bunun yanı sıra *Kayar*, sıradan çekilme sözleşmesi nedeniyle şirket hakkında iflas kararı verilmesi bile, sözleşmeye konu şirket borçlarının yine de diğer tüm borçlardan sonra ödenmesi gerektiğini, haklı olarak, belirtmiştir<sup>79</sup>. Zira alacaklılar sıradan çekilme taahhüdünü asıl olarak ortaklığın iflas etmemesi düşüncesiyle vereceği olağan hayat akışının gereğidir. Bir başka deyişle, alacaklılar genellikle, şirketin iflas etmeyeceği ve böylece ileride alacağına tam olarak kavuşacağı düşüncesinden hareketle sıradan çekilmeye yönelik beyanda bulunacaklar veya anlaşma yapacaklardır. Eğer anlaşmanın etkileri sadece iflas kararı verilmesinden sonraki aşamayla sınırlı tutulursa, uygulamada bu yola başvurmak neredeyse imkânsız hale gelecektir. Ayrıca, zaten sıradan çekilme anlaşmasının yapılmasıyla anlaşma hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır; aksi halde, şirketin iflasının önlenmesi mümkün olmazdı.

Sıradan çekilme anlaşması, maddî hukuktaki sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Ancak ilgili anlaşmanın sonuçları ticaret hukuku ve icra-iflas hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Bu nedenle, taraflar anlaşmanın başlaması ve sona ermesi konusunda tam anlamıyla bir özgürlüğe sahip değildir<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, § 20 N. 274.

<sup>78</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N. 215.

<sup>79</sup> *Kayar*, s. 654.

<sup>80</sup> Duss, s. 20-21.

İflas hukukunda alacaklılar kural olarak, eşit haklara sahiptir. Alacaklıların sırası ve alacakların nasıl tahsil edileceği kanun koyucu tarafından (İİK m. 206-207) belirlenmiştir<sup>81</sup>. İflasta sıra cetveli<sup>82</sup> üzerinde tarafların bir iradesi söz konusu değildir. Kanun koyucu, sosyal nedenlerle alacaklılar arasında bir sıralama yapmıştır. Tarafların kanun koyucu tarafından belirlenmiş bu sırayı değiştirmeleri mümkün değildir. Sıradan çekilme anlaşması ile sıranın değiştirilmesi değil, tüm alacaklıların alacağını tahsilden sonra alacağı tahsili söz konusudur<sup>83</sup>.

Şirketin borca batıklığı tespit edildikten sonra alacaklılar ile sıradan çekilme anlaşması yapılmış ve daha sonra söz konusu şirket başka bir sebep dolayısıyla iflas etmişse, sıradan çekilme anlaşmasının tarafı olan alacaklılar sırada sona gitmezler. Yani, sıradan çekilme anlaşması dolayısıyla alacaklıların iflasta son sıraya çekilmesi, sadece anlaşmanın yapılmasının ön şartı olan borca batıklık durumu dolayısıyla iflas halidir. Mesela, sıradan çekilme anlaşması yapan borca batık şirket, İcra ve İflâs Kanunu’nun 177. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde belirtilen, alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa veya buna teşebbüs ederse, iflasına karar verilecektir. Ancak bu iflas, Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde borca batıklık nedeniyle gerçekleşmediği için, sıradan çekilme sözleşmesinin tarafı alacaklı sırada sona gitmeyecektir.

Sıradan çekilme anlaşmasına alacaklıların teşvik edilebilmesi için, şirketin bu alacaklılara bazı ek ödemeler veya edimler taahhüt edip edemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Bu soruna cevap ararken, şirketin aslında borca batık halde olduğu göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla şirket malvarlığına ek ödemeler yüklenmemeli ve alacaklıların borçları için çok yüksek faizler ödenmesini taahhüt eden kayıtlara yer

---

<sup>81</sup> Duss, s. 20.

<sup>82</sup> Sıra cetveline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Deynekli, A./Kısa, S.: Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, Ankara 2002, s. 352 vd.; Bilgen, s. 395 vd.

<sup>83</sup> Duss, s. 22.

verilmemelidir<sup>84</sup> <sup>85</sup>. Ancak mesela, şirket tesislerinden yararlanılması gibi şirket malvarlığına yük olmayan durumlar kararlaştırılabilir.

Sıradan çekilme anlaşması, şirkete bir nakit akışı sağlamaz. Şirkete yakın gelecekte bir iyileştirme şansı sunar. Şirketin nakit durumunu değiştirmez, sadece mevcut nakdin başka kaynaklara aktarılması imkânını sağlar. Bu sözleşmenin varlığı bilançoda bir değişiklik yapılmasını gerektirmez. Ancak bilançoda açıklık ilkesi gereğince, bu alacağın diğer alacaklardan ayırt edilmesi gerekir<sup>86</sup>. Sıradan çekilme anlaşması, özel olarak kararlaştırılmadığı sürece, sorumluluk davası açma hakkını da ortadan kaldırmaz<sup>87</sup>.

Madde gerekçesinde hükmün, mahkemeye başvuru zorunluğunu<sup>88</sup> ortadan kaldıracak bir yeniliği içerdiği belirtilmektedir. Alacaklı ve alacaklıların taahhütlerinin tutarı, ara bilanço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflas bildirim zorunluğu yoktur. Başka bir deyişle, bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arz eder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülüğü söz konusu değildir. Kanun koyucu, iflas kararı verilene kadar bu yöndeki talebin yapılabileceğini kabul etmiştir. Yönetim kurulu, iflas talep

---

<sup>84</sup>Doktrinde sıradan çekilme anlaşmasının şarta bağlı olmaması gerektiği ifade edilmektedir (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 673 N. 217). Ek ödeme veya edim yükümlülüğü ise, borçlar hukuku anlamında şart olmayıp, bir ivaz niteliğindedir. Borçlar hukuku anlamında şart, belirsiz (şüpheli) ve geleceğe ilişkin bir olay olmalıdır (Eren, s. 1166; Sirmen, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 47 vd.).

<sup>85</sup>Ayrıca, sıradan çekilme anlaşmasının tarafı alacaklıya ek ödemeler veya edimler sunulması alacaklılar açısından eşitliği de bozabilecek niteliktedir. Alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi, bütün alacaklıların alacaklarını tahsil ederken, rehin veya ipotek gibi kanuni öncelikler haricinde, eşit haklara sahip olduğunu ifade eder. Nitekim iflasın ertelenmesi açısından alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesinin zedelenmemesi gerektiği ifade edilmektedir (Öztek, s. 56).

<sup>86</sup>Atalay, İflas, s. 76; Duss, s. 86; Türk, Sermaye Kaybı, s. 294.

<sup>87</sup>Atalay, İflas, s. 78.

<sup>88</sup>Kayar, madde gerekçesinde mahkemeye başvuru zorunluluğunu ortadan kaldıran bir yenilik olarak ifade edildiğini; ancak bu ifadenin yerinde olmadığını belirtir. Sıradan çekilme usulü, mahkemeye başvuruyu değil, iflası önleyen bir yeniliktir. Zira sıradan çekilme anlaşmasının varlığında da mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmak gerekir (Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 655).

edildikten sonra alacaklıların bu taahhüdünü mahkemeye iletebileceği gibi, görevli ve yetkili mahkemeden sadece bu taahhüt konusunda bir karar vermesini de talep edebilir. Beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmalıdır; doğrulanmaması halinde, mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflas bildirimini kabul edilecektir.

Sıradan çekilme anlaşmasından sonra borca batıklık durumu ortaya çıkarsa, borca batıklık nedeniyle tekrardan iflasın istenmesi zorunluluğu söz konusu olur<sup>89</sup>.

Bu anlaşmanın, alacağın zamanaşımına etkisi, Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde ifade edilmiştir; buna göre, beyanın zamanaşımına herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Bilindiği üzere, zamanaşımını kesen ve durduran nedenler Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir (TBK m. 153-154). Kanun koyucu, alacaklının alacağını talep etmesinin maddi veya manevi olarak zor veya imkânsız olduğu hallerde, zorluk veya imkânsızlık devam ettiği sürece zamanaşımı sürelerinin işlemlerini engellemiştir<sup>90</sup>. Bilindiği üzere, iflasın ertelenmesi ve konkordato mühleti (İİK m. 289) verilmesi halinde kural olarak, takip işlemi ile kesilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemleri durur (İİK m. 179/b/1). İflasın ertelenmesi kararının en önemli etkilerinden biri, şirkete yapılan takipler bakımından genel bir tatil etkisidir. İflasın ertelenmesi kararı ile birlikte, daha önce başlamış olan 6138 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılanlar da dâhil olmak üzere tüm takipler kendiliğinden durur ve erteleme süresi içinde yeni bir takip de yapılamaz (İİK m. 179/b/1). İflasın ertelenmesi ve konkordato mühleti içinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemlerinin durması, bu süreler içinde başlamış olan takiplerin durması ve yeni bir takip yapılamaması ile bağlantılıdır. Kanun koyucu, takip işlemi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri koruyarak alacaklı ve

---

<sup>89</sup> Duss, s. 89.

<sup>90</sup> Ermenek, s. 363.

borçlu arasındaki menfaat dengesini sağlamaya çalışmıştır<sup>91</sup>. Sıradan çekilme sözleşmesinin varlığı halinde ise, başlamış takiplerin durması veya takip yapılamaması söz konusu değildir. Ayrıca sıradan çekilme anlaşmasının mahkeme tarafından kabulü halinde, Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinin 1. fıkrası gereğince, borçlunun borcu ikrarı zamanaşımını kesen nedenlerden biridir. Sıradan çekilme anlaşması, borçlunun borcu yazılı olarak ikrarıdır. Borcun senetle ikrar edilmesi veya mahkeme veya hakem kararına bağlanması halinde yeni süre her zaman on yıldır (TBK m. 156/2). Sıradan çekilme sözleşmesi, iflasın ertelenmesi veya konkordato mühletinde olduğu gibi, kanuni bir zaman dilimi ile sınırlanmamıştır. Bu nedenlerle, sıradan çekilme sözleşmesinin varlığı halinde, takip işlemi ile kesilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin korunmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Alacaklının sıradan çekilme anlaşmasını imzalamasından veya beyanda bulunmasından sonra bu taahhüdünden vazgeçmesi veya bu taahhüdünü geri alması, şirket borca batıklıktan kurtuluncaya kadar mümkün değildir<sup>92</sup>. Meğerki; yanılma, aldatma veya korkutma gibi bir hal olsun (TBK m. 30 vd.).

#### **4. Mahkemenin İnceleme Usulü**

##### **a) Görevli ve Yetkili Mahkeme**

İcra ve İflâs Kanunu'nda doğrudan iflas kararını verebilecek görevli ve yetkili mahkeme açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; doğrudan iflas kararının verilmesi borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden dilekçe ile istenir (İİK m. 154).

Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükmünde “(...) bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister (...)” ifadesi ile doğrudan iflas talebinde görevli ve yetkili mahkeme gösterilmiştir. Ayrıca “(...) iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan

---

<sup>91</sup> Ermenek, s. 364.

<sup>92</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 673 N. 217.



*bilirkişilerce (...)*” cümlesi ile doğrudan iflasın istisnasına/önlenmesine yönelik talebin yapılacağı merciinin de aynı olduğu vurgulanmıştır.

### **b) Yargılama Usulü**

Sıradan çekilme sözleşmesi, asliye ticaret mahkemesi tarafından değerlendirilir (TTK m. 376/3). Bilindiği üzere, borçlunun borca batıklık bildirim ve zorunlu iflas talebi, çekişmesiz yargı işidir<sup>93</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da doğrudan doğruya iflas, çekişmesiz yargı işleri<sup>94</sup> arasında gösterilmiştir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu-HMK m. 382/2/II). Sıradan çekilme sözleşmesi, doğrudan iflas sebeplerinden biri olan borca batıklığın (İİK m. 179) bir istisnası niteliğindedir. Türk Ticaret Kanunu gereğince de, sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, bilirkişilerce doğrulanmaması halinde, bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflas bildirim olarak kabul olunur (TTK m. 376/3). Bu nedenlerle, sıradan çekilme sözleşmesine ilişkin değerlendirme, borçlunun talebi ile doğrudan iflas ile bağlantısı nedeniyle, çekişmesiz yargı işidir.

Çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü oranda basit yargılama usulü uygulanır; aksine bir hüküm olmadıkça re’sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385). Çekişmesiz yargıda verilen kararlar kural olarak, sonradan değiştirilebilmektedir; bu nedenle bu kararlar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez (HMK m. 388). Çekişmesiz yargı kararlarında “*ne bis in idem*” ve “inşâî etki” gibi maddî anlamda kesinliğe benzer sonuçlar doğuran kurumlar bulunmasına rağmen, bu kararlarda maddî anlamda kesin hüküm etkisinden söz etmek mümkün değildir. Çekişmesiz yargıda verilen kararın haksız veya hatalı olduğu düşünülüyorsa, karar sonradan değiştirilebilir veya kararın verilmesinden sonra değişiklikler olursa, yani ortaya yeni vakıalar çıkmışsa, karar tadil edilebilir. Doğrudan iflas ve sıradan çekilme anlaşmasının değerlendirilmesinde, şirket hakkında iflas kararı verilmeyebilir; ancak bu anlaşmadan sonra yeniden borca batıklık durumu veya başka bir iflas

<sup>93</sup> İflas davasının çekişmeli ve çekişmesiz yargıdaki yerine ilişkin bkz. Kırtıloğlu, S. S.: İflâs Davası, Ankara 2009, s. 90-94.

<sup>94</sup> Alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflas, çekişmeli yargıya dâhil bir davadır (Atalay, İflas, s. 91; Kırtıloğlu, s. 91).

sebebi ortaya çıkarsa, şirketin iflasının istenebilir. Sıradan çekilme anlaşmasında sonra, Kanundaki şartları (İİK m. 179, TTK m. 377) yerine getirmek kaydıyla şirket hakkında iflasın ertelenmesi talep edilebilir. Bu durumlar, sıradan çekilme anlaşması ve doğrudan iflasa ilişkin kararların değiştirilebilmesine örnek gösterilebilir.

Doktrinde *Kayar*, iflasın ertelenmesi kararı verildikten sonra sıradan çekilme sözleşmesinin mahkemeye sunulabileceğini kabul etmektedir. *Kayar*, sıradan çekilme sözleşmesinin uygulamada, iflasın ertelenmesi süreci sonunda şirketin iflasını önlemek amacıyla kullanılacağı görüşündedir. Şirketlerin kendilerine yönelik takipleri durdurmak için öncelikle iflasın ertelenmesi yoluna gidecekleri, daha sonra ise sıradan çekilme sözleşmesini mahkemeye sunabileceklerini belirtmektedir<sup>95</sup>.

Belirtmek gerekir ki, sıradan çekilme anlaşması, tek başına bir iyileştirme tedbiri değildir. Sadece bu sözleşmenin iyileştirme projesi olarak sunulması ve bu sözleşmeye dayanarak iflasın ertelenmesi talep edilemez. İflasın ertelenmesi kararından sonra sıradan çekilme sözleşmesi yapılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Sıradan çekilme sözleşmesi, şirketi borca batıklıktan ve iflastan kurtaran; ayrıca şirketin başka iyileştirme tedbirleri alması için zaman tanıyan hukuki bir imkândır. Bu noktada iflasın ertelenmesi de, borca batık durumunda olan sermaye şirketi hakkında iflas kararı verilmesini engelleyen, iflasın önlenmesine hizmet eden bir kurumdur (TTK m. 377; İİK m.179). Bu nedenle, iflasın ertelenmesi kararından sonra, sıradan çekilme anlaşması yapmanın hukuki bir yararı *kanaatimizce* bulunmamaktadır. Zira iflasın ertelenmesinin hüküm ve sonuçları (İİK m. 179/b/1), sıradan çekilme anlaşmasına göre daha elverişlidir. Ancak şirket hakkında iflasının ertelenmesi kararı verilmesinden sonra, şirketin mali durumunun iyileştirilememesi veya iyileştirme ümidinin kalmaması halinde, iflas kararını önleyebilmek için sıradan çekilme anlaşması yapılabilir. Şüphesiz tüm iyileştirme tedbirlerine rağmen, mali durumun iyileşmesinin mümkün olmadığı

---

<sup>95</sup> Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 658.

hallerde bu sözleşmenin yapılabilme ihtimali ile sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği tartışılmalıdır.

Beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olması gerekir (TTK m. 376/3). Bilirkişinin inceleyeceği konular, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bilirkişiler, beyan veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliğini değerlendireceklerdir. Burada bilirkişiye başvurulması, kanun hükmüne dayanmaktadır ve hâkimin bu konuda bir takdir hakkı söz konusu değildir. Hâkim, sıradan çekilme sözleşmesinin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliğine ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır.

Kanun koyucu bilirkişilerin sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği yönünden bir inceleme ve değerlendirme yapmalarını öngörmüştür. Yapılan inceleme, sözleşmede yer alan alacaklıların şirketten alacaklı olup olmadıkları, alacakların nasıl oluştuğu, alacakların ne zaman doğduğu, alacakların miktar olarak borca batıklığı ortadan kaldıracabilecek nitelikte olup olmadığı, sıradan çekilme anlaşmasının geçerli ve usulüne uygun olup olmadığına yöneliktir<sup>96</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre, mahkeme bir kişiyi bilirkişi olarak görevlendirebilir. Ancak gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak da görevlendirilmesi mümkündür (HMK m. 267). Türk Ticaret Kanunu, açıkça “...mahkemece atanan bilirkişilerce...” ifadesini kullandığından hâkimin tek bir bilirkişi ataması mümkün değildir. Madde gerekçesinde bir açıklık bulunmamakla birlikte, kanun koyucunun konunun önemi, ciddiyeti ve boyutlarını dikkate alarak böyle bir düzenleme yaptığı düşünülebilir.

Sıradan çekilme sözleşmesinin uygulanabilmesi, Türk Ticaret Kanunu’nda belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu, “iflas kararının verilmesinden önce” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade,

---

<sup>96</sup> Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 654.

istisnanın uygulanabilmesi için gerekli olan üst sınırı gösterir. Buna göre, sıradan çekilme sözleşmesi nedeniyle iflas kararı verilmemesi talebi, iflas kararı verilinceye kadar ileri sürülebilir. Bu istisnanın uygulanabilmesi, iflas talebi ile birlikte istenebileceği gibi, iflas talebinden sonra veya iflas talep edilmeden sadece bu istisnanın uygulanması da istenebilir.

Kanun koyucu, “iflas kararı” ifadesini kullanmış; kararın kesinleşmesinden bahsetmemiştir. Bu nedenle kararın verilmesinden itibaren yapılan talepler reddedilmelidir. İflas kararında iflas açılma anı, yıl, ay, gün, saat ve dakika olarak gösterildiği için (Ticaret Sicili Nizamnamesi m. 49/I) kararın verilme anı, kolaylıkla belirlenebilir.

*Kayar*, sıradan çekilme anlaşmasında, tedbirlere yer verilmediğinden takip ve muhafaza işlemlerinin yapılabileceğini belirtir. Ancak sırada sona geçen alacaklı veya alacaklıların, şirketin tüm borçları ödenmeden ödeme, takas, mahsup ve benzeri yollarla tatmin edilmemesi gerektiğini vurgular. Bu alacaklıların yaptıkları takipler aleyhine şikâyet yoluna başvurulabileceği; takip olmadan yapılan ödemelerin ise, dava yoluyla iptali ve şirkete iadesinin düşünülebileceği belirtilmektedir<sup>97</sup>. Ancak bilindiği üzere şikâyet, “icra takibinin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflas dairelerinin kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerin, yapılmasını sağlayan hukukî bir çare” olarak tanımlanır<sup>98</sup>. İcra veya iflas dairesinin şirket hakkında sıradan çekilme anlaşmasının varlığını bilmesi mümkün değildir. Sıradan çekilme anlaşmasının varlığı, icra ve iflas dairelerince re’sen araştırılması gereken bir konu değildir. Bu nedenle, sırada sona geçen alacaklı veya alacaklıların, şirketin tüm borçları ödenmeden ödeme, takas, mahsup ve benzeri yollarla tatmin edilmemesi, şikâyet nedeni değildir. Sıradan sona geçen alacaklıların, şirketin tüm borçları ödenmeden ödeme, takas, mahsup ve benzeri yollarla tatmin edilmemesi, kanımızca sıradan çekilme anlaşmasının ihlalidir. Bu

---

<sup>97</sup> Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 654, dpn. 17.

<sup>98</sup> Pekcanitez, H.: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 35.

durumda şirket yetkilileri borca batıklık nedeniyle şirketin iflasını istemeye zorunlu oldukları gibi alacaklılar da şirketin iflasını isteyebilir.

Mahkemenin bilirkişi incelemesi yapılırken muhafaza tedbirine yönelik bir karar alıp almayacağı, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Muhafaza tedbirleri, İcra ve İflas Kanunu’nun 159. maddesi (ayrıca İİK m. 161-163) düzenlenmiştir; bu muhafaza tedbirleri, doğrudan iflas hallerinde de uygulanmaktadır. Borçlunun talebi ile doğrudan iflas hallerinde genellikle muhafaza tedbirleri alınmasına gerek duyulmadığı ifade edilmektedir. Ancak borçlunun mallarını kaçırma ihtimali söz konusu ise, alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla mahkemenin gereken tedbirleri alabileceği belirtilmiştir<sup>99</sup>. Muhafaza tedbirleri konusunda, İcra ve İflas Kanunu’nun muhafaza tedbirlerine ilişkin hükümleri ile sıradan çekilme anlaşmasının yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliğinin bilirkişilerce doğrulanmamasının sonuçları (TTK m. 376/3) birlikte değerlendirilmelidir. Sıradan çekilme sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmaması halinde, bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru iflas bildirimi olarak kabul edilir. Bilirkişilerce yapılan inceleme süresince, iflasa ilişkin bir değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak bu süre içinde, kötüniyetli borçlunun malları kaçırma ihtimali söz konusu olabilir. Bu nedenle sıradan çekilme anlaşması nedeniyle mahkemeye başvuru halinde, mahkemece re’sen veya talep üzerine gerekli tedbirler alınabilecektir. Şüphesiz bu tedbirlere, borçlunun mallarını kaçırma ihtimalinde ve alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla başvurulacaktır.

İlgili muhafaza tedbirleri, “İflas Yoluyla Adi Takip Başlığı” altında düzenlenmiştir. Muhafaza tedbirlerine karar vermek için, alacaklının mutlaka talepte bulunması gerekmez; mahkeme re’sen de gerekli gördüğü muhafaza tedbirlerinin alınmasına karar verebilir. Borçlunun mallarına yönelik defter tutulması Kanunda düzenlenmiş bir muhafaza tedbiri türüdür (İİK m. 161-163). Ticaret mahkemesi borçlunun depo ve

<sup>99</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 642; Atalay, İflas, s. 94.

mağazalarının mühürlenmesi, taşınırın yediemine teslim edilmesi, taşınmazlar için tapuya devir şerhi konması gibi diğer muhafaza tedbirlerine de karar verebilir.

### c) Mahkemece Verilecek Karar

Sıradan çekilme anlaşması, iflas talebi ile mahkemeye başvurudan önce veya sonra yapılabilir. İflas talebinden önce, sıradan çekilme anlaşması ortaya çıkarsa, ilgililer mahkemeden borca batıklığın tespitini ve sıradan çekilme anlaşmasının değerlendirilmesini talep eder. Mahkeme, öncelikle şirketin borca batık olup olmadığını inceler. Borca batıklık söz konusu değilse, şirketin borca batık olmadığını tespitine ve talebin reddine karar verilir. Şirketin borca batık olması durumunda ise, mahkeme sıradan çekilme sözleşmesini değerlendirir. Sıradan çekilme anlaşması, kanundaki şartları taşıyorsa, mahkeme şirketin borca batık olduğunun tespitine; ancak sıradan çekilme anlaşması nedeniyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verir. Şirketin borca batıklığı tespit edilmekle birlikte, sıradan çekilme sözleşmesinin yerinde, gerçek veya geçerli olmadığı anlaşılırsa mahkeme, iflas veya şartları mevcutsa iflasın ertelenmesine karar verir<sup>100</sup>.

Sıradan çekilme sözleşmesinin uygulanması talebi, iflas talebiyle birlikte istenebilir. Mahkeme, sıradan çekilme anlaşmasının şartları sağlamadığına kanaat getirirse, borca batıklık sebebiyle iflasa ilişkin istisnanın uygulanması talebini ara kararla reddeder. Doğrudan iflas sebebini incelemeye devam eder. İflas talep edilmeden istisnanın uygulanması talep edilmiş ve mahkeme talebi haksız bulmuş ise, Kanun hükmü gereği, bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini kabul olunur ve mahkeme iflas talebi üzerine inceleme başlatır (TTK m. 376/3, son). Talebin kabulü halinde verilen karar ise, nihaî bir karardır. Verilen karar, tespit hükmü niteliğindedir. İlgili karar, şirketin borca batık durumda olduğunun tespitini ve şirketin doğrudan doğruya iflasını ihtiva eder.

---

<sup>100</sup> Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 654.

*Kayar*, iflasın ertelenmesi kararının ardından, sıradan çekilme sözleşmesinin mahkemeye sunulabileceğini ifade eder. İflasın ertelenmesi kararının ardından bu talep ileri sürülürse mahkeme, iflasın ertelenmesi talebini kaldırıp, iflasın ertelenmesi talebinin reddine karar vermelidir. Sıradan çekilme sözleşmesi, bir iyileştirme projesi değildir ve şirketin iflasını önleyen bir durumdur. *Kayar*, iflasın ertelenmesi ile sıradan çekilme anlaşmasının bir arada uygulanamayacağı görüşündedir<sup>101</sup>. İflasın ertelenmesi ve sıradan çekilme anlaşması, iflasın önlenmesine hizmet eden iki kurumdur. Ancak bu iki kurumun şartları, hukuki niteliği, sonuçları ve mahkeme tarafından verilen kararlar birbirinden farklıdır. Biz de *Kayar* gibi, sıradan çekilme anlaşması ve iflasın ertelenmesinin bir arada uygulanamayacağı kanaatini taşımaktayız.

#### **d) Karara Karşı Kanun Yolları**

Sıradan çekilme sözleşmesinin yerinde, gerçek ve geçerli olmaması nedeniyle talebin reddi kararı bir ara karardır. Türk hukukunda ara kararlar için kabul edilmiş genel bir kanun yolu bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince, sadece nihaî kararlara karşı kanun yolu imkânı söz konusu olduğundan (HMK m. 431, HUMK m. 427/1) tek başına ara kararlara karşı kanun yoluna gidilemez; ancak nihaî kararlarla birlikte kanun yoluna gidilebilir. İflas talep edilmeden istisnanın uygulanması talep edilmiş ve mahkeme talebi haksız bulmuş ise, bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur. Mahkeme iflas talebi üzerine inceleme başlatır (TTK m. 376/3, son) ve borca batıklık nedeniyle şirketin iflasına karar verir. Bu iflas kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde ilgililer, temyiz kanun yoluna başvurabilir (HUMK m. 428; İİK m. 164). İstinaf mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte, iflas davasının kabulü kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde (İİK m. 164/2) ilgililer, kararın maddi ve takip hukukuna ilişkin kurallara aykırılık nedeniyle istinaf yoluna başvurulabilir.

<sup>101</sup> Kayar, Borca Batıklığın Tespiti, s. 655.

Talebin kabulü halinde verilen karar, nihaî bir karardır. Sıradan çekilme sözleşmesi, borca batıklık ve doğrudan iflas talebini içerir. Doğrudan iflas talebi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere bir çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 382/1-f. 2). Çekişmesiz yargıda verilen kararlara karşı, kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 387) “çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukukî yararı bulunan ilgililer, özel kanunî düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler” ifadesiyle düzenleme altına alınmıştır<sup>102</sup>. Bu nedenle, sıradan çekilme sözleşmesi nedeniyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına yönelik karara karşı, kanun yoluna gidilebilir. Sıradan çekilme sözleşmesi her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlense de bu anlaşma, iflas hukukuna<sup>103</sup> ait bir kurumdur. Kanaatimizce, bu karara karşı kanun yoluna başvuru süresi, iflas kararında olduğu gibi 10 gündür. İlgili süre, alacaklılar için bu kararın ilânı tarihinden, şirket için ise, tebliğinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

## SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinin 3. fıkrası, şirketin borca batık durumda olduğu şüphesi uyandıran işaretlerin bulunması durumunda, yönetim kuruluna şirketin borca batık olup olmadığını tespit etmek amacıyla ara bilanço düzenleme görevi yüklemiştir. Yönetim kurulu bu ara bilanço, iki yöntem/esasa göre düzenleyecektir. Bunlardan ilki, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenecek ara bilanço; diğeri ise, aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenecek ara bilanço şeklindedir. Ortaklığın borca batık olup olmadığı, belirtilen esaslara göre düzenlenecek ara bilançolar aracılığıyla tespit edilecektir. Her iki esasa göre düzenlenen ara bilançonun borca

---

<sup>102</sup>Boran-Güneysu, N.: Medenî Usûl Hukukunda Karar, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2011, s. 149-150.

<sup>103</sup>İflasın ertelenmesi kararına karşı kanun yoluna başvuru imkânına yönelik değerlendirme için bkz. Kuru, İcra, 1178; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 676.



batıklık sonucunu vermesi durumunda yönetim kurulu iflas talebiyle mahkemeye başvurmak zorundadır. Ancak iki bilançonun borca batıklık sonucunu göstermemesi durumunda, şirketin borca batık halde olup olmadığına ilişkin Türk Ticaret Kanunu’nda belirlemede bulunulmamıştır. *Kanaatimizce*, her iki ara bilançonun farklı sonuçlar vermesi durumunda aktiflerin muhtemel satış değerleri esasına göre düzenlenen ara bilançoya üstünlük tanımak gereklidir. Zira bu ara bilanço şirketin gerçek durumunu gösterir.

Şirketin borca batıklığı ara bilançolar aracılığıyla tespit edildikten sonra, yönetim kurulu iflas talebiyle mahkemeye başvurmak zorundadır. Ancak kanun koyucu, bu zorunluluğa bir istisna getirmiştir. Eğer iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batıklığını ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış ise, yönetim kurulu iflas talebiyle mahkemeye başvurmak zorunda değildir. Böylece iflasın önlenmesine ilişkin sıradan çekilme anlaşması/beyanı Türk hukuku açısından kabul edilmiştir. Yönetim kurulu sıradan çekilme anlaşmasının yapılmasından veya alacaklıların sıradan çekildiğine ilişkin beyanı vermesinden önce, iflas talebinde bulunmuşsa mahkeme söz konusu anlaşmanın veya beyanın yerindeliğini, gerçekliği veya geçerliğini bilirkişilere tespit ettirip iflas kararı vermeyebilir. Dolayısıyla sıradan çekilme anlaşması, iflas talebinde bulunmaya veya iflas kararının verilmesine önemli bir istisna teşkil eder.

Sıradan çekilme anlaşması ile sıranın değiştirilmesi değil, tüm alacaklıların alacağını aldıktan sonra alacağın tahsili söz konusudur. Böyle bir taahhüt etkilerini iflas halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sona giden alacak garameye katılamaz. Sıradan çekilme anlaşmasının tarafları, şirket alacaklıları ve ilgili şirkettir. Sıradan çekilme anlaşması yazılı olarak yapılmak zorundadır. Anlaşmanın niteliğine

yönelik doktrinde üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğu belirtilmiştir. Ancak *kanaatimizce*, üçüncü şahıs yararına sözleşme ile sıradan çekilme anlaşması birebir örtüşmemektedir. Bu nedenle, sıradan çekilme anlaşması *sui generis* niteliktedir.

Sıradan çekilme anlaşması, asliye ticaret mahkemesi tarafından değerlendirilir (TTK m. 376/3). Sıradan çekilme sözleşmesine ilişkin değerlendirme, borçlunun talebi ile doğrudan iflas ile bağlantısı nedeniyle, çekişmesiz yargı işidir. Sıradan çekilme sözleşmesinin mevcudiyeti nedeniyle iflas kararı verilmemesi talebi, iflas kararı verilinceye kadar ileri sürülebilir. Bu istisnanın uygulanabilmesi, iflas talebi ile birlikte istenebileceği gibi, iflas talebinden sonra veya iflas talep edilmeden önce sadece bu istisnanın uygulanması da talep edilebilir. Sıradan çekilen anlaşmasının bilirkişilerce değerlendirilmesi süresince, iflasa ilişkin bir inceleme yapılmayacaktır. Sıradan çekilme anlaşması nedeniyle mahkemeye başvuru halinde, mahkemece re'sen veya talep üzerine gerekli tedbirler alınabilecektir. Bu tedbirlere, borçlunun mallarını kaçırma ihtimalinde ve alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla başvurulur.

Borca batıklık söz konusu değilse, şirketin borca batık olmadığına tespitine ve talebin reddine karar verilir. Şirketin borca batık olması durumunda ise, mahkeme sıradan çekilme sözleşmesini değerlendirir. Sıradan çekilme sözleşmesi, Kanundaki şartları taşıyorsa, mahkeme şirketin borca batık olduğunun tespitine; ancak sıradan çekilme anlaşması nedeniyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verir. Şirketin borca batıklığı tespit edilmekle birlikte, sıradan çekilme sözleşmesinin yerinde, gerçek veya geçerli olmadığı anlaşılırsa mahkeme, iflas veya şartları mevcutsa iflasın ertelenmesine karar verir.

Sıradan çekilme sözleşmesinin yerinde, gerçek ve geçerli olmaması nedeniyle talebin reddi kararı bir ara karardır. Bu ara karara karşı tek başına kanun yoluna gidilemez (HMK m. 431, HUMK m. 427/1); ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna gidilebilir. Talebin kabulü halinde verilen karar, nihaî bir karardır. Sıradan çekilme anlaşması nedeniyle iflas

kararı verilmesine yer olmadığına yönelik karara karşı, kanun yoluna gidilebilir. Sıradan çekilme sözleşmesi her ne kadar Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlense de bu anlaşma, iflas hukukuna ait bir kurumdur. *Kanaatimizce*, bu karara karşı kanun yoluna başvuru süresi, iflas kararında olduğu gibi 10 gündür. İlgili süre, alacaklılar için bu kararın ilanı tarihinden, şirket için ise, tebliğinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akyol, Ş.:** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.
- Atalay, O.:** Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2006 (Borca Batıklık).
- Atalay, O.:** Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996 (İflas).
- Aydın, A.:** Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış. İÜHFM (2012), C. LXX S. 2, s. 101-113.
- Bilgen, M.:** Sıra Cetveli, Ankara 2011.
- Boran-Güneysu, N.:** Medenî Usûl Hukukunda Karar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2011.
- Böckli, P.:** Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009.
- Deynekli, A./Kısa, S.:** Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, Ankara 2002.
- Doğan, B. F.:** 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011.
- Duss, M.:** Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften, Zürich 1971.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.
- Ermenek, İ.:** İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2009.

- Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Gauch, P./Aeppli, V./Stöckli, H./Schöll, M.:** Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Auflage, Zürich 2009.
- Grigoleit, H. C.:** Aktiengesetz Kommentar, München 2013.
- Karayalçın, Y./Yongalık, A.:** Hukukta Öğretim–Kaynaklar–Metod–Problem Çözme, 7. Baskı, Ankara 2008.
- Kaya, A.:** Borca Batık Anonim Şirketin İflâsının Ertelenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 279-304.
- Kayar, İ.:** Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- Kayar, İ.:** Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken, MÜHFD-HAD (2012), C. 18 S. 2, s. 643-658 (Borca Batıklığın Tespiti).
- Kendigelen, A.:** Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- Kırca, İ./Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Ç.:** Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013.
- Kırtıoğlu, S. S.:** İflâs Davası, Ankara 2009.
- Kuru, B.:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2013 (İcra).
- Madörin, B.:** Der KMU-Verwaltungsrat, Bern 2013.
- Meier, R.:** Die Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Zürich 2005.
- Mirza, A. A./Nandakumar, A.:** International Trends in Financial Reporting under IFRS, New Jersey 2012.
- Muşul, T.:** İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2010
- Oğuzman, M. K./Öz, M. T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, 11. Baskı, İstanbul 2013 (Cilt – 1).

- Oğuzman, M. K./Öz, M. T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2, 10. Baskı, İstanbul 2013 (Cilt – 2).
- Öktem, S.:** İflasın Ertelemesinde Borca Batıklık Bilançosu, İBD (2006), C. 80 S. 6, s. 2477-2490.
- Öztek, S.:** İflasın Ertelemesi, Bankacılar Dergisi (2005), S. 53, s. 39-83.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin-Özkan, M./Özekes, M.:** İcra ve İflâs Hukuku. 10. Baskı, Ankara 2012.
- Pekcanitez, H.:** İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Sirmen, L.:** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Tekinalp, Ü.:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013 (Sermaye Ortaklıkları).
- Toraman, B.:** İcra ve İflâs Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelemesi Talebi, Ankara 2007.
- Türk, A.:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK. m. 324), Ankara 1999 (Sermaye Kaybı).
- Türk, A.:** Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı İflasın Ertelemesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler. DEÜHFD (2004), C. 6 S. 1, s. 295-334 (Değerlendirme ve Öneriler).
- Umar, B.:** Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M.K. Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (M.K. m. 605, f. II, 618), YÜHFD (2004), C. 1 S. 1, s. 317-324.
- Zülch, H./Daniel T. F.:** Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 4. Auflage, München 2013.

## KISALTMALAR

<b>TBK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dpn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>IAS</b>	: International Accounting Standards
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İBGK</b>	: İcra ve İflâs Birleştirme Genel Kurulu
<b>İİK</b>	: İcra ve İflâs Kanunu
<b>İÜHFİM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>KoopK.</b>	: Kooperatif Kanunu
<b>m.</b>	: Madde
<b>N.</b>	: Nummer/Numara
<b>MÜHFD-HAD</b>	: Marmara Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuki Araştırmalar Dergisi
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>SPK</b>	: Sermaye Piyasası Kurulu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>YÜHFD</b>	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## TÜRK İDARE HUKUKUNA YENİ BİR KATKI: ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU\*

### Özet

İnternet, 21. yüzyıl toplumsal ve siyasal ilişkilerini yeniden yapılandırmıştır. Olumlu etkileri yanı sıra, özellikle siyasi iktidarlar tarafından olumsuz olarak nitelendirilen etkilerini en aza indirmek için bir dizi düzenleme yapılmıştır. Çıkış noktası çocukları ve gençleri kişisel gelişimlerinde zararlı olacak içeriklerden koruma olan bu tedbirler, ulusal ve uluslararası hukukta teminat altına alınmış düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile bilgiye erişme hakkı üzerinde de sınırlayıcı etkilere zemin hazırlamıştır. Türkiye’de bir kamu hizmeti olarak hukuki metinlerde yer alan internet hizmeti, internet güvenliğinin sağlanması özel amacına yönelik yeni bir tür kolluk faaliyetinin konusunu oluşturmaktadır ki bunu *internet kolluğu* olarak adlandırmak mümkündür. Bir özel hukuk tüzel kişisi olarak 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun ile kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliği de bu kapsamda işlemler yapan ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamakla görevli bir kuruluş olarak düzenlenmiştir. Birliğe verilen görevler, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı ve gerektiğinde sınırlandırılmasına yönelik özel bir tür idari kolluk faaliyeti olduğundan, tasarruflarına karşı idari yargıda dava açılabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Erişim Sağlayıcıları Birliği, İnternet Güvenliği, İnternet Kolluğu, İdare Hukuku, Kamu tüzel kişiliği.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

## A NEW CONTRIBUTION TO TURKISH ADMINISTRATIVE LAW: THE UNION OF ACCESS PROVIDERS

### **Abstract**

The internet has reshaped the social and political relations in the 21st century. Besides its positive impacts, several regulations have been issued to minimize its negative impacts especially so considered by political powers. These regulations, initially aiming to protect the individual development of children and adolescents from harmful contents, have prepared the ground for restrictive effects on freedom of speech and right to information, protected both by international and national law. Internet service prescribed as public service in legal texts of Turkey, have been the subject of a new kind of police activity, having the special aim to provide for internet security and which can be regarded as internet police. The Union of Access Providers established by Law dated 6 February 2014 and no. 6518 as a private legal entity, has been empowered to act in this framework and to restrict the internet access. Since the duties/powers conferred to the association are related to fundamental rights and freedoms and their eventual restrictions and constitute a special kind of administrative police authority, its decisions should be subject to judicial review before administrative courts.

**Keywords:** Union of Access Providers, internet security, internet police, administrative law, public legal entity

### **I- Giriş**

İnternet olgusunun yarattığı yeni bir ilişkiler ağı vardır. Dünyada ve Türkiye’de kullanımı çok yeni olmakla beraber, yaygınlığı bundan etkilenmemektedir. Toplumsal yaşantının her alanına nüfuz etmiş; ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi bir dizi konuda geri dönüşsüz bir yol açmıştır. Bu belirleyici etkiye hukukun bigâne kalması mümkün olmamış ve Türkiye’de internet muhtelif düzenlemelere konu olmuştur. 16.06.2005 tarih ve 5369 sayılı *Evrensel Hizmet Kanunu*, kamu hizmeti niteliğinde gördüğü interneti, evrensel hizmet kapsamına almıştır. 05.11.2008 tarih ve



5809 sayılı *Elektronik Haberleşme Kanununda* da internet, klasik anlamda haberleşme hizmetinin dışında kalmakla beraber, elektronik haberleşme hizmeti olarak değerlendirilmiştir<sup>1</sup>.

İnternet alanında ana düzenlemeleri getiren 04.05.2007 tarih ve 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda*, 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun<sup>2</sup> (md. 85 ila md. 100) ile esaslı, 26.02.2014 tarih ve 6527 sayılı Kanunla<sup>3</sup> (md. 15 ila md. 18) da rötüş değişiklikler yapılmıştır.

5651 sayılı Kanun, amaç ve kapsamını birinci maddesinde; “*içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*” olarak belirlemiştir.

Bu mücadelede, esas olarak belirli yükümlülükler getirmek, idari ve adli para cezaları vermek ve erişimin engellenmesi suretiyle yapılmaktadır. Erişimin engellenmesi, 5651 sayılı Kanunda “*(a)lan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi*” olarak tanımlanmıştır (md. 2/1 – ek o bendi).

Bu tanım sadece erişimin engellenmesi biçimini öngörmüş olup, erişimin engellenmesini gerektiren haller, bu kararı alacak ve/veya

<sup>1</sup> Türk hukukunda ve uluslararası hukukta internete ilişkin düzenlemelerin kapsamlı ve eleştirel bir incelemesi ve erişim engellenmenin tarihçesi için bkz., Yaman AKDENİZ, Kerem ALTIPARMAK, **İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır / Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, İHOP – İmaj Yayınevi, Ankara 2008. Ayrıca uluslararası hukukta internete ilişkin düzenlemeler için bkz.: Barış GÜNAYDIN, **İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 49 vd.; Doğan KILINÇ, “*Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, s. 407 vd..

<sup>2</sup> *Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*, RG. 19.02.2014 – 28918.

<sup>3</sup> *Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*, RG. 01.03.2014 – 28928.

uygulayacak makamlar, engellenmenin süresi, kararlara karşı başvuru yolları bakımından farklılıklar vardır. Aşağıdaki alt başlıklarda erişimin engellenmesi kararlarında farklılık arz eden hususlar genel hatları ile incelenecektir.

## **2- Erişimin Engellenmesini Gerektiren Haller**

Erişimin engellenmesini gerektiren başlıca haller; belirli suçlara ilişkin olma, kişilik haklarını ihlal, özel hayatın gizliliğini ihlal, fikri ve sınâî hakları ihlal, şans oyunlarının düzenlenmesine ilişkin mevzuatı ihlal ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti yürütmedir. İnternet ortamında yayımlanan yazı, resim, video gibi bir içeriğin belirtilenlerden birine girdiğinin tespiti halinde, erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir.

5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesi birinci fıkrası uyarınca, içeriği belirli suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe bulunan yayınlar hakkında erişimin engellenmesi kararı verilebilmektedir. Katalog suç olarak değerlendirilen bu suçlar iki kategoride düzenlenmiştir. Anılan fıkranın (a) bendinde 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunundaki*; intihara yönlendirme (madde 84), çocukların cinsel istismarı (madde 103/1), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), müstehcenlik (madde 226), fuhuş (madde 227) ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228) suçları yer almıştır. Ayrıca (b) bendinde 5816 sayılı *Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda* yer alan suçların bu kapsamda olacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlali Kanunun 6518 sayılı Kanunla değişik 9 uncu maddesinde, özel hayatın gizliliğinin ihlali ek 9/A maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun değişiklikten önceki 9 uncu maddesi “*içerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi*” demek suretiyle kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlalini kapsayan ve hatta daha da genişleten bir düzenlemeye yer vermişti. Değişiklik ile bu ihlaller farklı maddelerde düzenlenerek, erişimin engellenmesi kararını verecek makam ve biçimi bakımından bir ayrışma sağlanmıştır. Ancak Kanun, ne tür içeriklerin kişilik

haklarının veya özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturacağını ne tahdidi ne de tadadı olarak belirtmiş, bu konudaki belirlemeyi ve aralarındaki farkı kararı verecek makamların değerlendirmesine bırakmıştır. Hukuki belirliliği sağlamaktan uzak bu düzenleme, uygulamada bir dizi yetki sorununu da beraberinde getirecektir.

5846 sayılı *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* ek 4 üncü madde değişik 3 üncü fıkrası uyarınca; Kanunda tanınmış hakları ihlal edilenlerin başvurusu üzerine üç gün içinde içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması ve ihlalin devamı halinde cumhuriyet savcısının kararı üzerine içerik sağlayıcıya verilen hizmetin durdurulması düzenlenmiş ve ayrıca servis sağlayıcılara, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirme ve servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcılara, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak bu konuda çıkarılması öngörülen yönetmelik henüz mevcut değildir.<sup>4</sup> Uygulamada, Fikri ve Sinai Haklar Ceza Mahkemeleri ve Hukuk Mahkemelerinin de erişimin engellemesi kararı verdikleri görülmektedir.<sup>5</sup>

5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ek 14 üncü fıkrası uyarınca, 5602 sayılı *Şans Oyunları Hasulatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun* 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç)

<sup>4</sup> **Ek Madde 4 – ...**

**(Değişik üçüncü fıkra: 3/3/2004-5101/25 md.)** Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

<sup>5</sup> <http://engelliweb.com/erisimi-engellenen-siteler-mahkeme-karari-yazanlar/>

bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar<sup>6</sup>, kendi görev alanlarına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler ve bu kararlar uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (Başkanlık) gönderilir. Atıf yapılan ilgili (ç) bendine göre bu kurum ve kuruluşlar, ilgili mevzuat çerçevesinde şans oyunu tertip etme hak ve yetkisine sahip kurumlar ile bu hak ve yetkinin devredildiği kurum, kuruluş ve özel hukuk tüzel kişilerini ifade etmektedir. Anılan hükümler uyarınca Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı ve Türkiye Jokey Kulübü bu kapsamdaki kurum ve kuruluşlardandır. İlk ikisi kamu tüzel kişiliğini haiz iken, sonuncusu kamuya yararlı dernek statüsünde bir özel hukuk tüzel kişisidir.

Ayrıca, 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı *Sermaye Piyasası Kanununun* 99 uncu maddesi 3 üncü fıkrası uyarınca, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, internet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde de erişimin engellenmesi mümkündür. İçerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması hâlinde, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan başvuru üzerine erişimin engellenmesine ilgili mevzuat uyarınca yargısal makamlarca karar verilmektedir. İlgili mevzuattan kasıt 5651 sayılı Kanun olacağından, bu konuda görevli yargısal makam sulh ceza hâkimi olacaktır. İçerik ve yer sağlayıcılarının yurt dışında bulunması hâlinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Kurum) tarafından erişimin engelleneceği anılan fıkarda düzenlenmiştir.

### **3- Erişimin Engellenmesi Kararını Alacak Makamlar**

Erişimin engellenmesi kararını alacak makamlar da çeşitlilik göstermektedir. Bunlar yargısal makamlar, idari makamlar ve özel hukuk tüzel kişileri olarak üç grupta incelenebilir.

---

<sup>6</sup> “ç) İlgili kurum ve kuruluş: İlgili mevzuat çerçevesinde şans oyunu tertip etme hak ve yetkisine sahip kurumlar ile bu hak ve yetkinin devredildiği kurum, kuruluş ve özel hukuk tüzel kişilerini,” ifade eder.

Esas olan, erişimin engellenmesi kararını hâkim veya mahkemenin vermesidir. Kanunun 8 inci maddesinde katalog suçlara bağlı olarak verilecek erişimin engellenmesi kararında yetkili yargısal makamlar belirlenmiştir. Soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı da bu yönde karar verebilmektedir. Ancak bunun için gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmalı ve yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmalıdır. Hâkim de kararını en geç yirmi dört saat içinde vermek durumunda olup, bu süre içinde onaylanmaması halinde koruma tedbiri cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılmak zorundadır. Madde kapsamında yargısal makamlar tarafından verilen erişimin engellenmesi kararları *koruma tedbiri* olarak adlandırılmaktadır.

Kanunun 9 uncu maddesinde kişilik haklarının, 9/A maddesinde özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak verilecek erişimin engellenmesi kararlarında yargısal makamların sürece katılımı düzenlenmiştir.

6518 sayılı Kanunla yeniden düzenlene 9 uncu madde uyarınca, yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilecektir. Sulh ceza hâkimi de yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlayarak, esas olarak sadece kişilik hakkını ihlal ettiğine hükmedilen yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak içeriğe erişimin engellenmesine hükmedecektir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

Kanunun 9/A maddesi kapsamında erişimin engellenmesi, özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia edilen kişilerin Başkanlığa başvurusu ve Başkanlığın bu talebi uygulanmak üzere Birliğe göndermesi suretiyle veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine Başkanlık tarafından yapılmaktadır. Erişim bu şekilde engellendikten sonra yirmi dört saat içinde, talepte bulunanlar taleplerini sulh ceza hâkiminin kararına, Başkanlık ise kararını sulh ceza hâkiminin onayına sunar. Sulh ceza hâkiminin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak erişimin engellenmesi öncelikle Başkanlık tarafından sağlanmakta, sonrasında yargısal makamların devreye girmesi söz konusu olmaktadır.

Kanunun 8 inci maddesi ek 15 inci fıkrası uyarınca, soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısının talebi üzerine verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilebilecektir.

Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin kararlara karşı, 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu* hükümlerine göre itiraz yoluna başvurulabilir.

İdari makamlarca alınabilecek erişimin engellenmesi kararlarında esas yetkili idare başkanlıktır. Kanunun 8 ve 9/A maddelerinde bu yetki Başkanlığa tanınmıştır.

Kanunun 8 inci maddesi birinci fıkrasında iki bent halinde düzenlenmiş bulunan katalog suçlar söz konusu olduğunda, Başkanlığın *idari tedbir* olarak erişimin engellenmesi kararı alma yetkisi, içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında veya yurtiçinde bulunmasına bağlı olarak değişiklik göstermektedir. İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde Başkanlık katalog suçların tamamı ile ilgili olarak erişimin engellenmesi kararını resen verebilmektedir. İçerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması halinde ise Başkanlık katalog suçlardan sadece çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan yayınlarla ilgili olarak bu yetkisini kullanabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, *Youtube* kararında Başkanlığa Kanununun 8 inci maddesi dördüncü fıkrası ile verilen yetkinin; hukuki güvenliği ve belirliliği sağlamadığı, hangi sınırlama araçlarının kullanılacağına tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, kapsam ve sınırlarının öngörülmezliğine bağlı olarak kanunilik ilkesini ihlal ettiği gerekçeleriyle, anayasaya aykırılığını tespit etmiştir<sup>7</sup>. Ancak bireysel başvuru sonucu verdiği bu karar somut veya soyut norm denetimine ilişkin olmadığı için, hükmü iptal etmemiş ama anayasaya aykırılığını ilan etmiştir. Başkanlığın bu yetkisine dayanarak yaptığı bir işleme karşı idari yargıda açılmış bir iptal davasında, yargı merciinin hükmün anayasaya aykırılığını resen veya davacı tarafından ileri sürülmesi halinde ciddi bularak Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi için başvurması beklenendir.

Başkanlık tarafından alınan erişimin engellenmesi kararları gereği yerine getirilmek üzere erişim sağlayıcılarına bildirilir ve bunlar tarafından derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilir. Kararın yerine getirilmemesi idari para cezası ve yetkilendirmenin iptali gibi yaptırımlara bağlanmıştır. Başkanlığın, idari tedbir olarak nitelendirilen erişimin engellenmesine ilişkin kararlarına karşı idari yargıda dava açılabilir.

Kanununun 9/A maddesinde düzenlenmiş bulunan özel hayatın gizliliğinin ihlali durumunda Başkanlık, yukarıda değinildiği üzere başvuru üzerine veya resen erişimin engellenmesini sağlamaktadır. İlki özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini ileri süren kişinin sulh ceza hâkimine başvurup bir karar alana kadar hakkını korumaya yönelik geçici bir tedbirdir. İlgilisi Başkanlığa başvurduğu andan itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkimine başvurmadığı takdirde, bu geçici tedbire son verilmek durumundadır.

Kanununun 9/A maddesi 8 inci fıkrasında düzenlenen, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine Başkanlık tarafından alınan erişimin engellenmesi kararı ise, uygulamasını sürdürmesi hâkimin onayına bağlanmış idari bir karardır. Başkanlık

<sup>7</sup> B.No: 2014/4705, 29.05.2014, & 57 ve 63.

tarafından bu yöndeki kararın, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmaması veya hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamaması hallerinde kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Hâkimin Başkanlık kararını onaylaması bu kararı yargısal bir karara dönüştüreceğinden, bu karara karşı ceza muhakemesi sistemi içinde itiraz yoluna başvurulabilmelidir. Hâkimin Başkanlık kararını onaylamaması halinde ise erişimin engellenmesine Başkanlık tarafından derhal son verilmelidir. Bu da yargısal bir karar olduğundan aleyhine itiraz yoluna başvurulabilir.

Kanunun düzenlenişinde bir bütünlük olmadığı için belli kararlara karşı itirazın mümkün olmadığı kanısı oluşabilir. Bu da Kanunun muhtelif maddelerinde itiraz yolunun belli kararlar için özellikle zikredilmiş olmasından kaynaklanacaktır. Ancak bu durum şu şekilde değerlendirilmelidir, ceza muhakemesinin genel hükümlerine göre bir başvuru yolu var ise ve kimlerin başvurabileceği düzenlenmiş ise aksi öngörülmediği sürece bu yola başvurulabilecektir<sup>8</sup>. Ayrıca Kanunda yer verilmesi ya malumun ilanındır ya da genel hükümlere göre başvuru hakkı olmayan kişi ve kurumlara bu hakkı tanımak içindir. Bu bakımdan Kanunda bir kısıtlama olmadığı, yargısal kararların kesinliğinden bahsedilmediği sürece, özel olarak belirtilmemeye itiraz yolunun kapalı olduğu gibi özel bir anlam yüklenmemelidir.

Başkanlığın, Kanunun 8 ve 9/A maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan erişimin engellenmesi kararı alabilme yetkisi, 9 uncu maddede düzenlenen kişilik hakkının ihlali durumunda bulunmamaktadır.

---

<sup>8</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “*itiraz olunabilecek kararlar*” başlıklı 267 inci maddesinde “(h)âkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir” hükmü yer almaktadır. Erişimin engellenmesi kararı koruma tedbiri olarak sadece kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilmekte olup, diğer hallerde hâkimlik kararı ile verilmektedir. Hâkimlik kararlarına karşı itiraz ise kaide olarak belirlenmiştir (Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Onsekizinci Bası, Beta, İstanbul Ekim 2010, s. 1670 vd.).



Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı ve Sermaye Piyasası Kurulu gibi idari organlarda belirli hallerde erişimin engellenmesi kararı veren idari makamlardır. Özel hukuk tüzel kişileri olan Türkiye Jokey Kulübü ve Erişim Sağlayıcıları Birliği de bu yönde karar alabilmektedir.

Erişim Sağlayıcıları Birliğine ilişkin genel değerlendirme, uygulamada idare hukuku açısından doğurabileceği olası sonuçları çözümlenmeye yönelik olarak ancak anayasaya aykırılık potansiyeline girilmeden aşağıdaki başlıkta yapılacaktır.

#### **4- Erişim Sağlayıcıları Birliği**

Erişim Sağlayıcıları Birliğine (Birlik) ilişkin düzenleme, 6518 sayılı Kanunun 90 ıncı maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinde yer almaktadır. Madde ile özel hukuk tüzel kişisi olan Birlik kurulmuştur<sup>9</sup>. Birliğin kuruluş amacı, 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Çalışma usul ve esasları, Kurum tarafından onaylanacak Tüzükle belirlenir ve Kurumun Tüzüğü uygun bulmasını müteakip faaliyetine başlar. Birlik, 5809 sayılı *Elektronik Haberleşme Kanunu* kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur.

İnternet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin üyelikleri zorunlu olup, aksi takdirde faaliyette bulunamazlar. Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen geçici madde 3 ile, Birliğin kuruluşunun bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanması öngörülmüştür. 6518 sayılı Kanun, Resmi Gazete'nin 19.02.2014 tarihli nüshasında yayımlanmış ancak Birliğin kuruluşu öngörüldüğü tarih sonrasında da gerçekleştirilememiştir. Belirtilen sürede Birliğin kuruluşu tamamlanamadığından, üçüncü fıkraya uyarınca, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren

<sup>9</sup> Kanunla tanınan bu özel hukuk tüzel kişiliğinin, özel hukuktaki hangi hukuki yapıya dahil edilebileceğinin yanıtı, merakla, özel hukukçulara bırakılmıştır.

diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanması gereği ortaya çıkmıştır. Zira madde ile idari para cezasının sebep ögesi belirlenmiş ve konu ögesinde ise idareye bir takdir alanı bırakılmamıştır. Gecikme nedeni Kurumdan kaynaklanmadığı sürece, idarenin bu konudaki yetkisi bağlı yetkidir.

Öncelikle, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla Birlik Tüzüğü'nün imzalanması ve bu Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunması gerekmektedir. Birlik ancak bu uygun bulma sonrasında faaliyete başlayabilecektir. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde de hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır. Aksi takdirde, üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır (geçici md. 3/4). Bu idari para cezasının uygulanmasında da Kurumun yetkisi bağlı yetkidir.

5651 sayılı Kanun ek madde 6/A-9, Birliğin gelirlerinin, giderlerini karşılayacak miktarda belirlenen ve üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği gibi ayrıntılara da yer vermiştir. Üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğü'nde belirleneceği de hüküm altına alınmıştır.

Birliğin kuruluş amacı, 5651 sayılı Kanununun 8 inci maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktadır. Bu cümleden olmak üzere, Kanununun 9 uncu maddesinde düzenlenen kişilik haklarının ihlali ve 9/A maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali nedenlerine bağlı olarak verilen erişimin engellenmesi kararları Birlik

marifetiyle erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirilecektir. Anılan maddeler kapsamında hâkim veya Başkanlık tarafından alınan erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilecek, bu tebligat erişim sağlayıcıya yapılmış sayılacaktır. Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımı sağlamakla yükümlü erişim sağlayıcı da erişimi engelleyecektir.

5651 sayılı Kanun ek madde 6/A-8 de, Birliğin kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebileceği düzenlemesine de yer verilmiştir. Görece basit olan bu hüküm, üç yönden değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Sorular şunlardır: Hangi kararlar? Ne tür bir başvuru? Mevzuata uygunluk neleri kapsar?

Anılan maddenin 6 ve 7 nci fıkraları uyarınca, Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları Birlik dolayısıyla erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilecektir. Bu nedenle sadece Kanunun 9 ve 9/A maddeleri uyarınca erişimin engelleme değil, diğer kanunlarda düzenlenen erişimin engellenmesine ilişkin kararların yerine getirilmesi de bu kapsamda olacaktır. Bir başka anlatımla, yukarıda yer verilen 5846 sayılı *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*, 5602 sayılı *Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun*, 6362 sayılı *Sermaye Piyasası Kanunu* çerçevesinde yetkili makam ve hatta özel hukuk tüzel kişilerince alınan kararları da madde içermektedir.

Maddenin kapsamı bu denli genişletildiğinde ikinci sorunun yanıtı daha da müşkül hale gelmektedir. Öncelikle itiraz kelimesinden yola çıkılarak, bunun itiraz kanun yolunu kapsadığı söylenebilir. Bu durumda itirazı, Kanunun 9 uncu maddesinde düzenlenmiş bulunan kişilik haklarının ihlali durumunda sulh ceza hâkimi tarafından verilecek kararlara karşı yapılacak kanun yolu başvurusuna hasretmek mümkün olabilecektir. Belirtilen hükmün 6 ncı fıkrasında taraflara tanınan, 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu* hükümlerine göre itiraz yoluna başvurma imkânının Birlik için de tanındığı sonucuna varılabilir. Benzer şekilde Kanunun 8 inci maddesi uyarınca koruma

tedbiri olarak yargısal makamlarca verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı, Başkanlığa ceza muhakemesi usulü kapsamında itiraz etme imkânı verilmiştir.

Ancak maddenin yazılımı, son belirtilen durumu aşan bir ifadelendirmeyi benimsemiş, diğer hükümlerde olduğu gibi 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanununa* gönderme yapmamıştır. Bu nedenle Kanunun 9/A maddesi uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle Başkanlığa yapılan başvurunun Birliğe erişimin engellenmesi için gönderilmesi durumunda, Birlik bu karara karşı da itiraz edebilecektir. Bu itirazı ise doğal olarak bir idari itiraz olacaktır. Ayrıca yukarıda zikredilen 5651 sayılı Kanun dışındaki kanunlar uyarınca verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı da Birlik itiraz edebilecektir. Bu itirazlarının sonucuna göre de Birliğin, erişimin engellenmesi kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açma olanağı olacaktır.

*Mevzuata uygunluk* ifadesi de değerlendirme alanının sınırlarını genişletici mahiyettedir. Sadece erişimin engellenmesine ilişkin ilgili mevzuatta öngörülen usullere uyulmasının ötesinde, erişimin engellenmesi kararının bir bütün olarak hukuka uygunluğunun belirlenmesini de kapsar. Bu anlamda başta Anayasa olmak üzere, iç hukukun parçası olmuş uluslararası hukuk metinleri de mevzuata uygunluk değerlendirmesinin kriterlerinden olacaktır. Birlik, engelleme kararına konu içeriğin kişilik haklarını ve özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini, içeriğin ifade hürriyetinin kullanımı mı olduğunu, sair kanunlar uyarınca verilen engelleme kararlarının ilgili mevzuat hükümlerine uygunluğunu değerlendirecektir. Kanunun ifadesi ile, *mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara* karşı itiraz etmesi söz konusu olacaktır.

Birliğe verilmiş en tartışmalı yetki Kanunun 9 uncu maddesi 9 uncu fıkrasında yer almaktadır. Hüküm uyarınca, kişilik hakkının ihlal edilmesine bağlı olarak hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda, ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat

edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır. Erişimin engellenmesi kararının, kişilik hakkının ihlal ettiğine hükmedilen yayın, kısım, bölüm ile ilgili olması esas olmakla beraber; sulh ceza hâkimi, URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir. Bu durumda Birlik, hakkında erişimin engellenmesi kararı verilen bir yayın söz konusu olduğunda, bu yayının bir başka internet adresinde de yer alması veya bu yayınlara aynı mahiyette olduğunun değerlendirilmesi durumunda, yargı organınca yeni bir karar alınması gerekmez, ilgilinin başvurusu üzerine mevcut kararı bu adres için de uygulayacaktır. Birlik özellikle bu fıkra ile, sadece erişimin engellenmesi kararlarını uygulama mevkiinde olan teknik bir hukuki yapı olmaktan çıkmış, hukuki değerlendirmesine göre icrai kararlar alabilen bir yapıya kavuşmuştur.

Yargı kararı olmaksızın yapılan bu müdahaleyi, bir istisna oluşturması bakımından dar yorumlamak gerekmektedir. Anılan fıkrada internet adresine vurgu yapıldığından, Birlik internet sitesindeki tüm yayına ilişkin bir engelleme yapamaz. Hakkında erişimin engellenmesi kararı verilmiş bir içerik ile aynı veya aynı mahiyette olduğunu tespit etmesi halinde, sadece bu yayının yer aldığı internet sitesindeki ilgili internet adresi için mevcut kararı uygulayabilecektir. Zira internet sitesinin tümüne ilişkin kararı verme yetkisi, maddenin 4 üncü fıkrası uyarınca hâkime ait olup, zorunlu olmadıkça ve kararda gerekçesi belirtilmedikçe de verilemez.

Asıl sıkıntılı husus ise neyin *aynı mahiyette* olduğunun tespiti ve bu nitelendirmenin *Birlik* tarafından yapılıp yapılamayacağıdır. Aynı mahiyetin tespiti, içeriksel bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Mevcut karara konu yayın ile birebir örtüşmese de yöneldiği sonuç bakımından ilgili kişinin kişilik hakkını ihlal eder mahiyette olmalıdır. Nelerin kişilik hakkının kapsamına dâhil olduğu ve hangi hallerin bir ihlal oluşturduğu muhatabının veya içeriği sunanın toplumsal ve siyasal

konumu, yayının yöneldiği kitle, ifadenin demokratik toplum açısından gerekliliği gibi bir dizi hukuki sorunun tartışılmasını ve bunlara göre karar verilmesini zorunlu kılmaktadır. Muhatabın kişilik hakkını korumak ne denli önemliyse, bunun karşısında yer alan düşünceyi açıklama özgürlüğü ve bilgiye ulaşma hakkı da o denli önemlidir. Tüm bu nedenlerle de erişimin engellenmesi yönünde karar verme yetkisi yargı organına tanınmıştır.

Bu fıkra ile Birliğe şartları, sınırları ve biçimi kanunla yeterince belirlenmemiş bir yetki verilmiştir. Yukarıda yer verildiği üzere, Anayasa Mahkemesi, *Youtube* kararında Başkanlığa Kanunun 8 inci maddesi dördüncü fıkrası ile verilen yetkinin, hukuki güvenliği ve belirliliği sağlamadığı gerekçesiyle, anayasaya aykırılığını tespit etmiştir. Benzeri bir durum bu hüküm için de geçerli olup, Anayasa Mahkemesinin önüne soyut veya somut norm denetimi yoluyla veya bireysel başvuru ile gitmesi durumunda anayasaya aykırılığı tespit edilecektir.

İkinci önemli husus, bu fıkra kapsamındaki değerlendirmenin yapılması ve sonuçta erişimin engellenmesi kararı alınması yetkisinin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip Birliğe tanınmasıdır. Birliğin tüzel kişiliğinin türüne ilişkin Kanunda açık bir nitelendirme yapılmasa idi, Türkiye Futbol Federasyonu, Kalkınma Ajansları ve benzeri örneklerde olduğu gibi, kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmeyi gerektiren özelliklere sahip olduğu sonucuna varılabilecekti<sup>10</sup>. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile bilgiye ulaşma hakkının kullanımına ve sınırlanmasına ilişkin hususlar kamu gücünün kullanımını gerektirmektedir. Birlik tek taraflı iradesi ile hukuki sonuç doğuran bir işlem yapmaktadır. Kolluk faaliyeti kapsamında yapılan bu işlem, idarenin kanundan aldığı bir yetkiye dayanmalıdır. Burada ise organik anlamda idare olmayan Birliğin, fonksiyonel anlamda idari bir faaliyeti söz konusudur. İdare hukukunda, genel kolluk

---

<sup>10</sup> Kamu tüzel kişiliğinin tespitinde kullanılan ölçütler için bkz.: Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10 Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 78 vd.; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C. I, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009, s. 171 vd.; Yahya K. ZABUNOĞLU, **İdare Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 135 vd..

yetkilerinin özel kişilerce kullanılmayacağı yönünde yargı kararlarında<sup>11</sup> ve doktrinde kabuller olmakla beraber günümüz yönelimi farklılaşmaktadır<sup>12</sup>. Özellikle 10.06.2004 tarih ve 5188 sayılı *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun* ile aslında idari kolluk faaliyetinden farklı olmayan bir dizi faaliyetin özel hukuk kişilerince üstlenilmesi ve dar anlamda kamu görevlisi sayılmayan personel tarafından yürütülmesi sağlanmıştır<sup>13</sup>. Birlik, internet güvenliğini sağlama özel amacına yönelik olarak internet kolluğu faaliyeti yürütmektedir<sup>14</sup>. Organik anlamda idarenin içinde yer almaması, işlemlerinin fonksiyonel anlamda idari işleve dâhil olmaması sonucunu doğurmayacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına ilişkin kararlarında olduğu gibi, özel hukuk tüzel kişilerinin idari faaliyetlere “*bitişen*” faaliyetler yürütmesi ve “*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni tür müessese*”ler olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, k.t. 11.12.1986, RG. 18.04.1987-19435. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme idarenin kolluk faaliyetlerinin içinde yer aldığından ancak memurlar ya da diğer kamu görevlilerince yerine getirilebilecek asli ve sürekli görevlerden olduğu gerekçesiyle, belediye ve valilikler dışında yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarınca da yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilebilmesini mümkün kılan hükümler Anayasanın 128 inci maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. GÜNDAY, age., s. 583 vd..

<sup>12</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Cilt I Genel Esaslar, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.764.

<sup>13</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, *ibid.* s. 765 vd.; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C. II, s.533 vd..

<sup>14</sup> Genel idari kolluğun yöneldiği kamu düzenini sağlama amacından farklı bir amaç güden özel kolluk tanımlaması için bkz. GÜNDAY, age., s. 297; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C. II, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009, s. 492 vd..

<sup>15</sup> UYM. E.1999/1 K.1999/11 k.t. 03.05.1999; DİDDK., E.2006/2958 K.2010/910 k.t. 06.05.2010. Benzer yöndeki kararlar için bkz.: konut tahsisi işlemlerine ilişkin Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Kararı, D. 5. Daire, E.2000/476 K.2000/1516 k.t. 17.05.2000; Diyanet Vakfı Kararı, D. 5. Daire, E.2000/624 K.2003/1085 k.t. 01.04.2004; Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Konut Yönetmeliği'nde değişiklik talebinin reddine ilişkin karar, D. 5. Daire, E.2012/3809 K.2013/721 k.t. 07.02.2013. Özel hukuk kişilerinin idari işlemleri ve idari yargıya konu olmasına ilişkin örnek ve açıklamalar için bkz.: Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.678 vd.. İdari yargıda davalının daima idare olduğu yönündeki görüş için bkz.: Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargısı**, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.199 ve

Birlik açısından bakıldığında ise şu sonuca varılması olasıdır: Birlik, her ne kadar özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olsa ve oluşumunda kamu personeli yer almasa da; kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesinin Tüzüğü'nün idarece uygun bulunması ve onaylanması şartına bağlanması, kurulmanın ve üyeliğin zorunlu tutularak cezai tehdit öngörülmesi ile kendisine verilen kamusal görevler birlikte değerlendirildiğinde “*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir müessese*”dir.

Bu nedenlerle Birliğin 5651 sayılı Kanununun 9 uncu maddesi 9 uncu fıkrası uyarınca yapacağı erişim engellemeleri, idari bir yetkinin kullanımı sonucu yapılmış idari işlemlerdir. İcrai nitelikteki bu idari işlemlere karşı da özel ehliyet koşullarını taşıyanlar tarafından iptal ve/veya tam yargı davası açılması mümkündür. Husumetin ise doğrudan Birliğe yöneltilmesi gerekmektedir. Birlik merkezi Ankara’da olduğundan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 32 ve madde 36 uyarınca, Birliğin erişimin engellenmesine ilişkin tasarruflarına karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarında Ankara İdare Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

## 5- Sonuç

Bir özel hukuk tüzel kişinin kamusal yetkilerle donatılması, kamu hizmetinin yürütülmesi faaliyetine katılması idare hukukunun reddetmediği ve alanı gitgide genişleyen bir yönelimdir. Kolluk faaliyetlerinin yürütülmesinin ise idarenin tekelinde olduğu kabul edilmektedir. Ancak özel güvenlik hizmetlerinde olsun, yapı denetimine ilişkin düzenlemelerde olsun bu tekel kırılmaya başlanmıştır. Türk idare hukukunda ve idari yargı uygulamasında tartışmalı bir diğer husus ise özel hukuk tüzel kişilerine karşı idari yargıda dava açılıp açılmayacağıdır. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları ile kısmen bu yol açılmıştır. Erişim Sağlayıcıları Birliği de her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olarak öngörülse de, kuruluş biçimi, üyeliğin zorunlu tutulması ve kolluk alanına ilişkin görev ve yetkiler tanınması hususları birlikte değerlendirildiğinde

---

s.374, Halil KALABALIK, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Seyran Yayınları, Konya 2011, s. 250.



kamusal nitelikte bir yapı olarak değerlendirilmelidir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunca onaylanması öngörülen Tüzüğü düzenleyici bir idari işlem, erişimin engellenmesi konusunda yaptığı tasarruflar da idari işlem olarak nitelendirilmelidir. Bu idari işlemler nedeniyle menfaatleri ihlal edilenlerin iptal, kişisel hakları doğrudan muhtel olanların ise tam yargı davası açması ve husumetin Birliğe yöneltilmesi kabul edilmelidir. Zaman içinde, bu kabulün kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenen özel hukuk tüzel kişilerine de teşmil edilmesi beklenendir. Zira idari yargı, salt organik anlamda idarenin yargılandığı bir yargı düzeni olmayıp, esas olarak idari faaliyetin öngörülen kamusal kurallara uygun yürütülüp yürütülmediğini denetleyen ve bu nedenle de genel yargıdan ayrılmış ve uzmanlaşmış bir yargı koludur. Aslı olan davalının sıfatı değil, uyuşmazlığa konu işlem veya eylemin bir idari faaliyetin yürütülmesine ilişkin olmasıdır.

## KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Yaman / ALTIPARMAK, Kerem: **İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır / Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, İHOP – İmaj Yayınevi, Ankara 2008.
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. I - C. II, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Yönetmelik Yargısı**, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt I Genel Esaslar, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÜNAYDIN, Barış: **İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10 Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- KALABALIK, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**: Seyran Yayınları, Konya 2011.
- KILINÇ, Doğan: “*Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, s. 407-454.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Onsekizinci Bası, Beta, İstanbul Ekim 2010.
- ZABUNOĞLU, Yahya K.: **İdare Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

**"Arctic Sunrise" (UDHM, Hollanda Krallığı/Rusya Federasyonu)  
Davası Işığında, Uluslararası Hukuk ve Çevre Koruma Eylemleri**

**Yrd. Doç. Dr. Esra KATIMAN\***

**ÖZET**

Bu makalenin konusunu, çevre göstericilerinin yapmış oldukları eylemler sırasında Devletler tarafından girilmiş fiillerin hukuksal planda analizi ve bu bağlamda, bireylerin uluslararası hukuk alanında sahip olduğu temel haklar oluşturmaktadır. Denizin korunması söz konusu olduğunda, Devletler her zaman çevre koruma aktörü rolünü oynamazlar. Yetkililer eylemcilere karşı, zaman zaman keyfilik içeren, hatta illegal nitelikte müdahalelerde bulunmaktadırlar. Makalede bu yön « *Arctic Sunrise* » et « *Rainbow Warrior* » davaları ışığında incelenmektedir. Olayların ve davaların başlıca aşamaları özetlendikten sonra, çalışma, özellikle deniz hukuku tarafından da korunan birey hakları üzerinde durur: kişi özgürlüğü hakkı ve toplanma özgürlüğü. «Kamu düzeni» ve «kısıtlamalar» kavramlarına yer veren makalede, bu kavramların, «uluslararası kamu düzeni» ve «uluslararası topluluk» kavramları ışığında yorumlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Deniz hukuku ve temel haklar, çevrenin korunması, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, «*Arctic Sunrise*», «*Rainbow Warrior*» davaları.

---

\* Yar. Doç. Dr. Esra KATIMAN, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## **Environmental demonstrations and international law in light of the *Arctic Sunrise Case (ITLS, Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)***

### **ABSTRACT**

The subject matter of this Article is the legal analysis of the acts of States during environmental demonstrations of activists and in this framework, the individual's rights under International Law. When the issue is the protection of the waters, the States do not always play the role of protector of the environment. The officials always tend to show arbitrary and yet illegal interference towards the protestors. This issue is examined in this Article in light of the “*Arctic Sunrise*” and “*Rainbow Warrior*” Cases. After a brief summary of the main phases of these Cases, this Article especially emphasizes the individual's rights such as the right of freedom and security and the right of freedom of assembly with respect to the Law of the Sea. In this Article, the concepts of “public order” and “restrictions” are discussed and it is emphasized that these concepts should be interpreted in light of two other concepts which are “international order” and “international community”.

**Keywords:** Law of the Sea and fundamental rights, protection of the environment, the International Tribunal for the Law of the Sea, the Cases of “*Arctic Sunrise*” and “*Rainbow Warrior*”.

### **GİRİŞ**

Yakın tarihli bir olay olan ve birazdan çeşitli yönleriyle ele alınacak olan *Arctic Sunrise* davası, uluslararası hukuk, deniz çevre hukuku ve uluslararası insan hakları hukukunun kesişme noktasını göstermesi yönünden anılmaya değer bir örnektir. Bireysel olsun örgütsel olsun, çevre koruma eylemleri, genellikle, ya çevreciler tarafından takip edilen bir *çevre davası* ile somutlaşır ya da çevre eylemcilerine karşı - yürüyüş, gösteri vb. adlar altında yapılan eylemler nedeniyle - yetkililerin giriştiği bir *cezai prosedür* konusu olarak karşımıza çıkar. Her iki durumda da geçerli olacak bir saptama yapmak mümkündür: Birey yönünden çevre

hakkı, bugün insan hakları koruma sistemleri içinde uluslararası bir koruma altındadır. Hatta tamamen ulusal olma niteliği olan bir çevre eyleminin ve sonuçlarının dahi uluslararası bir korumadan yararlanacağı söylenebilecektir. Kaldı ki, deniz ve çevre söz konusu olduğunda, çoğunlukla yabancılık unsuru da olayda -ya gemiye ya denize-denizcilere ya da çevre eylemine neden olan çevresel olayın sınır aşan niteliğine bağlı olarak - bulunduğundan, konu genelde uluslararası hukuku zaten ilgilendirmektedir.

Çevre koruma eylemlerinin uluslararası hukukta nasıl ele alındığı sorusu, çevre eylemlerinin gelişme ve sonuçlarına göre farklılık gösterir. Devletlerin çevre koruma eylemleri içinde çatışma tarafı olarak beliren yerini, iki olay ışığında inceledikten sonra (I), denizde gerçekleşen çevre koruma eylemlerinin sonuçları yönünden değerlendirilmesi, uluslararası hukukun *çevre koruma eylemlerine* çizdiği hukuksal çerçeve içinde bireylere dönük haklar bakımından yapılacak ve bu bölümde, denizde gerçekleşen çevre eylemleri yönünden birey ve/veya birey gruplarının sahip oldukları bazı haklar ele alınacaktır (II).

### **I) Denizde çatışan taraf, Devlet**

Uluslararası hukuk, Devletlere gerek bölgesel düzeyde, gerek küresel boyutta deniz ve deniz yaşamını koruma amaçlı çevre hukuku yaratma ödevi yüklese de, Devletler, her zaman denizi koruma amacı içinde hareket etmemekte, aksine, egemenlik haklarını güçlendirici bazı manevralarda bulunabilmektedirler. Kimi zaman, Devletleri, denizlerdeki egemenlik haklarının kullanımları doğrultusunda, müdahale eden taraf, hatta bir çatışma ortamı yaratıcısı muhatap taraf olarak görebilmekteyiz. Böyle örneklerde, Devlet, çevre hukukunun düzenleyicisi ve bu alanda sorumluluk yüklenmiş bir işbirliği tarafı rolünden çok uzaktır. Devletin egemenlik hakkının kötüye kullanımını teşkil edebilecek nitelikteki bu türden olguları, biri yakın tarihli (A), diğeri geçmişten ( B) iki örnek ile açıklayabiliriz.

### A. *Arctic Sunrise* davası<sup>1</sup>

Gizem Akhan, Greenpeace'in, "*Arctic Sunrise*" gemisiyle, Kuzey Buz Denizi'nde, Rus Gazprom şirketine ait petrol platformunda eylem yaptığında birçoğumuz Barents Denizi'nin nerede olduğundan dahi haberdar değildik. Adını, bir deniz kazası sonrası (1596), ekibiyle birlikte bütün bir kış hayatta kalabilme mücadelesi vermek zorunda kalmış olan Hollandalı Kaptan Barentzs'den alan bu deniz, bu yıl uluslararası hukukta bir soğuk dalga etkisi yaptı.



Olayların oluş ve gelişimini, öncelikle, basından öğrendik. 20 Eylül 2013 günü, birçok gazete ve medya yayını, içlerinde bir Türk'ün de bulunduğu otuz kişilik mürettebata sahip, Hollanda bandıralı ve *Greenpeace* ait "*Arctic Sunrise*" adlı bir geminin, Rus yetkililer tarafından durdurularak mürettebatının gözaltına alındığını ilk sayfalarından dünyaya duyurdular. Haberlere, olay sırasında çekilmesi başarılı olmuş birkaç fotoğraf da eşlik ediyordu. Bu fotoğraflarda, dev bir platforma tırmanan iki eylemci ve gemiye çıkan sahil güvenlik komandoları açık biçimde görülmektedir. *Greenpeace* üyeleri, petrol arama faaliyetleri sırasında yapılacak çalışmaların bölgenin eşsiz ve kırılgan çevre yapısını tehdit ettiğini söyleyerek Rus petrol tekeli *Gazprom* tarafından yürütülen bu projeye karşı çıkıyordu. Müdahale sırasında, sahil

<sup>1</sup> **Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi**, "*Arctic Sunrise*" davası, No.22, Hollanda Krallığı/Rusya Federasyonu.

güvenlik gemisinden, *Greenpeace* gemisinin çevresine ateş edildiği iddialar arasında bulunmaktadır.

Müdahalenin sonunda, gemide bulunan otuz kişi - ki 28'i *Greenpeace* üyesidir-, hepsi gözaltına alınarak Rusya'nın kuzeybatısında bulunan Mourmansk'a götürülürler. Amaçları *Arctic* bölgesinde enerji elde etme amaçlı işletmeye karşı çıkmak olan ve bu amaçla da platform üzerinde bir afiş asma eylemi yapmayı seçen eylemci grubunu, nihayetinde, üç ay sürecek bir tutukluluk, yoğun bir diplomasi süreci ve hukuksal girişim trafiği beklemektedir.

Hollanda Krallığı, 21 Ekim 2013 tarihinde, *Greenpeace*'in *Arctic Sunrise* adlı gemisinin Hollanda bandıralı olması nedeniyle, gemiye yapılmış olan müdahalenin Rusya'nın açık denizde seyir özgürlüğünü, dolayısıyla uluslararası deniz hukuku kurallarını ihlal ettiği iddiasıyla, doğan hukuksal sorunun çözümü için, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne (bundan sonra "UDHM" olarak anılacaktır) başvuruda bulunur<sup>2</sup>. Başvuru, öncelikle, "geçici tedbirler alınması" amacı taşımaktadır. Karara bağlanması talep edilen geçici tedbirler, tutuklu bulunan mürettebatın salıverilmesi ve gemiye tekrar seyir imkânı tanınması yönündeki isteklerdir.

Rusya, UDHM önündeki bu prosedürde, Mahkemenin yargılama yetkisine itiraz ederek yargılamaya katılmaktan imtina eder. Bu sırada, Rus yargı yetkilileri, mürettebatı ve eylemcileri, denizde korsan faaliyetlerde bulunma ( ki Rus hukukuna göre cezasının 15 yıl olduğu belirtilmekte), *hooliganisme* (serserilik/saldırganlık/eşkıyalık, 7 yıl hapis) gibi suçlarla suçlama girişimlerine devam ederler ve *Greenpeace* eylemcilerini, kaptan dahil, tutuklu olarak alıkoyarlar.

Rusya'nın eyleme karşı gösterdiği tepkinin büyüklüğü ne kadar şaşırtıcı ise, mürettebatta onlarca farklı uyruktan eylemci bulunmasına rağmen, Hollanda hükümetinin UDHM önündeki prosedürü kullanarak, ivedilikle, bir hukuksal mücadele başlatabilmiş olması da bir o kadar

---

<sup>2</sup> UDHM, resmi Web sitesi için, bkz. <https://www.itlos.org>

dikkat çekicidir. Böylelikle, Hollanda, uluslararası hukukun başlıca lokomotiflerinden biri olduğunu bir kez daha göstermiş olmaktadır. Hatırlamak gerekir ki, Hollanda, yürüttüğü hukuk politikasının gereği anlamında, birçok uluslararası hukuk kurum ve kuruluşları ve yargı mercilerine ev sahipliği yapan bir ülkedir. Rusya aleyhine birçok protestoya neden olan bu olay, birkaç ay boyunca diplomatik ve uluslararası politik hayatı meşgul etti. Barış ödülü sahipleri tarafından Rusya Devlet Başkanı'na yazılan mektuplar, ikili resmi görüşmeler sırasında konu ile ilgili özel başlıkların açılması, bu gösterilen protesto eylemlerine örnek olarak anılabilir.

Bilindiği üzere, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (“BMDHS”) 290. Maddesi, “Geçici Tedbirler” konusunu düzenlemektedir. Buna göre uyuşmazlığın havale edilmekte olduğu bir tahkim divanı kuruluncaya kadar tarafların üzerinde anlaşığı herhangi bir mahkeme veya yargı yeri, geçici tedbir talebi tarihinden itibaren iki hafta içinde; eğer böyle bir anlaşmaya varılmamışsa, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, kurulacak mahkemenin *prima facie* yetkili olacağı ve durumun acili yetinin gerekli kıldığı görüşüne varırsa, geçici tedbir emredebilir. Az sonra açıklanacağı üzere, taraflar arasında başka bir yargı mercii üzerinde bir anlaşma olmadığı için, UDHM bu davaya bakabilmiştir. Hollanda Krallığının Rusya aleyhine, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne, tahkim mahkemesi kuruluna kadar, geçici tedbir tesisini temin amaçlı başvurusu üzerine, dava 22 numaralı Dava olarak kayıt edilir ve “Arctic Sunrise” olarak adlandırılır.

Not etmek gerekir ki, Rusya, 26 Şubat 1997 tarihinde Birleşmiş Milletler Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesini<sup>3</sup> (“BMUDHS”) imzalarken yapmış olduğu bildirimle, ülkesel yetki veya egemenlik hakkının kullanımı neticesi olan zorunlu infazın konu edildiği ihtilaflarda, hukuken bağlayıcı kararlar oluşturacak uyuşmazlık çözüm prosedürlerini kabul etmediğini bildirmişti. Rusya, Mahkeme önündeki prosedürde, bu

---

<sup>3</sup> 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşme, “Montego Bay Sözleşmesi” olarak anılır (Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Külliyyatı., vol. 1835, s. 3.).



bildirimine atf yaparak Hollanda tarafından *Arctic Sunrise* gemisi hakkında girişilen tahkim prosedürünü kabul etmediğini bildirdi. Rusya, ayrıca geçici tedbir tesisi talebinde bulunulan prosedüre de katılmayacağını belirtti.

Ancak, Mahkeme, 6 Kasım 2013 tarihli duruşması sonrası, 22 Kasım 2013 tarihinde, Rusya'nın savunmalarını, konulan rezervin sadece bilimsel araştırmalar ve balıkçılık yönünden olduğunu tespitle ret etti ve geçici tedbir konusunda karar verdi. Mahkeme bunu yaparken, öncelikle, Rusya'nın, Mahkemenin yargı yetkisi konusundaki itirazlarını değerlendirdi. Daha sonra, kendisine savunma ve prosedüre katılma hakkı verilen Rusya'nın, böyle bir durumda, Mahkeme önünde prosedüre katılmayarak, Mahkemenin yargılama yapmasına ve geçici tedbirlere hükmetmesine engel olamayacağı sonucuna vardı.

Mahkemenin daha sonraki incelemesi ise, Hollanda tarafından öne sürülen hukuki sebepler üzerinedir. Bunlar münhasır ekonomik bölge, bu bölgedeki suni adalar ve yapılarla ilgili hükümler, açık deniz serbestliği, ziyaret hakkı gibi BMUDHS'ni ilgilendiren konulardadır. Mahkeme, taraflar arasında ihtilaf yaratan bu hükümlerin tahkim mahkemesini kurma yönünden, ilk incelemede, yeterli olduğunu dikkate alarak geçici tedbir verme konusunda kendini yetkili bulmuştur<sup>4</sup>. 3 milyon 600 bin avro teminat karşılığı geminin ve mürettebatın serbest bırakılmasının, gerek geminin gerek mürettebatın, Rusya Federasyonu'nun ülkesel yetki alanı dışına çıkmalarının sağlanmasına tedbiren karar vermiştir. İstenen teminat yatırılmış ve Rusya neticede, iç hukukta bulunduğu bir çözüm yoluyla mürettebatın teker teker tutukluluk hallerine son vermiştir. Halen prosedür, Mahkeme önünde devam etmektedir.

Her ne kadar Rusya, UDHM önündeki bu yargılama prosedürüne katılmamış ve mahkemeyi tanımama kararlılığını ısrarla göstermiş de olsa, Mahkemenin, tutuklu mürettebatın teminat karşılığı serbest bırakılması

---

<sup>4</sup> Bkz, UDHM'nin 22 Kasım 2013 tarihli geçici tedbir talebi konusundaki ara kararı: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Order/A22-Ord\\_22\\_11\\_2013\\_orig\\_Fr.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/A22-Ord_22_11_2013_orig_Fr.pdf)

kararından sonra Rus yetkililerin giriştiği çabalar (af ilanı yoluyla tutukluların serbest bırakılmasını sağlama gibi) bu kararın etkisi altında yapılmıştır. Bu durumda Rusya'nın, gösteriye müdahale tarzı ve yöntem seçimi ile gerçekte sadece bir politik mesaj vermek istediği düşünülebilir. Zira tutuklulukların salıverilmeleri ve Rusya dışına çıkabilmelerine imkân tanınması, UDHM'nin verdiği geçici tedbir konulu ara kararı sonrası olmuştur. Ancak özel af yasası çıkararak durumu düzeltebilen Rusya için, olayların başından beri geliştirdiği reaksiyon, ancak, uluslararası arenada politik bir tavır ve uluslararası alanda siyasi gövde gösterisi olarak yorumlanabilir. Neticede uluslararası bir mahkemenin iradesine karşı gelmemiş, ama bir yandan da yapmak istediğinden de alıkonmamıştır. Ne tesadüftür ki, yıllar önce Fransa, benzer davranışları, aynı kaptan yönetimindeki (*Arctic Sunrise*'in Kaptanı Peter Willcox) ve yine Greenpeace'a ait bulunan *Rainbow Warrior* adlı geminin bombalanması olayı ve devamında göstermiş idi.

### **B. Rainbow Warrior davası**

*Rainbow Warrior* davası olarak anılan olaylar, 1985 yılında başlar. Bir başka deyimle, Avustralya ve Yeni Zelanda'nın, Fransa'nın Pasifik Okyanusu'nda giriştiği nükleer denemelere ilişkin başlattıkları hukuksal mücadeleden-ki bu konu <sup>5</sup> Uluslararası Adalet Divanı'na kadar götürülmüştür- yaklaşık 15 yıl sonra.



---

<sup>5</sup> Bu konuda, bkz. Thierry HUBERT, “Les arrêts du 20 decembre 1974 relatifs aux Essais nucléaires français et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”, *Annuaire français de droit international*, 1974, Vol. 20, no. 20, ss. 286-298.

Olaylar, 10 Temmuz 1985 tarihinde, Fransa'nın yürüttüğü nükleer denemeleri protesto eylemi amacıyla, Auckland limanında bulunan Greenpeace ait *Rainbow Warrior* (*Gökkuşluğu Savaşçısı*) adlı geminin havaya uçurulması ile başlar. Gemi, gövdesine yerleştirilen iki adet manyetik bombanın patlamasıyla birkaç dakika içinde batmıştır. Olay gecesi, bir doğum günü kutlaması için güvertede otuz kişilik bir grup bulunmaktadır. Grup içinde yer alan bir Portekizli fotoğrafçı patlama sırasında hayatını kaybeder.

Bu olayın *James Bond* filmlerini aratmayacak ölçüde gizli istihbarat senaryoları barındırdığını düşünebiliriz ancak yine de film ölçüsünde başarılı olduğu söylenemez. Çünkü, daha soruşturmanın ilk saatlerinde limanda, terk edilmiş olarak bulunan bir bot ve ifadelerine başvuru görgü tanıkları, şüpheleri bir "Fransız çift" üzerine çekmiş ve daha soruşturmanın ilk haftasında, -daha sonra Fransız gizli istihbarat görevlileri oldukları ortaya çıkan, "sahte çift"- , Dominique Prieur et yüzbaşı Alain Mafart, gözaltına alınmış ve haklarında adam öldürme suçlamasıyla dava açılmıştır. Yeni Zelandalı yetkililer, bombalama eylemine karışan diğer Fransız istihbarat görevlilerini de tespit eder ve haklarında uluslararası arama ve yakalama kararı çıkarır.

François Mitterrand'ın Cumhurbaşkanı olduğu yıllardır. Basında çıkan söylentiler öncelikle yalanlanır, daha sonra Mitterrand, bir soruşturma komisyonu kurulması kararı alır. Ancak komisyonun verdiği raporlarda, önce olayı açıkça üstlenecek ifadelerden kaçınılır; raporda istihbarat görevlilerinin faaliyetleri, sadece "*Greenpeace içine sızma hareketi*" olarak tanımlanır. Fakat arka arkaya çıkan deliller, daha sonra, bu rapordan geri adım atılmasına ve bombalama eyleminin bizzat Fransız istihbarat servisi işi olduğunun Başbakan tarafından resmen kabulüne kadar gider. Savunma Bakanı ve İstihbarat Servisi'nin başındaki amiral istifa eder. Buna karşın, olaylar, uluslararası hukuk ve davalar yönüyle yıllarca sürer. Başlatılan prosedürler bugün, uluslararası hukukta Devletlerin uluslararası hukuktaki sorumlulukları konusunda gönderme

yapılan önemli kararlara sebep olur<sup>6</sup>. Bu süreç içinde, özellikle Fransa tarafından kararlılıkla sürdürülen “*sahte Turenge çifti*”ni koruyucu tavırlar, çiftin adadan ayrılarak Fransa’ya dönüşlerinin organizasyonu gibi, uluslararası hukuk kuralları ihlalleri ile doludur:

22 Kasım 1985 tarihinde, Yeni Zelanda tarafından yangın ve kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçlarıyla, 10 ve 7 yıl hapis cezasına çarptırılan Turenge çifti, Yeni Zelanda ile Fransa arasında varılan anlaşma gereği, Temmuz 1986 da Fransız Polinezyas’ında bulunan bir adaya transfer edilmek ve orada üç yıl boyunca gözlem altında tutulmak üzere Fransız yetkililere teslim edilir. Bu BM Genel Sekreteri ile sağlanan bir anlaşma neticesidir. Yine bu anlaşma gereği Fransa bombalama eyleminden ötürü Yeni Zelanda’dan resmen özür dileyecek, Yeni Zelanda’ya 7 milyon dolar, Greenpeace’e 6 milyon dolar tazminat ödeyecektir. Bu anlaşmanın içinde Fransa tarafından Yeni Zelanda’nın et ihracatı konusuna dair vereceği desteğe ilişkin hükümler dahi bulunmaktadır.

Ancak Turenge’ler, gözlem altında tutulmaları kararlaştırılan adada yaklaşık üç yıl geçirirler. Sağlık vb. sebeplerle Fransa, ülkeye dönüşlerini sağlar. Doğal olarak bu yeni bir diplomatik krizdir çünkü bu dönüş kararından Yeni Zelandalı yetkililer haberdar edilmemişlerdir. Olayların bu kısmı da, tam yirmi dört yıl önceki, 30 Nisan 1990 tarihli Yeni Zelanda/Fransa uluslararası tahkim mahkemesi kararını getirir. Bu karar da, beklendiği gibi, Fransa’nın uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiğini tespit eden ve ayrıca bir parasal fon oluşturulmasına öngören bir tahkim mahkemesi kararıdır<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Bkz. Örneğin, Devletlerin uluslararası sorumluluğu üzerine, Cemalettin KARADAŞ, *Uluslararası Deniz Hukukunda Açık Denizlerin Serbestliği İlkesi*, Mavi Marmara, Ankara, Usak Yayınları, Aralık 2013.

<sup>7</sup> Jean CHARPENTIER, “L’affaire du Rainbow Warrior: la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle Zélande c. France)”, *Annuaire français de droit international*, 1990, Vol. 36, ss. 395-407.

## II) Denizde korunan taraf, birey

Çevre eylemlerinin, neticeleri itibarıyla, temel haklarla ilintisi çok açık ortadadır. Çevre ile ilgili olarak yapılan bir gösteri, eylem ve bu eyleme vaki bir müdahale birçok temel hakkın devreye girmesine neden olur. Geçmişte yaşanmış olaylarda yaşam hakkına kadar uzanan müdahaleler olduğunu gördük. Bireyin denizde gerçekleşen çevre eylemleri sırasında uluslararası hukukta korunan hakları, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşmesi (bundan sonra, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" veya "AİHS") örneği ışığında<sup>8</sup> iki temel hak üzerinden incelenecektir: özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS, 5. Madde) (A) ve toplantı özgürlüğü (AİHS, 11. Madde) (B).

### A. AİHS 5. Madde<sup>9</sup>

Genelde, gösteriler sırasında veya sonrasında kişilerin özgürlük ve güven hakkına dönük sınırlandırmalar, müdahalelerde en sık rastlanan örneklerdir.

<sup>8</sup> Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşme, Avrupa Konseyi, 4 Kasım 1950.

<sup>9</sup> AİHS, Madde 5 : "Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:
  - a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;
  - c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;
  - d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;
  - e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;(...)

Gerek uygulanacak bir gözetim veya buna gerek dahi kalmadan basit bir müdahale ile bireylerin denizde eylem yapması engellenebilir. Peki denizde gerçekleşen bu olaylarda Sözleşme uygulanacak mıdır?

Bu konuda hiç tereddütsüz evet demek gerekir. Sözleşmenin 1. Maddesi Devletin yargı yetkisinden bahseder ve bu dar anlamda ülkesel yetkiyi aşan bir yoruma açıktır. Konu ile ilgili birçok içtihat arasında örneğin *Hirsi Jamaa/ İtalya* başvurusu anılabilir.

Eyleme müdahale, yani gösteriyi engelleme tek başına, bireylerin düşünce özgürlüğüne, kişilerin toplantı özgürlüğüne dönük müdahale olarak değerlendirilir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, uluslararası insan hakları hukukunda bu özgürlüklerin, mutlak haklardan olmadıkları için, hukukun gerektirdiği şartlar içinde sınırlandırılabilir özellikleri vardır. Dolayısıyla sadece hakka müdahale edildiği ve kısıtlandığı için bu hak ihlal edilmiş olmayacaktır. İhlali taşıyacak sebepler, müdahalelerin gereklilikleri ve ölçülülükleri konusundaki değerlendirmelerde yoğunlaşır.

Sözü geçen temel haklara müdahale, bir dizi denetim ölçütüne tabi tutulacaktır. Örneğin, özgürlük ve güven hakkı söz konusu ise, yani olayda eylemcinin özgürlüğüne dönük bir müdahale var ise, öncelikle, bu gözetim veya tutuklamanın AİHS 5 1 c)' ye göre yetkili bir adli mercii önüne çıkarmak amacı içinde olması gerekir. Amacın bu yönde olması da tek başına yeterli olmayacaktır. Ayrıca bir hukuki sebebin/hukuksal dayanağın da bulunması gerekir. Biz buna “yasallık ölçütü” demekteyiz. Bir hukuksal dayanağın bu ölçütü sağlamasının koşulları ise; kuralın *belirgin, öngörülebilir olması*, hukuki yardım almayı zorunlu kılsa bile, *anlaşılabilir* olmasını gerektirir<sup>10</sup>.

Uluslararası hukukta, *bayrak devletinin münhasır yetkisi* ana kuralının istisnaları vardır. En klasik örneği, deniz haydutluğu konusundadır. Bunun dışında, Sözleşmelerle de istisnalar getirilebilir: çift taraflı yazılı anlaşmalar, bölgesel anlaşmalar bu istisnaları mümkün kılar.

---

<sup>10</sup> Özellikle bkz., *Amuur/Fransa*, 19776/92, 25 Haziran 1996, *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998, § 54, 1998-VII, *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, §§ 50-52, CEDH 2000-III, et *Ječius/Litvanya*, no. 34578/97, § 56, CEDH 2000-IX.

AİHM göre, eğer böyle bir yazılı anlaşma yok ise, örneğin uluslararası bir suç olarak kabul edilen açık denizde uyuşturucu ticareti söz konusu bile olsa, Devletlerin münferit sözlü anlaşmaları ( yani bayrak devletin olay üzerine sözlü onayı) başka bir devlete ait olup açık denizde olan bir gemide bayrak devleti dışındaki bir devlete gözaltı için yasal dayanak sağlamamaktadır (*Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, BD, 3394/03 29/03/2010). Uluslararası hukuk buna müsaade etmemektedir. Devletlerin münferit sözlü anlaşmaları bu kriterleri sağlamadığından bayrak devleti dışındaki bir devletin (deniz haydutluğu gibi teamül kuralı olanlar hariç) uluslararası niteliği olan bir suçta gözaltına alma yetkisi yoktur. İstisnası yazılı uluslararası andlaşmalardır.

Böyle bir yetkiye dayalı yasal bir dayanak olduğunu varsaysak dahi, önleyici/ tedbir amaçlı olarak kişiler gözaltına alınabilir mi? Bu soruya kesin olarak hayır yanıtını vermek gerekecektir. Zira gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel ve zarar boyutu önemli olan bir suça müdahale ile, bir suçu önleme amaçlı müdahale birbirinden farklıdır. Böyle önleyici, tedbir amaçlı gözaltı halleri açık olarak kişi özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal etmektedir. *Arctic Sunrise* davasına konu olan olaylarda, Rus yetkililerin müdahale ve gözaltı gerekçelerinden birini, "petrol arama alanında güvenlik tedbirlerini" uygulamak olduğu, hatırlanacak olursa, özgürlük ve güvenlik hakkının önleyici gözaltı kavramı altında ele alınması uygun düşecektir.

Almanya'da, 2007 yılında yapılan bir G8 zirvesi sırasındaki polis müdahalesinin konu olduğu bir başvuruda, AİHM tarafından, önleyici gözaltı işleminin Sözleşmedeki haklara uygunluğu konusu ele alınmıştır<sup>11</sup>. Polis tarafından, 25 bin göstericinin katılımının beklendiği, bunların yüzde onunun şiddet içeren davranışlarda bulunacağı bilgisi alınmış, nitekim şehir merkezinde bir ayaklanma gerçekleşmiş ve yüzlerce polis yaralanmıştır. Toplam 1112 kişi gözaltına alınmış, 628'i tutuklanma istemiyle hâkim önüne çıkarılmış ve 113 tutuklama kararı verilmiştir. Başvurucular zirvenin yapılacağı şehirdeki gösterilere katılmak için

---

<sup>11</sup> AİHM, *Schwabe ve M.G. /Almanya*, 8080/08, 8577/08, 01/12/2011.

buldukları parkta kimlik kontrolünün sonrasında gözaltında alınmış ve altı gün boyunca da gözaltında tutmuşlardır. Aramalarda “Tüm tutulanlara özgürlük” (« Liberté pour tous les prisonniers ») et (“Hepsini derhal bırakınız” (“Libérez-les tous maintenant») şeklinde sloganlar içerir bandroller bulunmuştur. Mahkeme yapmış olduğu incelemede, 6 gün tedbir amaçlı gözaltında tutma yoluyla başvuruçulara uygulanan bu özgürlükten mahrum edici tedbirin, 5. Maddenin a ile f fıkralarından hiç birine girmediğini tespit etmiş ve 5. Madde'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çünkü ancak bu hallerden birine girmesi durumunda kişi özgürlüğünden mahrum edilebilir. Herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve kanunda belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

Mahkeme netice olarak bu başvuruda, ilgiliye uygulanan gözaltıyı ne

- a. Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
- b. Bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gözaltına alınması veya tutuklanması;

ne de,

- c. Bir suç işlendiği şüphesi altında olan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul sebeplerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınması ve tutuklanması,

olarak görmüştü<sup>12</sup>. Önleyici gözaltının hak ihlaline sebep vermeden uygulanabilir olması için, yakın ve belirli bir tehlikenin olması

---

<sup>12</sup>AIHS, Madde 5 : “Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:



gerekmektedir. Mahkeme, uygulanan tedbirdeki orantısızlığa vurgu yapmış, sadece afişlerin toplanması yeterli bir önlem olabileceken kişi özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamanın aşırı olduğunu belirtmiştir.

## B. AİHS 11. MADDE

Çevre konulu eylemlere uluslararası katılım artık alışkın olduğumuz bir sıklıkta görülmektedir. Çevre eylemlerinin uluslararası yönü, bir anlamda da, bu uluslararası katılımlar sayesinde.

Gerek uygulanacak bir gözaltı veya bir müdahale ile bireylerin denizde eylem yapması engellendiğinde, her halde, bireylerin düşünce özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü sınırlandırılmış olmaktadır. Aynı özgürlük ve güvenlik hakkı gibi, toplantı özgürlüğü de mutlak haklardan değildir. Üstelik çevre hakkı da, Sözleşmenin açıkça korumakta olduğu bir hak değildir. Bu nedenle, ilk olarak kabul edilmesi gereken Devletlerin konu ile ilgili takdir haklarının bulunmasıdır. Ancak, bu takdir hakkının kapsamının geniş olduğu düşünülmemelidir. Denetim ve kontrolü, insan hakları denetleme mekanizmaları tarafından, konu ile ilgili içtihatlar ışığında yapılacaktır. Bu içtihatlar ne demektir?

İçtihatlara göre, toplantı özgürlüğü<sup>13</sup>, ifade özgürlüğüne göre<sup>14</sup> -ki bu düşünce özgürlüğü ve haber alma verme özgürlüğünü de kapsar - özel

- 
- Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;
  - Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;
  - Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;
  - Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;
  - Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; (...)

<sup>13</sup> AİHS, Madde 11 "1. Herkes barışçı amaçlarla toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve bunlara

hükümdür. Bu nedenle, hukuksal değerlendirmeler toplantı özgürlüğü çerçevesinde yapılır. Çevre konusunda bir kaygının, bir toplanma yerinde ifadesi söz konusu olduğunda, konu ifade özgürlüğü kapsamında değil, daha çok *lex specialis* durumunda olan toplantı özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir.

Ancak bir gösteride, bir bildiri okunmasından ötürü verilen cezanın ya da yasal olmayan bir örgütün liderine destek mitingine katılmaktan ötürü alınan cezanın konu edildiği kimi başvurularda, ihlal iddialarının, AİHM tarafından, ifade özgürlüğü (Madde 10) kapsamında değerlendirildiği de görülmektedir. Olayların hukuksal nitelendirmesini nihayetinde Mahkeme yapacaktır. Ve eğer bir başvuru, fikirlerini beyan etmek üzere gitmiş olduğu bir gösteriye katılımının engellendiğini belirtiyorsa, başvurusu 11. Madde, yani toplantı özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir.

Sırasıyla, dikkat edilecek noktalar şu şekilde belirtilebilir:

- Toplantı özgürlüğünün söz konusu olup olmadığı saptandıktan sonra, bu hakka bir müdahale olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Kişilerin gösteriye katılımını fiziksel olarak engellemek bir müdahaledir.

---

katılmak haklarına sahiptir. 2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak; ulusal güvenlik, kamu güvenliği, barış ve düzenin sağlanması ve suç işlenimin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleriyle devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında yasal sınırlamalar konmasına engel değildir”.

<sup>14</sup> AİHS, Madde 10 : “1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. 2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

- Hukukça (sözleşme ile) korunan bir hakkın mevcut olması gerekmektedir. Denizde barışçıl gösteri yapmak uluslararası hukuka uygun bir durumdur. Zira uluslararası hukuk, toplantı özgürlüğü kapsamına şiddet içeren gösterileri almaz<sup>15</sup>. Göstericilerin barışçıl olmayan amaçlar içinde olması, şiddet gösterisine dönüştürme niyetlerinin çok açık bir biçimde ortaya konması ile mümkündür. Sadece bir şüphe veya risk olduğu düşüncesi, bu hakka müdahaleyi geçerli kılmaz. Somut ve inandırıcı delillerle böyle bir yakın tehlikenin olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Örneğin, gösteriye katılacak olanlar arasında şiddet eğilimli grupların bulunacağı bilgisine sahip olan polisin, barışçıl gösteri yapma amacına aykırılığa dair başkaca delil olmayan durumlarda, bir grubun, "Tutuklu/hükümlülere özgürlük" veya "Onları bırakınız" tarzında pankartlar taşıdıkları için gösteriye katılımlarını engellemesi, barışçıl gösteri yapma hakkına yapılmış haksız bir müdahaledir; hukuka uygunluğunun kontrol edilmesi gerekmektedir<sup>16</sup>.
- Dolayısıyla 11. Maddenin ikinci fıkrasındaki hükme uyulması gerekecektir. Yani: Bu müdahaleye yasa tarafından öngörülmüş olmalıdır; 2. Fıkarda yazılı meşru amaçlar için olmalıdır ve demokratik toplumlarda gerekli olacak ölçüde bir müdahale olmalıdır;
  - i. Yasallık incelemesinde müdahalenin yasal bir dayanağını aramak gerekecektir. Bunu, uluslararası hukuk kurallarına göre yapacağımızı, 5. Madde içtihadı söylemektedir. Toplantı özgürlüğünde de durum değişmeyecek ve açık denizde toplanmaya müdahalenin uluslararası hukukta bir düzenlemesi olup olmadığı araştırılacaktır. Eğer böyle uluslararası hukuk kuralı bulunmaz ise, diğer kriterlere

---

<sup>15</sup> AİHM, *Stankov et Organisation Macédonienne Unie Ilinden/Bulgaristan*, 29221/95 et 29225/95, § 77, CEDH 2001-IX.

<sup>16</sup> *İbidem*.

bakmaya gerek kalmadan toplantı hakkının ihlal edildiği ilan edilebilecektir.

- ii. Meşru amaç; genelde kolay ispatlanabilir olan bu durum kanımca, *Arctic Sunrise* davasında ciddi bir sorun olarak gözükmemektedir. Çünkü meşru amaç, burada, suni bir biçimde yaratılmıştır. Deniz haydutluğu, eşkıyalık hatta uyuşturucu bulundurma gibi, şartlara göre değişen bir sebep müdahale sebebi olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla meşru amacın ortaya konması/ispatlanması bile bu durumda güç gözükmemektedir.
- iii. En son inceleme noktası, “demokratik toplum içinde gerekli” olması kriteridir ki, örneğin, “*Arctic Sunrise*” olayında, değerlendirmenin bu aşamaya kadar gelebilecek olması bile ihtimal dâhilinde gözükmemektedir. Bu ölçütün uygulanması, denizde, hele açık denizde gerçekleşen bir eyleme müdahale eden bir Devlet yönünden, bu güne kadar yapılan yorumlardan biraz daha farklı bir yorumu gerektirecektir. Çünkü olay, özellikleri gereği, artık herhangi bir ulusal topluluğu değil, küresel boyutuyla konu, *uluslararası topluluğu* ilgilendirmektedir. Devletin yaptığı müdahalede, bu anlamda, uluslararası topluluğa dönük bir müdahale olmaktadır. Bu nedenle, Sözleşmenin 10/2. ve 11/2. Maddeleri gereği, “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak” sınırlanabileceğinden, *uluslararası topluluğun* özelliklerinin de dikkate alınması gerekecektir. İnsanlığın ortak mirasını oluşturan denizlerin korunma zorunluluğu, bugün tüm toplumları, bir diğer ifadeyle, insanlığı ilgilendiren bir konudur ve bunun küresel düzeyde tartışılması, konuşulması ancak düşünce/ifade ve toplantı özgürlüğü aracılığıyla mümkündür.

Sorunun önemi ve uluslararası topluluğun ortak kaygı konusunu oluşturması, bu hakka dönük müdahalelerin

gerekliliği konusunda Devletin takdir hakkına da *dar yorum* yaklaşımını gerektirecektir. Benzer şekilde, uluslararası topluluk düzeni içinde böyle bir müdahalenin gerekliliği incelenirken emredici bir ihtiyacın var olup olmadığına bakılacaktır.

- iv. Değerlendirmelerde, ayrıca, orantılılık ölçütü kullanılacak, bir diğer anlamıyla, kullanılan yöntemin, sağlanması istenen meşru amaca uygun olup olmadığı incelenecektir. Bu incelemede, kullanılan araçlar (gözaltı, tutuklama, ceza) değerlendirmeye alınacak; tedbirlerin ağırlığı veya aşırılığı, ihlal saptamalarına neden olacaktır. Bir diğer inceleme noktasını da, müdahale eden devletin sunduğu nedenler oluşturmaktadır. Bu nedenlerin de her halde *uygun ve yeterli olması* gereklidir.
- v. Şiddet eğilimi olan grupların katılımı riski karşısında, kamu güvenliğini/katılımcıların güvenliğini sağlama amacının gerekliliği; bu amaca ulaşmanın güçlüğü ve meşruluğu; yetkililerin duydukları kaygının yerindeliği kabul edilmeli ; ancak, çevresindekileri şiddete sevk edici davranışlar içinde olmayan kişilerin, G8 zirvesi gibi, kamuyu ilgilendiren konular söz konusu olduğunda, ölçsüz bir tedbirle, toplantı özgürlükleri kısıtlanmamalıdır. Aksi halde bu durum, 11. Madde'nin ihlal edilmesi demek olacaktır.

Uluslararası hukuk içtihatları göstermektedir ki, Devletlerin gerek ülkesel yetki sahalarında gerekse açık denizlerde *barışçıl çevre eylemcilerine* müdahalesi uluslararası hukuku ihlal eden bir davranış olacak ve Devletlerin çeşitli düzeyde sorumlu tutulmaları ile sonuçlanacaktır.

Dileriz ki, Devletler, denizlerde barışçıl gösteriler söz konusu olduğunda, BM Şartının 2. Maddesinin işaret ettiği “ iyi niyet” kavramı içinde hareket eder ve uluslararası barışı ve huzuru bozmayacak tepkileri ortaya koymanın yollarını bulurlar.

## KAYNAKÇA

- Jean CHARPENTIER, “L’affaire du *Rainbow Warrior* : la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (*Nouvelle Zélande c. France*)”, *Annuaire français de droit international*, 1990, Vol. 36, ss. 395-407.
- Thierry HUBERT, “Les arrêts du 20 décembre 1974 relatifs aux Essais nucléaires français et les relations de la France avec la Cour internationale de Justice”, *Annuaire français de droit international*, 1974, Vol. 20, no. 20, ss. 286-298.
- Cemalettin KARADAŞ, *Uluslararası Deniz Hukukunda Açık Denizlerin Serbestliği İlkesi*, Mavi Marmara, Ankara, Usak Yayınları, Aralık 2013.
- Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşme*, Avrupa Konseyi, 4 Kasım 1950, STCE No. 5.
- Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi* (“Montego Bay Sözleşmesi”), *Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Külliyyatı.*, vol. 1835, s. 3.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Amuur/Fransa*, 19776/92, 25 Haziran 1996.
- AİHM, *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998, § 54, 1998-VII.
- AİHM, *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, §§ 50-52, CEDH 2000-III.
- AİHM, *Ječius/Litvanya*, no. 34578/97, § 56, CEDH 2000-IX.
- AİHM, *Schwabe ve M.G. /Almanya*, 8080/08, 8577/08, 01/12/2011.
- AİHM, *Stankov et Organisation Macédonienne Unie Ilinden/Bulgaristan*, 29221/95 et 29225/95, § 77, CEDH 2001 -IX.
- Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, "*Arctic Sunrise*" davası, No.22, Hollanda Krallığı/Rusya Federasyonu.
- UDHM: <https://www.itlos.org>
- AİHM: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

## ARTICLE 15 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE NOTION OF STATE OF EMERGENCY

Yrd.Doç.Dr. Joseph Zand\*

### Abstract

This article will critically evaluate the jurisprudence of the European Court of Human Rights specifically with regards to Article 15 of the European Convention on Human Rights and its development since its inception. There is no doubt that departure from normal human rights standards in certain circumstances is unavoidable. Provisions such as Article 15 of the Convention should be in place to protect the life and territorial integrity of a nation in times of war and other emergency situations. Article 15 incorporates, in effect, the principle of necessity common to all legal systems. It allows a government to derogate from the Convention standards in times of public emergency. This article will review the reasons for Article 15, the requirements of the right to derogate and the procedure of derogation. Further, it will consider the case of *A and Others v. the United Kingdom* which will indicate the new challenges that the European Court of Human Rights will have to address in the future.

**Keywords:** Article 15 of the European Convention on Human Rights, the Notion of State of Emergency, European Convention on human Rights, and European Court of Human Rights.

---

\* Faculty of Law, Inonu University, Malatya, Turkey; Joseph.zand@inonu.edu.tr.

## İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN 15. MADDESİ VE OLAĞANÜSTÜ KAVRAMI

### Özet

Bu makale Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesi ve yürürlüğe girdiği günden bu zamana gelişimi hususunda eleştirel olarak değerlendirmektedir. Belirli şartlar altında normal insan hakları standartlarından vazgeçmenin kaçınılmaz olduğu aşikârdır. Sözleşmenin 15. maddesindeki gibi hükümler savaş ve diğer olağanüstü durumlarda bir ulusun yaşam ve toprak bütünlüğünü korumak amacı ile yürürlükte olmaya devam etmektedir. 15. madde esas itibariyle tüm hukuk sistemleri için ortak bir zorunluluk ilkesini bünyesinde barınmaktadır. Bu madde olağanüstü durumlarda devletlere Sözleşmenin standartlarını askıya alma imkânı sağlar. Bu makalede 15. maddenin gerekçeleri, askıya alma koşulları ve usulü incelenecektir. Ayrıca, makale Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gelecekte ele alması gereken yeni sorunları gösteren A ve Diğerleri v. *Birleşik Krallık* davası incelenmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. Madde, Olağanüstü Hal Kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

### 1. Introduction

The European Convention on Human Rights (the Convention) has been described as much a political document as it is a legal one.<sup>1</sup> Over the years the European Court of Human Rights (the Court) has developed its understanding of three basic principles which form the convention values,

---

<sup>1</sup> M.W. Janis, R.S. Kay and A.W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford U.P., 2008, 24; see also Council of Europe, 'Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe (Science and Technique of Democracy)', Council of Europe Publication, 2011, p. 132.



democracy, the rule of law and human rights.<sup>2</sup> Since its establishment the European Court of Human Rights has had to strike a balance between upholding human rights and the sovereignty of the contracting parties.<sup>3</sup> Indeed, this is nowhere more apparent than when in occasions the Court has had to decide whether a situation of “exceptional and imminent danger” actually existed. More often than not, in such instances of threat to the national security, the high contracting parties to the Council of Europe are granted a wide margin of appreciation to neutralize the threat and protect both itself and its citizens.<sup>4</sup> According to the Courts jurisprudence, doctrines of judicial deference, such as the margin of appreciation act as a protectorate for state sovereignty.<sup>5</sup> In certain instances, states choose to respond to threats to their national security by declaring a state of emergency, according to which they could derogate from certain laws, or temporarily suspend, in times of ‘war or public emergency threatening the life of the nation.’<sup>6</sup> Most major international

---

<sup>2</sup> Council of Europe, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires of the European Conventions on Human Rights/Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de L’homme, Vol. I: Preparatory Commission of the Council of Europe Committee of Ministers, Consultative Assembly, 11 May-8 September 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1975), p. 266.

<sup>3</sup> C. Gearty, ‘Democracy and Human Rights in the Court of Human Rights: a Critical Appraisal’ (2000) 51 *Northern Ireland Legal Quarterly* 381, 396; Bonner, D, ‘Managing terrorism While Respecting Human Rights? European Aspect of the Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001’ (2002) 8 *European Public Law* 497-525.

<sup>4</sup> The margin of appreciation doctrine was born into the Convention jurisprudence in the Commission’s Report in the *Cyprus cases* in 1958; see *Greece v United Kingdom*, Appl. no. 176/57 (1958-1959) 2 *Yearbook of the European Court of Human Rights*, 525, Generally see generally, H. Yourrow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Convention on Human Rights Jurisprudence*, The Hague: Kluwer, 1996; Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of ECHR*, Intersentia Publishers, 2002.

<sup>5</sup> *Handyside v. The United Kingdom*, Appl. no. 5493/72, 7 December 1976, para 47.

<sup>6</sup> Normally, if a state was to deny the existence of an armed conflict be it of internal or international nature on its territory, then the situation comes under the law enforcement paradigm ruled by international human rights law (IHRL) mechanism. Moreover, the state concerned cannot simply claim that it is an internal matter and does not concern international law. T. Pfanner, ‘Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action’, *IRRC*, vol. 87, No. 957, March 2006, pp. 149-174; p. 165.

human rights treaties have some form of derogation provision.<sup>7</sup> The notion of “emergency” has been described as an “elastic concept.”<sup>8</sup> The mechanism of derogation has been described as ‘the legally mandated authority of states to allow suspension of certain individual rights in exceptional circumstances of emergency of war.’<sup>9</sup> Yet, there are certain scholars that argue that the rule of law expressly prohibits an exception, either within or outside the legal order.<sup>10</sup>

A considerable number of states from different political and cultural backgrounds have made declarations of “state of emergency” for decades.<sup>11</sup> Indeed, some politicians even openly admit that such measures

---

<sup>7</sup> With the exception of the African Charter of Human and Peoples Rights (ACHPR), the other two major regional treaties, the European Convention on Human rights (ECHR)<sup>7</sup> and the American Convention on Human Rights (ACHR),<sup>7</sup> both of which permit derogations, as does the ICCPR. Indeed, there are similarities between the aforementioned derogation articles. Article 4(1) of ICCPR states:

In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take such measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

<sup>8</sup> The complexity of describing it is coherently encapsulated by Alexander Hamilton, writing in 1787, when he stated: ‘It is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them. The circumstances that endanger the safety of nations are infinite, and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed. Cited in Clinton Rossiter (ed.), ‘The Federalist No. 23’, at 153 (Alexander Hamilton), *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union*, New York Packet, Tuesday, December 18, 1787, Text available at: <<http://www.constitution.org/fed/federa23.htm>>. See also H.P. Lee, *Emergency Powers*, Sydney: Law Book Co., 1984, p. 4; see also, e.g., *The International Law Association Paris Report* 61 (1984).

<sup>9</sup> O. Gross, F. Ni Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge U.P., 2006, p. 257.

<sup>10</sup> D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge U.P., 2006, p. 2-3.

<sup>11</sup> For example in accordance with Article 28(3)(3) of its constitution Ireland was under an official state of emergency from the outbreak of the World War II in 1939 until 1976.

are not to meet one crisis but a multitude of them.<sup>12</sup> By the same token, some temporary emergency legislation continues to be renewed on regular intervals to provide temporal limitations on such powers.<sup>13</sup> As a result, a common reaction to the emergency powers is the accusation that they are retained for longer than necessary.<sup>14</sup>

In recent times, terrorist attacks have prompted states to declare state of emergency, as in the aftermath of 11 September attacks.<sup>15</sup> The US Government proclaimed state of emergency although no formal measure to derogate from UN International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR) or any human rights treaty was made.<sup>16</sup> In such cases, in general International Human Rights Law (IHRL) and national constitutional guarantees will be applied to the situation commonly

---

However, on the day that the state of emergency was lifted a new state of emergency was declared by the government in order to deal with the rising crisis in Northern Ireland which lasted until 1995, see F. Ni Alain, *The Politics of Force: Conflict Management and State Violence in Northern Ireland*, Belfast: Blackstaff Press, 2000, pp. 17-77; see also the situation concerning Israel that has been under a state of emergency since its inception as an independent state in 1949. E.g., A. Mizock, 'The Legality of the Fifty-Two Year state of Emergency in Israel', 7 *Davis Journal of International Law and Policy* 223 (2001).

<sup>12</sup> For example according to Richard Cheney: Homeland security is not a temporary measure just to meet one crisis. Many of the steps we have now been forced to take will become permanent in American life. They represent an understanding of the world as it is, and danger we must guard against perhaps for decades to come. I think of it as the new normalcy. Richard Cheney addressing the Republican Governors Association, October 25, 2001, available at: <<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20011025.html>>.

<sup>13</sup> One the instances the Emergency Powers Act 1973 (EPA), was renewed in 1978, 1987 and 1996, in Northern Ireland before being replaced by the terrorism Act 2000. This act re-enacted the EPA 1996 provisions under Part VII, subject to annual renewal. This process ended on 31 July 2007, after 34 years of emergency provisions in Northern Ireland. For a review of the operation of counter-terrorism law in Northern Ireland, see the report of John Rowe QC, *Review of the Operation in 2000 of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989 and the Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1996* (Home Office, London, 2001).

<sup>14</sup> D. Bonner, *Emergency Powers in Peace Time*, Sweet & Maxwell: London, 1985, p. 17.

<sup>15</sup> President G.W. Bush, 'Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks' (14 September 2001), available at: <[www.Whitehouse.gov/news/release/2001/09/20010914-4.html](http://www.Whitehouse.gov/news/release/2001/09/20010914-4.html)>.

<sup>16</sup> Bianchi & Naqvi, 'International Humanitarian Law and Terrorism', *op. cit.*, p. 42.

referred to by states in recent decades as counter-terrorism operations.<sup>17</sup> IHRL in particular regulates state policies in counter-terrorism both in armed conflict and during periods of civil strife.<sup>18</sup> It obliges states to respect and ensure general and specific civil and political rights as well as to respect, protect, and fulfil economic, social, and cultural rights. There are four principles regulating the state of emergency denoted in major human rights instruments; namely, the scope of the notion of state of emergency; the proportionality test to assess derogation; non-derogable rights and procedural obligations.<sup>19</sup> It has to be emphasised that derogations should not be the main basis of a state's anti-terrorism policies and they are rarely used in Europe with the exception of the United Kingdom in recent decades derogating from Article 5 (1)(f) of the Convention, the right to liberty and security from 2001-2004 being a noteworthy example.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Generally see Chapter 16, the Administration of Justice, in United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights and the International Bar Association, A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers United Nations Publications, 2005, pp. 811-855; P. Alston et al., International Human Rights Law in Context: Law, Politics, Morals, Oxford U.P., 3<sup>rd</sup> ed., 2007, P. 375.

<sup>18</sup> In relation to the armed conflict between the Non-State Armed Group Hezbollah in Southern Lebanon and Israel, the Lebanese Government did not declare a state of emergency according to Article 4 of the International Covenant for Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR); however, it proclaimed a national state of emergency on 12 July 2006. A stark example is the state of Israel which remains under a state of emergency proclaimed on 19 May 1948, four days after its Declaration of Establishment (UN Doc CCPR/C/ISR/2001/2 (4 December 2001, para. 71); On ratifying the ICCPR, it made a declaration regarding the existence of this state of emergency and attached a reservation to Article 9 (Liberty and Security of Person), UN Doc A/58/40 (1 November 2003) vol. I, 64, para 12. The Human Rights Committee has expressed concern that the Israeli policies related to the state of emergency appear to have unofficially derogated from additional provisions of ICCPR; Stubbins-Bates, et al., Terrorism and International Law: Accountability, Remedies and Reform: A Report of the IBA Taskforce on Terrorism, Oxford U.P., p. 77.

<sup>19</sup> A. Bianchi & Y. Naqvi, International Humanitarian Law & Terrorism, Hart Publishing, 2011, p. 43.

<sup>20</sup> As a result of these instruments states are bound by IHRL to act with due diligence to prevent violations of the right to life by NSAGs and accordingly regulate their counter-terrorism policies. See Declaration contained in a *note verbale* from the Permanent

Article 15 of the Convention contains the politically and legally mandated processes whereby states can suspend their international obligations in order to protect individual rights in time of emergency or crisis.<sup>21</sup> However, bearing the responsibility of protecting their citizens does not give the states an excuse for human rights violations which may ultimately tantamount to crimes against humanity.<sup>22</sup> In step with many other international human rights treaties, the derogation provisions of the Convention specify that certain rights are non-derogable and cannot be limited or suspended under any circumstances. In theory, derogations are not open-ended and are subject to certain procedural requirements. Modern constitutions often have special provisions for dealing with emergency situations.<sup>23</sup> Once a notice of derogation has been conveyed to the Council of Europe, states would have more discretion and flexibility to react to any kind of emergency without the constraints of the treaty obligations. In the past almost all derogations have been related to Article 5 (the Right to Liberty and Security of the Person) and 6 (the Right to a Fair Trial) of the Convention mainly because these articles contain little

---

Representative of the United Kingdom to the Council of Europe, 18 December 2001; see also *A and Others v Secretary of State for the Home Department*[2004] UKHL 56;

<sup>21</sup> F. Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition', pp. 24-51, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge U.P., 2011, p. 24.

<sup>22</sup> UN High Commissioner for Human Rights, Report of the HCHR and follow up to the world conference on Human Rights, E/CN.4/2002/18, 27 February 2002, para 2.

<sup>23</sup> For example, Article 16 of the 1958 French Constitution, which has been described as one of the 'broadest grants of emergency powers to the executive in a modern constitution'. It grants the President of the Republic unilateral authority to declare an emergency:

When the constitutions of the Republic, the independence of the nation, the integrity of its territory or the fulfilment of its international commitments are under serious and immediate threat, and when the proper functioning of the constitutional public powers is interpreted. M. Rosenfield (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., 2012, P. 445; Gross & Ni Aolain, *Law in Times of Crisis*, *op. cit.*, p. 55; M. Tushnet, et.al., *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2012, p. 87.

scope to applying limitations on the kind of grounds that are specified, for example, in Articles 8 to 11 of the Convention.<sup>24</sup>

According to Ni Aolain, ‘despite the propensity of the crisis in many states, the legal and political rhetoric and practices accompanying emergency fixates on the unusual nature of both the threat faced and the *sui generis* nature of the response.’<sup>25</sup> In theory, the European system is locked into an exceptionality model by virtue of a derogation mechanism that requires the state to specify its opt-out from specific treaty measures, and offers the possibility of external scrutiny and measurements for such actions.<sup>26</sup> In reality, states that resort to exceptional powers are those states that have experienced (or are experiencing) the spectre of internal armed conflict or what they normally claim as anti-terrorist operation against internal or external actors. In the past, states such as Cyprus, the United Kingdom, Italy, Spain, and Turkey have been among the high contracting parties to the Convention that have had to resort to exceptional powers.

This article explores how the state of exception has been used in practice by the states within the Council of Europe and the legality of which has been considered by the Court through its jurisprudence. This article is divided into two parts. The first part deals with the substantive requirements and obligations set out in Article 15 of the Convention with special attention to the Jurisprudence of the Court since its inception. The second part of the paper concentrates on the controversial case of *A and Others v. the United Kingdom* in which the United Kingdom appeared before the European Court of Human Rights in regards to the indefinite detention of some foreign nationals (under the Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001) suspected of terrorist activities in the United Kingdom. The question before the Court was whether the United Kingdom’s derogation from its Convention Obligations could be justified under

---

<sup>24</sup> R.C.A. White & C. Ovey, *European Convention on Human rights*, Oxford U.P., 5<sup>th</sup> ed., 2010, p. 113.

<sup>25</sup> Ni Aolain, ‘Transitional Emergency Jurisprudence’, *op. cit.*, p. 28.

<sup>26</sup> *Ibid.*

Article 15(1). In this section, the author argues that in the future the Court may have to deal with the issue of “permanent state of emergency” as clearly illustrated in the leading case of *A and Others v. United Kingdom*. However, such measures are subject to the control of the organs of the convention and their interpretation.

## **2. Substantive Requirements:**

### **2.1. The scope of the notion of state of emergency**

In certain exceptional circumstances Article 15 of the convention<sup>27</sup> enables contracting States to unilaterally derogate from some of the substantive Convention obligations.<sup>28</sup> International scholars have long recognized that ‘the response of a state to a public emergency is the acid test of its commitment to the effective implementation of human rights.’<sup>29</sup> There is controversy in relation to the scope of the notion of state of emergency, as to which body or institution has the authority to declare a state of emergency.<sup>30</sup> The monitoring body of ICCPR, the Human Rights Committee has expressed reservation regarding the erroneous nature of some declarations by states that do not appear to amount to a ‘public emergency that do threaten the life of the nation,’ falling short of articulating what conditions amount to the existence of a state of

---

<sup>27</sup> Article 15 – Derogation in time of emergency:

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.
3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.

<sup>28</sup> Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M., Harris, O’Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford U.P., 2nd ed., 2009, p. 617.

<sup>29</sup> D. McGoldrick, ‘the Interface between public Emergency Powers and International Law’, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, Number 2, 2004, pp. 380-429, p. 388.

<sup>30</sup> Bianchi & Naqvi, *International Humanitarian Law & Terrorism, op. cit.*, p. 44.

emergency.<sup>31</sup> In this regard some observers have expressed the opinion that; ‘where there is an organised campaign of violence resulting in death at whatever low level among the security forces and civilians it is now hard to see how the Strasbourg authorities could avoid confirming a state’s claim that there is a public emergency within Art 15.’<sup>32</sup>

The first instance of the enforcement of derogation under Art 15 took place was in the *Cyprus* case, where two applications were brought by Greece against the United Kingdom which at the time Cyprus was still under its rule.<sup>33</sup> In this case, the Commission considered that it was ‘competent to pronounce on the existence of a public danger which, under Art 15, would grant to the contracting party concerned the right to derogate from the obligation laid down in the Convention’. The Commission also observed that it was ‘competent to decide whether measures taken by a party under Article 15 of the Convention had been taken to the extent strictly required by the exigencies of the situation’.<sup>34</sup> Eventually, in this case, a political solution was applied and the Committee of Ministers decided not to take further action.

---

<sup>31</sup> See, United republic of Tanzania (28 December 1992) UN Doc CCPR/C/79/Add. 12, para 7; Dominican Republic (5 May 1993) UN Doc CCPR/C/79/Add. 18, para 4; United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland (27 July 1995) UN Doc CCPR/C/79/Add. 55, para 23; Peru (25 July 1996) UN Doc CCPR/C/79/Add. 67, para 11; Bolivia (5 May 1997) UN Doc CCPR/C/79/Add. 74, para 14; Colombia (3 May 1997) UN Doc CCPR/C/79/Add. 76, para 25; Lebanon (5 May 1997) UN Doc CCPR/C/79/Add. 78, para 10; Uruguay (1998) UN Doc CCPR/C/79/Add. 90, para 8; Israel (18 August 1998) UN Doc CCPR/C/79/Add. 93, para 11. In regards to Israel it is noted that in its third report (21 November 2008) UN Doc CCPR/C/ISR/3, it underscored its attempts to bring to an end the state of emergency (paras 157-62). In the opinion of the HRC in its List of Issues to be discussed with Israel (17 November 2009) UN Doc CCPR/C/ISR/Q/3, urged that state to specify in detail the content and timeframe for bringing to completion ‘the joint programme to complete the needed legislative procedures required ... to end the state of emergency’ (3).

<sup>32</sup> Harris, O’Brian and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p439.

<sup>33</sup> *Greece v United Kingdom*, (1958-59) 2 *European Convention Yearbook* 178 and 189.

<sup>34</sup> *ibid*



## **2.2. There must be a public emergency threatening the life of a nation**

In *Lawless v Ireland* the European Court of Human Rights defined an “emergency situation” as: ‘an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole of the population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the state is composed’.<sup>35</sup> The danger must be in a way that the normal measures permitted by the Convention are proven inadequate to deal with the situation.<sup>36</sup> The *Lawless* test sets a high threshold for a state of emergency, holding that states require tangible evidence of large-scale threat to their constitutional order. The Court extensively deliberated on conditions that would qualify as amounting to a state of emergency threatening the life of the nation, however, it concluded: ‘That a state of emergency was a situation of exceptional and imminent danger or crisis affecting the general public, as distinct from particular groups, and constituting a threat to the organised life of the community which composes the state in question.’<sup>37</sup> In this case, the Court held, that the existence of the public emergency deduced by the Irish government was ‘reasonably deduced’.<sup>38</sup> The Irish

---

<sup>35</sup> In this case, the court held, that the existence of the public emergency construed by the Irish government was ‘reasonably deduced’. The Irish Government relied on three important factors, namely: the existence of the Irish Republican Army (IRA); which was operating outside the territory of the state; and the steady and alarming increase in the activities of the aforementioned organization running up to the period before the emergency was declared. *Lawless v Ireland*, Judgments of 14 November 1960, 1 *EHRR* 15 (para 28).

<sup>36</sup> In the Greek case, the European Commission of Human Rights established that there ought to be four characteristics in order a public emergency is considered as threatening the life of the nation: (i) it must be actual and imminent; (ii) its effects needs to involve the whole nation; (iii) the continuance of the organized life of the community must be threatened; (iv) the danger must be exceptional. *The Greek case*, (App no 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67), Commission’s Report of 5 November 1969, 12 *Yearbook of ECHR*, paras. 152-154.

<sup>37</sup> Some of the five minority members of the Commission proposed an even more rigorous reading of the concept of “public emergency” see e.g. the dissenting opinion of the Commission member Susterhenn that ‘public emergency’ must be construed as ‘tantamount to war’ or as analogous to circumstances of war. *Ibid*, p. 56.

<sup>38</sup> *ibid*.

Government relied on three important factors, namely: the existence of the Irish Republican Army (IRA); which was operating outside the territory of the state; and the steady and alarming increase in the activities of the aforementioned organisation running up to the period before the emergency was declared.<sup>39</sup> It is worth noting that Lawless was the first critical judicial step taken towards placing the resort to emergency powers by states within an international review framework.<sup>40</sup> In this case, the Irish government had vehemently contested the right of the Court and Commission to scrutinise the government's actions, stating that while the government used the framework of derogation it was nonetheless entirely at its discretion to determine that a state of 'public emergency' existed and what measures were needed to overcome the exigency and in what proportion. Yet, the Court stated categorically that 'it is for the Court to determine whether the conditions laid down in Article 15 for the exercise of the exceptional right of derogation have been fulfilled'.<sup>41</sup> Hence, by doing so the Court set out a framework according to which the state of exception in international law is defined: '[I]n the general context of Article 15 of the Convention, the natural and customary meaning of the words "other public emergency threatening the life of nation" is sufficiently clear ... they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the state is composed.'<sup>42</sup> The Court based its judgment on the basis of three factual elements which in the Court's opinion justified the Irish government's Proclamation of 5 July 1957, and resort to the derogation mechanism according to Article 15, 'namely: in the first place, the existence in the territory of the

---

<sup>39</sup> *ibid.*

<sup>40</sup> Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 31.

<sup>41</sup> *Lawless v Ireland*, para 22.

<sup>42</sup> *Lawless v Ireland* (No. 3), para 28. In his concurring opinion, Judge Maridakis stated: 'By "public emergency threatening the life of the nation" it is to be understood a quite exceptional situation which imperils or might imperil the normal operation of public policy established in accordance with the lawfully expressed will of the citizens, in respect alike of the situation inside the country and of relations with foreign powers.'

Republic of Ireland of a secret army engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; secondly, the fact that the IRA 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 from the autumn of 1956 and throughout the first half of 1957.<sup>43</sup> The decision of the Court and the Commission in this case reflects strong regard to the Irish government's assessment of the situation.<sup>44</sup> It is questionable, however, on the facts of the case, that the Court's answer to the primary question as to the existence of a public emergency in Ireland could be sustained.<sup>45</sup> According to Ni Aolain, the commission in *Lawless*, 'extended the notion of a measure of discretion, applying it not only to the question of whether the measures taken by the government were "strictly required" by the exigencies but also to the determination of whether a "public emergency threatening the life of the nation" existed.'<sup>46</sup> In this regard the Commission noted:

Having regard to the high responsibility which a government has to its people to protect them against any threat to the life of the nation, it is evident that a certain discretion – a certain margin of appreciation – must be kept to the government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogation from its normal obligations under the Conventions.<sup>47</sup>

The above statement grants high contracting parties certain amount of flexibility in calling for the state of emergency in the first place.<sup>48</sup> However, certain scholars have been critical of the Court in applying the

---

<sup>43</sup> *Lawless v Ireland*, para 28.

<sup>44</sup> Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 32.

<sup>45</sup> O. Gross, 'Once More unto the Beach: the Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies', *Yale Journal of International Law* 23 (1998) 437, pp. 462-464.

<sup>46</sup> Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 32.

<sup>47</sup> E ComHR, *Lawless v. Ireland*, 19 December 1959 (Appl. No. 332/57) Para 90.

<sup>48</sup> *Lawless v Ireland*, p. 40.

margin of appreciation to Article 15 of the Convention.<sup>49</sup> Furthermore, since the collapse of the Soviet Bloc and as a result of accession of Central and East European states to the Council of Europe,<sup>50</sup> some states and judges have expressed reservations regarding application of margin of appreciation to some of transitional, post-communist states, which may lead to ‘an erosion of the integrity and coherence of rights protection within the system.’<sup>51</sup> It is therefore by no means self-evident that standards which may have been acceptable in 1978 are still relevant.<sup>52</sup> As noted by Judge Martens in his concurring opinion in *Brannigan and McBride v. UK*:

The view of the Court as to the margin of appreciation under Article 15 was, presumably, influenced by the view that the majority of the then members of Council of Europe might be assumed to be societies which ... had been democracies for a long time ... Since the accession of Eastern and Central European states that assumption has lost its pertinence.<sup>53</sup>

In contrast, in an earlier case, the European Commission of Human Rights came to the conclusion that the test in Article 15 had not been satisfied,<sup>54</sup> despite the fact that the state concerned had been given the benefit of the margin of appreciation.<sup>55</sup> This case concerned the application brought by a

---

<sup>49</sup> O. Gross and F. Ni Aolain, ‘From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights’ (2001) 23 *Human Rights Quarterly* 625, pp. 630-34.

<sup>50</sup> Generally see A. Febbrajo & W. Sadurski, *Central and Eastern Europe after transition: Towards a New Socio-Legal Semantics*, Ashgate, 2013.

<sup>51</sup> W. Sadurski, ‘Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe and the Idea of Pilot Judgments’, *Human Rights Law Review* 9 (2009) 397, pp. 430-431.

<sup>52</sup> G. Martinico & O. Pollicino, *The Interaction between Europe’s Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 167.

<sup>53</sup> *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, 25 May 1993 (Appl. No. 14553/89; 14554/89), concurring opinion of Judge Martens, para 3.

<sup>54</sup> *The Greek case*, (1969) II Yearbook, para 32.

<sup>55</sup> Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine*, *op. cit.*, P. 176.

number of Scandinavian countries against the regime set up by the Greek colonels in 1967. The Commission held that the Greek case was different in nature, insofar as, the respondent state's government seized power through a military *coup d'etat* on 21 April 1967 and subsequently suspended parts of the constitution and invoked Article 15 of the Convention.<sup>56</sup> The Commission considered that the burden firmly rested upon the respondent state which was meant to show that the conditions justifying the measures of derogation through Article 15 had been and continued to be met.<sup>57</sup> The Commission considered three elements, namely; the threat of a communist takeover; the crisis regarding the constitutional government; and the breakdown of public order in Greece.<sup>58</sup> In this case the Commission came to the conclusion that the respondent state had not satisfied the requirement that a public emergency was threatening the life of the Greek nation at the time of the military takeover.<sup>59</sup> The Commission adopted a different approach to the Court in regard to Article 15, while referring to the margin of appreciation, it stated that it was more concerned; whether such an emergency existed in fact, than merely considering the Greek government to be able to provide sufficient reason to believe that public emergency existed. In this case the Commission as a general rule managed to establish that there ought to be four characteristics in order a public emergency is considered as threatening the life of the nation:

- 1) It must be actual and imminent;
- 2) Its effects needs to involve the whole nation;
- 3) The continuance of the organised life of the community must be threatened;
- 4) The danger must be exceptional.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> *Greek case, op. cit*, para 32.

<sup>57</sup> *Ibid*, para 72.

<sup>58</sup> *Ibid*, para 45.

<sup>59</sup> *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969, Kluwer International Publishers, 1971, The Greek Case, p. 196, para 30.

<sup>60</sup> *Greek case, op. cit*, para 153.

In the case of *Ireland v United Kingdom*<sup>61</sup> both the Court and the Commission were in no doubt that the public emergency threatening the whole of nation was a reality based on the terrorist activities of the Irish republican Army (IRA).<sup>62</sup> The Court adopted the application of ‘margin of appreciation’ doctrine, in which the Court allowed a wide ‘margin of appreciation’ to the national authorities in deciding that ‘both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogation necessary to avert it.’<sup>63</sup> This was in spite of the fact that, neither of the parties at the time, were able to point out the fact that, the threat was only limited to a particular part of the territory of the United Kingdom.<sup>64</sup> This approach was based on the rationale that the declaration of a state of emergency was the main prerogative of governments which in turn have the ultimate responsibility of protecting ‘the life of the nation’.<sup>65</sup> Consequently, by reason of their ‘direct and continuance contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than an international judge to decide on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it.’<sup>66</sup> The issue of derogating in times of a state of emergency was dealt with in the House of Lords decision of *A and Others v Secretary of State for the Home Department* (2004).<sup>67</sup> Having reviewed the case-law of the European Court of Human Rights in this regard, the majority of the Law Lords accepted the British Government’s declaration as to existence of the public emergency based on the principle of ‘demarcation of functions or ... “relative institutional competence”’.<sup>68</sup> However, Lord

---

<sup>61</sup> *Ireland v United Kingdom* (App no 5310/71) (1978) 2 EHRR 25; S. Marks, ‘Civil Liberties at the Margin: the UK Derogation and the European Court of Human Rights’, 15 *Oxford JLS* 69 (1995) 72, p. 81.

<sup>62</sup> *Ireland v United Kingdom*, para. 163.

<sup>63</sup> *Ibid*, para 207.

<sup>64</sup> *Ibid*, paras 11 &13.

<sup>65</sup> Bianchi & Naqvi, *International Humanitarian Law & Terrorism*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>66</sup> *Ireland v United Kingdom*, *op. cit.*, para 207.

<sup>67</sup> *A (FC) et al (FC) (Appellants) v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

<sup>68</sup> *Ibid*, para 29, per Lord Bingham.

Hoffman, in his dissenting opinion expressed the view that the terrorist threat posed was rather negligible than to require a declaration of a state of emergency, since ‘terrorist violence, as serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community’.<sup>69</sup>

The current position of the Court is set out in the case of *Aksoy v. Turkey*, where it considered the public emergency issue threatening the life of the nation and places the onus on each contracting party to assess what constitutes a public emergency and what measures to take accordingly to deal with it. Therefore, in this case in step with its previous case-law the Court granted Turkey a wide margin of appreciation.<sup>70</sup> Some observers have opined that ‘where there is an organised campaign of violence resulting in deaths at a relatively low level among the security forces and civilians it remains hard to see how the Court avoid confirming a state’s claim that there is a public emergency within Article 15 assuming there is no evidence of bad faith on the latter’s part.’<sup>71</sup> Furthermore, in its General Comment, no. 29 on states of emergency, which specifically deals with Article 4 of the ICCPR, the United Nations Human Rights Council (HRC) reiterated the need for states to consider if declaring a state of emergency outside the situation of an armed conflict is absolutely necessary.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Ibid, para 96, per Lord Hoffman.

<sup>70</sup> *Aksoy v Turkey*, appl. no. 21987/93, Judgement of 18 December 1996; In regards to the wide margin of appreciation, the Convention organs have generally been satisfied if a respondent government has shown some plausible basis for believing that the derogatory measures were necessary.

<sup>71</sup> Harris, O’Brian and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 631.

<sup>72</sup> According to General Comment no 29, ‘if States parties consider invoking article 4 in other situations than armed conflict, they should carefully consider the justification and why such a measure is necessary and legitimate in the circumstances.’ UN Human Rights Committee, General Comment no 29, States of Emergency (Article 4), ICCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31 August 2001, para 3.

### **2.3. The proportionality of derogation: The measures taken must be strictly required by the Exigencies of the Situation**

If it is established that the first condition of Article 15, namely, existence of an emergency is satisfied, the second issue to address is whether the measures which are subject of the application were proportionate and ‘strictly required by the exigencies of the situation.’<sup>73</sup> In other words, the declaring state ‘does not have *carte blanche* as to what measures it might take.’<sup>74</sup> The interpretation of the language of Article 15(1) suggests that a more demanding test than for example Article 10(2) (Freedom of Expression) of the Convention for the state concerned would be necessary to show a “pressing social need” for its derogation.<sup>75</sup> Having regard to the wide margin of appreciation, the Convention organs have generally been satisfied if a respondent government has shown some plausible basis for believing that the derogatory measures were necessary.<sup>76</sup>

A notable case in the early days of the Convention in relation to Article 15 involved an authoritarian reversion. In the *Greek* case the Commission was not satisfied that a public emergency existed and the measures taken went beyond what the situation required.<sup>77</sup> The case taken against Greece was of some significance since there were grave and systematic violations of human rights there.<sup>78</sup> In this case the Commission had to grapple with

---

<sup>73</sup> The Human Rights Committee noted in its General Comment on states of emergency that ‘the mere fact that a permissible derogation from a specific provision may, of itself, be justified by the exigencies of the situation does not obviate the requirement that specific measures taken pursuant to the derogation must also be shown to be required by the exigencies of the situation.’ UN Human Rights Committee, General Comment no 29, States of Emergency (Article 4), ICCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31 August 2001, para 4.

<sup>74</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 631.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine*, *op. cit.*, p. 172.

<sup>77</sup> EComHR, *The Greek case*, 5 November 1969 (*Denmark v. Greece*, Appl. No. 3321/67; *Norway v. Greece*, Appl. no. 3322/67; *Sweden v. Greece*, Appl. no. 3323/67; *Netherlands v. Greece*, appl. no. 3344/67), para 48-50.

<sup>78</sup> See Resolution 346 (1967) of 23 June 1967, 10 *Yearbook of European Convention on Human Rights* (1967), pp. 94-96; in which the Consultative Assembly of the Council of Europe expressed ‘its grave concern at the present situation in Greece and at the many



the validity of derogation by a revolutionary government which had seized power through a military *coup d'etat* on 21 April 1967 and had proceeded to suspend parts of the constitution.<sup>79</sup> The Commission held that the Convention applied in the same manner to a revolutionary government as to a constitutional one.<sup>80</sup> In relation to the definition of a “public emergency threatening the life of the nation”, the Commission adopted the definition provided by the Court in the *Lawless* case.<sup>81</sup> In order to answer whether there was a public emergency in Greece the Commission had to examine the elements of indicated by Greece as constituting state of emergency.<sup>82</sup> This was in spite the fact that the Greek Communist Party had begun to prepare for armed insurrection in 1966, it had allegedly assembled weapons and was poised to seize power.<sup>83</sup> However, the Commission mindful of the government’s “margin of appreciation” concluded that the burden of proof lay on Greece to prove that according to the conditions of derogation under Article 15 such an emergency existed. The Commission concluded that on the basis of the facts presented by the respondent state there was no compelling evidence that there was on 21 April 1967 a public emergency threatening the life of the Greek nation.<sup>84</sup> However, ‘where ostensibly democratic states have engaged in the suspension of certain rights guaranteed under the Convention, the Commission and the Court have been less exacting in their requirements.’<sup>85</sup>

---

serious reported violations of human rights and fundamental freedoms’ and also expressed the wish that the governments of the High Contracting Parties to the Convention on Human Rights ‘refer the Greek Case either jointly or separately to the European Commission of Human Rights in accordance with Article 24 of the Convention.’

<sup>79</sup> White & Ovey, *European Convention on Human rights, op. cit.*, p. 117.

<sup>80</sup> See Opinion of the Sub-Commission, EComHR, *The Greek case*, para 49.

<sup>81</sup> *Ibid*, para 71-72.

<sup>82</sup> *Ibid*, para 44.

<sup>83</sup> *Ibid*, para 53.

<sup>84</sup> *Ibid*, para 76.

<sup>85</sup> Gross & Ni Aolain, *Law in Times of Crisis, op. cit.*, p. 275.

In 1969, the Court followed the opinion of the Commission in the *Lawless* case, in which it held that detention without trial was justified under Article 15, not only were they satisfied by the measures required according to the exigencies of the situation but also pointed to a number of safeguards designed to prevent abuses.<sup>86</sup> The Court in *Ireland v United Kingdom* placed considerable emphasis on the margin of appreciation to be accorded to the state.<sup>87</sup> The Court stated:

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. In this matter Article 15 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation.<sup>88</sup>

In this case the Court was of the opinion that the system of extra judicial deprivation of liberty was justified by the circumstances perceived by the United Kingdom from 9 August 1971 to March 1975 in the six counties of Northern Ireland.<sup>89</sup> Further, the Court held that:

Being confronted with a massive wave of violence and intimidation, the Northern Ireland Government and then, after the introduction of direct rule (30 March 1972), the British Government were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism and that recourse to measures outside the scope of the ordinary law, in the shape of extrajudicial deprivation of liberty, was called for.<sup>90</sup>

The Court went on to note that ‘when the Irish Republic was faced with a serious crisis in 1957, it adopted the same approach and the Court did not

---

<sup>86</sup> *Lawless v Ireland*, Judgment of I July 1961, Series A No.2; (1979-80) 1 EHRR 13.

<sup>87</sup> *Ireland v United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A No. 25; (1979-80) 2 EHRR 25.

<sup>88</sup> *Ibid*, para 207.

<sup>89</sup> *Ibid*, para 214.

<sup>90</sup> *Ibid*, para 212.

conclude that the "extent strictly required" had been exceeded.<sup>91</sup> Hence, it has been argued that 'extrajudicial deprivation of liberty, even for the purposes of interrogating witnesses which is contrary to Article 5(1) and the removal of procedural guarantees to regulate deprivation of liberty otherwise in violation of Article 5(4) were necessary to meet the emergency situation.'<sup>92</sup>

The determination of whether measures taken are strictly required by the exigencies of the situation need to satisfy three elements. First, are the derogations necessary to cope with the threat to the life of the nation? Second, the proportionality test is whether the measures taken are not greater than those required to deal with the emergency? Finally, how long the derogating measures have been applied? There is no case-law in which duration of the measures has been great importance, but 'it is certainly arguable that measures, which at their inception were clearly required, could cease to be so if it could no longer be established that they were strictly required by the situation.'<sup>93</sup>

In contrast, it could be argued that in the case of *Brannigan and McBride* the Court showed a greater willingness to question the safeguards, which the state had put in place for suspension of rights required by the Convention provision in respect of which the derogation is filed.<sup>94</sup> The Court agreed with the UK Government's argument that in a common law system it was not practicable to introduce a judicial element into the detention process at an early stage.<sup>95</sup> The Court also accepted that

---

<sup>91</sup> Ibid, para 212.

<sup>92</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 632.

<sup>93</sup> White & Ovey, European Convention on Human rights, *op. cit.*, p. 119.

<sup>94</sup> *Brannigan and McBride v United Kingdom*, Appl. no. 14553/89; 14554/89, 25 May 1993, para 66.

<sup>95</sup> The judgment in the case of *Brannigan and McBride* was much criticised by Amnesty international where it was alleged that the judgment did not sufficiently address the concerns regarding the safeguards necessary not only to protect against unnecessarily prolonged detention of suspects but also to protect detainees who might be detained *incommunicado* during the first forty-eight hours. Amnesty International in *Brannigan and McBride*, *op. cit.*, paras 42 and 61.

extended detention was necessary to investigate successfully terrorist crimes when some of the terrorist suspects would have had training in resisting interrogation and where extensive forensic checks may have been required.<sup>96</sup> The Court held that the UK Government had not exceeded its margin of appreciation through derogation from its obligations under Article 5(3) of the Convention, since individuals suspected of terrorist offences were held to be kept for up to seven days without judicial control.<sup>97</sup>

Hence, the Court concluded that it was satisfied with the effective safeguards that the UK Government had implemented in its operation in Northern Ireland provided a significant measure of ‘protection against arbitrary behaviour and incommunicado detention.’<sup>98</sup> These safety measures included the fact that the initial arrest remained challengeable habeas corpus in the ordinary courts as well as a right to see a solicitor after forty-eight hours of detention and a detainee was entitled to have informed a relative or friend about her/his detention and have access to a doctor.<sup>99</sup> In the case of *Marshall v. UK*, decision as to admissibility of the case it was held that the continuing presence of such safeguards was adequate enough not to compromise the effectiveness of habeas corpus as an effective remedy.<sup>100</sup> In the above case the applicant had relied on the improved security situation in Northern Ireland to challenge the continuing validity of the United Kingdom's 1988 derogation.<sup>101</sup>

---

<sup>96</sup> The Court concluded that the position of the British government had been supported by the various independent inquiries into the situation in Northern Ireland, however there was little analysis of the evidence or assessment of its worth in the judgment. Generally see Marks, ‘Civil Liberties at the Margin,’ *op. cit.*, p. 71.

<sup>97</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 632.

<sup>98</sup> *Brannigan and McBride v United Kingdom*, *op. cit.*, para 62.

<sup>99</sup> *Ibid*, para 64.

<sup>100</sup> *Marshall v. United Kingdom*, Fourth Section Decision as to the Admissibility of Appl. no. 41571/98, 10 July 2001.

<sup>101</sup> In this case it was not disputed that the remedy of *habeas corpus* was available to the applicant had he chosen to use it to challenge the lawfulness of his initial arrest or detention. It is to be observed that although the applicant disputes the effectiveness of the remedy, he had not alleged a violation of Article 5(4) of the Convention.

This tougher stance by the Court is supported by its approach in the *Aksoy* case, in which it declined to accept that the situation had required the suspects to be held for 14 days, without judicial intervention and noting that the Turkish government had failed to give any reason why judicial intervention was impracticable.<sup>102</sup> The Court went on to reiterate:

It is for the court to rule whether, inter alia, the states have gone beyond the ‘extent strictly required by the exigencies’ of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision. In exercising this supervision, the court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation and circumstances leading to, and duration of, the emergency situation.<sup>103</sup>

The case of *Aksoy* is a rare example of the Court determining that the conditions of Article 15 had not been satisfied by the respondent state.<sup>104</sup> In *Aksoy*, the applicant had alleged that he was victim of torture during his detention at the hands of the Turkish security forces.<sup>105</sup> As in the *Lawless* case, the Court attached importance to the provision of safeguards against abuse, or excessive use of emergency powers and evidently adopted a much tougher stance on the issue.<sup>106</sup> The Court ruled that Turkey was entitled to derogation from Article 5 of the Convention, which deals with the right to liberty and security of person, due to ‘the unquestionably serious problem of terrorism in south-east of Turkey and the difficulties faced by the state in taking effective measures against it.’<sup>107</sup> But it was not ‘persuaded that the exigencies of the situation did justify the holding of the applicant in detention for the period of fourteen days or more in incommunicado, without judicial control, access to relatives and doctors

---

<sup>102</sup> *Aksoy v. Turkey*, appl. no. 21987/93, Judgement of 18 December 1996, para 56.

<sup>103</sup> *Ibid*, para 68.

<sup>104</sup> Mowbray, European Convention on Human rights, *op. cit.*, p. 862.

<sup>105</sup> *Aksoy v. Turkey*, *op. cit.*, para 23.

<sup>106</sup> *Aksoy v. Turkey*, *op. cit.*, para 68.

<sup>107</sup> *Aksoy v. Turkey*, *op. cit.*, para 84.

simply on suspicion of involvement in terrorist offences.<sup>108</sup> The Court also went on to say that the Turkish government had failed to give “detailed reasons” justifying the action.<sup>109</sup> *Aksoy* is a significant case because for the first time the Court found a High Contracting Party had been in violation of Article 5(3), and that it had concluded that measures taken by a state pursuant to a ‘public emergency’ were not ‘strictly required by the exigencies of the situation.’<sup>110</sup> Furthermore, the Court was of the opinion that in such cases prompt judicial intervention may lead to the detection and prevention of serious ill-treatment.<sup>111</sup> The Court in its subsequent judgments has continued to maintain the same approach by reiterating that in cases of prolonged extra-judicial detention under Article 5(3) it will expect to be furnished with ‘precise reasons relating to the actual facts’ of the case before it which demonstrates that ‘judicial scrutiny of the applicants’ detention would have prejudiced the progress of the investigation’ in progress.<sup>112</sup>

The Court was presented with a rather different situation in the case of *Sakik and Others v Turkey*, in which the Turkish government had sought to rely on derogation in response to an application alleging violations of

---

<sup>108</sup> *Aksoy v. Turkey, op. cit.*, para 84.

<sup>109</sup> *Ibid*, para 78; on the international level, according to HRC: ‘The obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers ... this condition requires that states parties provide careful justification not only for their decision to proclaim a state of emergency but also for any specific measures based on such a proclamation. If states purport to invoke the right to derogate from the Covenant during, for instance, a natural catastrophe, a mass demonstration including instances of violence, or a major industrial accident, they must be able to justify not only that such a situation constitutes a threat to the life of the nation, but also that all their measures derogating from the Covenant are strictly required by the exigencies of the situation.’ Human Right Committee, General Comment 29, *op. cit.*, para. 4.

<sup>110</sup> In fact this was in contravention of the Turkish Criminal Code (Articles 243 and 245) which makes it an offence for a government employee to subject someone to torture or ill-treatment, in force at the time throughout Turkey, penalised the use of torture and ill-treatment for the extraction of confessions; *Aksoy v. Turkey, op. cit.*, para 24 and 43.

<sup>111</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights, op. cit.*, p. 633.

<sup>112</sup> *Demir and Others v. Turkey*, Appl. nos. 21380/93, 21381/93, 21383/93), 23 September 1998, para 52.

Article 5 of the Convention due to the length of detention in the police custody.<sup>113</sup> The case concerned the arrest and detention of six former members of the Turkish National Assembly who were prosecuted by a national security court.<sup>114</sup> The issue at hand was the legality of extended detention of 14 days and all detainees had been charged with terrorist offences.<sup>115</sup> In a departure from its normal approach the Court showed a much less deferential attitude to the state's views than its previous jurisprudence.<sup>116</sup> The Court held that the applicable derogation that had been submitted in August 1990, did not apply to the country as a whole and specifically did not apply to the city of Ankara the capital of Turkey where the applicants were arrested, detained and subject to trial.<sup>117</sup> The court made it clear that derogation would be strictly interpreted and could not extend to the part of the state which has not been mentioned in the notice of derogation.<sup>118</sup> This case has been described as: 'particularly illuminating as the Court made substantial inroads on meaningfully assessing the question of emergency justification.'<sup>119</sup>

In the case of *A and Others v. UK*, the Court was asked to consider whether a derogation in relation to Article 5(1) of the Convention allowing detention without trial of a number of foreign nationals with alleged connection with Al-Qaeda terrorist organization was based on a public emergency threatening the life of the nation.<sup>120</sup> The Strasbourg Court upheld the House of Lords landmark decision in this case,<sup>121</sup> and held that the extended power of detention administered by the British government was disproportionate and therefore not "strictly required" due to the fact that it only targeted foreign nationals alleged of being members

---

<sup>113</sup> *Sakik and Others v. Turkey*, appl. no. 87/1996/706/898-903, 26 November 1997.

<sup>114</sup> Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 40.

<sup>115</sup> *Sakik and Others v. Turkey*, *op. cit.*, para

<sup>116</sup> Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 40.

<sup>117</sup> *Sakik and Others v. Turkey*, *op. cit.*, para 36.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 40.

<sup>120</sup> *A and Others v. the United Kingdom*, appl. no. 3455/05, 19 February 2009.

<sup>121</sup> *A and Others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

of an international terrorist organization.<sup>122</sup> The British government had claimed that the public emergency stemmed from the terrorist attacks on New York, Washington and Pennsylvania on 11 September 2001, in which a considerable number of British citizens had lost their lives.<sup>123</sup> In spite of the fact that Britain was an ally of the United States in the so-called war on terror which inevitably made it a visible terrorist target, at the time, there had been no terrorist attacks on the United Kingdom attributable to Al-Qaeda.<sup>124</sup> Furthermore, it is significant to point out that no other states within the council of Europe had felt the need to derogate from Convention rights in relation to those events.<sup>125</sup> The House of Lord with a majority of eight to one had decided that there was indeed a public emergency threatening the life of the nation, the incarceration without trial of the alleged foreign terrorists would be a proportionate response to the threat faced, but limiting that action only to foreign nationals was

---

<sup>122</sup> The extended power of arrest and detention in the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* is a measure which is strictly required by the exigencies of the situation. It is a temporary provision which comes into force for an initial period of fifteen months and then expires unless renewed by Parliament. Thereafter, it is subject to annual renewal by Parliament. If, at any time, in the Government's assessment, the public emergency no longer exists or the extended power is no longer strictly required by the exigencies of the situation, then the Secretary of State will, by order, repeal the provision. *A and Others v. the United Kingdom*, appl. no. 3455/05, 19 February 2009, para 11.

<sup>123</sup> The events of 11 September 2001, resulted in the Security Council Resolution 1373 of 28 September 2001, which provided the UN to go one step further and adopt an 'exceptionless' definition of terrorism into a legally binding instrument, the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism. T. Weigend, 'The Universal Terrorist: the International Community Grappling with a Definition', *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 912-932, p. 920; see also 'The International Convention on the Suppression of the Financing of Terrorism', adopted by the General Assembly of the United Nations according to resolution 54/109 of 9 December 1999, entered into force on 10 April 2002, 39 *ILM* 270 (2000).

<sup>124</sup> Sadly this materialized in a terrorist attack on London on 07 July 2005, resulting in the death of fifty-two people and injuring more than 770; see BBC News Special Report, 'London attacks', available at: <[http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/05/london\\_blasts/what\\_happened/html/](http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/05/london_blasts/what_happened/html/)>.

<sup>125</sup> By contrast, in spite of the horrific Madrid train bombings of 11 March 2004, which killed 191 people and left at least 1,800 injured, in the aftermath of this event Spain did not pronounce a 'state of emergency'; see also White & Ovey, *European Convention on Human rights, op. cit.*, p. 118.



discriminatory in light of the fact that the British government had filed its derogation on the basis of Article 5 of the Convention and not Article 14 (the right to freedom from discrimination).<sup>126</sup> In concurring with the House of Lords the Strasbourg held:

In the unusual circumstances of the present case, where the highest domestic court has examined the issues relating to the State's derogation and concluded that there was a public emergency threatening the life of the nation but that the measures taken in response were not strictly required by the exigencies of the situation, the Court considers that it would be justified in reaching a contrary conclusion only if satisfied that the national court had misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court's jurisprudence under that Article or reached a conclusion which was manifestly unreasonable.<sup>127</sup>

As it has been mentioned above, normally the Strasbourg organs have granted states with a wide margin of appreciation with the respect of derogation 'precisely because the Convention presupposes domestic controls in the form of a preventive parliamentary scrutiny and posterior judicial review.'<sup>128</sup> It is interesting to point out that the House of Lords in *A and Others* case, refused to follow the Strasbourg jurisprudence to the extent that the government was not afforded the equivalent of a "wide" or "large" margin of appreciation on the issue of whether the measures taken by the British government in response to the derogation were "strictly required."<sup>129</sup>

#### **2.4. Non-derogable rights**

Article 15(2) clearly elucidates that certain rights under the Convention cannot be derogated upon under any circumstances even in times of a state

---

<sup>126</sup> *A and Others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, para 136.

<sup>127</sup> *A and Others v. the United Kingdom*, appl. no. 3455/05, 19 February 2009, para 174.

<sup>128</sup> Opinion of the Commissioner of human Rights, Mr Alvaro Gil-Robes on Certain aspects of the UK 2001 derogation from Article 5 (1) of the European convention on Human Rights, CommDH (2002)7/28 August 2002, para 9.

<sup>129</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 637.

of emergency. Whatever the gravity of the emergency and however convincing the case, a state might make that a derogation was strictly required, under no circumstances may a state depart from its obligations under Articles 2 (the right to life), 3 (freedom from torture or inhumane or degrading treatment or punishment), 4(1) (freedom from slavery, servitude, or forced or compulsory labour) and 7 (freedom from retroactive criminal offences and punishment).<sup>130</sup> Article 2 on the right to life itself does not include intentional deprivation of life in the execution of a sentence of a court following a conviction for a crime for which this penalty is imposed;<sup>131</sup> nor does it include deprivation of life in defence of any person from unlawful violence.<sup>132</sup> In order to secure a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained,<sup>133</sup> and in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.<sup>134</sup> Under certain circumstances, it may be necessary in a democratic society to interfere with the individual rights of a citizen, when there is an identifiable need to carry out secret surveillance of terrorist suspects.<sup>135</sup> In similar vein, it may be 'necessary in a democratic society' for a state to interfere with freedom of expression in order to maintain public order to a

---

<sup>130</sup> Compared to other regional human rights instruments, the Convention provides the most limited list of such guaranteed rights, namely, the right to life (with the exception of deaths resulting from lawful acts of war), freedom from torture, slavery and protection against retrospective criminal penalties. See Article 15(2) of the Convention; see also Bianchi & Naqvi, 'International Humanitarian Law', *op. cit.*, p. 48.

<sup>131</sup> See comments on *Protocol No. 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* ["European Convention on Human Rights"] concerning the abolition of the death penalty, adopted by the Council of Europe in 1982, provides for the abolition of the death penalty in peacetime; states parties may retain the death penalty for crimes "in time of war or of imminent threat of war". Any state party to the European Convention on Human Rights can become a party to the Protocol. 46 of the 47 members of the Council of Europe have ratified Protocol 6; Russia has signed but not yet ratified the Protocol.

<sup>132</sup> Article 2(2)(a).

<sup>133</sup> Article 2(2)(b).

<sup>134</sup> Article 2(2)(c).

<sup>135</sup> *Klass and Others v. Germany*, Appl. No. 5029/71, 6 September 1978, para 59; see also *Erdem v. Turkey*, Appl. no. 38321/97, 5 July 2001, para 64.

greater extent in time of emergency than it would be under normal circumstances.<sup>136</sup> As early as 1978 the Court unequivocally stated:

Some compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the 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 common understanding and observance of the human rights upon which (the Contracting States) depend’.<sup>137</sup>

In 1990, in a case concerning arrest and detention of alleged terrorists in Northern Ireland under criminal legislation the Court set out its “general approach” as: ‘the need, inherent in the Convention system, for a proper balance between the defence of the institutions of democracy in the common interest and the protection of individual rights.’<sup>138</sup> Thus, the Court would ‘take into account the special nature of terrorist crime and exigencies of dealing with it, as far as is compatible with the applicable provisions of the Convention in the light of their particular wording and its overall object and purpose.’<sup>139</sup> At this stage, it is significant to point out that in the occasion of an apparent “public emergency” a High Contracting party fails to derogate under Article 15, ‘the Court will proceed on the basis that the Articles of the Convention in respect of which complaints have been made are fully applicable.’<sup>140</sup>

Furthermore, where Protocol 6 has been ratified, the prohibition of derogations in respect of the rights guaranteed by what is contained in Article 3 of Protocol 6 applies.<sup>141</sup> It is significant to consider that Article 2

---

<sup>136</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 620.

<sup>137</sup> *Klass and Others v. Germany*, Appl. No. 5029/71, 6 September 1978, para 59.

<sup>138</sup> *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, Appl. no. 12244/86; 12245/86, 12383/86, 30 August 1990, para 28.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 621.

<sup>141</sup> *White & Ovey*, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 114.

of Protocol 6 allows contracting parties to make a provision in their domestic law for the death penalty in relation to acts committed in time of war or imminent threat of war.<sup>142</sup> Additional Protocol 13, for its part, prohibits the use of the death penalty in all circumstances.<sup>143</sup> No derogations may be made in regard to the prohibition of slavery and servitude in Article 4(1); or in respect of the requirement that there be no punishment without law under Article 7; nor in respect of the right to be tried or punished twice under Article 4 of Protocol 7.

Although there is no detailed reference to the above provisions in Article 15, other provisions of the Convention might have an impact on the legality of the measures of derogation Article 14 (freedom from discrimination in respect of protected Convention rights) is one example.<sup>144</sup> In *Ireland v United Kingdom*, the Court examined the allegation put forward by the Irish Government that internment was only applied discriminately to republic/nationalist suspects in conjunction with Article 5 and not loyalist/unionist suspects.<sup>145</sup> The Court held that there were objective and reasonable differences between the nature of republican/nationalist and loyalist/unionist violence, notably the greater extent of the former.<sup>146</sup> Hence, there was no breach of Article 14 in conjunction with Article 5, therefore, no need to consider the separately

---

<sup>142</sup> In such a case, the state concerned must notify the Secretary-General of the Council of Europe of the relevant provisions of the law governing the death penalty: Article 2 of Protocol 6.

<sup>143</sup> Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [European Convention on Human Rights] concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, adopted by the Council of Europe in 2002, provides for the abolition of the death penalty in all circumstances, including time of war or of imminent threat of war. Any state party to the European Convention on Human Rights can become a party to the Protocol. 43 members of the Council of Europe have ratified Protocol 13; Russia and Azerbaijan have not signed the protocol, Poland and Armenia have signed but not yet ratified the Protocol.

<sup>144</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of European Convention on Human Rights', *op. cit.*, p. 639.

<sup>145</sup> *Ireland v United Kingdom*, Application no. 5310/71, 18 January 1978, paras 225-32.

<sup>146</sup> *Ibid*, para 231.

under Article 15.<sup>147</sup> In the case of *A and others v Secretary of State for the Home Department*, the majority of the House of Lords<sup>148</sup> held that even in the context of the existing public emergency there had been a violation of Article 14 read with Article 5 given the discriminatory treatment on the basis of nationality between suspected foreign terrorists and UK nationals suspected of the same crime.<sup>149</sup>

Moreover, the ICCPR guarantees the right to recognition as a person before the law, the right to freedom of conscience and religion and the right not to be incarcerated merely on grounds of inability to fulfil a contractual obligation.<sup>150</sup> Although national and international courts have been rather reluctant to question the existence of a state of emergency declared by states but they have rather been forthright in upholding the status of non-derogable rights.<sup>151</sup> It has been noted elsewhere that ‘... both the European and American Courts of Human Rights have rejected arguments from states that killing by state forces or the use of force against suspects are in any way justifiable because of a situation of war or the threat of terrorism.’<sup>152</sup> Nonetheless, in the context of conflict and emergencies, states may opt to administrative detention for security reasons, in that an individual is held by executive charge without criminal

---

<sup>147</sup> Judge Matscher, who dissented on this issue, raised but did not answer the question whether a breach of Article 14 could be strictly necessary within the terms of Article 15; see separate opinion of Judge Matscher; *Ireland v United Kingdom*.

<sup>148</sup> Since 1 October 2009, the Supreme Court of the United Kingdom, generally see B. Dickson, *Human Rights and the United Kingdom*, Oxford U.P., 2013.

<sup>149</sup> *A and others v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, para 46.

<sup>150</sup> ICCPR, Article 4(2); see also Article 27(2) of the American Convention on Human Rights (ACHR) which provides the most comprehensive list of non-derogable rights: rights of the family, right to a name, rights of the child, right to nationality, right to participate in government and the judicial guarantees essential for the protection of such rights

<sup>151</sup> See the case of *Guerrero v. Colombia*, Communication No. R.11/45 (5 February 1979), UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40); *McCann et al v. United Kingdom* (App n. 18984/91) ECHR 27 September 1995 paras 194, 200-01; *Zambrano Velez v. Ecuador* (Merits, Reparations and Costs) Inter-American Court of Human Rights Series C No 166 (4 July 2007) paras 84-85, 96, 101.

<sup>152</sup> Bianchi & Naqvi, ‘International Humanitarian Law & Terrorism’, *op. cit.*, p. 49.

charges being brought against the internee.<sup>153</sup> In light of the fact that the ICCPR does not seem to rule out the possibility that administrative detention could be lawful under IHL, but it is not clear whether states have to derogate in order to detain suspects under the ICCPR.<sup>154</sup> In contrast to the ICCPR, administrative detention is not included in the Convention and it points to the need to derogate when taking such measures.<sup>155</sup> It is also worth mentioning that as for customary IHRL, it is widely claimed that the right to habeas corpus is non-derogable.<sup>156</sup> Moreover, there is the prospect that some rights or specific elements of rights which are not stipulated by Article 4(2) of the ICCPR could be derogated from. Dennis has expressed reservation and concludes that ‘the proposition that there are other non-derogable rights in the ICCPR in addition to the catalogue of non-derogable rights provided in Article 4(2) of the ICCPR is doubtful.’<sup>157</sup> Hence, even though Article 4(1) of the

---

<sup>153</sup> Generally see J. Pejic, ‘Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and other Situations of Violence’ 858 *IRRC* 375-6.

<sup>154</sup> In contrast, Hampson has noticed that ‘the reservation made by India at the time of the ratification and the derogation of the UK may imply that administrative detention is thought to be not normally lawful.’ F. Hampson, ‘Detention the “War on Terror” and International Law’ in H. Hensel (ed.) *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Ashgate, 2005, 131-70, p. 143.

<sup>155</sup> According to Article 5 of the Convention the following are the permitted grounds of detention: ‘a person after conviction by a competent court’; ‘for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law’; ‘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’; ‘detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority; detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants’; ‘to prevent his affecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition’.

<sup>156</sup> D. Cassel, ‘Pretrial and Preventive detention of Suspected Terrorists: Options and Constraints under International Law’, 98 *J. Crim. and Criminology* (2008) 811, p. 829.

<sup>157</sup> M. Dennis, ‘Application of Human Rights Treaties Extraterritorially to Detention of Combatants and Security Internees: Fuzzy Thinking All Round?’ *ILSA Journal of International & Comparative Law* 495 (Spring 2006), pp. 478-79.

ICCPR indicates which of the specific articles are non-derogable, the HRC has pointed out to state parties that there are some other articles from the said Covenant which would be difficult to justify derogating from such as Articles 14 (the right to justice and fair trial) and 25 (the right to political participation) of the ICCPR.<sup>158</sup> According to the HRC this indicates that ‘state parties may in no circumstances invoke Article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norm of international law.’<sup>159</sup>

### 2.5. Procedural Requirements

The Convention does not expressly require an effective domestic parliamentary scrutiny of the decision to enter a derogation under Article 15, nor has the Court ever considered this issue.<sup>160</sup> In relation to procedural requirements of Article 15, there are two issues that need to be addressed. Firstly, is it an essential requirement that there is an official proclamation of the public emergency threatening the life of the nation? Secondly, according to Article 15(3), there is clearly notification requirement, what would be the consequence of any failure to comply with those requirements?

The specific requirement of Article 15(3) is that the high contract party relying on the right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed about the measures the state has undertaken and the reasons for doing so.<sup>161</sup> The main purpose is that the Secretary General would circulate the information to other members of the Council of Europe about the notice of derogation.<sup>162</sup> In *Cyprus v Turkey*<sup>163</sup>

---

<sup>158</sup> See e.g. UN Doc. CCPR/C/SR.160, para 51 (Syria); UN Doc. CCPR/C/SR.430, para 32 (Peru); UN Doc. CCPR/C/SR.528, para 11 (Chile). Some scholars have suggested that the list of non-derogable rights contained in Article 4(2) of ICCPR should be extended, see McGoldrick, ‘the Interface between Public Emergency Powers’, *op. cit.*, p. 416.

<sup>159</sup> General Comment no. 29, *op. cit.*, para 11.

<sup>160</sup> Harris, O’Brian and Warbrick, ‘Law of the European Convention on Human Rights’, *op. cit.*, p. 640.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> E.g. Derogation contained in two *Notes verbales* from the Permanent Representation of Turkey, dated 12 September 1980, registered at the Secretariat General on 12 September 1980. See also Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of the

the Commission stated that some formal and public declaration of state of emergency by the state concerned was necessary as a precondition for reliance on Article 15(1).<sup>164</sup>

Article 15(3) requires a state to serve notification both on the introduction of derogations and of the lifting of them.<sup>165</sup> In *Ireland v UK*, the British government explained that its notification communicated on 20 August 1971 had been delayed until after the implementation of internment on 9 August 1971, with the intention that any individual whom it intended to detain might have noticed and escaped. The Court by relying on *Lawless v Ireland* agreed with the United Kingdom that the twelve day delay in notification of the Secretary General of the Council of Europe was accepted as ‘it had been made without delay.’<sup>166</sup> However, in the Greek case the Commission came to the conclusion that Greece had not ‘fully met the requirements of Article 15(3)’<sup>167</sup>, since it required the state to identify the provisions from which it was derogating and Greece had failed to inform the Secretary General the text of some of its emergency legislation and had not provided further information, in particular in relation to measures for the detention of persons without a court order.<sup>168</sup> Moreover, Greece had not informed the Secretary General of the reasons for the measures of derogation for more than four months after they had

---

United Kingdom, dated 12 November 1998, registered at the Secretariat General on 13 November 1998 – or. Engl. – and withdrawn by a letter from the Permanent Representative of the United Kingdom, dated 4 May 2006, registered at the Secretariat General on 5 May 2006.

<sup>163</sup> *Cyprus v Turkey*, *op. cit.*, para 527.

<sup>164</sup> Having particular requirement under Article 4 of the ICCPR requires a public proclamation of emergency.

<sup>165</sup> For example see the withdrawal of the Drogration by the UK Government with effect from 14 March 2005, following the House of Lords’ judgment in the case of *A and Others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; White & Ovey, ‘the European Convention on Human rights’, *op. cit.*, p. 121.

<sup>166</sup> *Lawless v Ireland*, *op. cit.*, para 47.

<sup>167</sup> EComHR, *The Greek case*, 5 November 1969 (*Denmark v. Greece*, Appl. No. 3321/67; *Norway v. Greece*, Appl. no. 3322/67; *Sweden v. Greece*, Appl. no. 3323/67; *Netherlands v. Greece*, appl. no. 3344/67), para 46.

<sup>168</sup> *Ibid*, para. 180.



been taken.<sup>169</sup> Moreover, the Commission considered the derogation to be invalid because it was satisfied that a public emergency threatening the life of the nation did not actually exist and it noted that late notification would not justify action taken before the actual notification.<sup>170</sup> In the case of *Aksoy*, the Court raised the question that the Turkish Derogation notice did not appear to contain sufficient information about the measure in question, but held that it was necessary to ascertain whether Turkey had complied with the formal requirements since the power to detain a suspect for fourteen days without charge was disproportionate in any event.<sup>171</sup>

It has been noted that failure to notify of the derogation measures in reasonable time might be evidence of bad faith which would ultimately be taken into consideration in deciding whether Article 15(3) was satisfied.<sup>172</sup>

The only exception has been Turkey's unwillingness to accept responsibility under the Convention towards the actions of its armed forces in northern Cyprus, which prompted it not to make a formal declaration in that regard.<sup>173</sup> Turkey argued that it did not have any jurisdiction over northern part of Cyprus which is administered by the Turkish Republic of Northern Cyprus.<sup>174</sup> However, the Commission held that Turkey was indeed accountable for the actions of its troops in Cyprus and even it extended 'to all persons under their actual authority and responsibility, whether that authority is exercised within their own territory or abroad.'<sup>175</sup> It is worth noting that since the *Greek* case, it is

---

<sup>169</sup> Ibid, para. 46.

<sup>170</sup> White & Ovey, 'the European Convention on Human rights', *op. cit.*, p. 122.

<sup>171</sup> Aksoy, para 86.

<sup>172</sup> R. Higgins, 'Derogations under Human Rights Treaties', *British Yearbook of International Law* (1976) 48(1): 281-319.

<sup>173</sup> See *Loizidou v. Turkey* judgment of 18 December 1996 (merits), Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, p. 2223, paras 16-17.

<sup>174</sup> *Cyprus v. Turkey*, Appl. no. 25781/94, 10 May 2001, para 54; see also the decision of the European Court of Human Rights in the case of *Al-Skeini and Others v. United Kingdom* is now a leading decision in relation to the territorial scope of the Convention, which provides that '[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.' *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, Appl. no. 55721/07, 7 July 2011, para 130.

<sup>175</sup> *Cyprus v Turkey*, Decision of 26 May 1975, DR 125, para 8.

generally believed that notices of derogation appear to be adequate for the purpose of Article 15 (3) and are generally delivered without delay.<sup>176</sup>

## 2.6. Other international obligations

A third precondition for derogation under Art 15 is that the measures taken by the high contracting state must not be inconsistent with their other international obligations, such as the international Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). In other words, Convention seeks ‘to preserve a highest common denominator of low-level human rights observance.’<sup>177</sup> The procedural requirement is an important part of the derogation scheme.<sup>178</sup> The HRC has regularly reiterated the requirements of Article 4(3) of ICCPR, as not a “mere formality”.<sup>179</sup> The HRC in its first General Comment on Article 4 stated that ‘it was important that state parties, in times of national emergency, inform other states parties of the nature and extent of the derogations they have made and of the reasons therefore, and further, to fulfill their reporting obligation under article 40 of the Covenant by indicating the nature and extent of each right derogated from together with the relevant documentation.’<sup>180</sup>

This particular feature of Article 15 has rarely been proved to be problematic in the past, however, in *Brannigan and McBride* the applicants had claimed that according to Art 4(1) of the ICCPR Covenant, in which, it is explicitly required that an emergency should have been “officially proclaimed” by the government, the applicants argued that the United Kingdom had never declared a state of emergency related to Northern Ireland.<sup>181</sup> The European Court of Human Rights considered that

---

<sup>176</sup> J. Oraa, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford U.P., 1992, p. 85.

<sup>177</sup> Marks, ‘Civil Liberties at the Margin,’ *op. cit.*, p. 81.

<sup>178</sup> Bianchi & Naqvi, ‘International Humanitarian Law & Terrorism’, *op. cit.*, p. 51.

<sup>179</sup> UN Doc CCPR/C/SR.496, para 19 (El Salvador); UN Doc CCPR/C/SR.335, para 24 (Uruguay).

<sup>180</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, ICCPR General Comment No. 1: Article 4 (Derogations) Adopted by the 13<sup>th</sup> Session of Human Rights Committee, on 31 July 1981(UN Doc. A/36/40).

<sup>181</sup> *Brannigan and McBride v United Kingdom*, *op. cit.*, para 72-73.

there was no foundation for the applicants' argument.<sup>182</sup> The Court dismissed this argument and observed that the statement of the Home Secretary to Parliament regarding derogation was formal in character and made the position of the government clear and was "well in keeping with the notion of an official proclamation."<sup>183</sup>

### 3. The Case of *A and Others v. the United Kingdom*

#### 3.1. Background

This paper will now consider the judgment made by the European Court of Human Rights in the case of *A and Others v United Kingdom* in 2009 which may shed some light on the approach adopted by the Court for the future cases in relation to the so-called "permanent state of emergency."<sup>184</sup> The issue before the Court was concerning a number of foreign nationals detained in the United Kingdom under the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.<sup>185</sup> The Court had to consider if UK's derogation in relation to Art 5(1) of the Convention permitting detention of foreign nationals suspected of international terrorist activities based on a public emergency in the light of 11 September 2001 terrorist attacks on the United States was justified.<sup>186</sup>

In its derogation statement the British government referred to the tragic loss of life of her citizens on 11 September 2001 in the United States, emphasising that the attackers did not seem deliberately to target British citizens.<sup>187</sup> Indeed, there were victims from 70 countries,<sup>188</sup> many of

---

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Ibid, see also the British Home Secretary's statement to the British Parliament, Douglas Hurd, HC Debs. Standing Comm B, cols 234-5, 22 Dec 1988.

<sup>184</sup> *A and Others v. The United Kingdom*, Appl. no. 3455/05, 19 May 2009, para 15.

<sup>185</sup> Available at: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>>.

<sup>186</sup> *A and Others v. The United Kingdom*. *Op. cit.*, paras 9, 10 & 11.

<sup>187</sup> The derogation was made by giving notice to the Secretary-General of the Council of Europe under Article 15(3) of the Convention. SI 2001/3644; it was laid before the parliament on 12 November 2001, coming into effect on the following day. It designates the proposed derogation as one

<sup>188</sup> It is important to note that many of these states including Germany, Netherlands, France and Italy were equally affected but did not issued derogation orders in relation to the right of liberty and security under the Convention. Indeed, some of the terrorists

whom came from the states within the Council of Europe.<sup>189</sup>The UK Government had argued all along that the mere fact that Britain is standing shoulder to shoulder with the United States in its ‘War on terrorism’ would automatically make it a prime target for the international terrorism.<sup>190</sup> These attacks were, in fact, duly condemned by the international community and the United Nations Security Council of the UN through Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001).<sup>191</sup> However, the terrorist attacks on London on 7 July 2005, would appear to be a much sounder basis for derogation.<sup>192</sup> As a result, the governments of Blair and

---

involved in the attacks on the US were initially based in Germany, which has not issued a derogation order from Art 5 of the Convention. See generally A. Clapham, ‘Terrorism, National Measures and International Supervision’, in A. Bianchi and Y. Naqvi (eds.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Hart Publishing, 2004, pp. 283-306, p. 284.

<sup>189</sup>On 24 January 2002 the Council of Europe’s Parliamentary Assembly adopted Resolution 1271 (2002) which resolved, in paragraph 9: ‘in their fight against terrorism, Council of Europe members should not provide for any derogations to the European Convention on Human Rights,’ also in paragraph 12, it also called on all member States to: ‘... refrain from using Article 15 of the European convention on Human Rights (derogation in times of emergency) to limit the rights and liberties guaranteed under its article 5 (right to liberty and security). Apart from the United Kingdom no other member of the Council of Europe chose to derogate from Article 5 of the Convention.

<sup>190</sup>In his speech address to the Labour Party conference in October 2001, delivered a month after the terrorist attacks in New York and Washington DC, Tony Blair the then Premier of the United Kingdom painted an apocalyptic picture of the Western world under imminent threat from further terrorist attacks, a constant danger that would have to lead to profound changes in our view of human rights in general and personal liberty in particular: ‘It was the events of September 11 that marked a turning point in history, where we confront the dangers of the future and assess the choices facing humankind ... Here in this country and in other nations round the world, laws will be changed, not to deny basic liberties but to prevent their abuse and protect the most basic liberty of all: freedom from terror.’ Text available at: <<http://www.guardian.co.uk/politics/2001/oct/02/labourconference.labour6>>.

<sup>191</sup>United Nations Security Council Resolution 1373 (2001) adopted by the Security Council at its 4385<sup>th</sup> meeting, on 28 September 2001.

<sup>192</sup>It is worth noting that the London bombing attacks were carried out by three second-generation British citizens, Hasib Hussein, Mohammad Sidique Khan, and Shehzad Tanweer, and one long-term British resident Jermaine Lindsay. C. Walker, ‘Keeping Control of Terrorists without Losing Control of Constitutionalism’ *Stan. L. Rev.* 1395 (2007), p. 1397; see also Intelligence & Sec. Comm., Report into the London

Brown sought substantially to increase the government's powers to detain terrorist suspects prior to the persons concerned being charged with any specific offence.<sup>193</sup> Nevertheless, 'it would seem difficult to argue successfully that a situation in another non-bordering state gave rise to state of emergency in a state.'<sup>194</sup>

It is often argued that 'terrorism has changed fundamentally since 11 September 2001, and consequently, the experience and guidelines which for instance the European Court of Human Rights has elaborated no longer carry the same relevance.'<sup>195</sup>

### **3.2. Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ATCSA)**

As mentioned above, as a result of 11 September 2001 attacks the British government introduced Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, which gave the Secretary of State extended powers to detain indefinitely persons not holding British citizenship who could not be expelled in the ordinary way (because they would face inhumane or degrading treatment) if he suspected that they were international terrorists.<sup>196</sup> Upon the Secretary of State issuing a certificate under Section 21(1) of the Act indicating his belief that the person's presence in the UK was a risk to the national security and that he suspected the person of being an international terrorist then this certificate is subject to an appeal to the Special Immigration Appeals Commission (SIAC),<sup>197</sup> established under the Special Appeals Commission Act 1997, as a result of the adverse ruling

---

Terrorist Attacks on 7 JULY 2005, 2006, Cm. 6785, at 2, Report of the Official Account of the Bombings in London on 7<sup>TH</sup> July 2005, 2006, H.C. 1087, at 13, 17.

<sup>193</sup> I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*, Oxford U.P., 6<sup>th</sup> ed., P. 738.

<sup>194</sup> M. Dixon, R. McCorquodale, *Cases and Materials on International law*, Oxford U.P., 2011, p. 217.

<sup>195</sup> H-O. Sano, S. Lagoutte, P. Scharff-Smith, *Human Rights in Turmoil: Facing Threats, Consolidating Achievements*, Brill, 2006, p. 154.

<sup>196</sup> Section 23 of ATCSA.

<sup>197</sup> See generally House of Commons Constitutional Affairs Committee, *The Operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the Use of Special Advocates*, Seventh Report of Session Of 2004-05: House of Commons, Vol. 1 Report, Together with the Formal Minutes, Stationary Office Books, 2005.

by the European Court of Human Rights in *Chahal v United Kingdom*.<sup>198</sup> Indeed, some academics have argued that as regards the United Kingdom and the post 9/11 threat, since the only state to which the suspect could be deported would typically be one where there was a real risk of such ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention, deportation there would breach the Home Secretary's obligation to act in accordance with Convention rights.<sup>199</sup>

Furthermore, SIAC has the power to cancel the certificate if it believes that such certificate should not have been issued in the first place.<sup>200</sup> There can be an appeal on a point of law from a ruling by SIAC. In addition, the certificate has to be reviewed by SIAC under regular intervals. However, it is open to a detainee to end his detention at any time by agreeing to leave the United Kingdom.<sup>201</sup> The power to detain conferred by section 23 of the Act involved derogation from the right to liberty guaranteed by Article 5(1) of the Convention. Subsequent to Human Rights Act 1998, Art 5 had effect as part of the law in the UK 'subject to any designated 'derogation or reservation'. In this regard Bonner notes:

---

<sup>198</sup> Indeed, some academics have argued: 'As regards the United Kingdom and the post 9/11 threat, since the only state to which the suspect could be deported would typically be one where there was a real risk of such ill-treatment contrary to Art. 3 of the Convention, deportation there would breach the Home Secretary's obligation to act in accordance with Convention rights.' See *Chahal v. The United Kingdom*, Appl. no. 22414/93, 15 November 1996.

<sup>199</sup> D. Bonner, and R. Cholewinski, (2005) *Immigration and Asylum Law: the impact of terrorism in the United Kingdom*, 'A Contrast of the Responses of its Legal and constitutional Orders to the First Gulf War (1990-91) and the Post 9/11 'War' on Terrorism', in E. Guild, A. Baldaccini, (eds.) *Terrorism and the Foreigners: A Decade of Tension Around the Rule of Law in Europe (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 11)*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 144.

<sup>200</sup> Since its establishment in 2001, SIAC has dealt with appeals against immigration and asylum decisions where, because of national security or other public interest considerations, some of the evidence on which the decision is based cannot be disclosed to the appellant. It is presided by a High Court judge and its decisions are not amenable to judicial review and can only be challenged by way of appeal on a point of law to the Court of Appeal as provided in ATCSA, Section 30(5)(a).

<sup>201</sup> Sections 21 and 23 of the 2001 Act a person certified and detained to leave the United Kingdom and go to any other country willing to receive him. *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department* [2004] 1 All ER 816, para 33.

From the outset, Government was clear that its scheme of indefinite detention without trial of foreign national terrorist suspects, unable to be prosecuted or deported, was incompatible with the guarantee of liberty and security of person afforded by Article 5 of the Convention, as normally applicable. It accordingly entered a protective derogation under Article 15 of the Convention, arguing that, in accordance with that provision, the scheme was a justified, necessary and proportionate response to a public emergency threatening the life of the nation.<sup>202</sup>

Clearly, as noted above, the steps taken by the Government in passing this piece of legislation was in the interest of the national security after 11 September 2001. It has to be emphasised that at the time several domestic powers of detention existed under United Kingdom law, namely powers under the Immigration Act 1971 to remove and deport persons on the ground that their presence in the UK is not conducive to the public good or national security ground.<sup>203</sup>

### **3.3. Indefinite Detention of Foreign Nationals**

In a momentous decision taken in December 2004 case of *A and others v Secretary of State for the Home Department*,<sup>204</sup> which concerned the detention without trial of mainly North African non-national residents in the UK, the House of Lords found the derogation notice invalid, because it was deemed to be disproportionate and discriminatory.<sup>205</sup> It is significant to point out that the House of Lords' ruling on the derogation submitted

---

<sup>202</sup> D. Bonner, *Executive Measures, Terrorism and National Security: Have the Rules of the Game Changed?*, Ashgate, 2007, p. 291.

<sup>203</sup> The Government of the United Kingdom has powers under the Immigration Act 1971 to remove or deport persons on the ground that their presence in the United Kingdom is not conducive to the public good on national security grounds. The extended power of arrest and detention in the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 is a measure which is strictly required by the exigencies of the situation. L.J. Murdoch, *Article 5 of the European Convention on Human Rights, the Protection of Liberty and Security of Person: Human Rights Files*, 12 (rev), Council of Europe, 2004, p. 124.

<sup>204</sup> This case is also referred to as the 'First Belmarsh case.' Nine judges sat in this case. Lord Walker was the only dissenting voice on this point. *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department* [2004] 1 All ER 816.

<sup>205</sup> *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department*, paras 1&2.

by the British government in 2001 in the aftermath of 11 September 2001 attacks in the United States is an important precedent for the application of Article 15 of the Convention.<sup>206</sup> The accused were detained in 2001 under the power conferred by Section 23 of the ATCSA act. The detainees appealed to SIAC on the basis that the 2001 Act had violated the prohibition on discrimination under art 14 of the Convention as they allowed suspected terrorist who were non-national to be detained when there were equally dangerous British nationals who could not be detained. That argument was accepted by SIAC, which in July 2002, quashed the 2001 order and granted a declaration that Section 23 was incompatible with Articles 5 and 14 of the Convention.<sup>207</sup>

The Secretary of State appealed and subsequently the decision was overturned by the Court of Appeal on the basis that, the proper pigeonhole for the legislative scheme was 'immigration', which of necessity distinguishes, as recognised in international law, between citizens and aliens, and that the greater threat to the national security came from foreign nationals, so that the detention of such nationals was not discriminatory contrary to Article 14 of the Convention.<sup>208</sup> The accused appealed against the Court of Appeals decision and took their case to the House of Lords. The House of Lords with a majority of eight to one ruled that the indefinite detention without trial at Belmarsh and Woodhill High Security prisons breached the Convention. As a reaction to this decision,

---

<sup>206</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 619.

<sup>207</sup> Bonner, Executive Measures, Terrorism and National Security, *op. cit.*, p. 291; Conte, Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism, *op. cit.*, p. 540.

<sup>208</sup> Both SIAC and more so the Court of Appeal paid special attention to executive opinions of the possibility of danger that existed in the UK on the same level by the Al Qaeda operatives as the devastating attacks upon the United States. In the court of appeal, Lord Woolf referred to the Derogation in time of emergency (para 33-35) and he concluded that again paying due deference to executive opinion, the detention measure taken did not go beyond the exigencies of that emergency situation required; nor were they disproportionate. The Court of appeal also held that because of the availability of SIAC appeal and review options, the deprivation of liberty imposed was subject to adequate safeguards.



the UK Government withdrew part of its derogation and also secured the enactment of the Prevention of Terrorism Act 2005, which introduced the mechanism commonly known as control orders.<sup>209</sup> Furthermore, as a result of many legal disputes allied to a change of government in the UK in 2010, the aforementioned act was replaced by ‘the terrorism prevention and investigation measures’ (T-PIMs), issued under the Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011.<sup>210</sup>

### **3.4. The European Court of Human Rights and the Notion of Permanent Emergency**

Both the House of Lords and the Court when called upon to decide whether there was a public emergency threatening the life of the nation utilized the margin of appreciation doctrine. The Court held that ‘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.’<sup>211</sup> Furthermore, a wide margin of appreciation should be granted to the state concerned ‘on the nature and scope of the derogations necessary to avert it.’<sup>212</sup> In spite of the fact that the UK was the only member state of the Council of Europe to declare a state of emergency under Article 15 of the Convention the Court accepted that there was indeed a state emergency threatening the life of the nation in the UK. It is worth noting that in the aftermath of a major terrorist attacks on Madrid train station on 11 March 2004, costing the lives of many innocent people, Spain did not declare a state of emergency.<sup>213</sup> By relying on *Lawless*, the

---

<sup>209</sup> Dickson, Human Rights and the United Kingdom Supreme Court, *op. cit.*, p. 167.

<sup>210</sup> Available at : <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/enacted>>.

<sup>211</sup> *A and Others v. The United Kingdom*, *op. cit.*, para 173.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> Spain was one of the few countries that had joined the US and UK in their ‘war on terrorism’ after 9/11 and it could be argued that, its cooperation with the US administration made them a target. Madrid Train Attacks, 11 March 2004, available at: <<http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/guides/457000/457031/html/default.stm>>.

Court held that any terrorist attack could constitute an emergency, therefore, it could be inferred that a state of emergency existed.<sup>214</sup>

On this point, the House of Lords was in unison with the Court in considering that acts of terrorism can constitute an emergency.<sup>215</sup> In contrast, Lord Hoffman, the only dissenting Law Lord stated that the attacks of the 11 September 2001, and the subsequent threat posed by the Al-Qaeda organization did not amount to a state of emergency. He likened the threat posed by that organization to the Spanish Armada or Nazi Germany which had imperilled the life of the nation through overthrowing the UK rule and to subject its citizens to their rule.<sup>216</sup> Nonetheless, his Lordship conceded that organizations such as the Irish Republican Army because of its organization and dedication to endangering the territorial integrity of the UK posed more of a serious threat to the life of the nation.<sup>217</sup> Lord Hoffman was unequivocal in his criticism of the approach adopted by the UK government:

‘The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to terrorists such victory.’<sup>218</sup>

Hence, Lord Hoffman provided a warning to the danger of the executive’s abuse of power especially in relation to proportionality of actions taken. However, by considering the jurisprudence of the Court, it is fairly obvious that it has a very strict view of the issue of abuse of power. As in the present case, the Court stated:

It is ultimately for the Court to rule whether the measures were “strictly required.” In particular, where a derogating measure

---

<sup>214</sup> *A and Others v. The United Kingdom*, *op. cit.*, para 176, see also *Lawless v Ireland*, *op. cit.*, para 28.

<sup>215</sup> *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, para 115.

<sup>216</sup> *Ibid*, para 91.

<sup>217</sup> *Ibid*, para 93.

<sup>218</sup> *Ibid*, para 97.

encroaches upon a fundamental Convention right, such as the right to liberty, the Court must be satisfied that it was a genuine response to the emergency situation, that it was fully justified by the special circumstances of the emergency and that adequate safeguards were provided against abuse.<sup>219</sup>

It is significant to point out that the Court adopted an identical approach to the House of Lords by not questioning whether a national emergency actually existed.<sup>220</sup> Therefore, both decisions of the House of Lords and the Court concentrated on the second condition of Article 15, whether the measures were proportionate to the exigencies of the situation. By following the reasoning applied by the House of Lords in the domestic case the Court paid special deference to the highest court in the UK and held that the measures taken by the UK Government:

While imposing a disproportionate and discriminatory burden of indefinite detention on one group of suspected terrorists. As the House of Lords found, there was no significant difference in the potential adverse impact of detention without charge on a national or on a non-national who in practice could not leave the country because of fear of torture abroad.<sup>221</sup>

Hence, this pronouncement mirrors the majority decision in the House of Lords that the derogation measures of the indefinite detention without trial of foreign terrorist suspects, was not 'strictly required by the exigencies of the situation' and therefore violated the right to liberty of those foreign terrorist suspects.<sup>222</sup> Moreover, the House of Lords held that by detaining foreign but not British terrorist suspects, Part 4 of the ATCSA breached the prohibition of discrimination contained in Articles 5 and 14 of the

---

<sup>219</sup> *A and Others v. The United Kingdom*, *op. cit.*, para 184, see also *Brannigan & McBride*, paras 48-66; *Aksoy*, paras 71-84.

<sup>220</sup> *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, Lord Bingham, paras 30-44.

<sup>221</sup> *A and Others v. The United Kingdom*, *op. cit.*, para 186.

<sup>222</sup> *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, Lord Bingham, paras 30-44.

Convention.<sup>223</sup> As noted briefly above, it is the general approach of the Court to pay deference to the national authorities of the member states but this deference cannot be blind.<sup>224</sup> As Lord Rodger succinctly put it, ‘due deference does not mean abasement ... even in matters relating to national security.’<sup>225</sup> Ever since the case of *Lawless*, which was a standard bearer for cases in relation to Article 15 of the Convention both the Commission and the Court adopted a noticeably deferential attitude to the national government as to whether a public emergency existed as well as granting states a wide margin of appreciation.<sup>226</sup> In fact, the *Greek* case was the only occasion that the Commission did not accept a declaration of the Government of Greece, therefore stopping the case ever appearing before the Court.<sup>227</sup> Nonetheless, some scholars have noted that his decision had more to do with the anti-democratic nature of the government that declared the state of emergency in Greece rather than an objective analysis of whether an immediate and serious threat was posed by the communist insurgents in Greece.<sup>228</sup> It is submitted that by declaring a state of emergency under Article 15 of the Convention will to some extent protect human rights as illustrated by the jurisprudence of the Court which clearly distinguishes normalcy from a state of emergency.

As mentioned above, in practice most of the cases concerning emergency situations that have come before the Court have involved continuing terrorist violence and campaigns of irregular armed groups. Inevitably the question arises whether a state can justify ‘continuing of measures which may well be proper response to the most intense periods of violence and disorder, during periods of relative calm, albeit possibly to the

---

<sup>223</sup> Ibid, Lord Bingham, paras 45-73.

<sup>224</sup> Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, *op. cit.*, P. 179.

<sup>225</sup> *A & Others v. The Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, Lord Roger, para 176.

<sup>226</sup> *Lawless v. Ireland* (No. 3), *op. cit.*, para 28.

<sup>227</sup> For a general discussion of this case see Gross and Ni Aoláin, ‘Law in Times of Crisis’, *op. cit.*, p. 273-276.

<sup>228</sup> Ibid, pp. 274-275.

contrary.<sup>229</sup> These days, more often than not, the main threat to a state's *raison d'être* comes from non-state actors in the shape of intangible form of terrorism.<sup>230</sup> Furthermore, the perpetrators of such acts wear no identifiable uniform or insignia in order not to be recognised by the authorities.<sup>231</sup> The *modus operandi* of such non-state actors distorts the line between combatants and civilians on the one hand and war and the criminal justice system on the other.<sup>232</sup> For states concerned this poses a novel challenge of while combating terrorism they will have to effectively protect their citizens as well as maintain human rights and democratic freedoms.<sup>233</sup> It is worth noting that this phenomenon is not limited to the developing states and as the recent events in Ukraine illustrate the continent of Europe has not been immune from this trend.<sup>234</sup>

### 3.5. The New Challenges Facing the Court

The biggest challenge facing the Court will be how to deal with on-going conflicts as in the recent case of Ukraine.<sup>235</sup> Many scholars opine that as empirical evidence in modernity has shown, the state of emergency has now become as frequent that it is essentially permanent. The Italian

---

<sup>229</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 634.

<sup>230</sup> M. Sassoli, 'Terrorism and War', *JICJ*, vol. 4, No. 5, 959-981, (2006), p. 959.

<sup>231</sup> Rogers, 'Unequal Combat and the Laws of War', *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, December 2004, pp 3-34, p. 5.

<sup>232</sup> M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. 2, *Multilateral and Bilateral Enforcements Mechanism*, Brill, 2008, p. 58-59.

<sup>233</sup> It has been argued that rather than being opposed to each other, the aim of countering terrorism and maintaining human rights are complementary and mutually reinforcing. A. Conte, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism: Commonwealth Approaches: The United Kingdom, Canada, Australia and New Zealand*, Springer, 2010, p. 689; see also *Brogan and Others v. United Kingdom*, Appl. Nos. 11209/84, 11266/84, 11386/85, Merit, Judgment (29 Nov. 1988), para 48.

<sup>234</sup> P. Leach, 'The Chechen Conflict: Analyzing the Oversight of the European Court of Human Rights', *EHRLR* 6 (2008) 732, p. 733; see also *Isayeva v. Russia*, Appl. No. 57950/00, 24 February 2005, para 191.

<sup>235</sup> See 'The Functioning of Democratic Institutions in Ukraine', Assembly Debate on 30 January 2014 (7<sup>th</sup> Sitting) (see Doc. 13405 and Addendum, report of the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), co-rapporteurs: Ms Mailis Reps and Ms Marietta de Pourbaix-Lundin). Text adopted by the Assembly on 30 January 2014 (7<sup>th</sup> Sitting).

philosopher Giorgio Agamben has argued that ‘the state of exception (Ausnahmезustand) tends increasingly to appear as the dominant paradigm of government in contemporary politics.’<sup>236</sup>

Since the collapse of communism in Easter Europe and accession of former Soviet Bloc countries the makeup of the Council of Europe has changed enormously.<sup>237</sup> According to some authors these former communist states are now divided into two groups of Central and Eastern European states, namely the group of states such as Poland, Hungary, Romania, Czech and Slovak Republics which ‘consolidation’ after transition to liberal democracy was the *mot d’ordre*, and joining the Council of Europe was to avert any backslide into virulent nationalism or populist authoritarianism.<sup>238</sup> For these states, the resort to derogation from certain rights in the Convention may prove to be problematic, raising the danger of political conflation with previously rule-deficient exceptional regimes.<sup>239</sup> On the other hand, another group of the late joiners the most prominent of which is Russia are at times accused of the most flagrant and systematic violations of human rights on their territories.<sup>240</sup> For instance, in the past, Russia has been very reluctant to enter any derogation from the Convention in respect of its actions in Chechnya, maintaining all along

---

<sup>236</sup> Agamben is of the opinion that there are similarities between the use of emergency measures in post-revolutionary France, Britain through the First World War and during the reign of Nazi Germany in the 1930s with far reaching consequences for liberal democratic societies which claim to protect the rights and freedoms of their citizens as well as raising challenging questions regarding the dichotomy between liberal democracies, totalitarian governments and colonial regimes. G. Agamben, *State of Exception*, Trans. Kevin Attell, Chicago U.P., 2005, p. 27.

<sup>237</sup> See the Resolution 1096 (1996) by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) on ‘measures to dismantle the heritage of the former communist totalitarian systems’, issued on 27 June 1996. Available at: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta96/ERES1096.htm>>.

<sup>238</sup> W. Sadurski, ‘Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Ideal of Pilot Judgments’, *Human Rights Law Review* 9:3(2009), 397-453, p. 435.

<sup>239</sup> Ibid.

<sup>240</sup> Ibid.

that its operation there was a ‘counter-terrorist’ one.<sup>241</sup> In spite of this, other late comers into the Council of Europe such as Armenia in November 2007 and Georgia in March 2008 have entered derogations to the Convention.<sup>242</sup> As the cases have started to trickle through to the Court, ‘the justices have to consider that they should judge military operations (including aerial bombardment and artillery shelling) against a normal legal background.’<sup>243</sup>

This provides the Court with a unique challenge since the Convention and the Court are founded in human rights law norms and practice.<sup>244</sup> It is worth mentioning that in recent decades the distinction between the International Humanitarian Law (Laws of War) and International Human Rights Law is no longer delineated on the classical division of the two bodies of international law.<sup>245</sup> In fact, there is now a growing body of

---

<sup>241</sup> P. Leach, ‘the Chechen Conflict: Analysing the Oversight of the European Court of Human Rights’, *EHRLR* 6 (2008) 732, p. 733; for the background information for the conflict in Chechnya see O. Solvang, ‘Russia and the European Court of Human Rights: The Price of Non-Cooperation’ (Winter 2008) Vol. 15 *Human Rights Brief*, Issue 2, pp. 14-17.

<sup>242</sup> Council of Europe Parliamentary Assembly, the Protection of Human Rights in Emergency situations: Report for the Committee on Legal Affairs and Human Rights (Doc. 11858; 9 April 2009), Rapporteur: Mr Holger Haibach; and Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1865 (2009) The Protection of Rights in Emergency Situations: Reply for the Committee of Ministers, adopted at the 1081<sup>st</sup> meeting of the Ministers’ Deputies on 31 March 2010 (Doc. 12204, 16 April 2010). Available at: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12260&Language=EN> and <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=12849&Language=EN>.

<sup>243</sup> Ni Aolain, ‘Transitional Emergency Jurisprudence’, *op. cit.*, p. 42.

<sup>244</sup> *Isayeva v. Russia*, 24 February 2005, Appl. no. 57950/00, para 191; Ni Aolain, ‘Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition’, *op. cit.*, p. 40.

<sup>245</sup> There is a wealth of literature on the subject, see for example, D. Schindler, ‘Human Rights and Humanitarian Law’, (1981-2) 31 *American University Law Review*, pp. 935-977; L. Doswold-Beck and S. Vite, ‘International Humanitarian Law and Human Rights Law’, (1993) No. 293 *IRRC* 94-119; F. Hampson, ‘Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts’, (1992) 31 *Revue de droit militaire et de droit de la guerre* 119-142; C. Droegge, ‘The Interplay between International Humanitarian Law and international Human Rights Law in Situations of Armed Conflict’, 40 *Israel Law Review* 310 2007.

scholarly work which maintains that in essence human rights protection continues even during an armed conflict regardless of the intensity of the conflict.<sup>246</sup> A prominent feature of ‘the Convention’s jurisprudence has been its past unwillingness to concede or simultaneously undertake a review of the contemporaneous application of humanitarian law norms with human rights standard.’<sup>247</sup> Moreover, where human rights norms have evolved they have done so consistent with developments in the domestic jurisprudence and practice of states.<sup>248</sup>

In occasions, where states experience internal strife or internal armed conflict it is inevitable that the two legal regimes concurrently come into play in the same jurisdiction.<sup>249</sup> Despite the Court’s reluctance to examine the interaction between International Humanitarian Law and Human Rights Law in cases related to Northern Ireland and Turkey in the past it is inevitable that it would have to address these issues regarding Russia in the case of Chechnya and the troubles in Ukraine in 2014. As mentioned above, Russia has always maintained that its operations in Chechnya as purely anti-terrorism, neither a state of emergency nor a situation of martial law has been declared since the commencement of the conflict.<sup>250</sup> Hence, it would be very difficult for the Court ‘to view the violations of rights solely in the context of international human rights law norms may be to impoverish judicial and state understandings of the nature of their legal obligations.’<sup>251</sup> Furthermore, it seems that there is currently reluctance on the part of some members of Council of Europe to declare a state of emergency even when faced with palpable internal armed conflict

---

<sup>246</sup> See generally L. Doswald-Beck, ‘The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?’ *IRRC*, Vol. 88 Number 864 December 2006, 881-904.

<sup>247</sup> Ni Aolain, ‘Transitional Emergency Jurisprudence’, *op. cit.*, p. 42.

<sup>248</sup> S. Greer, *The European Convention on human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge U.P., 2007, p. 55.

<sup>249</sup> H-J. Heintze, ‘On the Relationship between Human Rights, Protection and International Humanitarian Law’, *IRRC*, December 2004 Vol. 86 No. 856, p. 789.

<sup>250</sup> Harding, L., ‘Russia end anti-terrorism operation in Chechnya’, *the Guardian*, 16 April 2009; see also *Isayeva v. Russia*, *op. cit.*, para 66.

<sup>251</sup> Ni Aolain, ‘Transitional Emergency Jurisprudence’, *op. cit.*, p. 43.



as in the case of Ukraine on their territory in 2014.<sup>252</sup> It is fair to sum up that in general, states more often than not try to avoid relying on Article 15, particularly in cases of internal disorder, where there is always a risk that the government's opponents will use the emergency declaration as evidence of the effectiveness of their campaign against the authorities.<sup>253</sup> It will be a very difficult task for the Court to continue its formalist approach and maintain that a normal legal assessment applies.<sup>254</sup> Consequently, the Court may have to adopt a different approach in order to 'delve into the question of complementarity of human rights and international humanitarian law.'<sup>255</sup>

It is submitted that in occasions the Court will have no alternative but to directly deal with the issue of interaction between international human rights law and international humanitarian law. In the case of *Korbely v. Hungary* the Court had to consider whether the acts of a Hungarian military officer during the Hungarian revolution in Budapest in October 1956, resulting in the death and injury of a number of insurgents amounted to crimes against humanity.<sup>256</sup> After a series of domestic cases and appeals the applicant was convicted of multiple homicides, which according to the Hungarian judiciary, constituted a crime against humanity punishable under Article 3 of the Geneva Convention and as a result the prosecution was not subject to statutory limitation.<sup>257</sup> The Court

---

<sup>252</sup> 'Ukraine will not declare state of emergency' Reuters, 21 January 2014, available at : <<http://www.reuters.com/search?blob=ukraine+state+of+emergency>>.

<sup>253</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 620.

<sup>254</sup> *Isayeva v. Russia*, *op. cit.*, para 66; Ni Aolain, 'Transitional Emergency Jurisprudence', *op. cit.*, p. 44.

<sup>255</sup> Leach, 'the Chechen Conflict', *op. cit.*, p. 734.

<sup>256</sup> On 16 February 1993, the Hungarian Parliament passed an Act ("the Act") which provided, *inter alia*, that – having regard to the 1968 United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity (proclaimed in Hungary by Law-Decree no. 1 of 1971) – certain acts committed during the 1956 uprising were not subject to statutory limitation. Subsequently, the President of the Republic initiated the review of the constitutionality of the Act prior to its promulgation. *Korbely v. Hungary*, Appl. no. 9174/02, 19 September 2008, para 16.

<sup>257</sup> *Ibid*, para 16.

had to consider the relationship between Common Article 3 of the four Geneva Conventions (1949) and applicable human rights standards under the Convention's protection.<sup>258</sup> The applicant's conviction was based on the fact that one of the victims that he had allegedly killed was a non-combatant for the purpose of common Article 3. The applicant relying on Article 7 of the Convention submitted that he had been convicted in respect of an act which had not constituted a criminal offence at the time it was committed. While the Court did not shy away from considering common Article 3 alongside human rights norms, it held that the applicant's did not satisfy all elements of a crime against humanity, therefore, there was a violation of Article 7 of the Convention (no punishment without law) on the part of the state.<sup>259</sup> Moreover, the Court concluded that no conviction for crimes against humanity could reasonably be based on common Article 3 in light of the international standards prevailing at the time.<sup>260</sup> Cast in this light, the case-law mentioned above and their analysis will shed some light on the task the Court will be facing in the future especially in relation to Article 15 of the Convention and situations where there are no clear-cut dichotomy between a civil strife and an internal armed conflict.

#### **4. Conclusion**

The approach adopted by the Strasbourg Court to Article 15 is based upon democracy, the rule of law and protection of human rights. There is no question that power of derogation in times of emergency not only was a necessity but also enabled the Convention organs to supervise the conduct of the states. It can also be deduced, from the Court's jurisprudence that the margin of appreciation has increasingly been granted to states in regards to the state of emergency and proportionality of their action. However, it is submitted that in certain instances the government concerned has to provide a plausible basis for an emergency situation. The Court in recent years has hardly questions the existence of an emergency

---

<sup>258</sup> Ibid, para 90.

<sup>259</sup> Ibid, para 76.

<sup>260</sup> Ibid, para 32.

threatening the life of the nation. As noted above, the *Greek* case was the only occasion in which the Court did not accept the government of Greece's submission of a derogation mainly due to the undemocratic nature of the revolutionary government. Thus, in recent times, the Court rather than question the existence of an emergency in a particular situation has rather concentrated on the second part of the Article 15 namely the proportionality test – that the measures enacted by the state concerned have been proportionate to the exigencies of the situation. It is fair to say that even its proportionality test has been subjected to a wide margin of appreciation too. As a consequence, granting a tangible level of deference to the national authorities concerned.

The perfect illustration of the modern application of Art 15 is in dealing with the nature of international terrorism particularly after the tragic events of 11 September 2001 in the United States. As discussed above, in the light of the UK government's defeat in the House of Lords and subsequently in the European Court of Human Rights in *A and Others v. the UK*, in relation to illegal detention of a number of Foreign national accused of involvement in international terrorism. The European Court of Human Rights held that the UK Government's action in this regard, namely, the differential treatment of nationals and non-national as discriminatory and inconsistent with Article 14 of the Convention, from which there had been no derogation. Although the Court did not deal directly with the issue of "permanent emergency", neither did it question the viability of the derogation submitted by the UK Government after 11 September 2001 attacks on the US. In other words, the UK Government was granted a significant margin of appreciation. In spite of the fact, that at the time of the enactment of Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, the UK had not been directly attacked on its soil.

In the last decade, the Court has had to preside over many cases from the former communist states in general and Russia and its on-going conflict in Chechnya in particular. In spite of the fact that the Convention is firmly embedded in human rights norms, the Court has had to consider the

interaction between international human rights and international humanitarian norms. This article recognises instances in which the Court will inevitably have to deal with circumstances in which the dichotomy between a civil strife and an internal armed conflict in relation to Article 15 are not as clear cut.

### **Bibliography:**

- A (FC) et al (FC) (Appellants) v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.
- A and Others v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.
- A and Others v. The United Kingdom, Appl. no. 3455/05, 19 May 2009.
- Agamben, G., State of Exception, Trans. Kevin Attell, Chicago U.P., 2005.
- Aksoy v Turkey, appl. no. 21987/93, Judgement of 18 December 1996.
- Al-Skeini and Others v. United Kingdom, Appl. no. 55721/07, 7 July 2011.
- Alston, P., et al., International Human Rights Law in Context: Law, Politics, Morals, Oxford U.P., 3rd ed., 2007.
- The Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011, available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/enacted>.
- The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>.
- BBC News Special Report, ‘London attacks’, available at: [http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/05/london\\_blasts/what\\_happened/html/](http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/05/london_blasts/what_happened/html/).

- Bianchi, A. & Naqvi, Y., *International Humanitarian Law & Terrorism*, Hart Publishing, 2011.
- Bonner, D., ‘Managing terrorism While Respecting Human Rights? European Aspect of the Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001’ (2002) 8 *European Public Law* 497-525.
- Bonner, D. and Cholewinski, R., (2005) *Immigration and Asylum Law: the impact of terrorism in the United Kingdom, ‘A Contrast of the Responses of its Legal and constitutional Orders to the First Gulf War (1990-91) and the Post 9/11 ‘War’ on Terrorism’*, in Guild, E. and Baldaccini, A., (eds.) *Terrorism and the Foreigners: A Decade of Tension Around the Rule of Law in Europe (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 11)*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Bonner, D., *Emergency Powers in Peace Time*, Sweet & Maxwell: London, 1985, p. 17.
- Bonner, D., *Executive Measures, Terrorism and National Security: Have the Rules of the Game Changed?*, Ashgate, 2007.
- Brannigan and McBride v. United Kingdom, 25 May 1993 (Appl. No. 14553/89; 14554/89).
- Brogan and Others v. United Kingdom, Appl. Nos. 11209/84, 11266/84, 11386/85, Merit, Judgment (29 Nov. 1988).
- Cassel, D., ‘Pretrial and Preventive detention of Suspected Terrorists: Options and Constraints under International Law’, 98 *J. Crim. and Criminology* (2008) 811, p. 829.
- Chahal v. The United Kingdom, Appl. no. 22414/93, 15 November 1996.

- Cherif Bassiouni, M., *International Criminal Law, vol. 2, Multilateral and Bilateral Enforcements Mechanism*, Brill, 2008.
- Clapham, A., 'Terrorism, National Measures and International Supervision', in A. Bianchi and Y. Naqvi (eds.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Hart Publishing, 2004.
- Comments on Protocol No. 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ["European Convention on Human Rights"] concerning the abolition of the death penalty, adopted by the Council of Europe in 1982.
- Conte, A., *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism: Commonwealth Approaches: The United Kingdom, Canada, Australia and New Zealand*, Springer, 2010.
- Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1865 (2009) The Protection of Rights in Emergency Situations: Reply for the Committee of Ministers, adopted at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies on 31 March 2010 (Doc. 12204, 16 April 2010) available at: <<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=12849&Language=EN>>.
- Council of Europe Parliamentary Assembly, the Protection of Human Rights in Emergency situations: Report for the Committee on Legal Affairs and Human Rights (Doc. 11858; 9 April 2009), Rapporteur: Mr Holger Haibach, Available at: <<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12260&Language=EN>>.

Council of Europe, ‘Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe (Science and Technique of Democracy), Council of Europe Publication, 2011.

Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires of the European Conventions on Human Rights/Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de L’homme, Vol. I: Preparatory Commission of the Council of Europe Committee of Ministers, Consultative Assembly, 11 May-8 September 1949 (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1975).

Cyprus v Turkey, Decision of 26 May 1975, DR 125, para 8.

Cyprus v. Turkey, Appl. no. 25781/94, 10 May 2001.

Declaration contained in a note verbale from the Permanent Representative of the United Kingdom to the Council of Europe, 18 December 2001.

Demir and Others v. Turkey, Appl. nos. 21380/93, 21381/93, 21383/93), 23 September 1998, para 52.

Dennis, M., ‘Application of Human Rights Treaties Extraterritorially to Detention of Combatants and Security Internees: Fuzzy Thinking All Round? ILSA Journal of International & Comparative Law 495 (Spring 2006).

Derogation contained in two Notes verbales from the Permanent Representation of Turkey, dated 12 September 1980, registered at the Secretariat General on 12 September 1980.

Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of the United Kingdom, dated 12 November 1998, registered at the Secretariat General on 13

November 1998 – or. Engl. – and withdrawn by a letter from the Permanent Representative of the United Kingdom, dated 4 may 2006, registered at the Secretariat General on 5 May 2006

Dickson, B., Human Rights and the United Kingdom Supreme Court, Oxford U.P., 2013.

Dixon, M. and McCorquodale, R., Cases and Materials on International law, Oxford U.P., 2011.

Doswald-Beck, L., ‘The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?’ IRRC, Vol. 88 Number 864 December 2006, 881-904.

Doswold-Beck, L. and S. Vite, ‘International Humanitarian Law and Human Rights Law’, (1993) No. 293 IRRC 94-119.

Droege, C., ‘The Interplay between International Humanitarian Law and international Human Rights Law in Situations of Armed Conflict’, 40 Israel Law Review 310 2007.

Dyzenhaus, D., The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency, Cambridge U.P., 2006.

Erdem v. Turkey, Appl. no. 38321/97, 5 July 2001.

Febbrajo, A. & Sadurski, W., Central and Eustern Europe after transition: Towards a New Socio-Legal Semantics, Ashgate, 2013.

Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom, Appl. no. 12244/86; 12245/86, 12383/86, 30 August 1990.

Gearty, C., ‘Democracy and Human Rights in the Court of Human Rights: a Critical Appraisal’ (2000) 51 Northern Ireland Legal Quarterly 381.



- Greece v United Kingdom, Appl. no. 176/57 (1958-1959) 2 Yearbook of the European Court of Human Rights, 525.
- Greer, S., The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, Cambridge U.P., 2007.
- Gross, O. & Ni Aolain, F., Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice, Cambridge U.P., 2006, p. 257.
- Gross, O. and Ni Aolain, F., 'From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights' (2001) 23 Human Rights Quarterly 625.
- Gross, O., 'Once More unto the Beach: the Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies', Yale Journal of International Law 23 (1998) 437.
- Guerrero v Colombia, Communication No. R.11/45 (5 February 1979), UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40).
- Hampson, F., 'Detention, the "War on Terror" and International Law' in H. Hensel (sd.) the Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force, Ashgate, 2005.
- Hampson, F., 'Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts', (1992) 31 Revue de droit militaire et de droit de la guerre 119-142.
- Handyside v. The United Kingdom, Appl. no. 5493/72, 7 December 1976.
- Harding, L., 'Russia end anti-terrorism Operation in Chechnya', the Guardian, 16 April 2009.

- Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M., Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford U.P., 2nd ed., 2009.
- Heintze, H-J., 'On the Relationship between Human Rights, Protection and International Humanitarian Law', IRRC, December 2004 Vol. 86 No. 856, p. 789.
- Higgins, R., 'Derogations under Human Rights Treaties', *British Yearbook of International Law* (1976) 48(1): 281-319.
- The British Home Secretary's statement to the British Parliament, Douglas Hurd, HC Debs. Standing Comm B, cols 234-5, 22 Dec 1988.
- House of Commons Constitutional Affairs Committee, *The Operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the Use of Special Advocates*, Seventh Report of Session Of 2004-05: House of Commons, Vol. 1 Report, Together with the Formal Minutes, Stationary Office Books, 2005.
- Intelligence & Sec. Comm., *Report into the London Terrorist Attacks on 7 JULY 2005*, 2006, Cm. 6785, at 2, Report of the Official Account of the Bombings in London on 7TH July 2005, 2006, H.C. 1087.
- International Convention on the Suppression of the Financing of Terrorism*, adopted by the General Assembly of the United Nations according to resolution 54/109 of 9 December 1999, entered into force on 10 April 2002, 39 ILM 270 (2000).
- Ireland v United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A No. 25; (1979-80) 2 EHRR 25.
- Isayeva v. Russia*, Appl. No. 57950/00, 24 February 2005.

- Janis, M.W., Kay, R.S. and Bradley, A.W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford U.P., 2008.
- Klass and Others v. Germany, Appl. No. 5029/71, 6 September 1978.
- Korbely v. Hungary, Appl. no. 9174/02, 19 September 2008
- Lawless v. Ireland, 19 December 1959 (Appl. No. 332/57).
- Lawless v Ireland, Judgments of 14 November 1960, 1 EHRR 15.
- Lawless v Ireland, Judgment of I July 1961, Series A No.2; (1979-80) 1 EHRR 13.
- Leach, P., ‘the Chechen Conflict: Analysing the Oversight of the European Court of Human Rights’, EHRLR 6 (2008) 732.
- Lee, H.P., *Emergency Powers*, Sydney: Law Book Co., 1984, p. 4; see also, e.g., *The International Law Association Paris Report* 61 (1984).
- Loizidou v. Turkey judgment of 18 December 1996 (merits), *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*, p. 2223.
- Loveland, I., *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction*, Oxford U.P., 6th ed., 2012.
- Madrid Train Attacks, 11 March 2004, available at: <<http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/guides/457000/457031/html/default.stm>>.
- Marks, S., ‘Civil Liberties at the Margin: the UK Derogation and the European Court of Human Rights’, 15 *Oxford JLS* 69 (1995) 72.
- Marshall v. United Kingdom, Fourth Section Decision as to the Admissibility of Appl. no. 41571/98, 10 July 2001.
- Martinico, G and Pollicino, O., *The Interaction between Europe’s Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation*

- of Supranational Laws', Edward Elgar Publishing, 2012.
- McCann et al v United Kingdom (App n. 18984/91) ECHR 27 September 1995.
- McGoldrick, D., 'The Interface between Public Emergency Powers and International Law', International Journal of Constitutional Law, Volume 2, Number 2, 2004.
- Mizock, A., 'The Legality of the Fifty-Two Year state of Emergency in Israel', 7 Davis Journal of International law and Policy 223 (2001).
- Murdoch, L.J., Article 5 of the European Convention on Human Rights, the Protection of Liberty and Security of Person: Human Rights Files, 12 (rev), Council of Europe, 2004.
- Ni Alain, F., The Politics of Force: Conflict Management and State Violence in Northern Ireland, Belfast: Blackstaff Press, 2000.
- Ni Aolain, F., 'Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition', pp. 24-51, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights, Cambridge University Press, 2011.
- Office of the High Commissioner for Human Rights, ICCPR General Comment No. 1: Article 4 (Derogations) Adopted by the 13th Session of Human Rights Committee, on 31 July 1981(UN Doc. A/36/40).
- Opinion of the Commissioner of human Rights, Mr Alvaro Gil-Robes on Certain aspects of the UK 2001 derogation from Article 5 (1) of the European convention on Human Rights, CommDH (2002)7/28 August 2002.

- Oraa, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford U.P., 1992.
- Pejic,j., ‘Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and other Situations of Violence’ 858 IRRC 375-6.
- Pfanner, T., ‘Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action’, IRRC, vol. 87, No. 957, March 2006, pp. 149-174.
- President G.W. Bush, ‘Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks’ (14 September 2001), available at: <[www.Whitehouse.gov/news/release/2001/09/20010914-4.html](http://www.Whitehouse.gov/news/release/2001/09/20010914-4.html)>.
- Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [European Convention on Human Rights] concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, adopted by the Council of Europe in 2002.
- Resolution 1096 (1996) by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) on ‘measures to dismantle the heritage of the former communist totalitarian systems’, issued on 27 June 1996. Available at: <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta96/ERES1096.htm>>.
- Resolution 346 (1967) of 23 June 1967, 10 Yearbook of European Convention on Human Rights (1967).
- Richard Cheney addressing the Republican Governors Association, October 25, 2001, available at: <<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20011025.html>>.

- Rogers, A.P.V., 'Unequal Combat and the Laws of War', Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 7, December 2004, pp 3-34, p. 5.
- Rosenfield, M., (ed), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford U.P., 2012.
- Rossiter, C., (ed.), 'The Federalist No. 23', at 153 (Alexander Hamilton), The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union, New York Packet, Tuesday, December 18, 1787, Text available at: <<http://www.constitution.org/fed/federa23.htm>>
- Sadurski, W., 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Ideal of Pilot Judgments', Human Rights Law Review 9:3(2009), 397-453, p. 435.
- Sakik and Others v. Turkey, appl. no. 87/1996/706/898-903, 26 November 1997.
- Sano, H-O., S. Lagoutte, S. and Scharff-Smith, P., Human Rights in Turmoil: Facing Threats, Consolidating Achievements, Brill, 2006.
- Sassoli, M., 'Terrorism and War', JICJ, vol. 4, No. 5, 959-981, (2006), p. 959.
- Schindler, D., 'Human Rights and Humanitarian Law', (1981-2) 31 American University Law Review, pp. 935-977.
- Solvang, O., 'Russia and the European Court of Human Rights: The Price of Non-Cooperation' (Winter 2008) Vol. 15 Human Rights Brief, Issue 2.
- Stubbins-Bates, et al., Terrorism and International Law: Accountability, Remedies and Reform: A Report of

the IBA Taskforce on Terrorism, Oxford U.P., 2012.

The Administration of Justice, in United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights and the International Bar Association, A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers United Nations Publications, 2005, 811-855.

The Functioning of Democratic Institutions in Ukraine', Assembly Debate on 30 January 2014 (7th Sitting) (see Doc. 13405 and Addendum, report of the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), co-rapporteurs: Ms Mailis Reps and Ms Marietta de Pourbaix-Lundin). Text adopted by the Assembly on 30 January 2014 (7th Sitting).

The Greek case, 5 November 1969 (Denmark v. Greece, Appl. No. 3321/67; Norway v. Greece, Appl. no. 3322/67; Sweden v. Greece, Appl. no. 3323/67; Netherlands v. Greece, appl. no. 3344/67), para 48-50.

The report of John Rowe QC, Review of the Operation in 2000 of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989 and the Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1996 (Home Office, London, 2001).

Tushnet, M., et.al., Routledge Handbook of Constitutional Law, Routledge, 2012, p. 87.

UN Human Rights Committee, General Comment no 29, States of Emergency (Article 4), ICCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31 August 2001.

- ‘Ukraine will not declare state of emergency’ Reuters, 21 January 2014, available at : <<http://www.reuters.com/search?blob=ukraine+state+of+emergency>>.
- UN Human Rights Committee, General Comment no 29, States of Emergency (Article 4), ICCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31 August 2001.
- United Nations High Commissioner for Human Rights, Report of the HCHR and follow up to the world conference on Human Rights, E/CN.4/2002/18, 27 February 2002.
- United Nations Security Council Resolution 1373 (2001) adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001.
- Walker, C., ‘Keeping Control of Terrorists without Losing Control of Constitutionalism’ Stan. L. Rev. 1395 (2007).
- Weigend, T., ‘The Universal Terrorist: the International Community Grappling with a Definition’, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 912-932, p. 920; see also
- White, R.C.A. & Ovey, C., European Convention on Human rights, Oxford U.P., 5th ed., 2010.
- Y. Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of ECHR, Intersentia Publishers, 2002.
- Yourow, H. The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Convention on Human Rights Jurisprudence, The Hague: Kluwer, 1996.
- Zambrano Velez v Ecuador (Merits, Reparations and Costs) Inter-American Court of Human Rights Series C No 166 (4 July 2007) 101.



## FRANSA'DA KAMU PERSONEL REJİMİ\*

Yrd. Doç. Dr. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY\*\*

### ÖZET

Türk idare hukukunun Fransız idare hukukundan etkilendiği bilinmektedir. Bu iki ülke idare hukukları arasındaki benzerlik sadece maddi idare hukuku alanında değil, idari teşkilat, kamu malları ve kamu personeli alanında da gözlemlenmektedir. Bu nedenle, ülkemizde kamu personel rejimi ile ilgili tartışmalı alanlarda Fransız kamu personel rejiminin öngördüğü çözümlerin incelenmesi, bir örnek oluşturması bakımından değerli olacaktır. Örneğin, Fransız kamu personel rejiminde son zamanlarda tele-çalışma ya da kısmi zamanlı çalışma gibi yenilikler getirilmiştir ki bu yeni çalışma modelleri Türkiye'de de gündemdedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Personeli, Personel Rejimi, Fransa, kısmi zamanlı çalışma, Grev hakkı.

### THE REGIME OF PUBLIC PERSONNEL IN FRANCE

#### ABSTRACT

It is known that Turkish administrative law is influenced by French administrative law. The similarity between these two countries in the field of administrative law concern not only the material administrative law but also the administrative organization, the public goods and the public

---

\* Bu çalışma, KESK tarafından 9 Şubat 2013 tarihinde düzenlenen “Nasıl bir kamu personel rejimi ve toplu sözleşme” başlıklı sempozyumda sunulan bildiri esas alınarak hazırlanmıştır.

\*\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

personel. Therefore, a study of public personel regime in France, can form an exemple in our country regarding the issues being discussed in this field. Namely, recently the French public personel regime has seen many changes such as teleworking or part-time working arrangements which are also on the agenda in Turkey.

**Keywords:** Public personel, Personel regime, France, part-time working arrangements, right to strike.

## GİRİŞ

Fransız kamu personel rejiminde gözlemlenen ve ülkemiz kamu personel rejiminden farklılık gösterdiği ya da ülkemizde henüz tartışılmakta olduğu için incelenmesinde fayda görülebilecek özellikleri ve gelişmeleri açıklamadan önce (II- Fransız Kamu Personel Rejiminin Özellik Arz Eden Noktaları), inceleme alanının sınırlarını belirlemek, yani kamu personelinin tanımını yapmak ve kimlerden oluştuğunu saptamak gerekmektedir (I- Kamu Personeli: Tanımı ve Sınıflandırılması)

### I- Kamu Personeli: Tanımı ve Sınıflandırılması

Fransa'da da, Türkiye'de olduğu gibi, kamu personelinin tanımı: kamu tüzel kişilerinden herhangi birinde, kamu hukuku statüsüne tâbi ve profesyonel olarak maaş karşılığı çalışan kişilerin tamamıdır<sup>1</sup> şeklinde yapılır.

Bir kişinin kamu personeli olarak kabul edilebilmesi için öncelikle, bir kamu tüzel kişisi tarafından istihdam ediliyor olması gerekir<sup>2</sup>. Ancak bir kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilen herkes kamu personeli değildir. Kamu tüzel kişilerinde çalışanların kamu personeli sayılabilmesi için kamu hukukuna tabi olmaları gerekmektedir (A). Kamu ajanı ya da kamu görevlisi de diyebileceğimiz kamu personeli heterojen yapıya sahip olup, memurlar ve diğer kamu görevlileri şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir (B).

---

<sup>1</sup> R. CHAPUS, Droit Administratif Général, Cilt 2, 15. Baskı, Montchrestien, 2001, s.7.

<sup>2</sup> CHAPUS, age, s.25.

**A- Kamu Hukukuna Tabi Olma şartı**

Bir kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilen herkes kamu ajanı olmayıp, kamu sektöründe özel hukuka tâbi sözleşme ile çalıştırılanlar da bulunmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi ile istihdam edilenlerle ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar adli yargıda karara bağlanır ve bu kişiler kamu hukukuna tâbi olmadıkları için kamu personeli sayılmazlar.

Bu anlamda kamuda çalışanlar öncelikle kamu hukukuna tabi olanlar ve özel hukuka yani iş hukukuna tabi olanlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kamu hukukuna tâbi olan kamu ajanları ise statüer bir hukuki durumda bulunanlar ve kamu hukukuna tâbi sözleşme ile istihdam edilenler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır<sup>3</sup>. Çalışanlar, özel hukuka tâbi olanlar ve kamu hukukuna tâbi olanlar olmak üzere ikiye ayrıldığına ve özel hukuka tâbi olanlar kamu ajanı sayılmadığına göre öncelikle herhangi bir kamu tüzel kişisi ile arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş bir çalışanın hangi hukuka tâbi olduğunu belirlemek gerekmektedir. Kamu tüzel kişisine kamu hukuku ile bağlı olması için, daha doğrusu kamu hukukuna tâbi olduğunu anlamamız için içtihadi bazı kabuller söz konusudur. Yargı içtihatlarına göre kişinin hangi kamu hizmetinde istihdam edilmiş olduğu önemli bir veridir: idari kamu hizmetlerinde çalışanların kamu hukukuna tâbi olduğu kabul edilirken, sözleşmelerinde özel hukuku aşan hükümler bulunsa dahi iktisadi kamu hizmetlerinde çalışanların, bu kamu tüzel kişilerinin yöneticisi konumunda olanlar istisna olmak üzere, özel hukuka tâbi oldukları kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Gerçekten de Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1996 yılında verdiği Berkani kararında idari nitelikli olduğu kabul edilen bir kamu hizmeti kapsamında çalışmakta olan aşçı yardımcısının işten çıkarılması ile ilgili bir uyuşmazlıkta, aşçı yardımcısı ile idare arasındaki sözleşmenin kamu hukukuna tâbi bir sözleşme olduğunu kabul etmiş ve bu kararında “yaptığı iş her ne olursa olsun idareye statüer bir bağ ile bağlı olmadan idare

<sup>3</sup> G. DUPUIS, M-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit Administratif*, 10. Baskı, Sirey, 2007, s.344.

<sup>4</sup> CHAPUS, *age*, s.28 vd.

tarafından yerine getirilen idari nitelikli bir kamu hizmetinin görülmesinde çalışan kişilerin kamu hukukuna tabi sözleşme ile idareye bağlandığını” ifade etmiştir<sup>5</sup>.

## **B- Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri**

Kamu personeli kabaca bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukukuna tabi olarak istihdam edilen kişi olarak tanımlandıktan sonra, bu kamu personelinin kimlerden oluştuğunu belirlemek gerekir. Kamu personeli dediğimiz grup memurlar (1), Stajyerler (2) ve Yardımcılardan (3) oluşmaktadır.

### **1. Memurlar**

Fransa'da da Türkiye'de olduğu gibi tüm kamu çalışanları memur statüsünde değildir. Kamu hizmetinde daimi bir göreve asaleten atanmış kişiler memur olarak tanımlanı<sup>6</sup>. Yani memur sıfatını kazanabilmek için daimi bir göreve, bir kadroya atanmak suretiyle idari hiyerarşiye dahil edilmiş olmak gerekmektedir<sup>7</sup>. O halde, atama işlemi ile değil de sözleşme ile istihdam edilmiş olan bir kişi memur niteliğine sahip olamaz<sup>8</sup>. Asaletin tasdiki, kişiye bir statü kazandırır. Yani kişiye düzenli, korunan bir durum kazandırır ki bu durumun kariyerinin doğal ilerlemesi içinde sürekli iyiye gitmesi ve bu gidişin de kişinin yaş haddine ulaşarak emekli olmasına kadar sürmesi beklenir<sup>9</sup>. Bu şekilde Fransız kamu personel rejiminde kariyer sistemi kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Kamu personelinin %80'den<sup>11</sup> fazlasını oluşturan memurların hukuki durumlarını ayrıca incelemek gerekir. Memurlar, Türkiye'de

---

<sup>5</sup> Tribunal des Conflits (Uyuşmazlık Mahkemesi), 25 mart 1996, Berkani, AJDA, 1996, s.355.

<sup>6</sup> CHAPUS, age, s.50.

<sup>7</sup> DUPUIS, age, s.349.

<sup>8</sup> CHAPUS, age, s.50.

<sup>9</sup> CHAPUS, age, s.49.

<sup>10</sup> A. TAILLEFAIT, Fonctions Publiques- Définitions, Principes, Orientation, Jcl. A., Fasc. 180, 2012, n° 89.

<sup>11</sup> Rapport annuel sur l'état de la fonction publique, Ministère de la Réforme de l'Etat, de la Décentralisation et de la Fonction Publique, Edition 2012, La Documentation Française, s.111.

olduğu gibi kanuni ve nizami bir hukuki durumda bulunurlar<sup>12</sup> ve bu duruma statü rejimi denir. Memurların hak ve yükümlülükleri genel ve kişilik dışı bir şekilde içinde buldukları statüye göre belirlenir. İdare ve memur arasında önceden kanunla oluşturulmuş statünün şartları dışında memurun özel durumu göz önünde bulundurularak farklı bazı şartlarda anlaşma yapılması mümkün değildir<sup>13</sup>.

Kural olarak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde sürekli nitelikteki görevlerin memurlar eliyle yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmeli personel eliyle yerine getirilebilecek görevler sadece yarı zamanlı bir çalışmayı gerektiren, geçici ve mevsimlik olan ya da hiçbir hizmet grubunun alanına girmeyen işlerdir<sup>14</sup>.

Fransa'da da memur olabilmek için bazı genel şartlar getirilmiştir<sup>15</sup>. Bunlar: Fransa vatandaşı olmak<sup>16</sup>, medeni hakları kullanmaktan yasaklı olmamak, memuriyetle bağdaşmayacak bir suçtan dolayı mahkum olmamış olmak, ulusal hizmet kanunu kurallarına aykırı bir durumu bulunmamak ve görevin gerektirdiği fiziksel uygunluk şartlarının sağlamaktır.

Memurların düşünce özgürlüğü kanunla garanti altına alınmıştır. Politik, sendikal, felsefi ya da dini düşünceleri, soyları, yönelimleri, cinsel tercihleri, yaşları, aileleri, fiziksel görünüşleri, sakatlıkları<sup>17</sup>, ya da ırkları

<sup>12</sup> 13 Temmuz 1983 tarih ve n°83-634 sayılı memurların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kanun, m. 4.

<sup>13</sup> CHAPUS, age, s.68.

<sup>14</sup> CHAPUS, age, s.64.

<sup>15</sup> Code de la fonction publique (Kamu görevi kanunu), m. 5.

<sup>16</sup> İlgili kanunun 5. maddesine 2005 yılında getirilen bir ekle Avrupa Birliğine üye ülkelerden birinin vatandaşı olan kişilere de egemenlik yetkilerinin ya da kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren bir görev olmaması şartı ile memur statüsünde çalışma imkanı sağlanmıştır.

<sup>17</sup> Kural olarak hiç bir sakatlık kesin olarak kamu hizmetine girişi engellememektedir. Sadece zorluğu nedeniyle bir kamu hizmetine girilmesinde idarenin özel fiziksel yeterlilik şartı getirmesine izin verilen hallerde bu yeterliği sağlamayan kişiler elemeye tabi tutulabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz: F. DIEU, La condition d'aptitude physique dans la fonction publique, AJFP, 2009, s.203.

nedeniyle doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılığa tabi tutulamazlar<sup>18</sup>. Bununla birlikte, eğer görevin yerine getirilmesi konusunda belirleyici bir faktör ise isnisnai olarak kadın ya da erkek istihdamı öngörülebilir<sup>19</sup>.

## 2. Aday Memur - Stajyer

Türkiye'de aday memur dediğimiz kişilere Fransa'da stajyer denilmektedir. Stajyerler daimi bir göreve atanmış ancak bu görevi sürekli olarak devam ettirmesini sağlayacak şekilde belli bir derece ve kademeye henüz atanmamış kişilerdir<sup>20</sup>. O halde stajyerler normal şartlarda belli bir sürenin sonunda asaleten atamalarının yapılması beklenen “müstakbel memurlar”dır<sup>21</sup> denilebilir. Bu şekilde stajyerler öngörülebilir bir süre ve görevlerinin gerektirdiği formasyonu tamamlamadıktan sonra, staj döneminde gösterdikleri performansın, mesela sınav sonuçlarının, olumlu olması durumunda göreve atamalarına süreklilik kazandırılacak kişilerdir. Ancak bu göreve süreklilik kazandırılması, yani asaleten atanması, stajyer için bir hak teşkil etmez<sup>22</sup>. Tüm müstakbel memurların tabi olduğu ve genelde bir yıl olan staj süresi, kişinin üstlenmesi beklenen görevi öğrenmesi ve bu görevin gerektirdiği niteliklere sahip olduğunu ispat etmesi için öngörülmüştür<sup>23</sup>.

İdarede birçok göreve atanmak için istekliler öncelikle ülke çapında sınava tâbi tutulurlar. Bu sınav sonucunda başarılı olanlar doğrudan bir göreve atanmayıp Fransa çapında 5 tane bulunan<sup>24</sup> Bölge İdare Enstitülerinden birine (Institut Régional d'administration- IRA) veya Ulusal İdare Okuluna<sup>25</sup> (Ecole Nationale d'Administration- ENA) gönderilirler. Buralarda, stajyer olarak kabul edilecekleri belli bir süre

---

<sup>18</sup> 13 Temmuz 1983 tarih ve n°83-634 sayılı memurların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kanun, m.6

<sup>19</sup> 13 Temmuz 1983 tarih ve n°83-634 sayılı memurların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kanun, m.6 bis.

<sup>20</sup> CHAPUS, age, s.51.

<sup>21</sup> CHAPUS, age, s.51: “futur fonctionnaire” ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>22</sup> DUPUIS, age, s.349, CHAPUS, age, s. 53.

<sup>23</sup> CHAPUS, age, s. 52.

<sup>24</sup> Bunlar, Bastia, Lille, Lyon, Metz ve Nantes şehirlerinde bulunur.

<sup>25</sup> 1945 yılında Paris'te kurulmuş olup, 1991 yılında Strasbourg'a taşınmıştır.

boyunca eğitim alırlar ve bu eğitimin sonunda, sınavlarda ve stajlarda gösterdikleri başarı durumlarına göre uygun bir göreve atanırlar. Bu şekilde stajyerler göreve atanmadan önce idarenin işleyişini öğrenmiş, göreve hazırlanmış olurlar.

Stajyerlik statüsü ilgiliye izinler ya da disiplin konusunda bazı haklar sağlamakla birlikte, stajyerin iş güvencesi mevcut değildir: stajyerin, disiplinsizlik nedeni ile, mesleğe adapte olamaması gibi bir gerekçe ile ya da stajyerlik süresi sonunda atanmak üzere kendisinin hazırlandığı görevin ortadan kaldırılması nedeni ile staj sırasında işine son verilebilir<sup>26</sup>.

### 3. Yardımcılar (Auxiliaires)

Fransa'da kamu personeli deyince idari sözleşme ile istihdam edilenler ile statüde bir hukuki durumda bulunan memurlar ve memur olarak atanmadan önce memur olarak atanmak üzere yetiştirilen stajyerler aklımıza gelmektedir. Bunların dışında bir de yardımcıları (auxiliaires) denilen gayet karma bir kategori vardır. Yardımcılar, memurlar tarafından yerine getirilmesi beklenmeyen görevleri yaparlar. Geçici ya da dönemsel işler ya da memurların iş tanımı dışında kalan işler bu yardımcıları tarafından yerine getirilir<sup>27</sup>. Yardımcıların bazıları atama, bazıları ise sözleşme yoluyla istihdam edilirler. Bazıları geçici olarak işe alınırken bazıları yaptıkları iş miktarına göre ücretlendirilirler. Ancak hepsi için aynı olan özelliklerinin mesleki yetersizlik ya da görevin ortadan kaldırılması gibi nedenlerle işlerine her zaman son verilebilir olmasıdır<sup>28</sup>. Bununla birlikte, bir yardımcı hamilelik sırasında ve hamilelik sonrası 14 hafta içinde işten çıkarılamaz. Ayrıca işten çıkarma için verilmesi gereken ihbar süresi hastalık izni sırasında işlemez. İdarenin bu yardımcıları en az asgari ücret üzerinden ödeme yapması gerekir. İşten uzaklaştırılan, ancak daha sonra kendisine disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilen yardımcıları uzaklaştırma süresinde hak ettiği aylık verilir<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> CHAPUS, age, s.52.

<sup>27</sup> DUPUIS, age, s.349.

<sup>28</sup> CHAPUS, age, s.57.

<sup>29</sup> CHAPUS, age, s.59.

## **II- Fransız Kamu Personel Rejiminin Özellik Arz Eden Noktaları**

Ülkemizde gündemde olması nedeniyle öncelikle yeni çalışma rejimlerine (A), daha sonra ise kamu yönetimine yeni soluk getiren demokratikleşme çalışmaları ve ülkemize göre farklılık arz eden kamu personelinin grev hakkına değinmek uygun olacaktır (B).

### **A- Yeni Çalışma Rejimleri**

Fransız kamu personel rejiminde kamu ajanlarının farklı rejimlerle çalışabilmeleri mümkündür. Şöyle ki, kural olarak haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu 35 saati çalışanlar farklı saat aralıklarında tamamlayabilirler. Yani bir kişi sabah 8'de işe başlarken bir diğeri saat 10'da başlayabilmekte ve çıkış saatleri de buna göre belirlenmektedir. Tabii bu durumda hizmetin önceden düzenlenmesi ve giriş-çıkış saatlerinin denetlenmesi gerekmektedir. Ayrıca isteyenler haftada 35 saat yerine 36, 37 ya da 40 saatlik sürelerde çalışarak fazla çalışma sürelerini tatil sürelerine ekleyebilmektedirler<sup>30</sup>.

Bunun dışında % 50'den % 90'a kadar değişebilen kısaltılmış sürelerde çalışmak da mümkündür. Kamu görevlileri dönemsel olarak böyle bir talepte bulunabilmektedirler. Bu dönemler emekliliğe tam süreli olarak yansıtılır. Doğum, evlat edinme, eşi, çocuğu, anne veya babasının hastalık ya da sakatlık nedeniyle bakıma ihtiyaç duyması gibi bazı durumlarda kısmi zamanlı çalışma hak teşkil ederken, diğer durumlarda hak teşkil etmeyip onaya bağlıdır. Bu talep hizmet gerekleri veya hizmetin organizasyonunun uygun olmaması nedeniyle reddedilebilir. Kısaltılmış sürelerde çalışanların maaşları çalışma süreleriyle orantılı olarak hesaplanacaktır<sup>31</sup>.

Önemli sendikalarla imzalanan kovansiyonla, 2010 yılında idarenin modernleştirilmesi hareketinin bir sonucu olarak tele-çalışma imkânı da

---

<sup>30</sup> J. FIALAIRE, Fonction Publique- Position des fonctionnaires- Temps de travail et congés, Jcl. A., Fasc. 181-5, 2012, n°150 vd.

<sup>31</sup> <http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-9>; FIALAIRE, Jcl. A., Fasc. 181-5, n°169 vd.



sağlanmıştır. Telefon, fax ve internet gibi iletişim araçları kullanılarak, çalışanın iş yeri dışında mesleki aktivitesini gerçekleştirmesini sağlayan tele-çalışma modeli ile istihdam edilenler Fransa'nın toplam iş gücünün % 7'sini oluştururken bu oran kamuda şimdilik % 1'de kalmaktadır.

Altını çizerek belirtmek gerekir ki, tele-çalışma ya da kısmi zamanlı çalışma tamamen çalışanın talebine bağlıdır<sup>32</sup>.

### **B- Kamu Yönetiminde Demokrasi ve Grev hakkı**

Sadece memurlar ve stajyerler değil, sözleşmeli personel de büyük ölçüde idare tarafından önceden tek taraflı olarak belirlenmiş statülere göre istihdam edilirler. İdare her zaman bu statülerde değişiklik yapabilir, sözleşmeler ancak sözleşmenin süresi, fesih koşulları gibi bu statüleri tamamlayıcı nitelikteki konuları içerebilir<sup>33</sup>.

Kamu ajanlarının büyük çoğunluğunun kanuni ve nizami bir duruma tabi olması, ayrıca sözleşmeli personelin dahi çalışma koşullarının idarenin tek taraflı işlemi ile belirlenebilir olması kamu çalışanlarının Chapus'nün deyimiyile “idarenin insafına”<sup>34</sup> terk edildiği, elinin kolunun bağlı olduğu anlamına gelmemektedir<sup>35</sup>.

Kamu personel rejiminde demokratikleşme öncelikle komisyonlar aracılığı ile sağlanmaktadır (1). Ayrıca uzun zamandır, kamu personelinin tabi olduğu kamu hukuku ile iş hukukunun birbirine yaklaştığından bahsedilmektedir. Bu yakınlaşma 1946 tarihli kanunla başlamış olup, iş hukuku ile kamu personel hukuku birbirini sürekli etkilemiştir<sup>36</sup>. Gerçekten de, kamu görevlilerine 1946 yılında sendikal haklarının tanınması, iş hukukuna tabi olarak özel sektör çalışanlarının 1884 yılından beri sahip olduğu toplu hareket ve baskı kurma imkânını kamu

<sup>32</sup> <http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-9>.

<sup>33</sup> CHAPUS, age, s.72.

<sup>34</sup> “A la merci de l'administration”.

<sup>35</sup> CHAPUS, age, s.74.

<sup>36</sup> CHAPUS, p.10; M. TOUZEIL-DIVINA, “Travaillisation” ou “privatisation” des fonctions publiques?, AJFP, 2010, s.228; E. MARC, Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un “droit de l'activité professionnelle”?, RFDA, 2011, s.1169.

çalışanlarına da sağlamıştır<sup>37</sup>. 1946 yılında anayasal bir hak olarak grev hakkını da elde etmişlerdir. Anayasanın başlangıç kısmında kamu ya da özel sektör çalışanı ayrımı yapmaksızın herkesin grev hakkının varlığı ifade edilmiştir. Ayrıca Memurların sendikal hakları<sup>38</sup> ve grev hakkı kanunla da korunmuştur<sup>39</sup> (2).

Bunun karşısında da kamu çalışanlarına göre önceden bazı haklardan yoksun olan özel sektör çalışanlarına da özellikle hastalık izni, doğum izni gibi izinlerin tanınması ile özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki farklar oldukça azalmıştır<sup>40</sup>.

### **1. Kamu yönetiminde demokrasi: Komisyonlar ve İşlevleri**

Fransa'da komisyonlar aracılığı ile çalışanların yönetime katılımına imkân tanınmıştır. Yönetime katılımda üst ve astların eşit şekilde temsil edildiği karma komisyonların oluşturulması ile alışlagelmiş hiyerarşik düzen değişime uğrayarak yeni bir denge kurulmuş ve çalışma ortamının daha demokratik ve işbirliğine yönelik olması sağlanmıştır<sup>41</sup>.

Kamu görevlileri kendilerini ilgilendiren meselelerde karma komisyonda bulunan delegeleri aracılığı ile temsil edilirler. Kamu görevlilerinin bu katılımı öncelikle 1992 tarihli bir kanunla kabul edilmiş ve 2010 yılında da bu komisyonların oluşumu ve katılımı önemli ölçüde yenilenmiştir. Kamu görevlilerinin statüleri ya da sözleşmeleri ile ilgili olarak yapılacak bir değişikliğin öncelikle bu komisyonlarda görüşülmesi kuralı getirilmiştir<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> CHAPUS, age, s.10; DUPUIS, age, s.375.

<sup>38</sup> 13 Temmuz 1983 tarih ve n°83-634 sayılı memurların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kanun, m.8.

<sup>39</sup> 13 Temmuz 1983 tarih ve n°83-634 sayılı memurların hak ve yükümlülüklerine ilişkin kanun, m. 10.

<sup>40</sup> CHAPUS, age, s.11.

<sup>41</sup> CHAPUS, age, s.10.

<sup>42</sup> Örneğin, aynı kurum içerisinde görev değişikliği nedeniyle oturmakta olduğu lojmandan da çıkması istenen kamu görevlisinin açtığı davada Conseil d'Etat, bu işlem tesis edilmeden önce komisyonda görüşülmesi gerektiğine ve bu gerçekleşmediği için işlemin iptaline karar vermiştir. Bkz. CE, 3e Sous-sect. 13.05.2009, n° 309791, AJFP, 2009.246.

Fransa'da birden fazla komisyon kurulmuştur. Bunların başında üst konsey<sup>43</sup>, eşit üyeli idari komisyon<sup>44</sup>, teknik komite<sup>45</sup> ve hijyen, güvenlik ve çalışma koşulları komitesi<sup>46</sup> gelmektedir. İdare bu komisyonların görüşlerine uyup uymamak konusunda serbesttir.

Eşit üyeli idari komisyonda idare ve çalışanlar eşit oranda temsil edilirler<sup>47</sup>. Çalışanların temsilcileri dört yıllığına seçimle belirlenir. Bu komisyonda çalışanlarla ilgili tesis edilecek bireysel işlemler görüşülür. İşin organizasyonu, hizmetin işleyişinin değişen koşullara uyumu ve hizmet içi eğitim gibi konularda yapılacak düzenleyici işlemler ise teknik komitede görüşülür. Çalışanlar bu komitede de temsil edilir. Ancak eşit üyeli idari komisyondan farklı olarak bu komitede eşit temsil söz konusu değildir<sup>48</sup>.

Hijyen, Güvenlik ve Çalışma Koşulları Komitesinin görevi çalışma koşullarının iyileştirilmesini sağlamaktır. Çalışma koşullarının özellikle fiziksel ve zihinsel sağlığı iyileştirecek şekilde düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle de örneğin bir bina değişikliği söz konusu olacağı zaman bu komisyona danışılması gerekmektedir<sup>49</sup>.

## 2. Kamu personelinin grev hakkı

1900'lü yılların başlarında Fransa'da, gümümüz Türkiye'sinde olduğu gibi, kamu görevlisine grev hakkı verilemeyeceği, kamu personelinin greve gitmesi durumunda görevlinin azledileceği kabul edilmekteydi. Öyle ki Duguit, kamu görevlisinin grev yapmasının bir suç olduğunu, Hauriou ise grevin toplumun bir kesiminin diğer kesimin haklarını ve adaletini yok saydığı bir "özel savaş" olduğunu söylemekteydi<sup>50</sup>. Conseil d'Etat da, bu görüşlerle paralel olarak, kamu

<sup>43</sup> Conseil Superieur.

<sup>44</sup> Commission Administrative Paritaire.

<sup>45</sup> Comite Technique.

<sup>46</sup> Comite d'Hygiene, de Securite et des Conditions de Travail.

<sup>47</sup> <http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-24>.

<sup>48</sup> 2011 yılına kadar bu komitede de eşit temsil söz konusu idi. Bkz. A. TAILLEFAIT, Jcl. A., Fasc. 180, 2012, n°150.

<sup>49</sup> <http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-24>.

<sup>50</sup> J. TRAVARD, Jean Rivero et les lois du service public, AJDA, 2010, s.987.

görevlisinin greve gitmesinin mevzuata aykırı olduğuna ve grevin idare ile çalışan arasındaki iş ilişkisinin ortadan kalkması anlamına geleceğini söylemekte idi<sup>51</sup>. Bu şekilde, kamu görevlisine grev hakkı verilmesinin, kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi ile bağdaşmadığı kabul edilmekte idi. Ancak 1946 yılında grev hakkının anayasal bir hak olarak tanınması ile bu tartışmalar son bulmuştur.

Bununla birlikte Conseil d'Etat, kamu düzenini bozacak ve istismara yol açacak grevlerin idarece düzenlemeye tabi tutulabileceğine karar vermiştir<sup>52</sup>. Bu da asgari hizmet (service minimum) mantığının doğmasını sağlamıştır. Bu şekilde anayasa ile korunmakta olan kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi ile yine anayasa ile korunan kamu çalışanlarının grev hakkı arasında bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır.

Kamuda yapılacak tüm grevlerin 5 gün öncesinden idareye haber verilmesi gerekmektedir. Dilekçede grevin sebebi, yeri, tarihi ve başlama saati ile ne kadar devam etmesinin planlandığı belirtilmelidir<sup>53</sup>.

Grevde bulunulan zamanda maaşta bir kesinti olup olmayacağı sorusuna Fransa'da değişken cevaplar verilmektedir. Devlette çalışan bir kişi grev yaptığı zaman, grev kaç saat sürmüş olursa olsun bir günlük ücret kesintisi yapılmaktadır<sup>54</sup>. Hastanelerde ve yerel yönetimlerde çalışanlar bu konuda daha avantajlı durumdadır çünkü grev süresi ile orantılı bir kesinti öngörülmüştür. İktisadi kamu hizmetlerinde çalışanların ise bir saatten kısa süre grev yapmaları durumunda maaşlarının 1/60'ı, grevin bir saatten fazla sürmesi durumunda 1/50'si, yarım günden tam güne kadar süren grevlerde ise maaşlarının 1/30'u oranında kesinti yapılması öngörülmüştür<sup>55</sup>. Maaş bordrolarında bu kesintiler “grev

---

<sup>51</sup> CE, 7 Ağustos 1909, Winkell, R. 826, aktaran, DUPUIS, age, s.376; TRAVARD, agm; CHAPUS, age, s. 262; A. TAILLEFAIT, Libertés Publiques- Droit Syndical-Droit de Greve, Jcl. A., Fasc. 188, 2010, n°88.

<sup>52</sup> CE, 7 Temmuz 1950, Dehaene, Lebon s.426, aktaran TRAVARD, agm; CHAPUS, age, s.264, DUPUIS, age, s.377; TAILLEFAIT, Jcl.A., Fasc. 188, 2010, n°105.

<sup>53</sup> <http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-23>; TAILLEFAIT, Jcl. A., Fasc. 188, 2010, n°114.

<sup>54</sup> <http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-23>.

<sup>55</sup> TAILLEFAIT, Jcl. A., Fasc. 188, 2010, n°120.

nedeniyle” şeklinde değil, “ücretsiz bulunmama” şeklinde gösterilmektedir<sup>56</sup>. Maaştan böyle bir kesinti yapılmasının grevin tanımından kaynaklandığı kabul edilmektedir: Grevin, “toplu ve organize olarak profesyonel taleplerle işi durdurma”<sup>57</sup> eylemi olduğu ve bu süreçte iş ilişkisi bir nevi askıya alındığı için tarafların karşılıklı olarak yükümlülüklerini yerine getirmeyeceği kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

Hemen belirtmek gerekir ki, bazı kamu görevlilerinin grev yapması kanunla yasaklanmıştır. Bunlar: polis memurları<sup>59</sup>, ordu mensupları<sup>60</sup>, Cezaevi çalışanları, adli yargı hakimleri ve bazı içişleri bakanlığı çalışanlardır<sup>61</sup>.

Bazı başka kamu görevlileri ise, grev zamanında dahi asgari hizmeti sağlamakla yükümlüdürler. Bu durum özellikle radyo televizyon ve hava trafiği kontrolörlerini kapsamaktadır. Ayrıca hastanelerde, tatil günlerinde öngörüldüğü düzeyde, sağlık hizmetini tehlikeye düşürmeyecek derecede bir hizmetin verilmesi gerekmektedir<sup>62</sup>. Bu konuda ayarlamaları yapmak hastane yöneticisinin sorumluluğundadır<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> CHAPUS, age, s.276.

<sup>57</sup> TAILLEFAIT, Jcl. A., Fasc. 188, n°89.

<sup>58</sup> Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, Dictionnaire de droit administratif, Armand Colin, 3. Baskı, 2002, s.159.

<sup>59</sup> Polislere grev yasağı getirilmesi gösteri yürüyüşü yapamayacakları anlamına gelmez. Polislerin, çalışma saatlerinin dışında, sivil kıyafetle ve silahsız olarak, çalışma koşulları ile ilgili bir konuyu protesto etmek üzere yürüyüş yapma isteklerini bildiren polis sendikasının bu yürüyüşünü “polislerin yürüyüş yapması kamu düzenini bozar” gerekçesi ile yasaklayan valilik kararı yargı kararı ile iptal edilmiştir (TA Montpellier, 4 Temmuz 2001, SNPT c/Prefet des Pyrénées Orientales, AJFP, 2001, s.29, not M.J.).

<sup>60</sup> Askerler için sadece grev hakkı değil, sendikal kurma hakkı da yasaklanmıştır: Savunma Kodu, madde. L.4121-4. Bu yasak özellikle askeriyede katı bir emir-komuta zinciri olması nedeniyle savunulurken, doktrinde bu özelliğin sendikal hakların yasaklanması için geçerli bir gerekçe olmadığı savunulmaktadır. Bkz: L. CHRISTIAN, La liberté syndicale des personnels militaires : une réalité politique difficile à cacher, AJFP, 2005, s. 249.

<sup>61</sup> TAILLEFAIT, Jcl. A., Fasc. 188, n°96.

<sup>62</sup> CE, 7.01.1976, CHR d'Orléans, n°92162, Rec.10, aktaran: F. COLIN, La désignation des personnels hospitalière afin de prévenir l'interruption du service public, AJFP, 2011, s.21; karara,

Bunun dışında özellikle şehir içi ve şehirlerarası demiryolu taşımacılığında yapılan grevler insanların hayatını yakından etkilediği için, bu alanda da asgari bir hizmetin verilmesi konusunu ile ilgili gerekli yasal düzenlemeler yakın zamanda yapılmıştır<sup>64</sup>.

Bu noktada hemen belirtelim Türkiye'de dile getirilen, devlet memurlarının iş güvenliğinin olduğu bu nedenle grev hakkının olamayacağı şeklinde bir argüman Fransa'da, grev hakkının kamu çalışanlarına tanınmadığı 1946 öncesinde dahi öne sürülmemiştir. Önceden belirtildiği üzere, kamu çalışanlarının grev hakkının bulunmadığını savunan zamanın yazarları bu görüşlerine gerekçe olarak kamu hizmetinin sürekliliği ilkesini göstermekte idiler. Bu gün de asgari hizmetin garanti edilmesi anlayışının kaynağını kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi oluşturmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, lockavt ile grev hakkının birlikte değerlendirilmesi son derece yanlıştır. Başta Fransa olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde lockavt özel sektörde dahi zaten yasak olup bir hak olarak değerlendirilmemektedir.

O halde, devlet memurları Fransa'da da ülkemizde olduğu gibi statü hukukuna tâbi olarak iş güvencesine sahip olup, aynı zamanda sendikal hakları, grev hakkı da dahil olmak üzere güvence altındadır.

## SONUÇ

Fransız kamu personel rejiminin özellikleri ve bunların ülkemiz kamu personel rejimine olası etkileri hakkında değerlendirmelerimize sondan başlayacak olursak; ülkemizde grev hakkı ile ilgili olarak Fransa'da 1900'lerin başında öne sürülen argümanlara sadık kalınmış ve ilerleyen yıllarda ortaya çıkan gelişmeler yok sayılmıştır. Tele-çalışma ve kısmi zamanlı çalışma gibi yeni çalışma rejimleri Fransa'da asla idare

---

<sup>64</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007649915&fastReqId=339493728&fastPos=2> adresinden ulaşılabilir.

<sup>63</sup> COLIN, agm.

<sup>64</sup> TRAVARD, agm.

tarafından dayatılamayan, her halükarda tamamen çalışanın talebine bağlı ve bazı durumlarda hak teşkil ederken; bu çalışma rejimleri ülkemizde kamu çalışanları tarafından, hak kayıplarına neden olacağı endişesi ile soğuk karşılanmaktadır. Oysa örneğin yeni bebeği olmuş bir kadın ya da erkek, ülkemizde sunulan ücretsiz izin imkanı yerine kendi belirleyeceği bir süre boyunca kısmi zamanlı ya da tele-çalışma rejimine geçmeyi ve böylece iş hayatından tamamen kopmadan çocuğuyla yakından ilgilenme imkanına sahip olmayı tercih edebilir. Son olarak kamu yönetiminde demokrasinin sağlanmasında çok önemli bir adım olan komisyonların kurulması da ülkemizde tebessümle karşılanmaktadır. Bu komisyonların alacağı kararların idareyi bağlayıcı olmaması, Fransa'da uygulanmalarını engellemekte ve önemlerini azaltmamaktadır. Ülkemizde ise kamu çalışanları lehine herhangi bir kararın uygulanmayacağı düşünülerek bu komisyonlara da önyargılı yaklaşılabilir.

O halde diyebiliriz ki, kamu personel rejiminde de, diğer bir çok alanda olduğu gibi, öncelikle zihniyetlerin değişimine ihtiyaç duyulmaktadır.

### KAYNAKÇA

- CHAPUS R.**, Droit Administratif Général, Cilt 2, 15. Baskı, Montchrestien, 2001.
- CHRISTIAN L.**, La liberté syndicale des personnels militaires : une réalité politique difficile à cacher, AJFP, 2005, s. 249
- COLIN F.**, La désignation des personnels hospitalière afin de prévenir l'interruption du service public, AJFP, 2011, s.21.
- DIEU F.**, La condition d'aptitude physique dans la fonction publique, AJFP, 2009, s.203.
- DUPUIS G., GUEDON M-J., CHRETIEN P.**, Droit Administratif, 10. Baskı, Sirey, 2007.
- FIALAIRE J.**, Fonction Publique- Position des fonctionnaires- Temps de travail et congés, Jcl A., Fasc. 181-5, 2012.

<http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-24>

<http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-9>.

<http://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique/statut-et-remunerations-23>.

**MARC E.**, Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle"?, RFDA, 2011, s.1169.

Rapport annuel sur l'état de la fonction publique, Ministère de la Réforme de l'Etat, de la Décentralisation et de la Fonction Publique, Edition 2012, La Documentation Française.

"<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000074/0000.pdf>".

**TAILLEFAIT A.**, Libertés Publiques- Droit Syndical-Droit de Greve, Jcl. A., Fasc. 188, 2010.

**TAILLEFAIT A.**, Fonctions Publiques- Définitions, Principes, Orientation, Jcl. A., Fasc. 180, 2012.

**TOUZEIL-DIVINA M.**, "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques?, AJFP, 2010, s.228;

**TRAVARD J.**, Jean Rivero et les lois du service public, AJDA, 2010, s.987.

**VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET V.**, Dictionnaire de droit administratif, Armand Colin, 3. Baskı, 2002.



## OECD/DÜNYA BANKASI MODEL REKABET KANUNU

**Dr. Talat KAYA\***

### ÖZET

Özel teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerinin uluslararası düzeyde ele alınmasına yönelik pek çok ikili ve çok taraflı girişim başlatılmış ise de, bu girişimlerin olumlu sonuçlar vermesi, ülkelerin rekabet hukuku ve politikası açısından ortak bir anlayışa sahip olmalarını gerektirir. Uluslararası alanda böylesi bir ortak anlayışın sağlanmasına yönelik çalışmalardan bir tanesi de Model Kanun çalışmalarıdır. Bu çerçevede, OECD ve Dünya Bankası tarafından 1999 yılında yayımlanan Model Kanun, rekabet düzenlemesine sahip olmayan gelişme yolundaki ülkelerin örnek alabilecekleri bir metin oluşturarak, rekabet hukuku ve politikası konusunda ortak anlayışın geliştirilmesini amaçlamaktadır. Model Kanun geliştirmekte olan ülkelerin tüm hassasiyetlerini yansıtmamakla birlikte, esnek yapısı sayesinde bu ülkeler tarafından kullanılabilir niteliktedir.

**Anahtar Kelimeler:** OECD, Dünya Bankası, Model Rekabet Kanunu, Rekabet Hukuku, Uluslararası Rekabet Anlaşması

### OECD / WORLD BANK'S MODEL COMPETITION LAW

#### ABSTRACT

Although several bilateral and multilateral initiatives have been launched at the international level for addressing anti-competitive practices of private enterprises, for yielding positive results, a common

---

\* kayatalat@gmail.com

understanding is required among the countries, in terms of competition law and policy. One of the efforts at the international arena for reaching such a common understanding is the Model Law studies. In this context, Model Law of the OECD and the World Bank, published in 1999, aims to create a common understanding, by establishing a model text for the benefit of developing countries, which have no competition laws. Although some aspects of the Model Law do not reflect the sensitivities of developing countries, through its flexible structure, it can be used by those countries.

**Keywords:** OECD, World Bank, Model Law on Competition Law, International Competition Agreement

## GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan yeni ekonomik düzenin en temel özelliği dünya ekonomileri arasında yaşanan bütünleşme eğilimidir. Bu çerçevede, uluslararası düzeyde malların, hizmetlerin, sermayenin ve hatta insanların serbest dolaşımının önündeki engeller birer birer ortadan kaldırılmaya başlanmıştır. Yaşanan bu bütünleşme sürecinde, daha önce ulusal düzeyde faaliyet gösteren pek çok şirket uluslararası düzeyde faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu dönemde özellikle ticaret önündeki devlet engelleri Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması<sup>1</sup> (GATT) altında yürütülen çok taraflı müzakereler yoluyla ya da devletlerin yaptıkları ikili anlaşmalar ile ortadan kaldırılmıştır<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması 1947 yılında imzalanmış ve 1947–1994 yılları arasında uzunca sayılabilecek bir dönemde uygulanmıştır. 1994 yılında imzalanan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması ve ekinde yer alan Anlaşmalar (DTÖ Anlaşmaları) ise, GATT 1947'nin üstlenmiş olduğu rolü sürekli ve yaptırım gücü ile desteklenmiş hukuksal bir platforma taşımıştır. DTÖ Anlaşması, GATT 1947 hükümlerini ve uygulanmasını yürürlükten kaldırmamış, tam tersine, GATT 1947 sonrası dönemde üye devletlerin "Round" olarak bilinen müzakere turları sonrasında üzerinde uzlaştıkları gelişmeleri de içerecek şekilde anılan hükümleri GATT 1994 altında bünyesine katmıştır. Daha fazla bilgi için Bkz <http://wto.org>

<sup>2</sup> Bu kapsamda örneğin, Türkiye bugüne kadar AB ile gümrük birliği gerçekleştirmiş, 31 ülke ile de Serbest Ticaret Anlaşması (STA) imzalamıştır. Ancak 11 adet STA, STA

Söz konusu anlaşmaları imzalayan ülkelerin temel amacı kendi mal ve hizmetlerinin diğer pazarlarda herhangi bir engel ile karşılaşmadan eşit rekabet koşulları altında tüketicilere sunulması olmuştur<sup>3</sup>. Bununla birlikte, bahse konu devlet engellerinin yerini şirketlerin rekabete aykırı davranışlarının alması, amaçlanan hedeflerin tam anlamıyla gerçekleşmesini kısıtlamıştır<sup>4</sup>. Bu nedenle, devlet engellerinin kaldırılması ile bütünleşmesi öngörülen pazarlarda teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerinin sınırlandırılması ve nihai olarak kaldırılması amacıyla uluslararası alanda işbirliğine yönelik çeşitli girişimler başlatılmıştır.

Bahse konu girişimlerin en yaygın olanı rekabete ilişkin ikili işbirliği anlaşmalarıdır<sup>5</sup>. İkili işbirliği anlaşmalarının içerikleri farklı olabilmektedir. Bazı anlaşmalar sadece bildirim, bilgi değişimi ve danışmalar yolu ile anlaşmaya taraf iki ülke arasında rekabet alanında işbirliğini öngörür iken, diğer bazıları taraflar arasında rekabet kanunlarının yakınlaştırılması ve ortak uygulanması gibi alanları kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olabilmektedir<sup>6</sup>.

---

imzalanan ülkelerin AB'ne katılımları nedeniyle fesh edilmiştir. Bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/sta/index.cfm>, son erişim tarihi 1 Haziran 2014.

<sup>3</sup> Kudrle R.T., *The Globalization of Competition Policy, Transformations In Global Governance, Implications for Multinationals and Other Stakeholders*, Ed. Vachani S., Boston University, 2007, s. 22.

<sup>4</sup> Fox E., *Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri*, Rekabet Kurumu Peşembe Konferansları, 1997, s. 122-123; Karakoç K. O., *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003, s.22; Kudrle, s.22; Matsushita M, *Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO*, *International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law*, 1997, s. 31; Zach R., *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International, 1999, Önsöz.

<sup>5</sup> Fox, s. 132; Waller S. W., *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, *Boston University Law Review*, Vol. 77, 1997, s. 361.

<sup>6</sup> Taylor M. D., *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, s. 109; Wood P. D., *Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future*, *DePaul Law Review*, Vol 44, 1994-1995, s. 1293; Böylesi bir anlaşma örneği için Bkz. *Australian Competition and Consumer Commission and New Zealand Commerce Commission, Cooperation Protocol for Merger Review August 2006*, <http://registers.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=757826&nodeId=>

Uluslararası alandaki diğ er bir iş birliğ i ç eş idi ise ç oklu anlaş malar yolu yapılan iş birliğ idir<sup>7</sup>. Sö z konusu anlaş malar genellikle belli bir coğ rafiya da yer alan ö lkelerin aralarındaki ekonomik entegrasyonun derecesi ile doç ru orantılı olarak kapsamını belirledikleri düzenlemelerdir. Bu ç erç evede ö rneğ in, AB ö lkeleri arasında rekabet düzenlemesi uluslarüst ü nitelikte olup, teş ebbüslerin rekabete aykırı eylem ve iş lemlerine ilişkin soruşturmalar üye ö lkeler adına bir ortaklık organı olan Avrupa Komisyonu tarafından yürütö lmektedir<sup>8</sup>. Buna mukabil, Asya Pasifik Ekonomik İş birliğ i'ne (APEC) dahil üyeler arasındaki iş birliğ i zayıf nitelikte olup, genellikle bölge ö lkeleri arasında ikili iş birliğ i ve rekabet politikalarının yakınlaşt ırılması yolu ile ç oklu bir anlaş manın yapılmasını hedeflemektedir<sup>9</sup>.

Rekabet hukuku ve politikasına ilişkin uluslararası alandaki iş birliğ i ç abalarının sonuncusu ise, bütün ö lkelerin katılımına açık ç ok taraflı bir anlaş manın yapılmasına ilişkin ç abalardır<sup>10</sup>. Sö z konusu ç abalara Birleş miş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD), Ekonomik İş birliğ i ve Kalkınma Ö rgütü (OECD), ve Dünya Ticaret Ö rgütü (DTÖ bünyesinde yürütö len faaliyetler ö rnek olarak sayılabilir. Bunlardan UNCTAD daha ç ok geliş me yolundaki ö lkelerin eğ ilimlerini yansıtırken, OECD geliş miş ö lkelerin bakış aç ılarını ortaya koymaktadır. DTÖ ise ticaret ve rekabet ilişkisi bağ lamında konuya yaklaş maktadır.

Bununla birlikte, bahsi geç en ikili, ç oklu ya da ç ok taraflı tüm giriş imlerin başarıya ulaş ması, yapılması düşünö len anlaş maya taraf olacak ö lkelerin rekabet politikaları, kanunları ile bu kanunların uygulama usulleri arasındaki benzerlik ile yakından ilişkilidir. Benzerlik ne ölçüde

---

[2f9a007f6ec97f492637b4afbe097458&fn=Cooperation%20protocol.pdf](#) son eriş im tarihi 5 Ş ubat 2014.

<sup>7</sup> Fox, s. 133; Wood, s. 1294.

<sup>8</sup> <http://ec.europa.eu/competition>, son eriş im tarihi 2 Ş ubat 2014.

<sup>9</sup> <http://www.apec.org/Home/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group>, son eriş im tarihi 10 Ocak 2014; Taylor, s 124.

<sup>10</sup> Fox, s. 133; Wood, s. 1295.

fazla ise, anlaşmanın başarıya ulaşması o ölçüde artmaktadır. Bu sebeple, çeşitli uluslararası kuruluşlar tarafından rekabet alanındaki işbirliğinin artırılması ve rekabet kanunlarının yakınlaştırılması amacına yönelik bir takım faaliyetler yürütülmektedir.

Söz konusu faaliyetler içerisinde, henüz rekabet kanunu bulunmayan ülkelerin kanunlarını oluştururken veya rekabet kanununa sahip olmakla beraber değişiklik yapmak isteyen ülkelerin değişiklikler için esas alabilecekleri model kanunlar hazırlamak, rekabet kanunlarının yakınlaştırılmasını sağlayacak önemli araçlardan bir tanesidir. Bu kapsamda, OECD ve Dünya Bankası tarafından 1999 yılında yayımlanan Rekabet Hukuku ve Politikası Oluşturulması ve Uygulanmasına İlişkin Çerçeve (A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy) isimli bir model kanun çalışması<sup>11</sup>, bu alanda en fazla dikkat çeken uluslararası çalışmalardan bir tanesidir.

OECD ve Dünya Bankası tarafından hazırlanan Model Rekabet Kanunu bu incelemenin esas konusunu oluşturacaktır. Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde OECD ve Dünya Bankası'nın rekabet hukuku ve politikası alanındaki faaliyetlerine değinilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, Model Kanun'un rekabet hukukuna ilişkin yaklaşımı üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, Kanun'un amacı, kapsamı, temel tanımlar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmaya ilişkin hükümleri ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, Model Kanun'un, özellikle henüz rekabet kanunu bulunmayan gelişmekte olan ülkeler tarafından dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna cevap aranacaktır.

---

<sup>11</sup> The International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, 1999, (Model Kanun) [http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en\\_2649\\_34535\\_1916760\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html), son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

## I. OECD VE DÜNYA BANKASI'NİN REKABET HUKUKU VE POLİTİKASINA İLİŞKİN FAALİYETLERİ

### A. OECD'nin Rekabet Hukuku ve Politikasına İlişkin Faaliyetleri

OECD, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Marshall Planı çerçevesinde Avrupa'ya yapılan ekonomik yardımın dağıtımının sağlanması amacıyla 1961 yılında kurulmuştur<sup>12</sup>. Kuruluş daha sonra yeniden yapılandırılarak gelişmiş ve orta üst gelir düzeyi grubunda bulunan gelişmekte olan ülkeler arasında uluslararası ekonomik ve sosyal politikaların tartışıldığı ve yenilerinin üretildiği bir uluslararası örgüt haline gelmiştir<sup>13</sup>. 2014 yılı itibariyle 354 milyon Euroluk bir bütçeye sahip olan kuruluşun merkezi Paris'te bulunmaktadır<sup>14</sup>. Kuruluşa Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Avustralya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Güney Kore, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Kanada, Macaristan, Meksika, Norveç, Polonya, Portekiz, Slovenya, Slovakya, Şili, Türkiye, Yunanistan ve Yeni Zelanda'dan oluşan 34 gelişmiş yada orta üst gelir düzeyi grubunda bulunan gelişmekte olan ülke üyedir.

OECD ekonomik büyümenin desteklemesi, sağlıklı işgücü piyasasının oluşturulması, yatırım ve ticaretin artırılması, istikrarlı kalkınmanın desteklenmesi, yaşam seviyesinin yükseltilmesi, piyasa mekanizmasının işleminin geliştirilmesi amacıyla ülkelerin politika oluşturmalarına katkıda bulunmayı amaçlandığını açıklamaktadır<sup>15</sup>. Bu amaçlar etrafında OECD bir genel sekreter, üç genel sekreter yardımcısı ve 12 ana direktörlük ile oluşan bir yapı çerçevesinde, yaklaşık 2500

---

<sup>12</sup> Waller, s. 361; <http://www.oecd.org/about/>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

<sup>13</sup> Waller, s. 361.

<sup>14</sup> <http://www.oecd.org/about/>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

<sup>15</sup> OECD 50th Anniversary Vision Statement C/MIN(2011)6, <http://www.oecd.org/mcm/48064973.pdf>, son erişim tarihi 5 Şubat 2014.

personeliyle üye ülke temsilcilerinden oluşan 250 civarında komite, çalışma grubu ve uzman grubuna destek sağlamaktadır<sup>16</sup>.

Söz konusu komitelerden bir tanesi olan ve 1987 yılında kurulan Rekabet Komitesi, OECD'nin rekabetle ilgili konulardan sorumlu organı olarak görev yapmaktadır. Rekabet Komitesi, OECD üyesi ülkelerin rekabet otoritelerinin üst düzey temsilcilerinin yanı sıra toplantılara gözlemci olarak katılan OECD üyesi olmayan ülke temsilcilerinden oluşmaktadır. Rekabet Komitesi, Şubat, Haziran ve Ekim aylarında olmak üzere yılda üç toplantı düzenlemektedir. Rekabet Komitesi, buna ilave olarak üye ülkeler ve gözlemciler yanında, üye olmayan ülkelerinde katılımına açık olan bir Küresel Rekabet Forumu düzenlemektedir. Komite altında ayrıca iki Çalışma Grubu yer almaktadır. Bu Çalışma Grupları sırasıyla düzenleyici işlem ve mevzuatın rekabet üzerindeki etkileri ile rekabet alanında işbirliği ve rekabet kurallarının uygulanması konuları ile ilgilenmektedir.<sup>17</sup>

Bu yapılanma çerçevesinde, Rekabet Komitesi bünyesinde çeşitli komite raporları hazırlanmakta, en iyi uygulamaya ilişkin yuvarlak masa tartışmaları düzenlenmekte ve politika özetleri hazırlanmaktadır. Rekabet Komitesi, rekabet hukuku ve politikası alanında OECD Konseyi tarafından kabul edilmek üzere tavsiye kararları ve iyi uygulama metinleri gibi belgelerin hazırlığını da gerçekleştirmektedir. Komite aynı zamanda OECD'ye üye olan veya olmayan ülkelerin rekabet hukuku ve politikalarını gözden geçirmekte ve buna ilişkin raporlar hazırlamaktadır. Bu kapsamda Türkiye için hazırlanan Rekabet Hukuku ve Politikası'na İlişkin Gözden Geçirme Raporlarının sonuncusu, 18 Şubat 2005 tarihinde düzenlenen OECD Küresel Rekabet Forumu'nda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> <http://www.oecd.org/about/whodoeswhat/>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

<sup>17</sup> <http://www.oecd.org>; <http://www.rekabet.gov.tr>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

<sup>18</sup> <http://www.rekabet.gov.tr>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

Kuruluşundan bu yana Rekabet Komitesi, OECD üyesi ülkeler arasında rekabet hukuku ve politikalarının yakınlaştırılması ve rekabet otoriteleri arasında işbirliğinin sağlanmasını yolunda etkin bir rol üstlenmiştir. Bu çerçevede, Komite tarafından hazırlanan ve OECD Konseyince onaylanan bir takım tavsiye kararlarının OECD ülkelerinin rekabet hukuku ve politikaları üzerinde ciddi etkilerinin olduğunu vurgulamak yerinde olacaktır. Söz konusu tavsiye kararlarından en önemlileri ise işbirliği<sup>19</sup>, uyuşmazlık<sup>20</sup>, karteller<sup>21</sup>, birleşme incelemeleri<sup>22</sup>, rekabet değerlendirmesi<sup>23</sup>, regüle edilmiş sektörlerde yapısal ayrılık<sup>24</sup> ve kamu ihalelerindeki danışıklı hareketlerle mücadeleye ilişkin kararlardır<sup>25</sup>.

Komite ayrıca, pazardaki rekabeti gereksiz yere sınırlandırma potansiyeline sahip kanunlar ve düzenlemeleri taramak ve hükümetlerin daha az kısıtlayıcı politikalar geliştirmesine katkı sağlamak için genel bir metodoloji sunan bir "Rekabetçi Etki Değerlendirmesi Araç Seti" hazırlamıştır<sup>26</sup>. Türkçeye de çevrilen söz konusu Araç Seti ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının düzenleyici etki analizi çalışmalarında dikkate alabileceği bir rehber niteliğindedir. Bunun yanı sıra, OECD'nin Dünya

---

<sup>19</sup> OECD, Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, C(86)44 (Final), 21 May 1986, (1986) 25 ILM 1629; C(95)130/Final, 28 July 1995.

<sup>20</sup> OECD, Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies, C(86)65(Final), 23 October 1986.

<sup>21</sup> OECD, Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels', C(98)35/Final, 30 March 1998.

<sup>22</sup> OECD, Recommendation of the Council on Merger Review, C(2005)34, 23 March 2005.

<sup>23</sup> OECD, Recommendation of the Council on Competition Assessment, C(2009)130, 22 October 2009.

<sup>24</sup> OECD, Recommendation of the Council concerning Structural Separation in Regulated Industries, C(2001)78/FINAL, 26 April 2001, Amended on 13 December 2011 - C(2011)135/CORR1, 13 December 2011 - C(2011)135.

<sup>25</sup> OECD, Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, C(2012)115, C(2012)115/CORR1, 17 July 2012.

<sup>26</sup> OECD, Competition Assessment Toolkit, <http://www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm>, son erişim tarihi 19 Şubat 2014.



Bankası işbirliği ile hazırlamış olduğu Model Rekabet Kanunu gelişme yolundaki ülkelerin rekabet kanunları ile uygulamalarının uyumlaştırılması bakımından; bu alanda yapılmış önemli çalışmalardan bir tanesidir.

## **B. Dünya Bankası'nın Rekabet Hukuku ve Politikasına İlişkin Faaliyetleri**

Dünya Bankası, İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan yeni ekonomik düzen içerisinde, başta gelişme yolundaki ülkeler olmak üzere, üye ülkelerin ekonomik kalkınmalarının teşviki ve finansmanı amacıyla Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası (International Bank for Reconstruction and Development-IBRD) adıyla kurulmuştur. Zaman içerisinde IBRD'ye Uluslararası Kalkınma Birliği (International Development Association-IDA), Uluslararası Mali İşbirliği, (International Finance Corporation-IFC), Çok Taraflı Yatırımlar Garanti Ajansı (Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA) ve Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) isimleri ile dört kurum eklenmesi ile beş kurumdan oluşan Dünya Bankası (World Bank) grubu meydana gelmiştir<sup>27</sup>. Halihazırda 185 ülke Dünya Bankası'nın sahibi ve üyesidir.

Bu anlamda, Dünya Bankası kar etme amacı ile hareket eden klasik banka anlayışından farklı bir anlayış ile çalışmalarını sürdürmektedir. Bankanın temel amacı; başta gelişme yolundaki ülkeler olmak üzere uluslararası çapta fakirliğin azaltılması ve istikrarlı kalkınmanın sağlanmasına yönelik destek vermektir.

Dünya Bankası, benimsediği bu amaç doğrultusunda, üye ülkelerde etkin bir rekabet politikası ve mevzuatının varlığını istikrarlı kalkınma için önemli bir araç olarak görmektedir. Bu doğrultuda, Dünya Bankası rekabet alanında ülke ve sektör bazlı çeşitli çalışmalar yapmakta ve

---

<sup>27</sup> <http://www.worldbankgroup.org>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

ulaştığı sonuçları raporlar halinde yayımlanmaktadır.<sup>28</sup> OECD ile hazırlanmış olduğu Model Rekabet Kanunu ise gelişme yolundaki ülkelerin kalkınma çabalarının rekabet boyutu ile de desteklenmesi bakımından önem arz etmektedir.

## **II. OECD/DÜNYA BANKASI MODEL REKABET KANUNUNUN REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMI**

### **A. Genel**

Genel olarak tüm rekabet kanunları amaç, kapsam ve tanımlar, yasaklanan anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmaların kontrolü ile rekabet otoritesinin kuruluş ve çalışma usullerini belirleyen maddelerden oluşmaktadır<sup>29</sup>. Bu kapsamda örneğin Türkiye, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unu bu temelde oluşturmuştur<sup>30</sup>. OECD ve Dünya Bankası tarafından hazırlanan Model Kanun da benzer şekilde bahsi geçen konulara ilişkin maddelerden oluşmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; OECD ve Dünya Bankası'nın Model Kanun çalışması sadece tavsiye niteliğindeki kanun maddelerinden ibaret değildir. Nitekim, kanuna ilişkin çalışmada; öncelikle kanun maddesi olarak düzenlenen her bir alana ilişkin detaylı bir açıklama ve tartışma bölümüne yer verilmiş sonrasında ise, yapılan bu tartışmalar neticesinde tavsiye edilen kanun metni gerekçeli olarak ek şeklinde yayımlanmıştır.

Bu çerçevede, Model Kanun'a ilişkin çalışma 6 bölüm ve üç ekten oluşmaktadır. İlk altı bölümde, üçüncü ekte kanun maddeleri olarak düzenlenen her bir konuya ilişkin detaylı analiz ve açıklamalarda bulunulmuştur. İlk bölümde amaç, ikinci bölümde pazar tanımı, üçüncü bölümde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, dördüncü bölümde birleşmeler,

---

<sup>28</sup> <http://www.worldbankgroup.org/publications/>; Bu kapsamda örneğin bkz. Worldbank, Turkey: Fostering Open and Efficient Markets through Effective Competition Policies, Report No: ACS2430, August 23, 2013.

<sup>29</sup> Whish R., Copetition Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009, s. 2-3

<sup>30</sup> Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Tarih 13 Aralık 1994, Sayı: 22140.

beşinci bölümde hâkim durumun kötüye kullanılması ve altıncı bölümde rekabet savunuculuğuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu şekilde belirlenen altı bölümün yanısıra Kanun'un üç eki bulunmaktadır. Eklerden ilki pazara giriş engellerini ortaya koyarken, ikinci ek etkinliğin sağlaması amacıyla rekabetin haklı olarak kısıtlanabileceği hallere ilişkin belirlemelere yer vermektedir. Kanun'un son eki ise, tüm çalışmanın özeti sayılabilecek ve daha önceki bölüm ve eklerde yapılan açıklamalar ışığında tavsiye edilen maddeler ile gerekçelerine ayrılmıştır.

Model Kanun çalışmasının büyük bölümünün analizlere ayrılması, her iki kuruluşun da kuruluş felsefelerine uyan bir yaklaşım tarzıdır. Nitekim OECD, uluslararası ekonomik ve sosyal politikaların tartışıldığı, yenilerinin üretildiği ve bu anlamda karar alıcıları etkileme amacı taşıyan bir kuruluş iken, Dünya Bankası yapısal bir takım reformlar karşılığında mali yardımda bulunan bir kuruluş niteliğindedir. Bu çerçevede, her iki kuruluşunda gerçekleştirdiği çalışmalar ile yönlendirmede bulunduğu ülkeler üzerinde etkide bulunması ciddi bir takım analizleri ve tartışmaları zorunlu kılmaktadır.

Diğer yandan, Model Kanun'a ilişkin çalışmanın önsözünde, Kanun'un çoğunlukla henüz rekabet kanunu bulunmayan gelişme yolundaki ülkelere model olması için hazırlandığı açıklanmaktadır<sup>31</sup>. Ne var ki; OECD gibi çoğunlukla gelişmiş ülkelerin üye olduğu bir uluslararası bir örgütün katkıları ile hazırlanan bir metnin, gelişme yolundaki ülkeler tarafından hemen kabulü kolay bir iş değildir. Bu kapsamda Model Kanun'un ayrıntılı analizler ve tartışmalar yolu ile hitap ettiği ülkeler tarafından kabulünü kolaylaştırmayı amaçladığı aklı gelmektedir.

## **B. Model Kanun'un Temel Hükümleri**

### **1. Amaç**

Model Kanun'un amaca ilişkin maddesi, "Bu kanun rekabetin korunması ve geliştirilmesi yoluyla tüketici refahının artırmayı hedefler"

---

<sup>31</sup> Model Kanun, Önsöz, s. v.

ifadesini kullanarak, kanunun ana amacının rekabetin korunması ve geliştirilmesi olduğunu çok genel ifadeler ile açıklamaktadır<sup>32</sup>. Rekabetin korunması ve geliştirilmesinin ise, nihai olarak tüketici refahını artıracığı kabul edilmektedir. Kanun'un amaç maddesinin analiz edildiği bölümde ise; ABD, Kanada, Almanya, Fransa ve İsveç gibi gelişmiş birçok ülke kanunlarında yer verilen amaçlara değinilerek genel olarak rekabet kanunlarının, rekabetin korunması ve geliştirilmesi yoluyla kaynakların etkin kullanımı ve ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerinde özgürlüklerinin sağlanmasını hedeflediklerine vurgu yapılmaktadır<sup>33</sup>.

Bununla birlikte, rekabet politikası ve kanunları, çoğulculuk, ekonomik gücün kötüye kullanılmasının önlenmesi, küçük işletmelerin korunması, tüketicinin korunması, bölgesel kalkınmanın teşvik edilmesi, eşitlik ve adaletin sağlanması ve pazar bütünleşmesinin sağlanması gibi, başka bir takım ikincil amaçlara da hizmet edebilmektedir<sup>34</sup>. Bu doğrultuda, bazı kanunlarda bu tür amaçların zikredildiği görülmektedir. Ancak Model Kanun söz konusu ikincil amaçların rekabet kanunları kapsamında yer verilmesine karşı çıkmaktadır<sup>35</sup>. Kanun bu karşı çıkmayı, rekabet kanunlarının, diğer amaçların gerçekleşmesine hizmet eden asli düzenlemelerle çatışması ihtimali ve tutarsız uygulamaların ortaya çıkması riskine değinerek gerekçelendirmektedir.

Kanun'un rekabet kanunlarında ikincil amaçlara yer verilmesine karşı çıkmasının haklı yanları bulunmaktadır. Nitekim ikincil amaçlara da hizmet eden bir rekabet kanununun, asli amaç olan ekonomik etkinliğin

---

<sup>32</sup> Lee, C. Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared., Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management, Working Paper Series, Paper No. 96, University of Manchester, 2005, s. 4.

<sup>33</sup> Model Kanun, s. 2-3.

<sup>34</sup> Gürkaynak G., Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003, s.7-8; Rodger B.J./ MacCulloch A., Competition Law and Policy in the EC and UK, Cavendish Publishing, Second Edition, 2001, s. 12-15; Güven P., Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetkin Yayınları, 2002, s. 22-24; Whish, s. 19-24.

<sup>35</sup> Model Kanun, s. 5.

sağlanması ve tüketici refahının artırılması amacı ile çelişen tarzda yorumlanması ihtimali her zaman mümkündür<sup>36</sup>. Örneğin, küçük işletmelerin korunması amacıyla çıkartılabilecek bir kanun, belli bölgelerde büyük işletmelerin kurulması ve işletilmesini yasaklayabilir ya da kısıtlayabilir. Bu durumda, sırf ölçek ekonomisi kuralları çerçevesinde faaliyette bulunan ve rekabete aykırı hiçbir eylem ve işlemde bulunmayan işletmelerin faaliyetlerinin haksız olarak kısıtlanması, ekonomik etkinliğin sağlanması ve tüketici refahının artırılması amaçlarıyla çelişebilir<sup>37</sup>. Ancak rekabet kanununda bir yandan ekonomik etkinliğin sağlanması, diğer yandan küçük işletmelerin korunmasına amaçlarına yer verilmesi, rekabet ihlalinin varlığının araştırıldığı bir olayda, rekabet otoritesinin ikilemde kalmasına, hatta ekonomik etkinliğin zayıflamasına göz yumma pahasına, aksi yönde karar almasını talep eden baskılarla karşılaşmasına yol açabilecektir.

Esasen, ekonomik etkinliğin sağlanması amacı ile diğer ikincil amaçların çatışması çok defa ihmal edilir düzeyde ve kolayca dengelenebilir niteliktedir<sup>38</sup>. Bununla birlikte, rekabet kanununda hangi amaca öncelik verileceğinin belirtilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca piyasaların her zaman açık, serbest, esnek ve gelişmelere uyum sağlaması, rekabet otoritesinin pazar bozulmasına yol açabilecek siyasi girişimlere karşı durmasına bağlıdır. Bu anlamda, rekabet otoritesinin asli amacının ekonomik etkinliğin sağlanması olduğunun kanunda belirtilmesi, otoritenin daha rahat hareket etmesini sağlayacaktır<sup>39</sup>.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bazı gelişmekte olan ülkeler ekonomik kalkınma stratejilerinin bir parçası olarak devletin ekonomiye önemli ölçüde müdahalesini tercih etmektedir. Devletin müdahalesi çok zaman ekonomik etkinliği de zayıflatabilmektedir. Bu durum Model Kanun'un bazı gelişme yolundaki ülkeler tarafından kabulünü zorlaştırabilecektir.

---

<sup>36</sup> Gürkaynak, s. 12.

<sup>37</sup> Whish, s. 21-22; Gürkaynak, s. 50-52.

<sup>38</sup> Lee, s. 5.

<sup>39</sup> Model Kanun, s. 9.

## 2. Kapsam

Genel olarak rekabet kanunlarının tüm ekonomik faaliyetlere uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Söz konusu faaliyetler mal, hizmet veya fikri mülkiyet haklarına ilişkin eylem, işlem, anlaşma ve düzenlemeleri kapsar. Model Kanun'un kapsam başlıklı maddesinde de benzer bir ifadeye yer verilmiştir. Model Kanun'a göre ülke dışında meydana gelenleri de kapsayacak şekilde, o ülke sınırları içerisinde ciddi etkileri olan her türlü kısıtlayıcı anlaşma, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşmeler Kanun'un uygulama alanı içerisindedir<sup>41</sup>.

Söz konusu ifade, Model Kanun'un etki teorisi çerçevesinde ülke dışında meydana gelen rekabete aykırı eylem ve işlemlere de uygulanacağını göstermektedir. Model Kanun'un etki teorisini kabul etmesi amaç maddesi ile uyumludur. Zira etki teorisinin en önemli gerekçesi rekabet hukukunun amacı olan serbest rekabetin korunması ve geliştirilmesidir<sup>42</sup>. Ayrıca, küreselleşme ile birlikte, ülke dışında meydana gelen rekabete aykırı eylem ve işlemlerin, ülke içerisinde ciddi etkileri olabilmektedir.<sup>43</sup> Bu çerçevede, rekabetin korunması ve geliştirilmesi esas amaç olduğuna göre, bu amacı ortadan kaldıran eylem ve işlemlere, meydana geldiği yere bakılmaksızın, rekabet kanununun uygulanması doğru bir yaklaşım tarzıdır. Ancak etki teorisi çerçevesinde sınır dışı uygulamanın, özellikle küçük gelişmekte olan ülkeler tarafından kullanılmasının güç olduğunu belirtmek gerekir<sup>44</sup>.

Diğer yandan, Model Kanun'da bazı tür eylem ve işlemler kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunlar fikri mülkiyet yasaları ile tanınan ayrıcalık ve korumalar ile işçi ve işveren sendikalarının toplu pazarlık güçlerini artırmak için yapmış oldukları anlaşmalardır<sup>45</sup>. Bununla birlikte, fikri mülkiyet yasaları ile sağlanan korumanın, rekabete aykırı olarak

---

<sup>40</sup> Lee, s. 5.

<sup>41</sup> Model Kanun, s. 142.

<sup>42</sup> Tiryakioğlu B, Rekabet Hukuku'ndan Doğan Kanunlar İtilafı; Ankara 1997, s. 77.

<sup>43</sup> Rodger /MacCulloch, s. 72.

<sup>44</sup> Lee, s.7.

<sup>45</sup> Model Kanun, s. 142.

kullanılmasının yasaklandığı hallerde, rekabet kanunu uygulama alanı bulacaktır.

Gerek fikri mülkiyet ve gerek sendikal hakların kullanılması sırasında ortaya çıkabilecek rekabete aykırı durumların kanun kapsamı dışında bırakılması esasen gelişmiş ülkelerin kaygılarını yansıtmaktadır. Oysa gelişme yolundaki ülkelerin bu alanlara ilişkin kaygıları gelişmiş ülkelere kıyasla çok daha azdır. Nitekim bazı gelişme yolundaki ülkelerde fikri mülkiyet ve sendikal hakların kullanılmasına ilişkin yasalar ya yoktur ya da çok sınırlıdır. Bu çerçevede, Model Kanun'un kapsam maddesinin gelişmiş ülkelerin perspektifini yansıttığını söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

Öte yandan, gelişme yolundaki birçok ülkenin rekabet kanunu kapsamı dışında bırakmak istediği alanlar daha farklı olabilmektedir. Nitekim, gelişmiş ülkeler yanında, gelişme yolundaki ülke uygulamaları göz önüne alınarak hazırlanan UNCTAD Model Rekabet Kanunu, fikri mülkiyet ve sendikal haklara hiç değinmemiş, bunun yerine devletlerin veya yerel hükümetlerin egemenlik haklarından kaynaklanan eylem ve işlemleri ile teşebbüs ve gerçek kişilerin devlet veya yerel hükümetlerin zorlaması ya da yönlendirmesi ile yapmış oldukları eylemleri kapsam dışında bırakmıştır<sup>46</sup>.

Bu çerçevede; Model Kanun'un devlet müdahalesini benimseyen ülkelerce de kabulü açısından; en azından devletin egemenlik hakkından kaynaklanan eylem ve işlemlerin rekabet kanunu uygulamasından istisna tutulabileceğine buna karşılık, devletin ticari nitelikteki eylem ve işlemlerinin kanun kapsamında olduğuna ilişkin bir ifadeye yer vermesi daha uygun olabilirdi.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> United Nations Conference on Trade and Development, Model Law on Competition, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, United Nations Publication, Newyork and Geneva, 2007 (UNCTAD Model Rekabet Kanunu), s. 3, [http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf), son erişim tarihi 1 Mayıs 2014.

<sup>47</sup> Lee, s. 7.

### 3. Tanımlar

Tutarlı uygulama bakımından, sürekli olarak kullanılan kavramların kanun içerisinde tanımlanması, rekabet kanunları tarafından da benimsenen bir yöntemdir. Model Kanun da benzer bir yöntemi izleyerek tanım maddesinde rekabet, teşebbüs, mal ve pazar kavramlarının ne anlama geldiğini kendisi belirlemiştir. Model Kanun'a göre;

“Rekabet: bir pazarda bağımlı olarak hareket eden ekonomik aktörlerin, diğerlerinin o pazardaki kontrol kabiliyetlerini etkileme sürecidir.

Teşebbüs: ekonomik faaliyette bulunan tüm gerçek ve tüzel kişiler, devlet organları, ortaklıklar ve birliklerdir. Biri diğeri tarafından kontrol edilen iki teşebbüs tek teşebbüs olarak değerlendirir. Rekabet otoritesi nelerin kontrol olduğuna ilişkin düzenlemede bulunacaktır.

Mal: somut ya da soyut tüm malvarlığı ile hizmetlerdir.

Pazar: alıcıların değış-tokuşta buldukları veya bulunmayı isteyebilecekleri ürünleri ve ilgili ülkenin sınırlarını aşabilecek şekilde; satıcıların alıcılar arasından seçim yaptığı ya da yapabileceğı belli bir bölgeyi ifade eder<sup>48</sup>.

Model Kanun'da tanımı yapılan bu kavramlar arasında teşebbüs ve pazar kavramları rekabet hukuku uygulamasında hayati önemi haizdir. Bu kavramlardan ilki olan teşebbüs kavramı, rekabet kanununun kimlere uygulanacağını göstermesi bakımından önemlidir. Model Kanun bu noktada işletme (teşebbüs) kavramını temel almıştır. Kanun işletme kavramını tanımlarken gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrıma gitmediğı gibi, devlet organları ile diğeri ekonomik birimler arasında da bir ayrıma gitmemiştir. Kanuna göre önemli olan ekonomik faaliyette bulunmaktır.

Model Kanun pazar kavramına ise ayrı bir önem atfetmiştir. Nitekim çalışmanın ikinci bölümü pazar tanımı ve pazar payının nasıl belirleneceğine ilişkin analize ayrılmıştır. Kanun pazar kavramına verdiği bu önemin gerekçesini ikinci bölümün daha ilk cümlesinde ifade etmiştir.

---

<sup>48</sup> Model Kanun, s. 142.



Kanuna göre “herhangi bir rekabet analizinde ilk ve en önemli iş pazar tanımının yapılmasıdır”<sup>49</sup>. Zira, tüm hesaplamalar ile ele alınan işlem ve eylemin rekabet etkisine ilişkin değerlendirmelerin hepsi ilgili pazarın büyüklüğü ve yapısına bağlıdır.

Kanun, ilgili pazar kavramını ise, bu kavramın iki temel alt bileşeni olan “ilgili ürün” ve “ilgili coğrafi pazar”a vurgu yaparak belirlemiştir<sup>50</sup>. Bu kapsamda, ilgili ürün pazarı incelemeye konu işletmeler tarafından pazara sunulan ürün ile bu ürünü ikame edebilecek ürünlerin belirlenmesi çabasıdır<sup>51</sup>. Bu noktada ilgili ürün pazarı, ele alınan ürünlerin birbirini ikame edebilirliği ve talebin çapraz esnekliğine bakılarak analiz edilecektir. İkame ürün değerlendirmesi, ürünlerin teknik özellikleri ile tüketici tercih ve alışkanlıklarının göz önüne alınmasını gerektirmektedir<sup>52</sup>. Talebin çapraz esnekliği ise, bir ürünlerdeki fiyat değişiminin ikame ürüne yönelik talebi nasıl değiştirdiği incelemesini gerekli kılmaktadır<sup>53</sup>. Herhangi bir ürünün fiyatındaki küçük bir artışın diğer bir ürüne yönelik talebi ciddi ölçüde artırması, iki ürün arasındaki çapraz esnekliğin yüksek olduğunu gösterir.

Model Kanun’da ilgili pazarının ikinci alt bileşeni olan ilgili coğrafi pazar ise, alıcıların bakış açısıyla yapılmıştır. Buna göre ilgili coğrafi pazar, ikame ürün analizinin yapıldığı bölgedir. Ürünün fiyatındaki küçük fakat önemli bir değişim karşısında, alıcı ürünü aldığı yeri değiştirebiliyorsa söz konusu iki yer ilgili coğrafi pazarı oluşturur<sup>54</sup>. Bu bakımdan, ilgili coğrafi pazar küçük bir şehir olabileceği gibi küresel bir pazarda olabilir. Taşıma masrafları, ürünün yapısı, teknik özellikleri, yabancı ürünlerin yerli piyasaya girişte karşılaştıkları gümrük vergileri gibi engeller ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde dikkate alınacaktır<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> Model Kanun, s. 10.

<sup>50</sup> Model Kanun, s. 10.

<sup>51</sup> Whish, s. 28.

<sup>52</sup> Model Kanun, s. 11.

<sup>53</sup> Model Kanun, s. 11.

<sup>54</sup> Whish, s. 38.

<sup>55</sup> Model Kanun, s. 13-14.

#### 4. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma ve Uyumlu Eylemler

Teşebbüsler arasındaki anlaşmalar temel olarak yatay veya dikey olmak üzere iki şekildedir. Yatay anlaşmalar üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüsler arasında yapılmakta iken, dikey anlaşmalar üretim ve dağıtım zincirinin farklı aşamalarında bulunan firmalar arasında yapılan anlaşmalardır<sup>56</sup>. Genel olarak yatay anlaşmaların dikey anlaşmalara göre rekabeti daha olumsuz etkilediği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Model Kanun da benzer bir yaklaşım tarzı ile rekabeti kısıtlayan yatay ve dikey anlaşmalar arasında açık bir ayrımında bulunmuştur. Model Kanun'a göre, rakip ya da potansiyel rakip olacak firmalar arasında uyumlu eylemleri de kapsayacak yapılan bazı tür yatay anlaşmaların bizatihi kendisi (*per se*) yasaktır. Bunlar kanunda;

- (a) Fiyat, tarife indirimi, ek ücret ve diğer ücretlerin tespitine,
- (b) Çıktı miktarının tespiti ya da sınırlanmasına,
- (c) İhalelerde fiyat tespiti ya da sınırlanmasına,
- (d) Pazar bölüşümüne,
- (e) Var olan ya da potansiyel alıcı veya satıcıların pazardan dışlanmasına,
- (f) Var olan ya da potansiyel alıcı veya satıcılarla sözleşme yapmayı reddetme; olarak sayılmıştır<sup>58</sup>.

Bunlar dışında kalan kısıtlayıcı anlaşmalar yatay ya da dikey olmalarına bakılmaksızın makul olup olamama (*rule of reason*) analizine tabidir. Bu halde kısıtlayıcı anlaşmaların rekabeti ciddi ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı araştırılacaktır. Model Kanun'a göre *rule of reason* analizi iki ögeden oluşmaktadır:

---

<sup>56</sup> Aslan Y, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2007, s. 141.

<sup>57</sup> Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2008-3-106 Karar Sayısı : 08-50/722-282, Tarih 14 Ağustos 2008;

<sup>58</sup> Model Kanun, s. 144.

### 1. Eşik Kriteri:

- (a) Rakip ya da potansiyel olarak rakip olacak firmalar arasında yapılan anlaşmalar, anlaşmayı yapan firmaların toplam pazar paylarının % 20'yi geçmemesi halinde, rekabet ciddi ölçüde kısıtlanmış sayılmayacaktır. ,
- (b) Rakip olmayan firmalar arasında yapılan anlaşmalar;
- i. anlaşmayı yapan taraflardan bir tanesi ilgili pazarda hâkim durumda değilse, veya
  - ii. ilgili pazarda rekabeti sınırlandıran benzer anlaşmalar çok yaygın değilse, rekabet ciddi ölçüde kısıtlanmış sayılmayacaktır.
2. Anlaşma nedeniyle rekabetin kısıtlanması yoluyla yaratılan toplam refah veya tüketicilere sağlanan refah ile zararın karşılaştırılması sonucunda anlaşmanın refah etkisinin fazla olduğunun anlaşılması halinde yasal kabul edilecektir. Bu hükümle tanınan istisnadan yararlanmak için taraflar yararın zarardan daha çok olduğunu ispatla mükelleftir<sup>59</sup>.

Model Kanun'un rekabeti kısıtlayan eylem ve işlemler ile ilgili yaklaşım tarzının oldukça basit ve uygulaması kolay bir yaklaşım tarzı olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Bu açıdan gelişme yolundaki ülkeler tarafından uygulanması daha kolay görülmektedir.

### 5. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Hâkim durumun kötüye kullanılması ifadesi, belli bir pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün, pazardaki hâkimiyetini devam ettirmek ya da artırmak amacıyla gerçekleştirdiği rekabete aykırı davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>60</sup>. Bu çerçevede, belli bir pazarda hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edebilmek için iki hususun açıklığa

---

<sup>59</sup> Model Kanun, s. 144

<sup>60</sup> OECD, Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, (OECD-Glossary), s. 9, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> son erişim tarihi 3 Mayıs 2014.

kavuşturulması gerekir: Bunlar hâkim durum kavramı ile hangi eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edileceği hususlarıdır.

Model Kanun hâkim durumun tespiti açısından iki aşamalı bir test öngörmektedir. İlk aşama olarak Model Kanun nicel bir yöntem seçerek firmanın ilgili pazardaki payının % 35’den daha az olması halinde, hâkim durumda olamayacağını kabul etmiştir<sup>61</sup>. Model Kanun teşebbüsün pazar payının % 35’üstünde olması halini ise, tek başına teşebbüsün hâkim durumda olduğunun tespiti bakımından yeterli kabul etmemektedir. Bunun için ilgili firmanın pazar payı, rakip firmaların pazardaki payları ve bu paylarını genişletme kabiliyetleri ile pazara yeni girişlerin olma ihtimalini de kapsayacak şekilde, firmanın pazardaki ekonomik durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>62</sup>. Bu ise durum bazında bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Diğer yandan, birçok kanunda hâkim durumun kötüye kullanılması halleri liste halinde sayılmış olmakla beraber, Model Kanun’da bu yöntem benimsenmemiştir<sup>63</sup>. Model Kanun hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları saymak yerine, bu sonuçlara neden olan eylem ve işlemler üzerinde durmayı seçmiştir. Buna göre; hâkim durumda olan firmanın, rakip firmaların pazara girişlerini veya pazar paylarını genişletmelerini engellemesi veyahut bunların pazar dışına bırakmaya yönelik davranışının rekabeti ciddi ölçüde kısıtladığı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır<sup>64</sup>.

Bununla birlikte, Model Kanun hâkim durumda olan firmanın diğer firmalar ile saldırgan şekilde rekabete girmesini her zaman için diğerlerini pazar dışında bırakmaya yönelik davranış olarak kabul etmemektedir. Özellikle, diğer firmaların pazara girememeleri ya da pazar dışında kalmaları, hâkim durumdaki teşebbüsün teknolojik veya iyi yönetim

---

<sup>61</sup> Model Kanun, s. 142.

<sup>62</sup> Model Kanun, s. 143.

<sup>63</sup> Bu kapsamda örneğin, AB Anlaşması ve onu mehz alan Türk Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi mal vermeyi kesme, yıkıcı fiyat uygulama, ayrımcılık yapma gibi halleri kötüye kullanma haline örnek olarak saymıştır.

<sup>64</sup> Model Kanun, s. 73 ve s. 142.

üstünlüğünden kaynaklanması halinde, hâkim durumdaki firmanın eylemleri kötüye kullanma olarak değerlendirilmeyecektir. Nitekim, rekabet kurallarının hâkim durumda olan teşebbüsün teknolojik ya da yönetim üstünlüklerinden kaynaklanan pazara giriş engellerini yasaklaması ekonomik gelişmenin önünü tıkayacağı gibi, tüketicilerinde refah kaybına neden olabilecek niteliktedir<sup>65</sup>. Bu çerçevede, tüm bu hususlar rekabet otoritesi tarafından yapılacak muhtemel bir incelemede göz önünde tutulacak ve olay bazında değerlendirilecektir<sup>66</sup>.

UNCTAD Model Kanunu gibi, diğer birçok kanunun aksine Model Kanun hâkim durumun kötüye kullanılması halinde rekabet otoritesine, hâkim durumdaki firmayı bölme yetkisi tanımaktadır<sup>67</sup>. Ancak bu yetki otomatik bir yetki değildir. Bunun için rekabet otoritesinin hâkim durumdaki firmayı uyarma, para cezası uygulama, belli bir eylemi yapması yada yapmamasını yasaklama gibi alternatif yöntemler ile kötüye kullanmanın olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılamayacağına karar vermesi gereklidir<sup>68</sup>.

Hâkim durum ve bunun kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda, Model Kanun'un getirdiği ölçütlerin bir kısmının gelişme yolundaki ülkelerin kolaylıkla uygulayabilecekleri unsurları içerdiği, diğer bir kısmının ise uygulamayı zorlaştırdığı görülmektedir. Nitekim, teknik kapasite bakımından yeterli olmayan rekabet otoriteleri bakımından Model Kanun'da % 35 olarak belirlenen pazar payı eşiği rahat uygulanabilecek bir kıstastır. Buna mukabil, Kanunda yıkıcı fiyat uygulamaları gibi bazı kötüye kullanma hallerinin sayılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar maddeye ilişkin açıklama getiren beşinci bölümde, kötüye kullanma halleri örnekler verilmek suretiyle açıklanmaya çalışılmışsa da, gelişme yolundaki ülkelerin kanun metnini esas alarak düzenlemede bulunacakları varsayıldığında, sık görülen kötüye kullanma hallerinin metin içerisinde

---

<sup>65</sup> Aslan, s. 450-453.

<sup>66</sup> Model Kanun, s. 73.

<sup>67</sup> Model Kanun, s. 83.

<sup>68</sup> Model Kanun, s. 84.

yer verilmesi, bu ülkelerdeki uygulayıcılara, uygulama kolaylığı sağlamış olacaktır. Ayrıca, hâkim durumdaki firmanın bölünmesi ve bunun öncesinde yapılması gereken işlemlerin, gelişmekte olan ülkelerin rekabet otoriteleri tarafından kolaylıkla uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

## 6. Birleşme ve Devralmalar

Genel olarak iki veya daha fazla teşebbüsün, birleşen teşebbüslerden bir tanesi altında ya da yeni bir firma oluşturarak birleşmesi ya da bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması yolu ile bir araya gelmesi birleşme ve devralma kavramları ile ifade edilmektedir<sup>69</sup>. Birleşme ve devralmalar, çoğunlukla büyüme ve yeni pazarlara açılma amaçlarıyla yapılmaktadır<sup>70</sup>. Birleşme ve devralmalar yatay, dikey yada aykırı birleşmeler (*conglomerate*) şeklinde gerçekleşebilmektedir<sup>71</sup>. Yatay birleşme ve devralmalar bir mal veya hizmetin elde edilmesi sürecinin aynı aşamasında yer alan teşebbüslerin birleşmesi yada birinin diğeri tarafından devralınmasını ifade eder<sup>72</sup>. Dikey birleşme ve devralmalar ise, bir ürün ya da hizmetin üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüsler arasındaki birleşme ya da devralmaları ifade eder<sup>73</sup>. Aykırı birleşme ve devralmalar ise aynı ürün ya da hizmet pazarında olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>74</sup>.

Rekabet kanunlarının birleşme ve devralmalar ile ilgilenmesi çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Her şeyden evvel birleşme ve devralmalar yoluyla pazarda faaliyet gösteren firma sayısı azalacağından pazar yapısı değişmektedir. Diğer yandan, birleşme ve devralma yolu ile daha önce hâkim durumda olmayan firmalar bir araya gelmek suretiyle hâkim duruma gelebilir. Gerek pazar yapısının değişmesi ve ortaya çıkan pazar gücü, gerekse hâkim durumun kötüye kullanılması ekonomik etkinliğin

---

<sup>69</sup> OECD-Glossary, s. 58; Whish, s. 798-799.

<sup>70</sup> Rodger /MacCulloch, s. 203.

<sup>71</sup> Aslan, s. 534; Güven, s. 92; Rodger /MacCulloch, s.204; Whish, s. 799-800.

<sup>72</sup> Güven, s. 92.

<sup>73</sup> Güven, s. 93.

<sup>74</sup> Güven, s. 95; OECD-Glossary, s. 58; Rodger /MacCulloch, s. 204.

azalmasına, işsizliğe, devletin uygulamak istediği bölgesel politikaların zayıflamasına ve tüketiciler için refah kaybına neden olabilecek niteliktedir<sup>75</sup>.

Bu nedenle, rekabet düzenlemesine sahip birçok ülke, teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaların kontrolü amacıyla, bu tür işlemlerin rekabet otoritelerine bildirimini şart koşmuştur<sup>76</sup>. Model Kanun da benzer bir yöntem takip ederek, belli bir büyüklüğü geçen birleşme ve devralmaların önceden bildirimini şart koşmuştur. Bununla beraber, Model Kanun eşik değeri kendisi tespit etmek yerine, bunu Model Kanunu esas alarak düzenlemede bulanacak ülkelere bırakmıştır.

Model Kanun'un bu yaklaşım tarzının doğru olduğu değerlendirilmektedir. Her şeyden önce, ülkelerin ekonomik büyüklüğünün farklılığı, bildirim zorunluluğunun nerede başladığının tespiti açısından, tüm ülkeler ülke için aynı değerin kullanılmasını anlamsız kılmaktadır. Ayrıca, birleşme ve devralmaların tümünün pazar yoğunlaşmasına sebep olmadığı veya küçük ölçekte olmaları nedeniyle pazar gücü yaratmadığı göz önüne alındığında, eşik değer yolu ile bu tür birleşme devralmaları bildirim yükümlüğü dışında tutmak, rekabet otoritelerinin işlerini kolaylaştıracağı gibi, küçük ölçekte olan işletmeleri de ek maliyetlerden kurtaracaktır.

Model Kanun, eşik değerin belirlenmesinde tanıdığı esneklik gibi; bazı tür birleşme ve devralmaları yasaklama veya tüketici refahı sağlaması, birleşen firmalardan birinin iflas edecek olması gibi şartlara bağlı olarak birleşme veya devralmalara izin verme konusunda rekabet otoritesine esneklik tanımıştır<sup>77</sup>. Özellikle, tüketici refahını artıran birleşme ve devralmalar ile mali bir takım güçlükler nedeniyle pazardan çıkmak durumunda kalacak firmalara, yasak olmasına rağmen birleşme izni verilmesi, gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını daha iyi karşılamaktadır. Aksine bir tutum, kısıtlı kaynaklara sahip olan gelişmekte

---

<sup>75</sup> Güven, s. 47-48; Whish, s. 813-815.

<sup>76</sup> Whish, s. 801.

<sup>77</sup> Model Kanun, s. 146

olan ülkelerin kaynaklarını rekabet kuralları nedeniyle atıl bırakması anlamına gelirdi ki; bu tutum kanunun amaç maddesinde belirtilen ekonomik etkinliğin sağlanması amacı ile de ters düşerdi. Sonuç olarak, birleşme ve devralmalar konusunda, Model Kanun'un gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını göz önüne almış olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

### SONUÇ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, özel teşebbüslerin rekabet aykırı eylem ve işlemlerinin uluslararası düzeyde ele alınmasına yönelik pek çok ikili ve çok taraflı işbirliği girişimi başlatılmış ise de, bu girişimlerin olumlu sonuçlar verdiğini söylemek güçtür. Özellikle gelişme yolundaki ülkelerin birçoğunun rekabet olgusu ile ancak son yirmi beş yıl içinde tanışmaları bu girişimlerin etkisiz kalmasında önemli rol oynamıştır. En nihayetinde, bu alandaki bir uluslararası girişimin başarıya ulaşması, devletlerin rekabet hukuku ve politikasında ortak bir anlayışa sahip olmalarını gerektirir.

Uluslararası alanda ortak bir rekabet anlayışın sağlanmasına yönelik olarak uluslararası pek çok örgüt çalışmalarda bulunmaktadır. OECD, UNCTAD ve DTÖ bu kuruluşların başında gelmektedir. Uluslararası örgütlerce yapılan çalışmalardan bir tanesi olan model kanun çalışmaları rekabet düzenlemesine sahip olmayan gelişme yolundaki ülkelerin örnek alabilecekleri metinler oluşturarak, rekabet hukuku ve politikası konusunda ortak anlayışın oluşturulmasını amaçlamaktadır. Bahse konu model kanun çalışmalarının başarıya ulaşması, öncelikle hitap ettiği gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını, özelliklerini ve kaynaklarını dikkate almalarına bağlıdır.

Bu çerçevede, Dünya Bankası ve OECD tarafından 1999 yılında yayımlanan Model Kanun'nun bazı yönleri ile bu hassasiyetleri göz önüne aldığı görülmekle birlikte, bazı yönleri ile daha çok gelişmiş ülkelerin kaygılarını yansıttığı hissedilmektedir. Bu kapsamda, Model Kanun'un rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler ile birleşme ve devralmalar



bakımından getirdiği hükümler, uygulama basitliği ve gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçları göz önüne alındığında, yerinde düzenlemeler olarak değerlendirilmektedir. Keza hâkim durumun tespiti bakımından getirilen düzenlemenin de, gelişme yolundaki ülkelerin bu alandaki kapasiteleri göz önüne alınarak sevk edildiği görülmektedir. Bununla beraber, kötüye kullanma halleri ile ilgili olarak, rehber niteliğinde örnek hallerin sayılmaması bir eksiklik olarak telakki edilmektedir. Diğer yandan, rekabet kanunu kapsamı dışında bırakılabilecek hallerle ilgili olarak, sadece fikri mülkiyet ve sendikal haklara yapılan vurgu, gelişme yolundaki ülkelere çok gelişmiş ülkelerin kaygısını yansıtmaktadır.

Bununla birlikte, gelişme yolundaki ülkelerin Model Kanun'dan istedikleri ölçüde yararlanma olanağına sahip olmaları ve gerektiğinde bazı bölümlerini kendi ihtiyaçları doğrultusunda değiştirerek kabul edebilmeleri Kanun'un ilgili ülkeler bakımından referans metin olarak kullanımını kolaylaştırmaktadır. Bu çerçevede, Model Kanun'un esnek yapısı ve belli bazı bölümleri itibariyle gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını göz önüne alarak hazırlanmış olması sebebiyle, Kanunu referans alarak düzenlemede bulunan ülkelerin rekabet mevzuatının yakınlaşmasını sağlayabilecek niteliktedir. Mevzuatı yakın olan ülkelerin ise, uluslararası alandaki ikili ve çoklu girişimlerde pozisyonlarını birine yaklaştırmaları ve nihayetinde bir uzlaşmaya varmaları kolay olabilecektir.

## KAYNAKÇA

### Yazılı Kaynaklar

- Aslan Y, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2007.
- Australian Competition and Consumer Commission and New Zealand Commerce Commission, Cooperation Protocol for Merger Review August 2006, <http://registers.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=757826&nodeId=2f9a007f6ec97f492637b4afbe097458&>, son erişim tarihi 5 Şubat 2014.
- Fox E, Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri, Rekabet Kurumu Peşembe Konferansları, 1997.
- Gürkaynak G.; Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003.
- Güven P., Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetkin Yayınları, 2002.
- Karakoç K. O., Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003.
- Kudrle R.T., *The Globalization of Competition Policy, Transformations In Global Governance, Implications for Multinationals and Other Stakeholders*, Ed. Vachani S., Boston University, 2007.
- Lee C., Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared., Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management, Working Paper Series, Paper No. 96, University of Manchester, 2005.

- OECD, Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, (OECD-Glossary), <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> son erişim tarihi 3 Mayıs 2014.
- Matsushita M, Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO, *International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law*, 1997.
- OECD, ‘Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies’, C(86)65(Final), 23 October 1986.
- OECD, ‘Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels’, C(98)35/Final, 30 March 1998.
- OECD, ‘Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade’, C(86)44(Final), 21 May 1986, 25 ILM 1629; C(95)130/Final.
- Rodger B.J./ MacCulloch A, *Competition Law And Policy in The EC and UK*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2001.
- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Tarih 13 Aralık 1994, Sayı: 22140.
- Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-106 Karar Sayısı: 08-50/722-282, Tarih 14 Ağustos 2008.
- The International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1999, (Model Kanun)

- Taylor M. D., International Competition Law, A New Dimension for the WTO?, Cambridge University Press, 2006.
- Tiryakioğlu B., Rekabet Hukuku'ndan Doğan Kanunlar İhtilafı; Ankara 1997.
- United Nations Conference on Trade and Development, Model Law on Competition, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, United Nations Publication, Newyork and Geneva, 2007 (UNCTAD Model Rekabet Kanunu), [http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf), son erişim tarihi 1 Mayıs 2014.
- Whish R., Copetition Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009.
- Waller S. W., The Internationalization of Antitrust Enforcement, *Boston University Law Review*, Vol 77, 1997, s.343-404.
- Wood P. D.; Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future; *DePaul Law Review*, Vol 44, 1994-1995, s. 1289-1299.
- Zach R; Towards WTO Competition Rules, Kluwer Law International, 1999.

### **Elektronik kaynaklar**

<http://ec.europa.eu/competition/>

<http://ekonomi.gov.tr>

<http://www.oecd.org>

<http://www.rekabet.gov.tr>

<http://www.worldbankgroup.org/>

<http://wto.org>

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 12.12.2007 TARİHLİ E. 2003/ 34 ve  
K. 2007/ 94 SAYILI KARARI ÜZERİNE: TÜRK MEDENİ  
KANUNU'NDA YASAL ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ  
VE KULLANILMASI**

**Dr. Vehbi Umut Erkan\***

**ÖZET**

Yasal önalım hakkı kurumu TMK md. 732, 733 ve 744'de hüküm altına alınmıştır. Türk Medeni Kanunu madde 732 vd. uyarınca yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması veya satıma eşdeğer bir hukuki işlemle devretmesi halinde, diğer paydaşlara aynı şartlarla ilgili payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan doğrudan kısıtlaması olup, yenilik doğuran eşyaya bağlı bir haktır. Türk Medeni Kanunu madde 734/ I uyarınca da yasal önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.

***Anahtar Sözcükler:** Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet, yenilik doğuran hak, eşyaya bağlı hak, önalım davası.*

---

\* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı ([erkan@law.ankara.edu.tr](mailto:erkan@law.ankara.edu.tr)).

**ON THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
DATED 12.12.2007 NUMBER 2003/ 34 DECISION NUMBER 2007/  
94: THE LEGAL NATURE OF STATUTORY RIGHT OF PRE-  
EMPTION AND IT'S EXERCISE**

**ABSTRACT**

Statutory right of pre-emption is regulated under articles 732, 733 and 734 of the Turkish Civil Code. According to these articles, Statutory right of pre-emption is a right which empowers other co-owners to buy the share of real property at the same terms when a co-owner assigns entirely or partially his or her share of real property to any person, who is not a co-owner, by sales contract or any legal transaction equal to sales contract. Statutory right of pre-emption is not only a direct limitation of property arising from law, but also it is a right to influence a legal relationship and right associated with real property. Also according to article of 734 of the Turkish Civil code, statutory right of pre-emption is also exercised by suing to the buyer.

**Keywords:** *Statutory right of pre-emption, coownership, right to influence a legal relationship, right associated with real property, action of pre-emption.*

**GİRİŞ**

Yasal önalım hakkı, Mecelle'den günümüze Türk hukuk doktrininin ve uygulamasını meşgul eden önemli bir kurumdur. Özellikle eski Medeni Kanun'da yasal önalım hakkını düzenleyen maddelerin yetersizliği, bu kurum hakkında gerek öğretilerde gerekse uygulamada çok sayıda tartışmalara neden olmuştur. Kaldı ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanun düzenlenmesinde, yasal önalım hakkının eski Medeni Kanun'dan daha ayrıntılı hükümler çerçevesinde düzenlendiği görülmekteyse de bu yeni hükümler yasal önalım hakkı konusunda tartışmalara son vermemiş, bilakis daha çok ve yeni tartışmaları gündeme getirmiştir.

Yasal önalım hakkının konusunu değerli ve önemli malvarlıkları olan taşınmazlar (taşınmaz payları) oluşturduğu için, uygulamada sıklıkla

yasal önalım hakkı ile ilgili olarak uyuşmazlıklarla karşılaşılmakta ve doktrin tarafından da yoğun biçimde incelemeye konu olmaktadır. Nitekim özellikle yasal önalım hakkının hukuki niteliği konusunda doktrinde ciddi tartışmalar yapılmakta ve özellikle TMK md. 734 uyarınca söz konusu hakkın dava yoluyla kullanılması mecburiyeti ciddi eleştirilere sebep olmaktadır.

Bu kapsamda olmak üzere çalışmamızın konusunu yasal önalım hakkıyla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin 12.07.2007 tarihinde vermiş olduğu E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 sayılı kararı<sup>1</sup> oluşturmaktadır. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi yasal önalım hakkının hukuki niteliği ve dava yoluyla kullanılması ilgili olarak kanaatimizce isabetli olmayan birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. İşte bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin yasal önalım hakkının hukuki niteliği ve dava yoluyla kullanılması ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmelere bir takım eleştiriler getirilerek, yasal önalım hakkının hukuki niteliği ve kullanılması hususları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## **I. GENEL OLARAK TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YASAL ÖNALIM HAKKI**

Medeni Kanunumuzda yasal önalım hakkıyla ilgili düzenlemeler “Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” başlığı altında 732, 733 ve 734. maddelerde yer almaktadır<sup>2</sup>. Bu maddelerde önalım hakkının tanımı

---

<sup>1</sup> RG.: T. 28.02.2008 S. 26801.

<sup>2</sup> Alman Medeni Kanunu'nda paydaşlara yasal önalım hakkı tanınmamakla birlikte, BGB § 2034- 2035'de yasal önalım hakkı mirasçılara tanınmış olup, mirasçılardan birisinin, miras payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer mirasçıların bu pay üstündeki yasal önalım hakkı düzenlenmektedir. Ayrıca BGB § 2035'de ise mirasçının sahip olduğu önalım hakkını, devir yapılmamışsa payı satana, devir yapılmışsa alıcıya karşı ileri sürebileceği ve bu durumda BGB § 2034 hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir (*Meier- Hayoz, A.*: Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (Art. 680- 701) Bern 1975, ZGB Art. 682 N. 1; *Feyzioğlu, F. N.* : Şu'fa Hakkı, İstanbul 1959, s. 51). İsviçre Hukuku'nda ise paydaşlara tanınan yasal önalım hakkı 1991'den sonra yapılan değişiklikle (AS 1993, 1404- 1409) ZGB Art. 681, 681a, 681b ve 682'de ifadesini bulmaktadır. ZGB Art. 681a, yasal önalım hakkının kullanılmasını, ZGB Art. 681b ise yasal önalım hakkının değiştirilmesini veya kaldırılmasını düzenlemektedir. ZGB Art.

yapılmamış, sadece bu hakkın türleri ve hukuki yapısı düzenlenmiştir. Bu kurumun tanımı ise doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Bu cümleden hareketle yasal önalım hakkının, “paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması veya satıma eşdeğer hukuki işlemlerle devretmesi durumunda, diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payı satın alma yetkisi veren, kanundan doğan, paylı mülkiyet payına bağlı bir hak” olarak tanımlanması mümkündür<sup>3</sup>.

682/ I de paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde, paydaş olmayıp da payın mülkiyetini iktisap eden kişilere karşı, paydaşların yasal önalım hakkına sahip oldukları hükme bağlanmaktadır. Öte yandan birden fazla paydaşın aynı anda önalım hakkını kullandıklarında bu paydaşların payları oranında önalım hakkı tanınacağı belirtilmektedir. ZGB Art. 682/ II’de ise Türk Hukuku’nda mevcut olmayan bir kuruma yer verilerek; üst hakkı ile yükümlü taşınmazlarda üst hakkı ile yükümlü taşınmazın malikine ve üst hakkının kullanılmasyla ilgili olduğu sürece üst hakkı sahibine yasal önalım hakkı tanınmaktadır (*Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682, N. 11 ve N. 14; *Rey, H.*: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II ZGB Art. 457-977 und SchlT ZGB Art. 1- 61, 3. Auflage Bern und Zürich 2007, ZGB Art. 682 N. 1- 2; *Göksu, T.*: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, ZGB Art. 682 N. 4).

<sup>3</sup> Benzer tanımlar için bkz. *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 32- 34; *Rey, BSK*, ZGB Art. 682 N. 1; *Göksu, Handkommentar*, ZGB Art. 681 N. 1; *Haab, R.*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, 2. Auflage Zürich 1977, ZGB Art. 681/ 682, N. 1 ve 51; *Schmid, J./ Hürlimann- Kaup, B.*: Sachenrecht. 3. Ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage Zürich 2009, N. 935; *Feyzioğlu*, s. 4- 5; *Tuor, P./ Schnyder, B./ Schmid, J./ Rumo- Jungo, A.*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage Zürich 2009, s. 971; *Liver, Liver, P.*: Das Eigentum SPR V/ I, Basel und Stuttgart 1977, s. 212; *Rey, H.*: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage Bern 2007, N. 1215 ve N. 1235 *Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö./ Oktay- Özdemir, S.*: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 451- 452; *Tandoğan, H.*: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, Ankara 1985, s. 270; *Şıpka, Ş. T.*: Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı, İstanbul 1994s. 8; *Sirmen, A. L.*: Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 457; *Eren, F.*: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008 S. 1-2, s. 106; *Gürsoy, K./ Eren, F./ Cansel, E.*: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 614; *Eren, F.*: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 396; *Kırca, Ç.*: “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, s. 1179; *Ayan, M.*: Eşya Hukuku II Mülkiyet Hukuku, Konya 2012, s. 335; *Tekinay, S. S.*: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/ 1, İstanbul 1988, s. 38; *Olgaç, S./ Karahasan, M. R.*: Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili, İstanbul 1964, s. 113; *Ertaş, Ş.*: Eşya Hukuku, İzmir 2011, s. 379; *Tunaboylu, M.*: Önalım (Şuf’a) Davaları, Ankara 2004, s. 23; *Özenli, S.*: Uygulamada Önalım (Şuf’a) Davaları, İstanbul 1990, s. 29;



Bu tanımdan hareketle TMK. md. 732/ I uyarınca, yasal önalım hakkı için varlığı gerekli olan temel ilişki paylı mülkiyet ilişkisidir. Zira yasal önalım hakkı paylı mülkiyette vücut bulan, paylı mülkiyet payına bağlanmış bir hak olup, bu temel ilişkiden bağımsız olarak doğması ve var olması mümkün değildir<sup>4</sup>. Dolayısıyla da paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu zaman yasal önalım hakkı kanun icabı olarak, başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden doğar ve fakat önalım olayı gerçekleştiği zaman ise kullanılabilir hale gelir<sup>5</sup>.

Paylı mülkiyet ilişkisinin yanı sıra yasal önalım hakkından bahsedilebilmesi için, önalım olayının (*Vorkaufsfall*) da gerçekleşmesi gerekmektedir. Önalım olayından kasıt ise, satış sözleşmesi veya ekonomik açıdan satış sözleşmesi ile eşdeğer hukuki işlemlerdir. Her ne

---

*Sebük, T.*: Şu'fa, Vefa ve İştirâ Hakları, İstanbul 1951, s. 141; *Erdoğan, C.*: Ortaklığın Giderilmesi ve Şu'fa Davaları, 2. Baskı Ankara 1991, s. 652; *Tüysüz, V.*: "Şu'fa (Önalım) Davası", AD. 1989, S. 1- 3, s. 52; *Kılıç, H.*: Gayrimenkul Davaları Cilt: I- II, Ankara 1997, s. 1994; *Küley, M.*: Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şu'fa Hakkı, İstanbul 1950, s. 9; *Arabek, R.*: "Şu'fa Hakkı", İBM. S. I Yıl: XIV 1940, s. 729; *Esener, T.*: Eşya Hukuku, Ankara 1985, s. 132; Yargıtay 6. HD. T. 13.09.2005 E. 6968/ K. 8098 (Yayımlanmamıştır); Yargıtay 6. HD. T. 11.07.2005 E. 5959/ K. 7412 (Yayımlanmamıştır); Yargıtay 6. HD. T. 22.2.2005 E. 10357/ K. 1348 (YKD. C. 31, S. 7, 2005, s. 1012); Yargıtay HGK. T. 15.2.1995 E. 6- 859/ K. 77 (İKİD. 1995/ 35, s. 112489; Yargıtay 14. HD. T. 21.01.2014 E. 12519/ K. 986 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 24.06.2014).

<sup>4</sup> *Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, A.*: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 425.

<sup>5</sup> *Meier- Hayoz, ZGB Art. 682, N. 11 ve 36; Küley, s. 10; Olgaç/ Karahasan, s. 113; Ayan, s. 338- 339; Eren, Yasal Önalım, s. 108; Eren, Mülkiyet, s. 398; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 615; Özenli, s. 12; Feyzioğlu, s. 96; Oğuzman / Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 451; Meier, Hayoz, A., "Şu'fa Akdi", İHFM. C. 33, s. 275; Akipek, J.*: Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara 1971, s. 215; *Karahasan, M. R.*: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 970; *Saymen, F. H./ Elbir, H. K.*: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 376; *Arık, F.*: "Şu'fa Hakkı Üzerine Bir İnceleme", Adliye Ceridesi Yıl: 34 1943, s. 822; "Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir." Yargıtay 6. HD. T. 19.09.2005 E. 8551/ K. 8234 (Yayımlanmamıştır); Yargıtay 6. HD. T. 13.06.2012 E. 7547/ K. 8893 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 24.06.2014). Buna karşılık doktrinde karşı olan görüşe göre, yasal önalım hakkı paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasıyla değil, paylı mülkiyet payının üçüncü bir kişiye devredilmesiyle doğmaktadır (Bu yönde bkz.: *Erdoğan, s. 652; Şıpka Taman, s. 37- 38; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 609; Tüysüz, s. 53.*

kadar TMK m. 732 hükmünün lafzından hareketle sadece satış sözleşmesinin önalım olayını oluşturabileceği şeklinde bir düşünüş akla gelse de, sadece satış sözleşmesi değil, satış sözleşmelerinin yanı sıra ekonomik açıdan satış sözleşmesi ile eşdeğer sözleşmelerin de önalım olayını oluşturabileceğinin kabulü gerekmektedir<sup>6</sup>. Kaldı ki, hem İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1991 yılındaki yeni düzenlenmesinde (OR Art. 216c/ I) hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun önalım hakkının düzenlendiği 240 ve 241. maddelerinde, önalım olayı, satış sözleşmesi veya ekonomik açıdan satış sözleşmesi ile eşdeğer hukuki işlemler olarak tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Bu nedenle de mülkiyet hakkının nakline konu olmayan intifa hakkı, oturma hakkı gibi sınırlı aynı hakların tanınmasını içeren sözleşmeler önalım olayına vücut vermeyeceği açıktır<sup>8</sup>. Aynı şekilde TMK. md. 733/ I'de malikin serbest iradesine dayanmayan cebri arttırmayla satışların da önalım olayı olarak kabul edilmediği hüküm altına alınmıştır.

<sup>6</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 58; *Meier- Hayoz*, Şu'fa Akdi, s. 281; *Rey, Eigentum*, N. 1254; *Rey, BSK*, ZGB Art. 682 N. 4; *Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo*, s. 971 ve 972; *Haab*, ZGB Art. 681/ 682, N. 32; *Schmid/ Hürlimann- Kaup*, N. 939; *Göksu, Handkommentar*, ZGB Art. 681 N. 4; *Liver, SPR V/I*, s. 207 vd.; *Kırca*, s. 1184; *Sirmen*, s. 458; *Meier- Hayoz*, A.: "Der Vorkaufsfall", ZBGR 1964, s. 270- 271; *Wiederkehr*, A.: Das Gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. 1936, s. 266; BGE 70 II 151

<sup>7</sup> Ancak TBK md. 241'in madde gerekçesine bakıldığında ise önalım olayı olarak nitelendiren satışa eş tutulan işlemlere örnek olarak taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı kurulmasının verildiği görülmektedir (Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 241. madde gerekçesi). Böylelikle madde bu şekildeki gerekçesiyle, taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı kurulmasını, önalım hakkının kullanılması için varlığı gereken önalım olayı olarak kabul etmektedir. Ancak üst hakkından doğan önalım hakkı kurumu Türk Medeni Kanunu'nda yer almamakta ve dolayısıyla anılan gerekçe Türk Medeni Kanunu ile açıkça çelişir niteliktedir. Çünkü üst hakkından doğan önalım hakkı, İsviçre Medeni Kanununda 19 Aralık 1963 tarihinde yapılan değişiklik ile 682. maddeye eklenen bir fıkra ile tanınmış ve ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun yapımı aşamasında anılan hüküm kanun kapsamına dahil edilmemiştir. Dolayısıyla İsviçre'de uygulama alanı bulan ve Türk Hukuku'nda ise uygulama alanı olamayan ve mevcut uygulamada da sıkıntı yaratacak böyle bir kurumun bir madde gerekçesiyle Türk Hukuku'na sokulmak istenmesi de kanaatimizce yerinde değildir.

<sup>8</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 681 N. 173; *Rey, BSK*, ZGB Art. 681 N. 11; *Eren, Yasal Önalım*, s. 116; *Eren, Mülkiyet*, s. 406; *Ayan*, s. 341; "Satış konusu olmayan intifa hakkı üzerinde (şu'fa hakkı) kullanılamaz." Yargıtay 6. HD. T. 03.10.1989 E. 11990/ K. 14147. (YKD. , Ocak 1990 S.: 1, s. 35.)

Diğer taraftan yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde varlığını bulan, taşınmaz mülkiyetinin özel hukuk nitelikli, kanundan doğan kısıtlamaları arasında yer almakta olup, söz konusu hakla paydaşların, paylı mülkiyet payları üzerindeki tasarruf yetkileri kısıtlanmaktadır<sup>9</sup>. Çünkü paylı mülkiyet ilişkisinde payını devretmek isteyen paydaş, kanun tarafından diğer paydaşlara tanınan yasal önalım hakkı karşısında payını dilediği kimseye devredememektedir. Dolayısıyla bu şekilde, payını devretmek isteyen paydaşın, mülkiyet hakkını dilediği gibi devir etme yetkisi ve hakkı yasal önalım hakkıyla engellenmektedir. Bunun yanında yasal önalım hakkı, kanaatimizce, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kanundan doğan doğrudan kısıtlaması niteliğindedir<sup>10</sup>. Çünkü kanundan doğan doğrudan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları, taşınmaz maliki tarafından herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya bir hukuk kuralınca doğarlar ve malikin bir olumlu edimine gerek kalmaksızın taşınmazın üzerinde doğrudan etki gösterirler.

<sup>9</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 34; *Schmid/ Hürlimann- Kaup*, N. 935; *Haab*, ZGB Art. 681/ 682, N. 51; *Liver*, *SPR V/ I*, s. 212; *Rey*, *BSK*, ZGB Art. 682 N. 6; *Feyzioğlu*, s. 97; *Sebüik*, s. 142; *Oğuzman/ Selçil/ Oktay- Özdemir*, s. 450; *Tekinay*, s. 37; *Eren, Yasal Önalım*, s. 105; *Schurig, K.*: Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Berlin 1975, s. 16; Ancak doktrinde bazı yazarlara göre, yasal önalım hakkı gerçekte paydaşın payı devretme hakkını sınırlamamaktadır. Sadece paydaş önalım hakkının kullanılması halinde payını istediği kişiye temlik edemeyecektir (Bu görüş için bkz: *Şıpka Taman*, s. 15; *Gürsoy/Eren/ Cansel*, s. 615; *Eren, Yasal Önalım*, s. 105).

<sup>10</sup> Aynı yönde bkz.: *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 34- 36; *Rey, Eigentum*, N. 1210 ve 1215 vd.; *Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo*, s. 971; *Sirmen*, s. 457; *Schöbi, F.*: Schweizerischen Grundstückkauf und europäisches Recht, Bern 1999, s. 18. Aynı görüşte olan *Gürsoy/ Eren/ Cansel* ise bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Tapu siciline tescil edilmeden doğan ödevler, sadece kanundan doğrudan doğruya doğan ödevlerdir. Mesela MK. md. 659 (TMK md. 733)’a göre müşterek mülkiyet ilişkisinde bir paydaşın payını üçüncü bir şahsa satması halinde, diğer paydaşlar lehine doğan kanuni şufa hakkında, durum böyledir” (*Gürsoy/ Eren/ Cansel*, s. 596). Buna karşılık doktrinde hakim olan görüş ise, yasal önalım hakkının kanundan doğan dolaylı mülkiyet kısıtlaması olduğu yönündedir (*Tekinay*, s. 37 vd.; *Oğuzman/ Selçil/ Oktay- Özdemir*, s. 450; *Şıpka Taman*, s. 15; *Özenli*, s. 30, *Akipek*, s. 215; *Eren, Mülkiyet*, s. 396; *Eren, Yasal Önalım*, s. 106; *Erel, N. Ş.*: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 44; *Yargıtay HGK. T. 13.04.2005 E. 6-230/ K. 244* ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 19.06.2014).

Bir başka ifade ile söz konusu kısıtlamaların hüküm ifade edebilmesi için malikin aracılığına gerek bulunmamaktadır. Aynı zamanda bu kısıtlamalar doğrudan doğruya kanundan doğdukları için TMK. md. 731 uyarınca tescil edilmelerine de gerek olmayıp; yükümlü taşınmaz malikine herhangi bir tazminat ödenmesine de gerek bulunmamaktadır<sup>11</sup>. Yasal önalım hakkı da -doğrudan mülkiyet kısıtlamalarında olduğu gibi- kanun hükmü gereği ayrıca bir hukuki işleme gerek kalmaksızın, paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasıyla meydana gelmekte ve yasal önalım hakkının varlığı için tapuda tescil işlemine ve/ veya yükümlü malike tazminat ödenmesine de gerek yoktur<sup>12</sup>. Kaldı ki, yasal önalım hakkının kullanılması için, önalım hakkı yükümlüsüne dava yoluyla bir talepte bulunulması da yasal önalım hakkının kanundan doğan dolaylı mülkiyet hakkı kısıtlaması yapmaya kanaatimizce yeterli değildir. Dolayısıyla paydaşlara önalım hakkını kullanma yetkisi veren doğrudan doğruya kanun hükmüdür ve yasal önalım hakkı, doğrudan doğruya kanundan kaynağını alan mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır.

## II. YASAL ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde yasal önalım hakkının hukuki niteliği doğrudan doğruya açıklanmamakta, daha ziyade sözleşmeden doğan önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin birtakım görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir<sup>13</sup>. Buna

<sup>11</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 444; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 595- 596; Tekinay, s. 37; Akipek, s. 207 vd.; Erel, s. 42- 43; Özsunay, E.: Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s. 163- 164.

<sup>12</sup> Meier- Hayoz, ZGB Art. 682 N. 34- 36; Liver, SPR V/ I, s. 212; Wiederkehr, s. 103; Eren, Yasal Önalım, s. 108; Feyzioğlu, s. 109; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 615; Tekinay, s. 39; Özenli, s. 30; Eren, Mülkiyet, s. 398; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 451; Ayan, s. 337; Atabek, s. 730; Arık, s. 822; Kırca, s. 1180; Şıpka Taman, s. 16; Özenli, s. 30.

<sup>13</sup> Bu görüşler “icap görüşü”, “satış vaadi görüşü”, “çift şartlı satış görüşü”, “giriş görüşü” ve “yetki görüşü” olup; bunlar sözleşmeden doğan önalım hakkının hukuki niteliğini açıklamaktadırlar. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Meier- Hayoz, ZGB Art. 681 N. 46 vd., ZGB Art. 683 N. 33 vd.; Schurig, s. 61 vd.; Feyzioğlu, s. 9 vd.; Tandoğan, s. 275 vd.; Şıpka Taman, s. 24 vd.; Kırca, s. 1181 vd.; Leemann, H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht I. Abteilung Art. 641- 729, 2. Auflage Bern 1920, ZGB Art. 681 N. 1 vd.; Buz, V.: Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 151 vd.

karşılık yasal önalım hakkının hukuki niteliğini doğrudan doğruya açıklamaya çalışan iki tane görüş bulunmaktadır.

Buna göre, yasal önalım hakkının hukuki niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerin ilki ve en eski olanı “ayni hak görüşü”dür. Bu görüş taraftarlarına göre yasal önalım hakkı ayni bir haktır<sup>14</sup>. Yasal önalım hakkının, herkese karşı ileri sürülebilmesi, hak sahibinin hakkını başkasının aracılığına ihtiyaç duymadan ve kimsenin iradesine bağlı olmadan kullanması, sınırlı sayı ilkesine tabi olması ve süreklilik özellikleri bu hakkın ayni hak olarak nitelendirilmesinde etkili olmuştur. Yine bu görüş yanlılarına göre, yasal önalım hakkının kullanılması sonucunda meydana gelecek olan yeni bir satım ilişkisine dayanarak taşınmaz payının mülkiyetini talep etme yetkisi de “ayni etkili talep” olarak nitelendirilmektedir<sup>15</sup>.

Ayni hak görüşüne karşılık, doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüş ise “yenilik doğuran hak” görüşüdür<sup>16</sup>. Anılan görüş,

<sup>14</sup> *Wiederkehr*, s. 41 vd. ; *Leemann*, Art. 682, N. 3; *Allgaeuer, O.*: Vorkaufs, Rückkaufs, und Kafusrecht, Zürich 1918, s. 10 (*Fezyioğlu*, s. 109 dipnot 148'den naklen); *Fezyioğlu*, s. 108- 109; *Velidedoğlu, H. V./ Esmer, G.*: Gayrimenkul Tasarrufları, İstanbul 1956, s. 430; *Bertan, S.*: Ayni Haklar, Medeni Kanununun 618- 764. Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976, s. 29. Ayrıca önalım hakkını ayni hak olarak nitelendiren diğer yazarlar için bkz. *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 32 ve *Şıpka Taman*, s. 20 dn: 1.

<sup>15</sup> *Leemann*, ZGB Art. 682, N. 3- 4; *Wiederkehr*, s. 59 vd.; *Fezyioğlu*, s. 108- 109; *Bertan*, s. 29; Yargıtay da önceleri verdiği kararlarda yasal önalım hakkını ayni hak olarak değerlendirmiştir: (“*Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şuf'a hakkı, gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa, diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile belli bir süre içinde satın almak yetkisini veren ayni bir haktır*” 20.6.1951 T. ve 13/ 5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (RG: T. 07.11.1951, S. 7950). Ancak daha sonra Yargıtay, anılan içtihadından dönerek, yasal önalım hakkının hukuki niteliğini yenilik doğuran hak olarak kabul etmiştir (Bkz.: Yargıtay İBK. T. 11.02.1959 E. 10/ K. 12 (RG.: T. 29.04.1959 S. 10194)

<sup>16</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 32- 33; *Haab*, ZGB Art. 681/ 682 N. 2 ve N. 51; *Liver, SPR V/ I*, s. 204 ve 2012; *Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo*, s. 963 vd.; *Rey, BSK*, ZGB Art. 682 N. 5; *Rey, Eigentum*, N. 1215 ve 1236; *Göksu, Handkommentar*, ZGB Art. 681 N. 1; *Sirmen*, s. 457; *Şıpka Taman*, s. 31- 34; *Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir*, s. 450; *Gürsoy/ Eren/ Cansel*, s. 635; *Hatemi/ Serozan/ Arpacı*, s. 609 vd.; *Saymen/ Elbir*, s. 372- 373; *Olgaç/ Karahasan*, s. 110; *Tandoğan*, s. 967; *Kırca*, s. 1183; *Tunaboğlu*, s.

açıklığı, basitliği ve kanuni önalım müessesesinin tabiatına uygunluğu nedeniyle bugün doktrinde ve uygulamada baskın olarak kabul edilen teori halini almıştır. Bu görüşe göre yasal önalım hakkı, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak suretiyle bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirme yetkisi veren haklardır<sup>17</sup>. Yenilik doğuran haklarda, hakkın yönelmiş olduğu sonucun meydana gelebilmesi için muhatabın katılımına gerek olmaksızın ve hatta muhatabın rızası dışında hak sahibinin varması gerekli, tek taraflı irade beyanının yeterlidir<sup>18</sup>. Buna karşılık, bazı yenilik doğuran haklar ise ancak istisnai hallerde dava yoluyla kullanılırlar. Ancak bu haller sınırlı sayıda olup, kanunda açık bir hüküm bulunan durumlarda geçerli olur<sup>19</sup>. Diğer taraftan, yenilik doğuran hakların ileri sürülmesi zamanaşımına değil, hak düşürücü sürelerle tabidir<sup>20</sup>. Son olarak

---

21- 22; Tekinay, s. 17; ; Eren, *Yasal Önalım*, s. 106; Eren, *Mülkiyet*, s. 396- 397; Yargıtay İBK. T. 11.02.1959 E. 10/ K. 12 (RG.: T. 29.04.1959 S. 10194); Yargıtay HGK. T. 15.02.1995 E. 6- 859/ K. 77 (İKİD. 1995/ 35, s. 11248); Yargıtay İBK. T. 11.02.1959 E. 10/ K. 12; Yargıtay 6. HD. T. 13.10.2003 E. 7166/ K. 7123; Yargıtay 8. HD. T. 30.03.2010 E. 6961/ K. 1449 (Kararlara [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 05.06.2013); Yargıtay 6. HD. T. 02. 03. 1988, E. 15189/ K. 3130 (Karahasan, s. 967); Yargıtay HGK., T. 26. 09. 1990 E. 6- 321/ K. 441 (YKD., C. 16, S. 12, s. 1760- 1762).

<sup>17</sup> *Buz*, s. 57; *Kırca*, Ç.: “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, AÜHFD. C.54 S. 1- 4 Yıl: 2004, s. 76; *Steiner*, R.: *Das Gestaltungsrecht*, Zürich 1984, s. 29 ve 45 vd.; *Eren*, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası Ankara 2012, s. 61; Benzer tanımlar için bkz. *Özenli*, s. 4; *Buz*, s. 57; *von Tuhr*, A.: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* Cilt: 1-2 (Çevirisi: Cevat EDEGE), Ankara 1983, s. 23, *Oğuzman*, K.: *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1990, s. 109 vd; *Serozan*, R.: *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1975, s. 49.

<sup>18</sup> *von Tuhr*, s. 23 ve 25; *Serozan*, *Dönme*, s. 49; *Buz*, s. 183; *Oğuzman*, *Dersler*, s. 111; *Eren*, *Borçlar Hukuku*, s. 66; *Önen*, E.: *İnşai Dava*, Ankara 1981, s. 8.

<sup>19</sup> *von Tuhr*, s. 25; *Oğuzman*, *Dersler*, s. 111; *Özenli*, s. 6; *Önen*, s. 14; *Eren*, *Borçlar Hukuku*, s. 65- 66; *Buz*, s. 183 ve 186. Nitekim yasal önalım hakkı da Medeni Kanun değişikliğiyle artık TMK. md. 734/ I uyarınca dava yoluyla kullanılmaktadır.

<sup>20</sup> *Gauch*, P./ *Schlupep*, R. W.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I-II*, 9. Auflage Zürich 2008, N. 159; *Koller*, A.: *Schweizerisches Obligationenrecht Band I Allgemeiner Teil*, Bern 1966, N. 199 ve 201; *Bucher*, E.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage Zürich 1988, s. 449; *Schwenzer*, I.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage Bern 2006, N. 3.10;

yenilik doğuran haklar asli haklar- tali haklar ayrımında tali haklar kategorisinde yer aldıkları için temel bir hukuki ilişkiden bağımsız olarak var olmaları da mümkün değildir. Bu temel ilişki, bir asli edim yükümü doğuran borç ilişkisi olabileceği gibi, bizzat kanun tarafından belirlenmiş bir hukuki ilişki de olabilir<sup>21</sup>.

Kısaca yukarıda arz etmeye çalıştığımız üzere yenilik doğuran hakların söz konusu özellikleri yasal önalım hakkında da mevcuttur. Şöyle ki, yasal önalım hakkında da hak sahibi, tek taraflı irade açıklamasıyla, karşı tarafın rızasına gerek kalmadan, yeni bir hukuki ilişki kurma, değiştirme veya mevcut hukuki ilişkiyi sona erdirme hakkına sahiptir. Bir başka anlatımla, yasal önalım hakkı sahibi hakkını kullandığı zaman yeni bir satım ilişkisi meydana gelmektedir. Bu şekilde önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen yeni hukuki sonucun doğmasına ne muhatabın bir katkısı olabilir ne de muhatabın rızasının bulunması gerekir<sup>22</sup>. Öte yandan yasal önalım hakkının kullanılması da hak düşürücü süreye tabi olup, bu hak kullanıldıktan sonra bu haktan dönmek de mümkün değildir. Nitekim yasal önalım hakkı TMK. md. 733/ IV uyarınca satışın önalım hakkı sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Son olarak, yenilik doğuran hakların var olması için temel bir hukuki ilişkiye ihtiyaç duymaları özelliği yasal önalım hakkında da mevcuttur ve yasal önalım hakkında da bu temel hukuki ilişkiyi paylı mülkiyet ilişkisi oluşturmaktadır<sup>23</sup>.

Nihayet yasal önalım hakkı eşyaya bağlı da bir haktır. Çünkü yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde kanun tarafından, şahsa

---

*Buz*, s. 262; *von Tuhr*, s. 26; *Serozan, Dönme*, s. 50; *Eren, Borçlar Hukuku*, s. 67; *Şıpka Taman*, s. 30.

<sup>21</sup> *Hatemi/Serozan/ Arpacı*, s. 425; *Şıpka Taman*, s. 30; Aksi yönde bkz.: *Buz*, s. 83 ve 84.

<sup>22</sup> *Feyzioğlu*, s. 30; *Kırca*, s. 1183; *Şıpka Taman*, s. 31 ve 35; *Serozan, R.*: "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", İHFM. 1974 C. 40, s. 460.

<sup>23</sup> *Hatemi/Serozan/ Arpacı*, s. 425; *Şıpka Taman*, s. 30.



değil, doğrudan doğruya paylı mülkiyet payına bağlanmıştır<sup>24</sup>. Dolayısıyla paya malik olmayan kimsenin, paya bağlı yasal önalım hakkına da sahip olamayacağı açıktır. Ancak yasal önalım hakkının paylı mülkiyet ilişkisinde eşyaya bağlı hak olma niteliği bu hakkın temel hukuki niteliği ile ilgili olmayıp, sadece pay sahibine kanun tarafından tanınan özel bir durumdur<sup>25</sup>. Yasal önalım hakkının eşyaya bağlı bir hak olmasından dolayı, paydan ayrı olarak bu hakkın devredilmesi ve miras yoluyla intikali düşünülemez<sup>26</sup>. Aynı zamanda yasal önalım hakkının eşyaya bağlı bir hak olması sebebiyle, muhatabı açısından da, tapu siciline tescil edilmesine gerek kalmaksızın, eşyaya bağlı borç ilişkisi meydana getirir<sup>27</sup>. Böylelikle de paylı mülkiyet payına kim malik olursa önalım yükümlülüğü de, yani yasal önalım hakkı sahibine bu hakkını kullandığı zaman payı devretme yükümlülüğü de, ona ait olacaktır<sup>28</sup>.

### III. YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle, yasal önalım hakkına konu teşkil eden paylı mülkiyete tabi taşınmaza paydaş sıfatıyla malik olmak gerekmektedir. Zira yasal önalım hakkı TMK md. 732

<sup>24</sup> Meier- Hayoz, ZGB Art. 682 N. 33 ve 76; Rey, BSK, ZGB Art. 682 N. 4; Göksu, Handkommentar, ZGB Art. 682 N. 1; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 450; Tekinay, s. 39; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 614; Eren, Yasal Önalım, s. 106; Eren, Mülkiyet, s. 396; Özenli, s. 30; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 425; Ayan, s. 336; Şıpka Taman, s. 38; Sirmen, s. 458; Ertaş, s. 382.

<sup>25</sup> Şıpka Taman, s. 39; Oğuzman, K.: “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İHFM. C. 31 S. 1-4 Y. 1965, s. 213.

<sup>26</sup> Rey, BSK, ZGB Art. 681 N. 12; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo, s. 964; Eren Yasal Önalım, s. 109; Eren, Mülkiyet, s. 399; Feyzioğlu, s. 174, Ayan, s. 336; Şıpka Taman, s. 40; BGE 115 II 335; “Kanuni şuf’a hakkı paylı mülkiyetten doğar ve adeta mülkiyet hakkıyla iç içe bulunduğundan şayi paydan ayrı olarak devir ve temlik düşünülemez.” (Yargıtay 6. HD. T. 14.04.1984 E. 892/ K.4785, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 30.05.2014). Nitekim İsviçre Hukuku’nda ZGB Art. 681/ III’de yasal önalım hakkının açıkça ne miras yoluyla ne de başka bir yolla üçüncü kişiye devredilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık sözleşmeden doğan önalım hakkının ise aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça intikal edebileceği kabul edilmektedir (Önen, s. 25- 27; Feyzioğlu, s. 178- 179).

<sup>27</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 450; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 617; Tekinay, s. 39; Tandoğan, s. 277- 278; Ayan, s. 243; Serozan, Nisbi Hakların Güçlendirilmesi, s. 472.

<sup>28</sup> Şıpka Taman, s. 183; Tandoğan, s. 278; Ayan, s. 336; Tekinay, s. 39; Sungurbey, İ.: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 101- 116.



uyarınca paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde sadece paydaşlara tanınan bir hak<sup>29</sup>. Bununla birlikte paydaşın sahip olduğu pay miktarı da önalım hakkının kullanılması bakımından önemli değildir. Gerçekten de, diğer paydaşlara nazaran daha düşük paya sahip olan paydaşın dahi yasal önalım hakkı mevcuttur<sup>30</sup>. Ayrıca birden fazla paydaşın yasal önalım hakkını kullanması da mümkündür. Bu durumda, paydaşların eşit olarak değil, fakat her paydaşın payı oranında önalım hakkı konusu paya malik olacağı kabulü gerekmektedir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Paydaşlar arasında meydana gelen satış işlemlerin de ise, paydaşların birbirlerine karşı yasal önalım hakları bulunmamaktadır. Çünkü TMK md. 732'de açıkça payın üçüncü kişiye satılması halinde diğer paydaşların yasal önalım hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır (*Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 64). Aynı yönde bkz.: Yargıtay HGK. T. 21.09.2005 E. 6- 358/ K. 470 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 19.06.2014).

<sup>30</sup> *Wiederkehr*, s. 112; *Feyzioğlu*, s. 156 ve 158; *Oğuzman/ Selici/ Oktay- Özdemir*, s. 455; *Şıpka Taman*, s. 119; *Tekinay*, s. 46; *Ertaş*, s. 379; *Gürsoy/ Eren/ Cansel*, s. 614; *Karahasan*, s. 973; *Olgaç/ Karahasan*, s. 370; Yargıtay 6. HD. T. 14.01.2003 E. 13/ K. 183 (YKD. C. 29 S. 2, 2003, s. 200- 201). Elbirliği mülkiyetinde ise pay ve paydaşlık sıfatından söz edilemeyeceği ve dolayısıyla da payın satışı mümkün olmayacağı için yasal önalım hakkı söz konusu olmaz (*Feyzioğlu*, s. 97; *Akipek*, s. 215; *Tekinay*, s. 38; *Ayan*, s. 337; *Ertaş*, s. 380- 381; *Özenli*, s. 75; *Şıpka Taman*, s. 129; *Eren, Yasal Önalım*, s. 108; *Gürsoy/ Eren/ Cansel*, s. 614; *Karahasan*, s. 974; *Saymen/ Elbir*, s. 379; *Kılıç*, s. 1994; *Sebük*, s. 142). Ancak paylı mülkiyete tabi paya birden fazla kişinin elbirliği halinde malik olması halinde, paydaşların önalım hakkını nasıl kullanacakları elbirliği halinde mülkiyet kurallarına göre tespit edilecektir (*Feyzioğlu*, s. 156; *Tekinay*, s. 49; *Özenli*, s. 61 ve 82- 83; *Erdoğan*, s. 736; *Şıpka Taman*, s. 129; *Oğuzman/ Selici / Oktay- Özdemir*, s. 450 dn: 1044; *Ayan*, s. 337; *Ertaş*, s. 381; *Ayan, M.:* "Kanuni Şuf'a Hakkı" Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, Konya 1995, s. 350; Yargıtay HGK. T. 15.03.1978 E. 2131/ K. 3235 sayılı kararı (İKİD. Yıl: 1978, s. 6175); Yargıtay 6. HD. T. 12.10.1982 T. E. 8725/ K. 8692 (YKD. C. 9 S. 2, 1983, s. 205- 206); Yargıtay 6. HD. T. 18.06.2013 E. 16079/ K. 10639 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 24.06.2014).

<sup>31</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 79; *Rey, BSK*, ZGB Art. 682 N. 18; *Leemann*, ZGB Art. 682 N. 19; *Haab*, ZGB Art. 681/ 682 N. 55; *Liver, SPR V/ I*, s. 212; *Göksu, Handkommentar*, ZGB Art. 682 N. 6; *Gürsoy/ Eren/ Cansel*, s. 620 dn: 81; *Tekinay*, s. 48; *Ertaş*, s. 383; *Feyzioğlu*, s. 165- 166; *Şıpka Taman*, s. 126; *Saymen/ Elbir*, s. 377; *Ayan*, s. 349. Bu durumda eşit olarak paylaştırılması yönünde bkz.: *Oğuzman/ Selici/ Oktay- Özdemir*, s. 455; *Akipek*, s. 217; *Tüysüz*, s. 60; *Hatemi/ Serozan/ Arpacı*, s. 614. Yargıtay İBK. T. 11.06.1947 E. 5/ K. 8 (RG: 24.07.1947 T., S. 6666)

Diğer taraftan yasal önalım hakkının kullanılabilmesi bakımından, TMK md. 733/ III uyarınca yapılan satışın (önalım olayının) alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter vasıtasıyla bildirilmesi gerekmektedir. Söz konusu bildirim yapılması, yasal önalım hakkının kullanılması için yasa koyucunun belirlediği hak düşürücü sürelerin tespiti bakımından önemlidir<sup>32</sup>. Çünkü TMK md. 733/ IV uyarınca, yasal önalım hakkının, önalım olayının yasal önalım hakkı sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde önalım olayının üzerinden iki yıl geçmekle düşeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Noter vasıtasıyla yapılan bildirim dışında, başka yollarla önalım olayının öğrenilmesi, hak düşürücü sürelerin başlaması bakımından önemli değildir<sup>33</sup>. Aynı zamanda anılan bildirim, payını devreden paydaş ve payın alıcısı üçüncü kişi bakımından bir yükümlülük olup, gecikmeksizin yapılması da gerekmektedir<sup>34</sup>. Zira bildirim yapılmaması veya geç yapılması neticesinde yasal önalım hakkı önalım olayının gerçekleşmesinin üzerinden iki yıl geçmekle düşeceğinden, bildiri yapmayan paydaş ve alıcı üçüncü kişi, önalım hakkı sahibinin uğrayacağı zararları tazmin etmelidirler<sup>35</sup>. Bildirimin konusunu ise, önalım olayı, önalım olayının bedeli, ifa zamanı ve tarafları oluşturmaktadır<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> İsviçre Hukuku'nda ise ZGB Art. 681a/ II uyarınca yasal önalım hakkı, önalım olayının gerçekleşmesinin ve içeriğinin yasal önalım hakkı sahibi tarafından öğrenilmesinden itibaren üç ay içerisinde kullanılması gerekmektedir. Bildirimin yapılması konusunda ise payını devreden paydaşın yanı sıra, ZGB Art. 969 uyarınca, tapu memurları da görevlendirilmiştir (*Meier- Hayoz*, ZGB Art. 682 N. 70; *Wiederkehr*, s. 132; *Haab*, ZGB Art. 681/ 682 N. 37 ve 55).

<sup>33</sup> "...yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Onalim hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz..." (Yargıtay HGK. T. 13.04.2005 E. 6- 230/ K. 244 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 19.04.2004).

<sup>34</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 681 N. 203; *Kırca*, s. 1190.

<sup>35</sup> *Kırca*, s. 1190; *Eren, Yasal Önalım*, s. 123; *Eren, Mülkiyet*, s. 414; *Sirmen*, s. 460; Yargıtay 6. HD. T. 13.10.2003 E. 115/ K. 7099 (YKD. C: 29, S. 12, 2003, s. 9).

<sup>36</sup> *Meier- Hayoz*, ZGB Art. 861 N. 208; *Ertay*, s. 384.

Nihayet yasal önalım hakkının kullanılması için, yasal önalım hakkı sahibi tarafından, payı devralan üçüncü kişiye karşı dava açması da gerekmektedir. Çünkü TMK md. 734/ I uyarınca yasal önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır<sup>37</sup>. Uygulamada önalım davası olarak nitelendirilen bu dava yenilik doğuran bir dava olup, dava sonucunda hakim, davacı lehine payın devrine ve mülkiyetin tesciline karar verir<sup>38</sup>. Söz konusu önalım davasının davalı tarafını, paylı mülkiyet payının en son maliki oluşturmaktadır. Bu itibarla davalı malik, satıcı paydaş olabileceği gibi, alıcı üçüncü kişi de olabilir. Böylelikle önalım olayını takiben pay alıcı adına tescil edilmişse alıcı üçüncü kişiye, henüz tescil edilmemişse satıcı paydaşa karşı önalım davasının açılması gerekmektedir<sup>39</sup>. Önalım davasının davacı yanını ise, payı üçüncü kişiye devreden paydaş dışındaki diğer paydaş veya paydaşlar oluşturur.

<sup>37</sup> Önceki Medeni Kanun düzenlemesinde böyle bir hüküm olmamasına rağmen Medeni Kanun değişikliğiyle önalım hakkının dava açılmak suretiyle kullanılması hükme bağlamıştır. Bu hükmün getirilişi sebebi “uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesidir” (Bkz. TMK. md. 734’ün gerekçesi). Buna karşılık önceki Medeni Kanun yasal önalım hakkının kullanılması herhangi bir şekilde bağlamamaktaydı. Hatta bu hakkın kullanılmasının sözlü şekilde bile olabileceği kabul edilmekteydi (Feyzioğlu, s. 212- 213). Ancak eski Medeni Kanun döneminde uygulamada açılan dava “önalım davası” olarak nitelendirilse de gerçek anlamda tescile zorlama davasıydı (eski MK. md. 642, yeni TMK. md. 716). Dolayısıyla bu dava neticesinde verilen hüküm ise inşai bir hüküm olmayıp, tespit ve eda hükmünü içeren karma bir hükümdü (Önen, s. 89).

<sup>38</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 453; Eren, Yasal Önalım, s. 117; Eren, Mülkiyet, s. 408; Yargıtay HGK. T. 21.09.2005 E. 6- 358/ K. 470 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 19.06.2014). Aksi yönde bkz.: Sirmen, s. 453.

<sup>39</sup> Tekinay, s. 50; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 617; Eren, Yasal Önalım, s. 120; Eren, Mülkiyet, s. 411; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 453; Şıpka Taman, s. 145- 146, Ertaş, s. 374; Sirmen, s. 458; Akipek, s. 217; Kılıç, s. 1996; Ayan, s. 361. Alıcı üçüncü kişinin önalım davası açılmadan önalım hakkı konusu payı kendisi dışında başka bir üçüncü kişiye satması durumunda, önalım hakkı bu şekilde birbirini takip eden satışlarda payın en son malikine karşı kullanılacaktır (Feyzioğlu, s. 126- 127; Tekinay, s. 53; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 619- 620; Akipek, s. 218; Şıpka Taman, s. 195- 196). Çünkü her yeni önalım olayı, önceki önalım olaylarından bağımsız olarak paydaşlara yeni bir önalım hakkı kullanma imkânı sağlar (Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 620; Akipek, s. 218). Önalım davası devam ederken önalım hakkı konusu pay başka bir üçüncü şahsa satılması halinde ise HMK md. 125 uygulanarak çözüme varılmalıdır (Özenli, s. 91- 95; Tekinay,

#### **IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 12.12.2007 TARİHLİ E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 SAYILI KARARI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Anayasa Mahkemesi, 12.12.2007 tarihli kararının “Esasın İncelenmesi” bölümünde, “...*Yasal önalım hakkı ise, yasadan kaynaklanır, sözleşme söz konusu olmadığı için, pay satın alan bütün üçüncü kişilere karşı hüküm doğurur ve aynı hak niteliğindedir*” diyerek Türk Medeni Kanunu'nun 732 vd. maddelerinde düzenlenen yasal önalım hakkının, aynı hak olduğunu savunmuştur.

Kanaatimizce bu hukuki nitelendirmeye katılmak mümkün gözükmemektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, doktrindeki hakim görüşe paralel olarak, yasal önalım hakkının hukuki niteliği yenilik doğuran bir hak olup, onun aynı hak olduğunu savunmakta isabet bulunmamaktadır. Çünkü bir defa, yasal önalım hakkının hukuki niteliğini aynı bir hak olarak kabul etmek, aynı hakların hukuki yapısına aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, yasal önalım hakkının aynı bir hak olarak kabul edilmesi durumunda, söz konusu hakkın herkese karşı ileri sürülebileceğinin de kabulü gerekir. Zira bilindiği üzere, aynı haklar herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Ancak bu durum yasal önalım hakkı açısından geçerli değildir. Çünkü önalım hakkının muhatabı sayılacak olan üçüncü kişi “herkes” değil, ancak payı devralan ve payın mülkiyetini edinen kişidir. Yoksa aynı haklarda olduğu gibi, mülkiyet hakkını başka bir şekilde ihlal eden veya bu hakkın kullanılmasını engelleyen herkese karşı yasal önalım hakkı kullanılamaz. Bir başka ifade ile önalım hakkı sadece yasal önalım yükümlüsüne karşı kullanılabilir ve gerçek bir hâkimiyet hakkı söz konusu olmaz<sup>40</sup>. Diğer taraftan, aynı hakların temel özelliği olan “kullanılmalarının herhangi bir süreye tabi olmaması” da yasal önalım hakkı açısından geçerli değildir<sup>41</sup>. Zira önalım hakkının kullanılması TMK md. 733/ IV uyarınca üç ay ve iki yıllık hak

---

s. 54- 55; Yargıtay 6. HD: T. 05.12.2011 E. 8856/ K. 13775 -[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 24.06.2014-).

<sup>40</sup> Şipka Taman, s. 22 ve 119 vd.

<sup>41</sup> Şipka Taman, 23.

düşürücü süreye tabidir. Son olarak, yasal önalım hakkının aynı bir hak olarak nitelendirilmesi, aynı haklara egemen olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi ile de örtüşmemektedir. Söz konusu ilke uyarınca, ancak kanunda öngörülen aynı haklar kurulabilir. Türk Medeni Kanunu'nun kabul ettiği aynı hak tipleri ise, mülkiyet, irtifak hakları, rehin ve taşınmaz yüküdür. Dolayısıyla, yasal önalım hakkı söz konusu aynı hak türlerine dahil olmadığı için, onun aynı hak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, yasal önalım hakkının hukuki niteliğini aynı hak olarak kabul edilen görüş, gerek İsviçre, gerekse de Türk Hukuku'nda etkisini yitirmiştir. Nitekim Yargıtay da son yıllarda verdiği kararlarda aynı hak teorisini reddetmiştir<sup>42</sup>.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu söz konusu kararında, yasal önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasının, *“mağduriyetlerin önlenmesi ve ayrıca uygulamada büyük çoğunlukla dava ile sonuca gidilmesi”* gerekçeleriyle, yasal önalım hakkının kanunda düzenleniş amacına uygun olduğu da belirterek, bunun hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığını savunmuştur. Anayasa Mahkemesi, anılan görüşünü, TMK md. 724'ün madde gerekçesine dayandırmaktadır. Zira TMK md. 724'ün madde gerekçesinde açıkça *“Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu yolla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü haline getirilmiş bulunmaktadır”* ifadesi yer almaktadır. Ancak kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu görüşüne de, TMK md.

---

<sup>42</sup> Yargıtay İBK. T. 11.02.1959 E. 10/ K. 12 (RG: 29.04.1958 T., S. 10194); Yargıtay HGK. T. 13.04.2005 E. 6-230/ K. 244; Yargıtay HGK. T. 21.09.2005 E. 6-358/ K. 470; Yargıtay HGK. T. 23.06.2010 E. 6-341/ K. 346; Yargıtay HGK. T. 27.06.2012 E. 6-239/ K. 411 (Kararlara [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 18.06.2014).

734/ I uyarınca yasal önalım hakkının dava yolu ile kullanılmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle, katılmakta isabet bulunmamaktadır. Çünkü uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına hukuki bir gerekçe oluşturacak güce sahip değildir. Yenilik doğuran hakların kullanılması durumunda çoğu zaman alacak hakkı -şahsi bir hak gündeme gelmektedir. Bu sebeple yenilik doğuran haklar dava açmak suretiyle kullanılmaya muhtaç olmadıkları halde, yenilik doğuran hakların kullanılması sonucu ortaya çıkan alacak haklarının yerine getirilmemesi halinde dava açılması gerekir. Dolayısıyla davaya muhtaç olan yenilik doğuran hakkın kendisi değil, bu hakların kullanılması sonucu ortaya çıkan alacak haklarıdır. Zira aynı durum, fesih ve dönme gibi yenilik doğuran haklar bakımından da geçerli olup, eğer bu haklar bakımından istenilen sonuç elde edilemese dava yoluna gidilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum yenilik doğuran haklardan beklenen sonucun her zaman dava açılması yoluyla elde edilebileceği sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla aynı durum yenilik doğuran bir hak olarak yasal önalım hakkı bakımında da geçerlidir. Zira yenilik doğuran bir hak olan yasal önalım hakkı kullanılır ve önalım hakkı konusu payın mülkiyeti hak sahibine de devredilmezse dava açılması gerekir<sup>43</sup>.

Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere yasal önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır ve kural olarak yenilik doğuran haklar da dava açılmasına gerek kalmaksızın karşı tarafa varması gerekli irade beyanı ile hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Fakat bir takım yenilik doğuran haklar vardır ki, kamu düzeni veya üçüncü şahısların korunması gibi gerekçelerle yenilik doğurucu bir davaya (inşai dava) ihtiyaç duyarlar ve hüküm ve sonuçlarını da dava açmak suretiyle doğururlar<sup>44</sup>. Bir başka ifadeyle söz konusu bu sonuçların, tarafların anlaşmaları suretiyle doğması mümkün değildir. Bu tür yenilik doğuran haklara babalık davası (TMK. md. 301), boşanma davası (TMK. md. 161) veya evliliğin iptali (TMK. md. 148)

---

<sup>43</sup> *Buz*, s. 158- 159.

<sup>44</sup> *Kırca*, 1201; *Buz*, s. 183 vd.; *Önen*, s. 11; *Eren, Yasal Önalım*, s. 118.

örnek olarak gösterilebilir<sup>45</sup>. Oysa yasal önalım hakkı bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü yasal önalım hakkı konusu itibariyle ne bir kamu menfaatini, ne de korunması gereken üçüncü şahıs menfaatini bünyesinde barındırır. Dolayısıyla ortada korunması gereken ne bir kamu ne de üçüncü şahıs menfaati olduğu için, doğaldır ki tarafların anlaşarak önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelecek olan sonucu dava açılmasına gerek kalmaksızın da gerçekleştirebilmeleri mümkündür<sup>46</sup>. Bu nedenle yasal önalım hakkının herhangi bir dava açılmasına gerek kalmaksızın da kullanılmasının kabulü gerekmektedir.

Yasal önalım hakkının dava açılması suretiyle kullanılmasına ilişkin getirilecek bir başka eleştiri ise kendisini şu şekilde göstermektedir: Acaba yasal önalım hakkının muhatabı, hak sahibi hakkını kullandığı zaman buna itiraz etmeyip, yasal önalım konusu payın devrini gerçekleştirirse ne olacaktır? Dava yoluyla bu hak kullanılmadığı ve dolayısıyla buna ilişkin bir mahkeme ilamı olmadığı için, yapılan tescil yolsuz tescil mi olacaktır? Bir başka ifade ile önalım olayı gerçekleşip, önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanır, önalım hakkı muhatabı ise buna rıza gösterirse yine de yasal önalım hakkının dava açılmak suretiyle mi kullanılması gerekecektir? Kanaatimizce bu sorulara olumlu cevap vermek mümkün değildir. Zira anılan ihtimallerde önalım hakkının muhatabı hakkın kullanılmasına rıza göstermekte ve ortada dava konusu yapılacak bir uyuşmazlık kalmamaktadır<sup>47</sup>. Kaldı ki yasal önalım hakkı muhatabının, önalım hakkı sahibinin talebini kabul ederek, ilgili payın devrine rıza gösterdiği durumlarda, illa ki yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılması gerekliliği ileri sürülerek, tarafların üzerinde uyuştukları bir konuda dava yoluna gitmeleri sonucu da ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce bu durumda hem Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen madde 36, hem de gereği olamadığı halde mahkemelerin usulî ve bürokratik işlemlerle iş yükünü ağırlaştırdığı için usul ekonomisini

---

<sup>45</sup> Kırca, s. 1201; Buz, s. 183; Önen, s. 11 ve 50, Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 65- 66.

<sup>46</sup> Kırca, s. 1201; Buz, s. 159.

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz.: Buz, s. 159- 160.

düzenleyen madde 141/ IV hükmüne de aykırı olacağıın kabulü gerekmektedir<sup>48</sup>.

Son olarak *Buz'un* da isabetli olarak belirttiği gibi, kanun koyucu yasal önalım hakkının kullanılmasını dava yoluna bağlamış ancak yenilik doğuran hak olan alım ve geri alım haklarının kullanılmasını dava şartına bağlamamıştır. Ancak bu yenilik doğuran haklar arasında en tehlikeli olanı alım hakkıdır. Çünkü önalım hakkında payın üçüncü kişiye devri/ önalım olayı gerekliiyken, alım hakkında böyle bir şart mevcut değildir. Alım hakkı sahibi tek taraflı irade beyanıyla bu hakkını dilediği zaman kullanabilir. Dolayısıyla bu durum bir çelişki yaratmaktadır ve yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılmaması gerektiğini destekler niteliktedir<sup>49</sup>.

## SONUÇ

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması veya satıma eşdeğer hukuki işlemlerle devretmesi durumunda, diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payı satın alma yetkisi veren, kanundan doğan, paylı mülkiyet payına bağlı bir hakır.

Anılan tanımdan hareketle, yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan doğrudan kısıtlaması olup, başkaca bir

---

<sup>48</sup> Daha vahimi olan, yasa koyucu önalım hakkının dava yoluyla kullanılması yönündeki kabul edilemeyecek olan kanaatini, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da sürdürmüştür. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu önalım hakkının kullanılmasını düzenleyen 242. maddesinde önalım hakkının kullanılması için dava açılmasının zorunlu olduğunu ifade edilmiş; anılan hükmün madde gerekçesinde ise, söz konusu hakkın “*ancak dava açılarak kullanılabileceği*” vurgulu bir biçimde ifade edilmiştir (Bkz.. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 242. madde gerekçesi).

<sup>49</sup> *Buz*, s. 160. *Buz* ile aynı yönde bkz.: *Ayan*, s. 361 dn.: 1128. Ayrıca *Buz* bu durumu çok veciz bir biçimde, “*yeni TMK., pompalı tüfeği ruhsata bağladığı halde, roket atar taşınmayı serbest bırakmıştır*” diyerek tasvir etmektedir (*Buz*, s. 160). Yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılması konusunda getirilen diğer eleştiriler için bkz. *Ertas*, s. 385; *Eren, Mülkiyet*, s. 398; *Eren, Yasal Önalım*, s. 108; *Arpacı, A.*: “Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış” Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 106; *Gümüş, M. A.*: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 142 dn. 119.



işleme gerek kalmaksızın doğrudan bir hukuk kuralınca doğar ve paydaşın herhangi bir olumlu edimine gerek kalmaksızın ilgili pay üzerinde doğrudan etkisini gösterir. Aynı zamanda yasal önalım hakkı eşyaya bağlı bir haktır ve paylı mülkiyet payına bağlanmıştır. Dolayısıyla yasal önalım hakkı eşyaya bağlı bir hak olduğu için, muhatabı açısından tapu siciline tescil edilmesine gerek kalmaksızın eşyaya bağlı borç ilişkisi meydana getirir.

Diğer taraftan yasal önalım hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Tıpkı yenilik doğuran haklarda olduğu gibi, yasal önalım hakkında da hak sahibi söz konusu hakkını kullandığında, muhatabın rızasına veya katkısına gerek kalmadan, yeni bir satış ilişkisi meydana gelmektedir. Ayrıca yine tıpkı yenilik doğuran haklarda olduğu gibi yasal önalım hakkının kullanılması da TMK md. 733 uyarınca hak düşürücü sürelerle tabi olup, söz konusu hak kullanıldıktan sonra dönmek de mümkün değildir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 sayılı kararında savunulan, yasal önalım hakkının hukuki niteliğini aynı hak olarak kabul eden görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü anılan görüş, açıkça, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebileceği, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ile kullanımlarının herhangi bir süreye tabi olmaması prensiplerine aykırı niteliktedir. Kaldı ki, yasal önalım hakkının hukuki niteliğinin aynı hak olarak savunulması gerek İsviçre ve Türk doktrini, gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarıyla da çelişir niteliktedir.

Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin, yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının, mağduriyetlerin giderilmesi ve ayrıca büyük bir çoğunlukla uygulamada söz konusu hak bakımından dava yoluyla sonuca gidilebilmesi nedenleriyle yerinde olduğu ve dolayısıyla hak arama özgürlüğüne aykırılıktan söz edilemeyeceği görüşüne de katılmakta isabet bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere yasal önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran hakların kullanılması bakımından ise tek taraflı irade beyanı yeterli olup, kural olarak dava açılmasına gerek kalmaksızın karşı tarafa varması gerekli irade beyanıyla

hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadırlar. Buna karşın öyle bir takım yenilik doğuran haklar vardır ki, bünyelerinde üçüncü şahıs ve kamu menfaatlerini barındırdıklarından yenilik doğurucu dava ile kullanılmaları gerekmektedir. Ancak yasal önalım hakkı bünyesinde ne üçüncü kişi ne de kamu menfaati barındırdığı için, yenilik doğurucu dava vasıtasıyla kullanılabilen olan yenilik doğuran haklar kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla yasal önalım hakkının kullanılması bakımından tek taraflı irade beyanının yeterli olması gerekir; yasal önalım hakkının tek taraflı irade beyanı ile kullanılması neticesinde bir sonuç alınmazsa ancak o zaman dava yoluna başvurulması gündeme gelebilir. Kaldı ki, yasal önalım hakkı muhatabının, yasal önalım hakkı sahibinin irade beyanına rıza gösterip onun adına hak konusu payın devrini gerçekleştirdiği hallerde, illaki yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılması gerekliliği argümanına dayanılarak, yapılan söz konusu devrin geçerli olmayacağı sonucuna varılacaktır ki, bunun da hukuk mantığıyla ters düşeceği kanaatimizce açıktır. Ayrıca yasal önalım hakkı muhatabının, yasal önalım hakkının kullanılmasına rıza gösterdiği durumlarda, ortada davaya konu olacak bir uyuşmazlıkta bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin de yerinde olduğunu savunduğu, TMK md. 734 uyarınca yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılması gerekliliğinin hem Anayasa madde 36 uyarınca hak arama özgürlüğü hem de gereği olmadığı halde yargı erkinin usulî işlemlerle iş yükünü ağırlaştırdığı gerekçesiyle Anayasa madde 141/ IV anlamında usul ekonomisine de aykırı olduğunun kabulü gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Akipek, Jale** : Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara 1971.
- Allgaeuer, Oskar**: Vorkaufs, Rückkaufs, und Kafusrecht, Zürich 1918.
- Arık, Fikret** : “Şu'fa Hakkı Üzerine Bir İnceleme”, Adliye Ceridesi Yıl: 34 1943, s. 789 vd.

- Arpacı, Abdülkadir:** “Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış” Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 89 vd.
- Atabek, Reşat :** “Şuf’a Hakkı”, İBM. S. I Yıl: XIV 1940, s. 729 vd.
- Ayan, Mehmet :**“Kanuni Şuf’a Hakkı” Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, Konya 1995, s. 335 vd.
- Ayan, Mehmet:** Eşya Hukuku II Mülkiyet Hukuku, Konya 2012.
- Bertan, Suad :**Ayni Haklar, Medeni Kanunun 618- 764. Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976.
- Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage Zürich 1988.
- Buz, Vedat :** Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Erdoğan, Celal :** Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf’a Davaları, 2. Baskı Ankara 1991.
- Erel, N. Şafak :** Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Eren, Fikret :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası Ankara 2012 (Borçlar Hukuku).
- Eren, Fikret :** Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011 (Mülkiyet).
- Eren, Fikret :**“Türk Medeni Kanunu’na Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008 S. 1-2, s. 103 vd. (Yasal Önalım).
- Ertaş, Şeref :** Eşya Hukuku, İzmir 2011.
- Esener, Turhan :** Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- Feyzioğlu, Feyzi N. :** Şuf’a Hakkı, İstanbul 1959.
- Gauch, Peter/ Schlupe, R. Walter:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I- II, 9. Auflage Zürich 2008.
- Göksu, Tarkan:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (Handkommentar).

- Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003.
- Gürsoy, Kemal/ Eren, Fikret/ Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Haab, Robert** :Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, 2. Auflage Zürich 1977.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Karahasan, Mustafa Reşit:** Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İstanbul 2002.
- Kılıç, Halil** : Gayrimenkul Davaları Cilt: I- II, Ankara 1997.
- Kırca, Çiğdem** :“Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, İstanbul 2002, s. 1179 vd.
- Kırca, Çiğdem** :“Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, AÜHFD. C.54 S. 1- 4 Yıl: 2004, s 65 vd.
- Koller, Alfred** :Schweizerisches Obligationenrecht Band I Allgemeiner Teil, Bern 1966, N. 199 ve 201;
- Küley, Muin** :Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf’a Hakkı, İstanbul 1950.
- Leemann, Hans** :Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht I. Abteilung Art. 641- 729, 2. Auflage Bern 1920.
- Liver, Peter** : Das Eigentum SPR V/ I, Basel und Stuttgart 1977.
- Meier- Hayoz, Arthur:** “Der Vorkaufsfall”, ZBGR (45) 1964, s. 257 vd.
- Meier- Hayoz, Arthur (Çeviren: Ümit Doğanay):** “Şuf’a Akdi”, İHFM. C. 33, s. 273 vd.
- Meier- Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV:** Das Sachenrecht, 1.

- Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (Art. 680- 701) Bern 1975.
- Oğuzman, Kemal:** Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1990 (Dersler).
- Oğuzman, Kemal:** “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İHFM. C. 31 S. 1- 4 Y. 1965, s. 209 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Olgaç, Senai/ Karahasan, Mustafa Reşit:** Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili, İstanbul 1964.
- Önen, Ergun :** İnşai Dava, Ankara 1981.
- Özenli, Soysal :**Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, İstanbul 1990.
- Özsunay, Ergun:** Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968.
- Rey, Heinz :**Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II ZGB Art. 457- 977 und SchlT ZGB Art. 1- 61, 3. Auflage Bern und Zürich 2007 (BSK).
- Rey, Heinz :** Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage Bern 2007 (Eigentum).
- Saymen, F. H./ Elbir, H. K.:** Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- Schmid, Jörg/ Hürlimann- Kaup, Bettina :** Sachenrecht. 3. Ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage Zürich 2009.
- Schöbi, Felix :**Schweizerischen Grundstückskauf und europäisches Recht, Bern 1999.
- Schurig, Klaus :** Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Berlin 1975.
- Schwenzer, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage Bern 2006.
- Sebük, Tahir :** Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951.
- Serozan, Rona :** Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Dönme).
- Serozan, Rona :** “Nisbi Hakların Güçlendirilmesi”, İHFM. 1974 C. 40, s. 459 vd. (Nisbi hakların Güçlendirilmesi)

- Sirmen, A. Lale:** Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Steiner, Rolf** : Das Gestaltungsrecht, Zürich 1984.
- Sungurbey, İsmet:** Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963.
- Şıpka, Şükran Taman:** Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, Ankara 1985.
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/ 1, İstanbul 1988.
- Tunaboğlu, Müslim:** Önalım (Şuf'a) Davaları, Ankara 2004.
- Tuor, Peter/ Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg/ Rumo- Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage Zürich 2009.
- Tüysüz, Vahit** : “Şuf'a (Önalım) Davası”, AD. 1989, S. 1- 3, s. 52 vd.
- Velidedoğlu, H. V./ Esmer, Galip:** Gayrimenkul Tasarrufları, İstanbul 1956.
- von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2 (Çevirisi: Cevat EDEGE), Ankara 1983.
- Wiederkehr, Alphons:** Das Gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. 1936.

## OSMANLI DEVLETİ'NDE SARRAFLARIN MÜLTEZİMLERE KEFİLLİĞİ\*

Nuran Koyuncu\*\*

### ÖZET:

Osmanlı Devleti'nin vergi tahsilinde uyguladığı iltizam sisteminde mültezimlerin vergi tahsilini üstlenebilmeleri güvenilir bir kefil bulmalarına bağlıydı. Böylece sarraflar, mültezimlere hem kefil olup hem de onlar adına hazineye taahhütlerde bulunmaya başladılar. Sarraflar aynı zamanda mültezimlerin peşin ödemelerdeki nakit para ihtiyaçlarını da karşılıyorlardı. Hazine-sarraf ve mültezim arasındaki hukuki ilişkide en temel problem ödemelerin aksamasıydı. Bu aksamalar, özellikle Tanzimat'tan sonra merkezi hazine tarafından alınan çeşitli tedbirler yoluyla önlenmeye çalışıldı.

**Anahtar Kelimeler:** Sarraf, Mültezim Kefalet, İltizam Sistemi, Malikâne.

### MONEY-CHANGERS GUARANTEE FOR LEASEHOLDERS IN THE OTTOMAN STATE

### ABSTRACT:

In Ottoman Empire, leaseholders' taxing power depended on finding a reliable guarantor in the tax farming system. Thus money-

---

\* Bu çalışmanın bir kısmı ve özet şekli 21/22 Aralık 2012 tarihinde gerçekleştirilen I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi'nde bildiri olarak sunulmuştur.

\*\* Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Öğretim Üyesi

changers began to vouch for leaseholders and to make commitments for them to the treasury. Money-changers also fulfilled the needs of leaseholders in cash in advance. The most fundamental problem in relationship between treasury, money-changers and leaseholders was a delay in payments. The central treasury tried to prevent such delays by means of various measures, particularly after the era of Tanzimat reforms.

**Keywords:** Money-changers, Leaseholders, Tax farming system, Guarantee, Manor.

## I. GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nde sarraf denilen esnaf kesiminin mali alanda bazı kritik rolleri üstlendikleri görülmektedir<sup>1</sup>. Vergi tahsilinin özel sektöre devri niteliği taşıyan iltizam sisteminde mültezimlerin vergi toplama hakkını elde edebilmelerinin güvenilir bir kefil bulma şartına bağlanması ve para finansmanında kaynak gereksiniminin doğması gibi sebepler sarrafları ön plana çıkardı. Böylece çoğunluğu gayrimüslimlerden oluşan bu grup o dönemde para finansmanı yanında, iltizam sisteminde mültezimlerin devlete olan borçlarına kefil olarak halkayı tamamlayan önemli bir unsur olarak yerlerini aldılar. Mültezimlerin hazineye olan borçlarının sarraf güvencesiyle temin edilmesi esasen merkezi hazineye sabit bir gelir temin eden sigortaydı. Osmanlı Devleti'nde bankacılık sektörünün sarraflarca başlatıldığı göz önünde bulundurulduğunda bu teminin, adeta bir banka vazifesi ifa ettiği söylenebilir.

Ağır bir ücret karşılığında elde ettikleri beratlarda bulunan kuyruklu imzaya izafeten kendilerine “Kuyruklu Sarraf” da<sup>2</sup> denilen bu grubun sarraflığa ait muameleleri uzun bir dönem hazine bünyesinde kurulan

---

<sup>1</sup> Cezar Y., “The Role of the *Sarrafs* in Ottoman Finance and Economy in the Eighteenth and Nineteenth Centuries”, *Frontiers of Ottoman Studies*, (ed. Colin İmber-Keiko Kiyotaki), Vol. 1, New York 2005, s. 61.

<sup>2</sup> Tabakoğlu, A., *Gerileme Dönemine Giren Osmanlı Maliyesi*, Dergâh Yay, İstanbul 1985, s. 122.



çeşitli meclis ve komisyonlar aracılığıyla yürütüldü. 1865 tarihli nizamnameyle ise bu yetki Divan-ı Muhasebat'a devredildi.

Çalışmada sarraf esnafının, iltizam ile başlayıp malikâne sisteminde devam eden garantör rolü ve sarraf, mültezim ve hazine arasındaki hukuki ilişki ve sonuçları ele alınmıştır

## II. TİMAR SİSTEMİNDEN İLTİZAMA

Sarrafların kefaletinin, belirli bir bedel karşılığında vergi gelirlerinin özel kişilere devredildiği "iltizam sistemi" ile birlikte ortaya çıktığı görülmektedir. Tımar sisteminden iltizama geçiş sürecinin ve daha sonraki gelişmelerin bilinmesi konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

İltizam sistemi öncesinde yaygın bir şekilde uygulanan tımar sisteminde, vergi toplama işlemini bir kısım asker ve görevliler üstlenmişti<sup>3</sup>. Bu görevlilere, belirli bölgelerden ve faaliyetlerden kendi nam ve hesaplarına vergi toplama hakkı devredilerek hem çeşitli kamu hizmetleri yerine getiriliyor hem de kolay ve masrafsız bir şekilde vergilerin toplatılması sağlanıyordu. Ancak bu sistem XVI. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bozulma belirtileri göstermeye başladı. Fetihlerin durması sebebiyle hazine doldurulamadı. İskân politikasının uygulanamamasına bağlı olarak artan nüfus, olumsuz ekonomik şartlarla birleşince sosyal karışıklıklar başladı<sup>4</sup>. Savaş teknolojisinde meydana gelen gelişmelerin sürekli maaş alan ve ateşli silahlarla donatılmış merkez ordularının önemini arttırması Osmanlı maliyesini önemli bir yükün altına soktu<sup>5</sup>. Tımarlar zamanla ehil olmayan kimselere verildi. Dirlikler çeşitli

<sup>3</sup> Pamuk, Ş., Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi -1500-1914, İletişim Yayınları, İstanbul 2005, s. 41-42.

<sup>4</sup> Yücel, Y., "Osmanlı İmparatorluğunda Desantralizasyona (Adem-i Merkeziyet) Dair Genel Gözlemler", Belleten, C. XXXVIII, No: 152, 1974, s. 689; Cin, H.- Akyılmaz, G., Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1995, s. 332.

<sup>5</sup> Batmaz, E. "İltizam Sisteminin XVIII. Yüzyıldaki Boyutları", Osmanlı Ansiklopedisi, Yeni Türkiye Yay, Ankara 2000, s. 39.

padişahlar döneminde ıslah edilmek istense de başarılı olunamadı<sup>6</sup>. Girilen uzun savaşlar nedeniyle ülke ekonomisi daha da yıprandı<sup>7</sup>. Aynı zamanda devletin siyasi, askeri, ekonomik ve sosyal yapısının temeli olan tımar sisteminin çöküşü tüm kurumları etkiledi<sup>8</sup>. Bu durum alternatif vergi toplama usullerini gündeme getirdi<sup>9</sup>.

Farklı görüşler olmakla birlikte iltizam usulünün başlangıcı Fatih devrine kadar götürülür<sup>10</sup>. Dolayısıyla tımar sistemi devam ederken, bazı bölgelerde iltizama zaten geçilmişti. Bu sistemin uygulanmasındaki temel amaç, belirli askeri görevler karşılığında sipahilere dağıtılan miri toprak gelirlerini, doğrudan doğruya hazinede toplamak ve böylece hazine gelirlerini artırmaktı. İltizamda, mukataa olarak adlandırılan vergi kaynakları, sarrafların güvencesi altında, hazineye bir bölümü peşin ödenmesi gereken belirli birer yıllık bedel karşılığında kârı ve zararı kendine ait olmak üzere kabul edecek mültezimlere açık artırma yoluyla kiralanırdı<sup>11</sup>. Mukataadan elde edeceği gelirin iltizam bedeli üzerindeki kısmı mültezimin kârı idi. Mukataaların yıllık gelirlerinin asgari kıymeti maliye görevlileri tarafından tespit edilip hazine defterlerine işlenirdi. Mültezimler, açık artırma konusu olan mukataayı gelir ve masraflarını tahmini olarak değerlendirdikten sonra, devlete yıllık olarak ödeyebileceği rakamı önerirdi<sup>12</sup>. Her mukataanın bulunduğu bölgede sürekli bir rekabet içinde tutulan taliplerin kadiya yahut mahallin en büyük maliye yetkilisine (defterdar, muhassıl vb.) yaptıkları başvuru ile işlem başlardı. Aday bu

<sup>6</sup> Akdağ, M. “Tımar Rejiminin Bozulması”, DTCFD, C. III, Sy. IV, 1945, s. 419-431; Cin, H., Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Bas, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1992, s. 82-85.

<sup>7</sup> Uzunçarşılı, İ.H., Osmanlı Tarihi, 3. Bas, C. I, Ankara, 1983, s. 326 vd.

<sup>8</sup> Cin, H.-Akyılmaz, G., Türk Hukuk Tarihi, 4. Bas, Sayram Yay, Konya 2011, s. 501.

<sup>9</sup> Issawi, C., The Economic History of Turkey-1804-1914, The University of Chicago Pres, Chicago and London 1980, s. 1 vd.

<sup>10</sup> Genç, M., “İltizam”, TDVİA, C. 22, s. 154.

<sup>11</sup> Sencer, M., “Tanzimat’a Kadar Osmanlı Yönetim Sistemi”, Amme İdaresi Dergisi, C. 17, Sy. 2, 1984, s. 36.

<sup>12</sup> Halil CİN- Gül AKYILMAZ, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1995.(Feodalite), s. 340-341.

başvuruda ödeyeceği meblağı, ne kadarını peşin ödeyeceğini, kefillerine ait liste ile her bir kefilin taahhüt ettiği meblağı ve kabulünü istediği diğer şartları belirtirdi. Kadı en uygun şartlarda en yüksek meblağı teklif eden adayın ödemeye yeterli mali gücünün olup olmadığını denetlerdi. Benzer bir denetim kefiller için de yapıldı. Hatta kadı taahhüt edilen kefalet meblağını ödeme gücüne sahip olup olmadıklarını anlamak üzere evlerine kadar gider, güvenilir şahitlerin de ifadeleriyle durumlarını kayıt altına alır ve arz tezkiresini hazırlayarak merkeze yolları<sup>13</sup>. En yüksek teklifi yapan mültezim bir ila üç yıl arasında değişen bir süre için ilgili mukataanın vergilendirme hakkını devralırdı<sup>14</sup>.

XVI. Yüzyılın ortalarına kadar merkezi hazineye ait vergi gelirleri, tımar sistemi ile iltizam usulü birbirlerini tamamlayarak karşıladı. Sonrasında tımar, zeamet ve has adıyla dirliklerin görevlilere tahsisıyla elde edilen mali gelirler, giderek mukataalaşma sürecine girdi<sup>15</sup>. XVII. Yüzyılda merkezi hazinenin kaynak gereksiniminin artması ve nakdi ekonominin önem kazanmasıyla tımar yoklamaları daha da katılaştı. Görevlerini ifa etmeyenlerin dirlikleri ellerinden alınıp, ayrı bir mukataa teşkil edilmek üzere merkezi hazineye intikal ettirildi. Bu arada ellerindeki dirliklerin hâsılsız olduğu gerekçesiyle kendi istekleriyle tımar ya da zeametlerinden feragat edenler de bulunuyordu. Küçük dirliklerden başlayan mukataalaşma süreci zamanla beylerbeyi ve sancakbeyi haslarına da sirayet etti. 1697 yılında Anadolu'da birçok sancak, sancaklıktan ref olunarak malikâne olarak satıldı. Bununla birlikte 18. Yüzyılda sancak mukataalarının sık sık el değiştirdiği ve iltizamın kâh

<sup>13</sup> *Genç*, İltizam, s. 154.

<sup>14</sup> *Cin*, H.-*Akgündüz*, A., *Türk Hukuk Tarihi*, 2. Bas, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1995, s. 318; *Genç*, M., "Osmanlı Maliyesinde Malikâne Sistemi", *Türkiye İktisat Tarihi Semineri, Metinler/Tartışmalar*, 8-10 Haziran 1973 (ed: Osman Okyar-Ünal Nalbantoğlu), Ankara 1975, s. 233-234.

<sup>15</sup> *Barkan*, Ö.L. "1070-71/1660-61) Tarihli Osmanlı Bütçesi ve Bir Mukayese", İFM, XVIII-4, 1960, s. 328.

malikâne, kâh süreyle sınırlı olarak ya da tekrar sancak olarak tevcih edilmesinde kararsızlıklar yaşandığı görülmektedir<sup>16</sup>.

1695 yılında mukataalar belirli bir süreye tabi tutulmadan kayd-ı hayat şartıyla verilmeye başlandı<sup>17</sup>. Malikâne adı verilen bu sistem kısa sürede yaygınlık kazandı ve merkezi hazineye ait mukataalar malikâne mukataa olarak özel kişilere satıldı<sup>18</sup>. Malikâne sisteminin belirgin özelliklerinden birisi mültezimin ödemesi gereken peşin bedelin iltizamla kıyaslanamayacak derecede yüksek olmasıydı<sup>19</sup>. Ayrıca mültezimin malikâne üzerinde ekonomik hakları yanında bir kısım idarî ve inzibatî hakları da bulunuyordu. Bu da yerel grupların güçlenmesine neden oldu. Diğer taraftan mukataaların, sahibi hayatta iken el değiştirmesi veya vergi toplama işini mültezimin bizzat kendisinin yapmaması gibi sebepler bir hiyerarşi zincirini doğurdu<sup>20</sup> ve taşra yönetimindeki çözülme giderek hızlandı.

Nihayet Tanzimat Fermanı'nda "... alât-ı tahribiyeden olup hiçbir vakitte semere-i nafiası görülmeyen iltizamat usul-ı muzırır"ının kaldırılacağı açıkça ifade edildi<sup>21</sup>. Böylece iltizam kaldırılarak 1840 yılında vergiler, maaşlı memurlar vasıtasıyla "emanet usulüne" göre toplanmaya başlandı. Gayrimüslim cemaatlere, haraç ve askeri bedel kendileri tarafından tahsil edilerek hükümete teslim edebilmeleri hakkı verildi. Mültezimlerin yerine gelen muhassıllar yoluyla sorunların çözüleceğine inanılıyordu. Ancak çok da zaman geçmeden hiç bir şeyin değişmeyeceği anlaşıldı. Bunun temel sebebi muhassıl ve diğer görevlilerin büyük bir çoğunluğunun daha önceki dönemde görev yapmış

<sup>16</sup> *Batmaz*, İltizam, s. 39-43.

<sup>17</sup> *İnalçık*, H., "Çiftliklerin Doğuşu: Devlet, Toprak Sahipleri ve Kiracılar", Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticarî Tarım, (ed.Çağlar Keyder, Faruk Tabak), (çev. Zeynep Altok), Tarih Vakfı Yurt Yay, İstanbul 1998, s. 21-22.

<sup>18</sup> *Batmaz*, İltizam, s. 42.

<sup>19</sup> *Genç*, İltizam, s. 156-157

<sup>20</sup> *Bay*, A., Trabzon Eyaleti'nde Mütagalibe Hareketleri ve Âyanlık, (doktora tezi), Erzurum 2007, s. 91.

<sup>21</sup> *Genç*, M., "Osmanlıda İltizam Rejimi ve Değişmeleri", Akademik Tarih, [www.akademiktarih.com](http://www.akademiktarih.com), erişim 13.06. 2012; *Tabakoğlu*, Osmanlı Maliyesi, s. 126 vd.

olan kişiler olmasıydı. Muhassıllar mültezimlerin yaptığı baskı ve zulmü devam ettirdi<sup>22</sup>. Emanet usulünde başarı elde edilemeyince iltizama geri dönüldü<sup>23</sup>. İltizam ile ilgili şikâyetlerin doruğa ulaştığı zirai üretimde ise emanet usulüne bir yıl daha devam edildi<sup>24</sup>. Tanzimat'tan itibaren vergi toplama usulünde tercih kısa bir süre emanet sisteminin lehine değişmesine rağmen, iltizam tüm aksaklıklarıyla birlikte tam olarak tasfiye edilemeden imparatorluğun sonuna kadar yaşamaya devam etti.

### III. SARRAFLARIN MÜLTEZİMLERE KEFALETİ

Sarraflar, Osmanlı Devleti'nin vergi/iltizam sektörünü finanse eden gruptu. Maliye hazinesinde yapılan ihalelere mültezimler sarrafların kefaleti ve taahhüdü ile katılır<sup>25</sup>, artırmalarda güvenilir bir taahhüt sarrafi göstermeyenlerin teklifleri çok yüksek olsa bile red edilirdi<sup>26</sup>. Dolayısıyla mültezimlerin vergi tahsilini üstlenebilmeleri için muhakkak muteber bir kefile ihtiyaçları vardı<sup>27</sup>. Ayrıca mültezimler taşrada buldukları için zaman zaman kapı kethüdaları aracılığıyla ihaleye katılırlar, bu durumda taahhütler, sarraflar ile birlikte vekâleten kapı kethüdalarınınca üstlenilmiş olurdu<sup>28</sup>.

#### A. SARRAFLARIN ORTAYA ÇIKIŞI VE UZMANLAŞMASI

İltizam sisteminin önemli bir parçası olan sarrafların banker sıfatıyla gün yüzüne çıkmaları esasen Abbasiler dönemine kadar uzanmaktadır. Bu dönemde “cehbez” adı verilen sarraflar, çek niteliğinde

<sup>22</sup> Uzun, A., “Tanzimat Döneminde Vergilere İlişkin Temel Sorunlar 1840-60”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 39. Seri, İstanbul 2001, s. 100.

<sup>23</sup> Engelhardt, Tanzimat ve Türkiye, (çev. Ali Reşad), Kaknüs Yay, İstanbul 1999, s. 277-278.

<sup>24</sup> Genç, İltizam Rejimi, erişim 13.06.2012.

<sup>25</sup> BOA, C.ML, Nu: 330/13542, 05/N /1167 (Hicri).

<sup>26</sup> BOA, C.ML, Nu: 323/13334, 07/Za/1257 (Hicri).

<sup>27</sup> BOA, A.AMD, Nu: 5/76, 08/L /1264 (Hicri); BOA, C.ML, Nu: 206/8520, 23/S /1266 (Hicri).

<sup>28</sup> Bay, Ayanlık, s. 231-234.

bir belge düzenleyerek bir yerden başka bir yere para gönderirler ancak faiz işi yapmazlardı<sup>29</sup>.

Osmanlı dönemine gelindiğinde sarrafların çeşitli şekillerde sınıflandırıldıkları görülmektedir. Bunlardan birincisi sarraf esnafı olarak adlandırılan esnaf teşkilatına bağlı bulunan ve gedik sahibi olan gruptu<sup>30</sup>. Bu gurubun iltizam sistemi öncesinde de yine ödünç verme işlemleriyle uğraştıkları anlaşılmaktadır. Ancak esnaf olarak bazı sınırlamalara tabiydiler. Örneğin diledikleri kıymette ödünç altın verebilmek için altın toplamaları yasaklanmıştı, aksi takdirde malları müsadere edilir, siyaset uygulanırdı<sup>31</sup>. Aynı zamanda İstanbul'daki birçok sarraf, padişah ve ileri gelen bürokratların şahsi servet ve finans işlerini de yürütürlerdi<sup>32</sup>. Zamanla bu zümre, para işlemleri konusunda uzmanlaştı ve sermayelerini giderek artırdılar<sup>33</sup>.

Sarrafların önemli bir kısmı ise Hazine-i Amire ve Darphane-i Amire'de resmi görev ifa etmekteydi. Esasen sarrafların en etkili olduğu alan iltizam sistemiydi. Nihayet 3. Mustafa döneminden itibaren Hazine-i Hassa ve Darphane sarraflığına kadar yükselerek merkezi hazinedeki yerlerini aldılar. Hazine sarrafi veya bezirgan sarrafları olarak adlandırılan

<sup>29</sup> Yeniçeri, C., "Cehbez", TDVİA, C. 7, s. 222.

<sup>30</sup> Cezar, The Role of the Sarrafs, s. 62.

<sup>31</sup> Kanuni devri eyâlet kanunnamelerinin "Kanun-ı Dâr'id-darb; Nukra ve Hasene" kısmında yer alan "ve bundan gayri dergâh-ı mu'allâya şöyle arzolundu ki, şehrin sarrafları dâima il üzerine çıkub karye be karye yürüyüb her kimde altun bular ise alub hıfz edüb sonra miri için altuna hâcet oldukda kimesnede bulunmayub zaruretle tüccâr sarraflara mürâca'at edüb anlar dahi diledükleri kıymete verürlermiş. Bu husus dahi men olundı. Min ba'd beğlerbeği nâzır-ı emvâl ma'rifetiyle sarraflara yasağ edeler ki, bir ferd aslâ il üzerine çıkub altun cem etmeyeler. Ba'd-et-tenbîh eslemeyüb yine bu vaz'ı ederlerse, malları girift olunub kendülerüne siyâset oluna". Akgündüz A., Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, (Kanuni devri), C. 6, FEY Vakfı Yay, İstanbul 1993, s. 140.

<sup>32</sup> 3. Mustafa döneminden itibaren hazine-i hassa ve darphane sarraflığı Ermeni Duzoğulları'na verildi ve 100 yılı aşkın bir süre bu ailenin elinde kaldı. Durukan, M. Y., "Resmen Hortumlanan Banka", Aksiyon Dergisi, 22 Aralık 2001, [www.aksiyon.com.tr](http://www.aksiyon.com.tr). erişim 15.11.2012.

<sup>33</sup> Gürsel, S., "Osmanlı Dış Borçları", Osmanlı, İktisat (Edit: Kemal Çiçek, Cem Oğuz), C. 3, Ankara 1999, s. 390.

bu sarrafların mukataaların kaydıhayat şartıyla ihale edilmeye başlanmasıyla iltizam sektöründeki etkinliklerinde herhangi bir azalma yaşanmadı<sup>34</sup>. Aksine, bu şekilde verilen mukataanın vergisi iltizama göre daha yüksek olduğundan bu bedeller sarraflarca ödenmeye devam edildi. Hükümet, 1813'te eyalet ve sancak dâhilindeki mukataaların vali ve sancak mutasarrıflarına ihale edilmesi yönünde bir karar aldı. Bu kapsama daha ziyade malikâne olarak idare edilen mukataalar girmektedir ve aynı şekilde vali ve sancak mutasarrıflarının da güvenilir bir sarrafi kefil göstermeleri zorunlu oldu<sup>35</sup>.

Bu şekilde sarraflar bir yandan taşrada malikâne sisteminin iyi işleyebilmesi, diğer yandan İstanbul'da çeşitli sektörlerin kredi gereksinimlerini karşılıyordu<sup>36</sup>. Başlangıçta her mültezim, büyük bir kısmı mukataanın bulunduğu bölgede yerleşmiş küçük sermaye sahiplerinden oluşan kefiller grubuna dayanmaktaydı. Kısa bir süre sonra bu sarrafların yerini, uzmanlaşan, büyük merkezlerde ve genellikle de İstanbul'da yoğunlaşmış âdete bir kredi kurumu olarak örgütlenmiş sarraflar topluluğu aldı<sup>37</sup>.

XVII. yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise devlet artık Avrupa sermaye çevreleriyle iyi ilişkiler içinde bulunan sarraflar aracılığıyla kısa vadeli borçlar almaya bile başlamıştı<sup>38</sup>. Bu gelişim 1840 yılında Bank-ı Dersaadet adıyla ilk bankalarını kurmalarıyla devam etti. Bu tarihten itibaren İstanbul sarrafları, sahip oldukları sermaye sayesinde ekonomi çevrelerinde Galata bankerleri olarak anıldılar<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> *Cezar*, The Role of the Sarrafs, s. 62.

<sup>35</sup> *Akyıldız*, A., "Sarrafılık", TDVİA, C. 36, s. 164.

<sup>36</sup> *Cezar*, Y., Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi (XVIII. Yüzyıldan Tanzimat'a Mali Tarih), Yeni Alan Yayıncılık, İstanbul 1986, s. 136; *Pamuk*, İktisadi Tarih, s. 82.

<sup>37</sup> *Genç*, İltizam, s. 155vd.

<sup>38</sup> *Koraltürk*, M., "Osmanlı Devleti'nde Şirketleşme. İlk Anonim Şirket ve Borsanın Kuruluşu", Osmanlı, İktisat (Edit. Cem Oğuz, Kemal Çiçek), C. 3, Ankara 1999, s. 446.

<sup>39</sup> *Toprak*, Z., "Osmanlı Devleti'nde Para ve Bankacılık", Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, C. 3, İstanbul, 1985, s. 760-761; *Kazgan*, H., Galata Bankerleri, TEB, Orion Yayınevi, Ankara 2005, s. 10.

Fatih Sultan Mehmed döneminden XVIII. yüzyıla kadar Rum ve Yahudilerin sarraflık mesleğinde ön planda olduğu görülmektedir. XVIII ve XIX. yüzyıllarda İstanbul'daki sarrafların hemen tamamı gayrimüslimdi ve yaklaşık % 85'i Ermeni'ydi<sup>40 41</sup>. 1842 yılında Irganyan, Uzun Artinoğlu, Gelgeloğlu, Bogos, Tıngiroğlu adlı sarraflar Anadolu ve Rumeli kumpanyalarını kurmuş, devlet varidatını toplayıp devlet adına ödemede bulunuyorlardı. Gümrük gelirini ise yıllarca Cezairoğlu Mıgırdıç adında bir sarraf iltizam ediyordu<sup>42</sup>.

## **B. SARRAFLARIN ESNAFLIĞA İLİŞKİN MUAMELELERİ VE SINIFLARI**

İstanbul'da yer alan sarraflar kefalet sisteminde daha etkindi. Taşradaki sarraf esnafı ise genellikle mültezimlerin şahsi işlemleriyle uğraşırlardı<sup>43</sup>. İltizam bedellerinin yüksek olması, mültezimin parasal açıdan desteklenmesini gerektiriyordu. Diğer taraftan mültezimlere kefil olabilecek sarrafların özellikle itibar açısından muteber olması şarttı<sup>44</sup>. Tüm bunlar mültezimlerin İstanbul sarraflarını tercih etmesini zaruri hale getirdi.

Kefil olabilecek sarrafların esnaflığa ait işlemleri uzun bir süre hazine bünyesinde kurulan çeşitli meclis ve komisyonlar aracılığıyla halledildi. 1865 tarihli nizamnameyle bu tür muamelelerde Divan-ı Muhasebat'ın yetkili olduğu kabul edildi. 1867 tarihli "Sarrafan Nizamnamesi"yle de Divan-ı Muhasebat'ın bu yetkisi pekiştirilirken,

<sup>40</sup> *Akyıldız*, Sarraflık, s. 163; *Cezar*, The Role of the Sarrafs, s. 64.

<sup>41</sup> Bu sarrafların en tanınmışları Lorando Tubini, Korpu, Baltazzi, Stefanoviç, Shilizzi, Negroponte, Coronio ve Alberti idi. Köçeoğlu, Mıroğlu gibi Ermeni, Kamondo, Fernandez gibi Yahudi ve Ogenidi Mavrogordato, Zarifi, Zafiropulo ve Bogos gibi Rum asıllı gayrimüslim sarraf-bankerler ise Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde ön planda oldular Bkz. *Özdemir*, B., Düyun-u Umumiye İdaresi Türkiye Cumhuriyeti'nin Kabul Ettiği Osmanlı Devlet Borçları, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yay, Ankara 2010, s. 14.

<sup>42</sup> *Durukan*, Banka, 2012; Sarraf isimleri listesi için bkz, *Cezar*, The Role of the Sarrafs, s. 69 vd.

<sup>43</sup> *Bay*, Ayanlık, s. 141.

<sup>44</sup> BOA, *J. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).



sarraflarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü muhâkemat dairesinde kurulan “heyet-i muhtelite” ye devredildi<sup>45</sup>.

Sarraf tayini mukataa emininin teklifi darphane nazırının onayı ve padişahın beratıyla olurdu<sup>46</sup>. Sarraflar, en üst derecesi sınıf-ı evvel ve sınıf-ı sâni olmak üzere “itibar” esas alınan bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktaydı. 1867 Nizamnamesi öncesinde sınıf-ı evvel ve sâni olanlar ile sonradan dâhil edilecekler “Berat-ı Âli” verilmekteydi. Ne var ki bu sınıflara girebilmek çok da kolay değildi. Zira Bab-ı Ali’ye yapacakları başvuru, önce Divan-ı Muhasebat Riyaseti tarafından incelenir ardından sarraflar kethüdasına havale edilirdi. Burada, kethüda muavini ve esnaftan muteber kişilerin altısının imza ve tasdikinden sonra tekrar Divan-ı Muhasebat Riyasetine gelen başvuru, hazine tarafından beratı verilmek üzere bir yazıyla Bab-ı Âli’ye arz olunurdu<sup>47</sup>.

Attıkları imzaya izafeten kendilerine kuyruklu sarraf da denilen bu zümre, kefil oldukları mültezimlerden veya mukataalardan büyük gelirler elde ederlerdi. Ancak Berat-i Âli alabilmeleri ağır bir bedel ödemelerine bağlıydı<sup>48</sup>. 1867 tarihli Sarraflan Nizamnamesi’ne göre bu bedel, sınıf-evvele girenler için 7.000, babasından intikal edenler için ise 5.000 kuruştı. Sınıf-ı sâni olanlar, 1.500, intikal edenler ise 1.000 kuruş ödemekteydi<sup>49</sup>.

Sarraf esnafının bu şekilde sahip olduğu sınıf ve şöhretlerine ait kayıtlar Divan-ı Muhasebat tarafından tutulurdu<sup>50</sup>.

### C. HUKUKİ AÇIDAN SARRAFLARIN KEFALETİ

İltizam sisteminde sarraflar iki ayrı görevi üstlenmekteydi. Birincisi, mültezimlere para finansmanı, yani ödünç para verilmesi karz, diğeri ise kefalettir<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

<sup>46</sup> *Akyıldız*, Sarraflık, s. 163.

<sup>47</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

<sup>48</sup> *Toprak, Z.*, Türkiye’de Milli İktisat (1908-1918), Yurt Yay, Ankara 1982, s. 133.

<sup>49</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

<sup>50</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

İslam hukukunda para ödöncü (karz) kabul görür, ancak karzın bir menfaat karşılığında yapılması yasaktır. Esasen karz maddi bir karşılığın gözetilmediği bir iyilikten ibarettir<sup>52</sup>. Karzda esas amaç, ödünç alanın o şeyi kullanması ve ondan yararlanmasıdır. Karz, kural olarak faizsiz bir ödünçtür<sup>53</sup>. Bu açıdan bakıldığında sarrafların borcu aynıyla değil, faiziyle talep etmesi İslam hukukundaki karz akdine aykırı niteliktedir.

Kefalet ise gerek Kur'an'da gerekse Hz. Peygamber'in hadisleriyle kabul görür. "Kralın su kabını yitirdik, onu getirene bir deve yükü bahşiş var, ben de buna kefilim"<sup>54</sup> ayeti ile Hz. Yusuf'un babasının diğer çocuklarına: "Onu bana kesin olarak geri getireceğimize dair Allah'tan bir teminat getirmediğçe, onu asla sizinle göndermem"<sup>55</sup> ayeti, kefalet akdinin meşru' ve sahih olduğunu gösterir. "Kefil öder" hadisi de "borcun tekeffül" edilmesi ve kefaletin delillerindendir<sup>56</sup>. Kefaletin ilk tanımlarından olan "güvence sağlamak üzere kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine katılmasını gerektiren bir akid" şeklindeki Serahsi'ye ait tanım özellikle Hanefi ekolü içerisinde özü değiştirilmeden büyük ölçüde devam ettirilmiştir. Sonraki dönem Hanefi hukukçuları ise tanıma talep sorumluluğu kavramını da ekleyerek "mutalebe" (talep sorumluluğu) hususunda kefilin zimmetini asilin zimmetine bitişirmek şeklinde tanımlamışlardır. Mecelle'de de bu tanım teyit edilmiştir<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Sözlükte "kesip koparmak, karşılık vermek", mekânla ilgili olarak kullanıldığında "çaprazından dolaşip gitmek" gibi anlamlara gelen karz, terim olarak "geri ödenmek üzere verilen mal veya birine ödünç / borç verme" demektir. *Apaydın*, H.Y., "Karz", TDVİA, C. 24, s. 520; Bir hakkın güvenceye bağlanması amacıyla bir kimsenin asıl borçlunun alacaklı karşısındaki sorumluluğuna katılması veya birinin teslimini üstlenmesi anlamında fıkıh terimi. *Apaydın*, H.Y., "Kefalet", TDVİA, C. 25, s. 169.

<sup>52</sup> *Yazır*, E. M.H, Hak Dini Kur'an Dili, C. II, Feza Yay, İstanbul, s. 822.

<sup>53</sup> *Zaim*, Sebahattin, İslâm-İnsan Ekonomi, Yeni Asya Yay, İstanbul 1995, s. 37; *Apaydın*, Karz, s. 523.

<sup>54</sup> Yusuf (12), 72

<sup>55</sup> Yusuf (12), 66.

<sup>56</sup> *Buhari*, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmil, Sahihu'l-Buhari, , I-VIII, İstanbul 1401, Kefale, 3.

<sup>57</sup> *Apaydın*, Kefalet, s. 169.

Bununla birlikte İslam hukukunda kefilin ödediği bedelin bir karşılık alınarak yapılması kabul görmez. Bir bedel karşılığında kefil olmak batıldır, bunun rüşvet olduğu belirtilir<sup>58</sup>. Sarrafların ise iltizam sisteminde vergi gelirlerinden önemli paylar aldıkları bilinmektedir. Dolayısıyla mültezimin bir menfaat karşılığında yaptığı kefillik de İslam hukukunun kefalet hükümlerine aykırıdır.

Osmanlı Devleti'nde kredi ve finans kurumları uzun süre İslam geleneği içinde kaldı. İslam dininde faizin yasaklanmış olması, kredi ilişkilerinin gelişmesini engelledi. Bu nedenle de İslam dünyası faizli kredi işlevini görecekle başka yöntemler ve araçlar geliştirmeye çalıştı ve Osmanlı Devleti'nde de gayrimüslim sarraflarca üstlenilen kefalet sistemi, faizin izin verildiği istisnai alanlardan biri oldu<sup>59</sup>.

Osmanlı Devleti'nde "nukud-ı mevkufe" adı verilen faizle borç para verilmek üzere kurulmuş nakid vakıfları dışında yürürlüğe koyulan çeşitli mevzuatta da faiz hakkında hükümler bulunmaktadır<sup>60</sup>. Örneğin 1268 / 1851 yılındaki Eytam (yetimler) Nizamnamesinde, faiz nisbeti, halka "onu on bir buçuk, kesesi altı kuruş on para" (%15), sarraflarla tüccarlara %12 olarak tespit edilmiştir. Verilen borç tutarının %50 fazlası için rehin alınacaktır. Bu nizamnamede 1280/ 1854 yılında yapılan değişikliğe göre, eytam paraları ile kuyruklu sarrafların ikrazlarında faiz

<sup>58</sup> Serahsi, M.Ahmed Ebü Sehl, el-Mebcut, 2. Bas, XX, Beyrut Daru'l- Ma'rife t.y, s. 32.

<sup>59</sup> Özsoy, İ., "Faiz", TDVİA, C. 12, s. 110-126.

<sup>60</sup> Para vakıfları için bkz. Çizakça, M., "Osmanlı Dönemi Vakıflarının Tarihsel Ve Ekonomik Boyutları", Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul 2000, [www.tusev.org.tr/erisim](http://www.tusev.org.tr/erisim) 25.05.2014, s. 21 vd.; Çizakça, M., "Cash Waqfs of Bursa, 1555-1823", Journal of the Economic and Social History of the Orient", Vol. 35, 1995, s. 313 vd.; Çizakça, M., Risk Sermayesi Özel Finans Kurumları ve Para Vakıfları, İlmî Neşriyat, İstanbul 1993; Çiftçi, C., "18. Yüzyılda Bursa'da Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri", Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XXIII, Sy. 36, 2004, s.79 vd.; Buluş, A., "Sivil Toplum Kuruluşlarına Tarihsel Bir Örnek: Osmanlı Vakıfları", Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sy. 16, 2009, s. 31; Güler, M., Osmanlı Devleti'nde Harameyn Vakıfları (XVI-XVII. Yüzyıllar), Tatat Yay., İstanbul 2002, s.17; Pamuk, İktisadî Tarih, s. 78-79.

nispeti ayda %1 olarak tespit edilmiştir. 1867 deki değişiklikte, bu faiz nispetleri, %12 ve 9 olarak değiştirilmiştir<sup>61</sup>.

Sarraflar, devletin maliyesini ve iltizam sistemini finanse ettikleri için askeri zümreden sayılır, yaptıkları faaliyetlerden normal piyasada belirlenen orandan biraz daha yüksek bir faiz almalarına izin verilirdi<sup>62</sup>.

#### **D. KEFALETİN SONUÇLARI**

Mültezimin ihaleyi kazanıp vergi toplama hakkını elde etmesiyle birlikte hazine ile mültezim adına borcu üstlenen sarraf arasında, alacaklı taahhüd eden ilişkisi, sarraf ile mültezim arasında ise ödünç veren borçlu ilişkisi doğmaktaydı.

Hazineden yapılan ihalelerde iltizam bedellerinin ödenme şeklini düzenleyen 1858 tarihli nizamnameye göre sarraflar hazineye mütaahhit olarak senet verirler ve borç tutarı taksitde bağlanırdı. Mültezim bedelin bir kısmını peşin olarak hazineye yatırırđ. Bu peşinat ve geri kalan taksitler genelde sarraflar tarafından ödenirdi. Dolayısıyla hazineye ödemeyi mültezim adına sarraf yapardı<sup>63</sup>. Sarraflar, ya “sene-i muameleyi mahsuben” ya da “iki sene-i muameleyi mahsuben” taahhütlerde bulunurlardı<sup>64</sup>. Bu şekilde sarraflar mültezimlerin bir veya iki yıllık gelirlerine mahsub edilmek üzere onlar adına borcu hazineye ödemeyi üstlenirlerdi.

Hazine ile sarraf arasındaki muamelede güzeşte yani faiz hazineye ait kanuna göre belirlenmekteydi. Aynı zamanda verdiği taahhüde aykırı hareket eden sarrafların da sorumluluğu yoluna gidilmekteydi<sup>65</sup>. Taksitler zamanında ödenirse sorun çıkmaz, gecikme yaşanması durumunda ise hazinece çeşitli tedbirler uygulanırdı. 1851 yılında zimemât komisyonunun kurulmasıyla sarraf ve mültezimlerin hazineye borçlarını

---

<sup>61</sup> *Otar*, İsmail “ Osmanlı Devleti’nde Faiz”, Yönetim, Yıl 10, Sy. 33, Mayıs 1999, s. 53-64.

<sup>62</sup> *Akyıldız*, Sarraflık, s. 164.

<sup>63</sup> *Şener*, A., Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, İşaret Yay, İstanbul 1990, s. 125.

<sup>64</sup> BOA, A.MKT.MVL, Nu: 130/46, 1278; BOA, A.MKT.MVL, Nu: 107/98, 23/L/1275.

<sup>65</sup> BOA, A. MKT, Nu:177/13, 01/R /1265 (Hicri).

zamanında ödememeleri durumunda alınacak tedbirler düzenlendi. Buna göre borç taksitini 10 gün geciktiren bir sarraf veya mültezim, borcunu faizi ile ödeyecek, eğer 2 ay içinde ödeyemezse iflas etmiş sayılacak ve evi dışında tüm malvarlığı borcuna karşılık gelmek üzere satılacaktı. Ancak Bab-ı Ali'ye geçerli bir mazeret bildirmesi durumunda borcunu 70 ila 120 gün arasında erteleyebiliyordu. Mültezimin sarrafa olan borcu için de aynı hüküm geçerliydi<sup>66</sup>. Konu ile ilgili bir karar örneği şöyledir.

*“1859 tarihli bir belgede sarraf Pekmezoğlu Oseb'in sene-i muameleye mahsuben taahhüdiyle 69 senesinden 87 yılına dek 18 yıl boyunca 11200 keseden 9400 kesesi takside bağlanan ve 542 kesesi ödenmiş ve geri kalan miktar için zimmeti görünmüş olduğu halde, şimdiye kadar zamanı gelen taksitleri mahsuben bir akçe vermemiş, bunun için ödemeyi taahhüt ettiği şartlar gereğince borcunu ödemesini zimmetinde olan alacaklarının elde edilmesiyle dahi ancak senelik 75 bin kuruş verebileceğini söylemesine bakılarak hakkında artık kanun hükümlerinin icrası gerektiği anlaşıldığından kazı köyünde tahminen 30 bin zirai araziye içeren bir bab konak, Galata'da dükkân vs tespit edilmiş, konağının şimdilik satılmamış ve kendisinde bırakılmış ancak hazineye çok borcu olmasına ve kendisine çok zaman tanınmış olmasına rağmen tek bir akçe ödeme yapmadığı dikkate alınmıştır. Artık sarrafın kendiliğinden akçe vermeyeceği anlaşıldığından kanunlarda belirtilen usullere göre konağının müzayede usulü ile satılarak borcuna karşılık geleceği ve arta kalan borçların yine kendisinden tahsil edileceği bildirilmiştir. Ayrıca sarrafın etraftan olan alacaklarının da doğru olup olmadığı tespit edilmesi ve doğru ise bu kimselerin sarrafa olan borçlarını hazineye ödemeleri Meclis- Vala'da görüşülmüş ve karara bağlanmıştır<sup>67</sup>.*

1867 nizamnamesine göre ise hazineye olan ödemelerde aksama olursa, taahhütte bulunan sarraf sınıf-ı evvelden ise borçlusu mültezimin mevcutlarından, yetmezse, emlak ve eşyalarının satılarak elde edilecek gelirlere karşılanırdı. Sınıf-ı sâni ise, borçlularındaki alacaklarından,

<sup>66</sup> Kış, S., Divan-ı Muhasebat (1862-1908), (Doktora tezi), Konya 2012, s. 16.

<sup>67</sup> BOA, A.MKT.MVL, Nu: 107/98, 23/L/1275.

sınıf-ı salis olması durumunda ise bizzat kendi malvarlığından temin edilirdi<sup>68</sup>.

Sarrafin mültezime ödünç vermesi durumunda ise, mültezimler, sarrafların kefilliğine karşılık gelmek üzere bir tahvil verirlerdi. Mültezim vergileri topladıktan sonra sarrafa olan borcunu öder ve borcunu gösterir tahvili iade alırdı<sup>69</sup>. Bu tahvilde, borcun miktarı, ne zaman ödeneceği, rehin gösterilen eşya ve diğer şartlar ayrıntılı olarak senette düzenlenir ve alınan akçe “imtiyazlı borç” olarak kabul edilip, kisesi beş kuruştan daha fazla faiz yürütülmezdi. Borçlunun rehin gösterdiği eşyalardaki istihkak iddiaları dikkate alınmaz bundan borçlu mesul tutulurdu. Rehin gösterilmemesi durumunda sarraf ve mültezim arasındaki faiz miktarı ise tarafların kararlaştırmalarına tabi olmakla birlikte kisesi bin akçeyi geçemezdi. Faizin belirlenmemesi durumunda ise yasal faiz devreye girer ve kisesi beş kuruştan hesaplanırdı. Ayrıca bu alacak adi borç olduğu için hukuk-ı adi yoluyla tahsil edilirdi<sup>70</sup>. Diğer taraftan kırsal kesimlerde risk daha fazla olduğu için borçlanma faizi de yüksek miktarlara çıkardı<sup>71</sup>.

Sarraf ile mültezim arasındaki hesap işlemleri her yıl gözden geçirilirdi. Bu incelemede sarrafin zimmetinde fazlalık çıkması durumunda buna faiz uygulanıp uygulanmaması aralarında daha önce yapılmış anlaşmaya bağlıydı<sup>72</sup>.

Sarraf ile mültezim arasındaki ilişkide bir süre yer almayan devlet bu işlerin içerisine Tanzimat’la birlikte müdahil oldu. Zira mültezimin para göndermemesi, sarrafin taahhüdünü yerine getirmemesi devleti de zarara uğrattıyordu. Bunun için sarraflar bir dilekçe ile başvurup alacağının

---

<sup>68</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

<sup>69</sup> BOA, *A.DVN*, Nu: 39/33, 21/N /1264 (Hicrî); BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 54/99, 07/B /1269 (Hicrî).

<sup>70</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

<sup>71</sup> BOA, *MVL*, Nu: 250/490, 5/N /1268 (Hicrî); BOA, *HR.MKT*, Nu: 52/51, 7/S /1269 (Hicrî); BOA, *A. MKT*, Nu:179/48, 12/R /1265 (Hicrî).

<sup>72</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

tahsil edilmesini merkezden talep ederdi<sup>73</sup>. Merkez de ilgili yerin müşir ve mutasarrıflarına sarrafların alacaklarının tahsilini sağlamalarını emrederdi<sup>74</sup>. Gerekirse tahsil işlemi için bir mübaşir görevlendirilirdi<sup>75</sup>. Sarrafa olan borcunu ödemeyen mültezimler bu tahvile dayalı olarak icraya koyulurdu<sup>76</sup>.

Borçlu mültezimin borcunu ödemediği mallarının başka birine devrini önleyici tedbirler alınır<sup>77</sup>. Genellikle tahsilât mültezime ait emlaklerin satılması yoluyla yapılırdı<sup>78</sup>. Mültezimler, sarrafa olan borcunun taksite bağlanmasını talep ederse emlaklerinin satılması bir süre bekletilebilirdi<sup>79</sup>. Bazen de mültezimin çeşitli yerlerdeki alacakları sarrafa olan borçlarına mahsuben tahsil edilirdi<sup>80</sup>.

Mültezim borcunu ödemediği ölürse terekesi mirasçıları borcu ödeyene dek zapt edilirdi<sup>81</sup>. Tereke hazineye olan borç düşülüp sarrafi da razı edildikten sonra mirasçılara devrolurdu<sup>82</sup>. Dolayısıyla mültezim tahsilden sonra mal-ı mirisini ödemediği ölmüşse sarrafa olan borcu terekesinden karşılanırdı<sup>83</sup>. Aynı zamanda iltizam bedelini ödeyemeden ölmüşse bu kısım da mirasçılarından istenirdi<sup>84</sup>.

<sup>73</sup> BOA, A.DVN, Nu: 60/84, 16/Ş /1266 (Hicrî); BOA, A.DVN, Nu: 64/7, 29/Z /1266 (Hicrî); BOA, A.DVN, Nu: 87/26, 24/C /1269 (Hicrî); BOA, A.DVN, Nu:133/52, 1274 (Hicrî).

<sup>74</sup> BOA, A.MKT, Nu: 235/67, 29/Z /1265 (Hicrî); BOA, A.DVN, Nu: 61/97, 14/L /1266 (Hicrî).

<sup>75</sup> BOA, A.MKT.MHM, Nu: 55/35, 22/B /1269 (Hicrî).

<sup>76</sup> BOA, HR.MKT, Nu: 22/2, 19/L /1264 (Hicrî); BOA, A.DVN, Nu: 41/38, 29/Z /1264 (Hicrî); BOA, A.DVN, Nu: 41/66, 29/Z /1264 (Hicrî); BOA, A.MKT, Nu: 216/48, 10/N /1265 (Hicrî); BOA, A.MKT, Nu: 216/69, 11/N /1265 (Hicrî); BOA, HR.MKT, Nu: 44/97, 11/C /1268 (Hicrî); BOA, A.MKT.NZD, Nu: 71/4, 05/R /1269 (Hicrî).

<sup>77</sup> BOA, HR.MKT, Nu: 302/49, 28/M /1276 (Hicrî).

<sup>78</sup> BOA, A. MKT.UM, Nu: 415/78, 02/M /1277 (Hicrî); BOA, A. MKT.MVL, Nu: 130/46, 04/S /1278 (Hicrî).

<sup>79</sup> BOA, MVL, Nu: 393/110, 01/M /1278 (Hicrî).

<sup>80</sup> BOA, A.MKT.UM, Nu: 558/65, 27/L /1278 (Hicrî).

<sup>81</sup> BOA, MAD, 9758, s. 246; BOA, MAD, 9729, s.17,438; BOA, MAD, 9729, s.17; (BAY, s. 233-234)

<sup>82</sup> BOA, MAD, 9758, s. 359-360, (BAY, s. 247)

<sup>83</sup> BOA, C.ML, Nu: 520/21249, 29/Ş /1267 (Hicrî); BOA, A.MKT.NZD, Nu: 117/16, 30/Z /1270 (Hicrî); BOA, A.MKT.MHM, Nu: 183/17, 25/L /1276 (Hicrî).

<sup>84</sup> BOA, HR.MKT, Nu: 305/45, 19/S /1276 (Hicrî).

Mültezimin tahsilden önce ölmesi durumunda ise vergi tahsili sarrafının uhdesinde bırakılırdı. Sarraf alacağına karşılık elde ettiği bu devirde alacağını karşıladıktan sonra kalan kısmı murislerine iade ederdi<sup>85</sup>. Diğer taraftan taşrada sarraflarca yapılan ödemeler merkezde bizzat mültezimce yapılırdı. Bu durumda sorumluluk, hazineye olan borcunu geciktiren mültezime aitti. Dolayısıyla mültezimin hazineye olan borcu malvarlığı mahallinde satılarak karşılanır, sarrafın taahhüt ettiği senet de kendisine iade edilirdi<sup>86</sup>. Ayrıca taksitlerini zamanında ödemeyenlerden “güzeşte” alınır ve bu tür kişilerin ihalelere girmeleri yasaklanırdı<sup>87</sup>.

#### IV. SARRAFLARIN KEFALETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Sarraf kefaleti ve muameleleriyle ilgili uyuşmazlıkların çözümünü üstlenen birimler zaman içerisinde değişmiştir. Bu tür uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili dikkat çeken en önemli nokta yetim mallarına ve para vakıflarına ilişkin muamelelerde bile kadıların kontrolü söz konusuken; burada kadıların yer almamasıdır. Şimdi bu birimlere kısaca göz atalım:

1. Sarraflarla mültezimlerin arasında çıkan uyuşmazlıklar uzun süre Darphane Nazırı<sup>88</sup> ya da Gümrük Emini başkanlığındaki özel mahkemeler tarafından çözüldü.

Sarrafa olan borcu nedeniyle mültezimlerin yargılanması merkezde yapılır, bunun için sorumlular merkeze çağrılarak ifadeleri alınırdı<sup>89</sup>. Söz konusu uyuşmazlıkların mahallinde çözümlenmesi uygun görüldüğünde ise Darphane-i Amire'den bir mübaşir tayin edilerek merkeze ait görevlilerin bu

---

<sup>85</sup> BOA, *A.MKT*, Nu: 98/63, 03/Za/1263 (Hicri).

<sup>86</sup> BOA, *C.ML*, Nu: 352/14460, 21/Ş /1266 (Hicri).

<sup>87</sup> BOA, *A.MKT.NZD*, Nu: 15/70,02/Z /1266 (Hicri); BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 52/52, 09/R /1269 (Hicri); BOA, *A.MKT.NZD*, Nu: 74/30, 26/Ca/1269 (Hicri); BOA, *A.MKT.MVL*, Nu: 107/98, 23/L /1275 (Hicri).

<sup>88</sup> BOA, *A.MKT*, Nu: 70/62, 23/Ra/1263 (Hicri).

<sup>89</sup> BOA, *A.MKT.DV*, Nu: 57/70, 22/B /1268 (Hicri); BOA, *A.MKT.DV*, Nu:50/25, 22/Ra/1268 (Hicri).



muhakemede hazır bulunması sağlanırdı<sup>90</sup>. Ancak uyuşmazlıkların çözümü için kurulan komisyonlarda gayrimüslimlere daimi üye olarak yer verilemezdi<sup>91</sup>.

2. 1840 yılında kurulan Meclis-i Muhasebe-i Maliye her türlü mali konuların çözümlendiği bir birim olarak çalışmaya başladı.
3. 1851 yılında sarraf ve mültezimlerin hazineye olan borçlarını zamanında ödememelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü Maliye Nezareti'nin bünyesinde kurulan Zimmemat Komisyonu'na bırakıldı. Komisyon bazı maliye memurları ile sarrafların ileri gelenlerinden oluşmaktaydı<sup>92</sup>.
4. Daha sonra sarrafların muhasebelerine uzun bir dönem hazine-i hassada oluşturulan Sarraflan Komisyonu'nda bakıldı<sup>93</sup>.
5. Sarraflan Komisyonu devam ederken<sup>94</sup> bir yandan da sarrafların kefalete ilişkin uyuşmazlıkları Meclis-i Muhasebe-i Maliye'de çözümlendi<sup>95</sup>.
6. 1858 yılında ise daha önce kurulan Meclis-i Muhasebe-i Maliye ve Zimmemat Komisyonu lağvedilerek yerlerine Meclis-i Muhasebe ve Meclis-i Maliye adıyla iki ayrı meclis kuruldu. Sarraflarla mültezimlerin devletle veya birbirleri arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü de Meclis-i Maliye tarafından halledildi. Bu iki meclis bir yıl sonra 1864 yılına kadar varlığı devam ettiren Meclis-i Muhasebe'ye dönüştürüldü<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> BOA, A. *MKT.UM*, Nu:18/8, 30/B /1266 (Hicrî); BOA, A. *DVN*, Nu:20/17, 12/Z /1262 (Hicrî).

<sup>91</sup> BOA, A. *MKT*, Nu: 220/30, 06/L /1265 (Hicrî).

<sup>92</sup> BOA, C. *ML*, Nu:228/9506, 20/B /1266 (Hicrî).

<sup>93</sup> BOA, *İ.DH*, Nu:260/16093, 04/M /1269 (Hicrî); BOA, *DH.SAİDd*, Nu:79/85, 29/Z /1270 (Hicrî).

<sup>94</sup> BOA, A. *DVN. MHM*, Nu: 27/23, 1275 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 1034/52, 18/C /1283 (Hicrî); BOA, A. *MKT.MHM*, Nu: 368/16, 09/B /1283 (Hicrî).

<sup>95</sup> BOA, A. *MKT.NZD*, Nu:147/78, 23/Ş /1271 (Hicrî).

<sup>96</sup> *Gürhan*, H. H., Sayıştay'ın Tarihsel Gelişimi, Sayıştay Dergisi, Sy. 25 (özel sayı), s. 38-39.

7. Meclis-i Muhasebe, Divan-ı Muhasebat'ın sarraf-mültezim ve devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözme işini üstlenene kadar bu tür uyuşmazlıklara bakmaya devam etti<sup>97</sup>. Bununla birlikte bu komisyonların süreklilik arz etmemesi nedeniyle Darphane-i Amire'nin yetkisinin ara ara devam ettiği görülmektedir<sup>98</sup>.
8. 1860 tarihli Meclis-i Vala kararıyla sarraf esnafının mültezimler ile ilgili davalarının ticaret mahkemelerinde görülmesi kararlaştırıldı<sup>99</sup>. Bu durum sarraf esnafını hoşnut etmese de<sup>100</sup> ticaret mahkemeleri kısa bir süre uyuşmazlıklara bakmaya devam etti<sup>101</sup>. Meclis-i Vala ise bu dönemde adeta sarraflara ilişkin uyuşmazlıklarda üst mahkeme durumundaydı<sup>102</sup>. Meclise zaman zaman derdest davaların dahi getirildiği görülmektedir<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> BOA, A. *MKT.NZD*, Nu: 28/90, 03/Ca/1267 (Hicrî); BOA, A. *MKT.NZD*, Nu: 316/89, 14/Z /1276 (Hicrî).

<sup>98</sup> BOA, A. *MKT.NZD*, Nu: 50/24, 09/Ca/1268 (Hicrî).

<sup>99</sup> BOA, *İ.MVL*, Nu: 436/19282, 20/S /1277 (Hicrî).

<sup>100</sup> BOA, *MVL*, Nu: 362/43, 10/Ş /1277 (Hicrî).

<sup>101</sup> BOA, *MVL*, Nu: 379/138, 16/Ca/1278 (Hicrî).

<sup>102</sup> BOA, *MVL*, Nu: 95/94, 03/S /1267 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu:122/14, 03/M /1268 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu:115/16, 22/B /1268 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu:122/55, 28/Z /1268 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu:147/26, 29/S /1270 (Hicrî); BOA, *MKT.NZD*, Nu: 396/58, 02/Ş /1278 (Hicrî); BOA, *MVL*,Nu: 385/35, 22/L /1278 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 373/57, 27/S /1278 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 379/95, 15/Ca/1278 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 393/88, 27/Z /1278 (Hicrî); BOA, *MVL*,Nu: 406/24, 15/Ca/1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 406/90, 26/C /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 418/31, 22/Z /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 397/39, 29/M /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 398/97, 10/S /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 397/33,17/S /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 399/59, 29/S /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 401/42, 19/Ra/1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 404/41, 13/Ca/1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 404/46, 22/Ca/1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 415/36, 10/Za/1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 649/2, 28/Za/1279 ; BOA, *MVL*, Nu: 398/94, 17/S /1279 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 427/100, 07/R /1280 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 432/96 ,15/L /1280 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 463/ 17, 26/Ş /1281 (Hicrî) ; BOA, *MVL*, Nu: 447/106, 03/S /1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 445/153, 11/R /1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 460/34, 17/Ş /1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 462/36, 18/Ş /1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 464/91, 10/L /1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 464/114, 14/L /1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 449/87, 25/Za/1281 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 473/19, 03/M /1282 (Hicrî); BOA, *MVL*, Nu: 472/30, 16/M /1282 (Hicrî).

<sup>103</sup> BOA, *MVL*, Nu: 551/76, 21/N /1284 (Hicrî).

9. 1862 yılında Divan-ı Muhasebat'ın kurulmasıyla birlikte sarraf mültezim ve hazine arasındaki uyuşmazlıklar yavaş yavaş bu birime aktarılmaya başlandı<sup>104</sup>. O zamana kadar Meclis-i Vala, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde zaten Divan-ı Muhasebat ile yazışmaktaydı<sup>105</sup>.
10. Nihayet 1867 tarihli Sarraf ve Mültezimlere ilişkin Nizamname<sup>106</sup> ile birlikte sarrafların hazine ile ilgili davalarının görülmesi tamamen Divan-ı Muhasebat'ta bırakıldı. Diğer birimlerle olan uyuşmazlıklarının ise Hazine-i Hassa'da kurulacak bir komisyon marifetiyle çözümleneceği kararlaştırıldı<sup>107</sup>.

Divan-ı Muhasebat'ın muhakeme dairesinde ayrı bir birim olarak oluşturulan bu özel kurulun (heyet-i muhtelite) üçü muhakemat dairesi üyesi diğer üçü ise itibarlı sarraflar arasından belirlenmiş toplam 6 üyesi bulunuyordu. Kararlar, “ekseriyet âra” yani oy çoğunluğuyla alınır, Divan-ı Muhasebat riyasetince Bab-ı Âlî'ye arz edilir ve buradan buyurulacak irade-i seniyye üzerine icra edilirdi. Kurula Divan-ı Muhasebat'tan katılacak üyeler divan riyasetince belirlenirdi. Ayrıca kararların tarafsız bir şekilde hakkaniyet çerçevesinde verilmesi için üyelerin dengeli dağılımı sağlanır ve katılan üyelere yemin ettirilirdi. Kurul üyelerinin en fazla bir yıl görev yapabilmesi yine tarafsızlığı sağlamaya yönelik bir diğer uygulamaydı. Bununla birlikte üyelerin bir yıldan önce kanunda sayılan istisnalar dışında azli mümkün değildi.

Yalnızca sarrafların esnaflık işlemleri ve bütün taahhütlerine ilişkin uyuşmazlıklarına bakan bu heyet, her hafta belirlenen günlerde toplanmaktaydı. Geçerli bir özür ile gelemeyen Divan-ı Muhasebat üyesi yerine muhakeme dairesinden başka bir üye, sarrafanın yerine ise

<sup>104</sup> BOA, *MVL*, Nu: 423/129, 03/S /1280 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu:856/49, 26/S /1281 (Hicri).

<sup>105</sup> BOA, *MVL*, Nu: 992/68, 30/M /1281 (Hicri).

<sup>106</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).

<sup>107</sup> BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 26/Za/1284 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 550/12, 10/C /1284 (Hicri).

Sarraflar Kethüdası ya da muavini katılırdı. Yine uyuşmazlığın üye sarraflardan birisini ilgilendirmesi durumunda da o toplantıya onun yerine Sarraflar Kethüdası ya da muavini giriyordu. Hazine ile mütaahid sarraflar arasındaki uyuşmazlıklarda ise muhakkak hazineden bir görevli hazır bulundurulurdu. Meclis-i Vala bu dönemde de temyiz merci olmaya devam etti. Haksız çıkan taraf karar tarihinden itibaren üç ay içerisinde temyiz başvurusu yapabiliyordu<sup>108</sup>.

Ancak sarraf esnafının muamelat ve muhakemelerine dair davaların Divan-ı Muhakemat-ı Maliye'de görülmesi uzun sürmedi<sup>109</sup>. Sarrafların ayrı bir komisyon tarafından hesap ve davalarının görülmesi imtiyazı kaldırarak diğer fertlere uygulanan muamelenin bunlara da uygulanması ve sarrafların davalarına Ticaret Nezareti'nde kurulacak bir komisyon tarafından bakılması kararlaştırıldı<sup>110</sup>. Divan-ı muhasebat daha önce baktığı davalara ilişkin kayıtları da Ticaret Nezareti'ne devretti. Divan-ı Muhakemat-ı Maliye ise bu tür davalardaki görevini temyiz merci olarak bir süre daha sürdürdü.

## V. SONUÇ

Sarraf esnafı Osmanlı Devleti'nde genel olarak iç borçlanma kaynağı ve dış borçlanmada temel aracı olma konumlarının ötesinde devletin idari ve mali politikasının temel taşı olan mültezimlere kefil olarak para finansmanını temin ettiler.

Mültezimlerin ihalelere girebilmeleri güvenilir bir kefil bulmalarına bağlıydı. O dönemde bu görevi para finansmanı konusunda uzmanlaşan sarraflar üstlendi. Sarrafların mültezimlere kefaleti önemliydi. Çünkü vergi gelirlerini toplama işinin, mültezimlerce üstlenilmesiyle birlikte

---

<sup>108</sup> BOA, *MVL*, Nu: 506/47, 01/Ca/1283 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 522/126, 01/Z /1283 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 536/35, 05/S /1284 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 513/112, 24/M /1284 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 528/89, 21/S /1284 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 538/68, 27/S /1284 (Hicri); BOA, *MVL*, Nu: 539/93, 06/Ra/1284 (Hicri).

<sup>109</sup> BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 418/77, 14/Ca/1285 (Hicri).

<sup>110</sup> BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 403/94, 08/Z /1284 (Hicri); BOA, *C.DH*, Nu:201/10041, 29/M /1290 (Hicri); BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 471/57, 10/Za/1290 (Hicri).

hazineye yapılacak peşin ödemelerin önemli bir kısmı mültezimler adına sarraflarca yapılmaya başlandı. Diğer taraftan iltizam bedellerinin giderek artması ve tek başına ödeme yapmanın güçleşmesi, sarrafların bu sektöre daha da fazla dâhil edilmesini gerektirdi.

Hazineye mültezim adına taahhütlerde bulunan bu grubun vergi gelirlerinden hatırı sayılır derecede kar elde etmeleri dikkat çekicidir. Sarraflar mültezimlerin hazineye olan borçlarını oldukça kabarık bir faiz karşılığında üstlenmişlerdir. İslam hukukunda kefalet ve karz hukuki işlem olarak kabul görmekle birlikte bu tür işlemlerde faiz yasaklanmıştır. Bu nedenle Osmanlı uygulamasında vergi sektöründeki karz ve borçlanma taahhüdüleri çoğunlukla gayrimüslimlerce üstlenilmiştir. Zira mukataat defterlerinde mukataanın kime iltizam verildiği ile ilgili kayıtların sonunda yer alan imzaların önemli bir kısmının gayr-i müslim sarraflara ait olduğu görülmektedir.

Her sistemde olduğu gibi kefalet siteminde de taahhütlerin yerine getirilmemesi ya da geciktirilmesi nedeniyle çeşitli aksamalar yaşandı. Merkezi hazine, bir yandan ödemeleri geciktiren sarrafların sorumluluğu yoluna giderken diğer taraftan sabit vergi gelirlerini garanti altına almak için sarrafların mültezimlerden olan alacaklarını da kendi görevlileri aracılığıyla tahsil etti. Dolayısıyla merkez, hem hazine-sarraf hem de sarraf-mültezim arasındaki dengeyi korumaya çalıştı.

Sarrafların kefaletinin vergi toplama sektöründe başarılı olup olmadığı tartışılabilir. Zira sarrafların giderek güçlenmeleri, mültezimlerin sarraflardan aldıkları borcun faizini bile ödeyemeyerek borç batağı içinde kalmaları buna bağlı olarak da daha fazla vergi için halkı yıpratmaları bu sistemin olumsuzlukları olarak söylenebilir. Bununla birlikte kabul edilmelidir ki devlet uzun bir dönem sarraflar aracılığıyla risksiz bir şekilde hazine gelirlerini sabitlemiş böylece gelecek dönemlere ait planlarını bu güvenceyle yapabilmiştir.

## KAYNAKLAR

- Abdullah BAY,** Trabzon Eyaleti'nde Müttagallibe Hareketleri ve Âyanlık, (doktora tezi), Erzurum 2007. (Âyanlık).
- Abdülkadir BULUŞ,** “Sivil Toplum Kuruluşlarına Tarihsel Bir Örnek: Osmanlı Vakıfları”, Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sy. 16, 2009.
- Abdüllatif ŞENER,** Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, İstanbul, İşaret Yay, 1990.
- Ahmet AKGÜNDÜZ,** Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, (Kanuni devri), C. 6, FEY Vakfı Yay, İstanbul 1993.
- Ahmet TABAKOĞLU,** *Gerileme Dönemine Girerken Osmanlı Maliyesi*, Dergâh Yay, İstanbul 1985.
- Ahmet UZUN,** “Tanzimat Döneminde Vergilere İlişkin Temel Sorunlar 1840-60”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 39. Seri, 2001.
- Ali AKYILDIZ,** “Sarraflık”, *TDVİA*, C. 36. (Sarraflık).
- Biltekin ÖZDEMİR,** Düyun-u Umumiye İdaresi Türkiye Cumhuriyeti'nin Kabul Ettiği Osmanlı Devlet Borçları, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yay, Ankara 2010.
- Cafer ÇİFTÇİ,** “18. Yüzyılda Bursa'da Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri”, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XXIII, Sy. 36, 2004.
- Celâl YENİÇERİ,** “Cehbez”, *TDVİA*, C. 7.
- Charles ISSAWI,** The Economic History of Turkey-1804-1914, The University of Chicigo Pres, Chicigo and London 1980.

- Ebu Abdillah Muhammed b. İsmil BUHARİ**, Sahihu'l-Buhari, I-VIII, Kefale, 3, İstanbul1401.
- Eftal BATMAZ**, “İltizam Sisteminin XVIII. Yüzyıldaki Boyutları”, Osmanlı Ansiklopedisi, Yeni Türkiye Yay, Ankara 2000.( İltizam).
- Elmalı Muhammed Hamdi YAZIR**, Hak Dini Kur'an Dili, C. II, Feza Yay, İstanbul.
- ENGELHARDT**, Tanzimat ve Türkiye, (çev. Ali Reşad), Kaknüs Yay, İstanbul 1999.
- GÜRHAN H. Hüseyin**, Sayıştay'ın Tarihsel Gelişimi, Sayıştay Dergisi, Sy. 25 (özel sayı).
- H.Yunus APAYDIN**, “Karz”, TDVİA, C. 24. (Karz)
- H.Yunus APAYDIN**, “Kefalet”, TDVİA, C. 25. (Kefalet)
- Halil CİN- Gül AKYILMAZ**, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1995.( Feodalite)
- Halil CİN, - Ahmet AKGÜNDÜZ**, Türk Hukuk Tarihi, 2. Bas, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1995.
- Halil CİN, - Gül AKYILMAZ**, Türk Hukuk Tarihi, 4. Bas, Sayram Yay, Konya 2011.
- Halil CİN**, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Bas, Selçuk Üniversitesi Yay, Konya 1992.
- Halil İNALCIK**, “Çiftliklerin Doğuşu: Devlet, Toprak Sahipleri ve Kiracılar”, Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticarî Tarım, (ed. Çağlar Keyder-Faruk Tabak), (çev. Zeynep Altok), Tarih Vakfı Yurt Yay, İstanbul 1998.
- Haydar KAZGAN**, Galata Bankerleri, TEB, Orion Yayınevi, Ankara 2005.
- İ.Hakkı UZUNÇARŞILI**, Osmanlı Tarihi, 3. Bas, C. I, Ankara 1983.

- İsmail OTAR,** “ Osmanlı Devleti’nde Faiz”, Yönetim, Yıl 10, Sy. 33, Mayıs 1999.
- İsmail ÖZSOY,** “Faiz”, TDVİA, C. 12.
- M. Yaşar DURUKAN,** “Resmen Hortumlanan Banka”, Aksiyon Dergisi, 22 Aralık 2001, [www.aksiyon.com.tr](http://www.aksiyon.com.tr). Erişim 15.11.2012.
- Mehmet Genç,** “İltizam”, TDVİA, C. 22. (İltizam).
- Mehmet GENÇ,** “Osmanlı Maliyesinde Malikâne Sistemi”, Türkiye İktisat Tarihi Semineri, Metinler/Tartışmalar, 8-10 Haziran 1973 (ed: Osman Okyar-Ünal Nalbantoğlu), Ankara 1975.
- Mehmet GENÇ,** “Osmanlıda İltizam Rejimi ve Değişmeleri”, Akademik Tarih, [www.akademiktarih.com](http://www.akademiktarih.com), erişim 13.06. 2012.( İltizam Rejimi).
- Muhammed b.Ahmed Ebü Sehl SERAHSİ,** , el-Mebcut, 2. Bas, Beyrut Daru’l- Ma’rife, , t.y, XX.
- Murat ÇİZAKÇA,** “Cash Waqfs of Bursa, 1555-1823”, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol. 35, 1995.
- Murat ÇİZAKÇA,** “Osmanlı Dönemi Vakıflarının Tarihsel Ve Ekonomik Boyutları”, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul 2000, [www.tusev.org.tr](http://www.tusev.org.tr), erişim 25.05.2014.
- Murat ÇİZAKÇA,** Risk Sermayesi Özel Finans Kurumları ve Para Vakıfları, İlmî Neşriyat, İstanbul 1993.
- Murat KORALTÜRK,** “Osmanlı Devleti’nde Şirketleşme. İlk Anonim Şirket ve Borsanın Kuruluşu”, Osmanlı, İktisat (Edit. Cem Oğuz, Kemal Çiçek), C. 3, Ankara 1999.
- Mustafa GÜLER,** Osmanlı Devleti’nde Haremeyn Vakıfları (XVI-XVII. Yüzyıllar), Tatav Yay., İstanbul 2002.



- Mustafa, AKDAĞ,** “Tımar Rejiminin Bozuluşu”, DTCFD, C. III, Sy. IV, 1945.
- Muzaffer SENCER,** “Tanzimat’a Kadar Osmanlı Yönetim Sistemi”, Amme İdaresi Dergisi, C. 17, Sy. 2, 1984.
- Ömer Lütfü BARKAN,** "1070-71/1660-61) Tarihli Osmanlı Bütçesi ve Bir Mukayese", İFM, XVIII-4, 1960.
- Salih KIŞ,** Divan-ı Muhasebat (1862-1908), (Doktora tezi), Konya 2012.
- Sebahattin ZAİM,** slâm-İnsan Ekonomi, Yeni Asya Yay, İstanbul 1995.
- Seyfettin GÜRSEL,** “Osmanlı Dış Borçları”, Osmanlı, İktisat (Edit: Kemal Çiçek-Cem Oğuz), C. 3, Ankara 1999.
- Şevket PAMUK,** Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi -1500-1914, İletişim Yayınları, İstanbul 2005. (İktisadî Tarih).
- Yaşar YÜCEL,** “Osmanlı İmparatorluğunda Desantralizasyona (Adem-i Merkeziyet) Dair Genel Gözlemler”, Belleten, C. XXXVIII, No: 152, 1974.
- Yavuz CEZAR,** “The Role of the Sarrafs in Ottoman Finance and Economy in the Eighteenth and Nineteenth Centuries”, Frontiers of Ottoman Studies, (ed. Colin İmber-Keiko Kiyotaki), Vol. 1, New York 200. (The Role of the Sarrafs).
- Yavuz CEZAR,** Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi (XVIII. Yüzyıldan Tanzimat’a Mali Tarih), Yeni Alan Yayıncılık, İstanbul 1986.
- Zafer TOPRAK,** “Osmanlı Devleti’nde Para ve Bankacılık”, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, C. 3, İstanbul 1985.
- Zafer TOPRAK,** Türkiye’de Milli İktisat (1908-1918), Ankara, Yurt Yay, 1982.

## ARŞİV BELGELERİ

- BOA, A.*MKT.MVL*, Nu: 130/46, 1278 (Hicrî).  
BOA, A.*MKT.NZD*, Nu: 71/4, 05/R /1269 (Hicrî).  
BOA, A. *DVN*, Nu: 20/17, 12/Z /1262 (Hicrî).  
BOA, A. *DVN. MHM*, Nu: 27/23, 1275 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT*, Nu: 177/13, 01/R /1265 (Hicrî)  
BOA, A. *MKT*, Nu:179/48, 12/R /1265 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT*, Nu:220/30, 06/L /1265 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT*, Nu:70/62, 23/Ra/1263 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT. DV*, Nu:50/25, 22/Ra/1268 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.MHM*, Nu: 368/16, 09/B /1283 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.MVL*, Nu. 130/46, 04/S /1278 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.NZD*, Nu:147/78, 23/Ş /1271 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.NZD*, Nu:28/90, 03/Ca/1267 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.NZD*, Nu:316/89, 14/Z /1276 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.NZD*, Nu:50/24, 09/Ca/1268 (Hicrî) .  
BOA, A. *MKT.UM*, Nu: 415/78, 02/M /1277 (Hicrî).  
BOA, A. *MKT.UM*, Nu:18/8, 30/B /1266 (Hicrî).  
BOA, A.*AMD*, Nu: 5/76, 08/L /1264 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 39/33, 21/N /1264 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 41/38, 29/Z /1264 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 41/66, 29/Z /1264 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 60/84, 16/Ş /1266 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 61/97, 14/L /1266 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 87/26, 24/C /1269 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 133/52, 1274 (Hicrî).  
BOA, A.*DVN*, Nu: 64/7, 29/Z /1266 (Hicrî).  
BOA, A.*MKT*, Nu: 216/48, 10/N /1265 (Hicrî).  
BOA, A.*MKT*, Nu: 216/69, 11/N /1265 (Hicrî).  
BOA, A.*MKT*, Nu: 235/67, 29/Z /1265 (Hicrî).  
BOA, A.*MKT*, Nu: 98/63,03/Za/1263 (Hicrî).  
BOA, A.*MKT. DV*, Nu: 57/70, 22/B /1268 (Hicrî).

- BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 183/17, 25/L /1276 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MHM*, Nu. 52/52, 09/R /1269 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 55/35, 22/B /1269 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 403/94, 08/Z /1284 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 418/77, 14/Ca/1285 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MHM*. Nu: 471/57, 10/Za/1290 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MVL*, Nu: 107/98, 23/L /1275 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MVL*, Nu: 107/98, 23/L/1275.  
BOA, *A.MKT.NZD*, Nu: 117/16, 30/Z /1270 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.NZD*, Nu: 15/70,02/Z /1266 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.NZD*, Nu: 74/30, 26/Ca/1269 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.UM*, Nu: 558/65, 27/L /1278 (Hicrî).  
BOA, *C.DH*, Nu: 201/10041, 29/M /1290 (Hicrî).  
BOA, *C.ML*, Nu. 330/13542, 05/N /1167 (Hicrî).  
BOA, *C.ML*, Nu: 206/520, 23/S /1266 (Hicrî).  
BOA, *C.ML*, Nu: 323/13334, 07/Za/1257 (Hicrî).  
BOA, *C.ML*, Nu: 352/14460, 21/Ş /1266 (Hicrî).  
BOA, *C.ML*, Nu: 520/21249, 29/Ş /1267 (Hicrî).  
BOA, *C.ML*, Nu: 228/9506, 20/B /1266 (Hicrî).  
BOA, *DH.SAİDd*, Nu:79/85, 29/Z /1270 (Hicrî).  
BOA, *HR.MKT*, Nu: 22/2, 19/L /1264 (Hicrî).  
BOA, *HR.MKT*, Nu: 302/49, 28/M /1276 (Hicrî).  
BOA, *HR.MKT*, Nu: 44/97, 11/C /1268 (Hicrî).  
BOA, *HR.MKT*, Nu: 305/45, 19/S /1276 (Hicrî).  
BOA, *HR.MKT*, Nu: 52/51, 7/S /1269 (Hicrî).  
BOA, *İ. MMS*, Nu: 35/1458, 16 Mart 1867 (Miladi).  
BOA, *İ.DH*, Nu: 260/16093, 04/M /1269 (Hicrî).  
BOA, *İ.MMS*, Nu: 35/1458, 26/Za/1284 (Hicrî).  
BOA, *İ.MVL*, Nu: 436/19282, 20/S /1277 (Hicrî).  
BOA, *MKT.NZD*, Nu: 396/58, 02/Ş /1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 250/490, 5/N /1268 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 393/110, 01/M /1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 536/35, 05/S /1284 (Hicrî).

- BOA, *MVL*, Nu: 362/43, 10/Ş /1277 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 462/36, 18/Ş /1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 538/68, 27/S /1284 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 550/12, 10/C /1284 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu:1034/52, 18/C /1283 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu:115/16, 22/B /1268 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu:122/14, 03/M /1268 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu:122/55, 28/Z /1268 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu:147/26, 29/S /1270 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 373/57, 27/S /1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 379/138, 16/Ca/1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 379/95, 15/Ca/1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 385/35, 22/L /1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 393/88, 27/Z /1278 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 397/33, 17/S /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 397/39, 29/M /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 398/94, 17/S /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 398/97, 10/S /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 399/59, 29/S /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 401/42, 19/Ra/1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 404/41, 13/Ca/1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 404/46, 22/Ca/1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 406/24, 15/Ca/1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 406/90, 26/C /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 415/36, 10/Za/1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 418/31, 22/Z /1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 423/129, 03/S /1280 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 427/100, 07/R /1280 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 432/96 ,15/L /1280 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 445/153,11/R /1281 (Hicrî)  
BOA, *MVL*, Nu: 447/106, 03/S /1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 449/87, 25/Za/1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 460/34, 17/Ş /1281 (Hicrî).

- BOA, *MVL*, Nu: 463/ 17, 26/Ş /1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 464/114, 14/L /1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 464/91, 10/L /1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 472/30, 16/M /1282 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 473/19, 03/M /1282 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 506/47, 01/Ca/1283 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 513/112, 24/M /1284 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 522/126, 01/Z /1283 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 528/89, 21/S /1284 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 539/93, 06/Ra/1284 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 551/76, 21/N /1284 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 649/2, 28/Za/1279 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 856/49, 26/S /1281 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 95/94, 03/S /1267 (Hicrî).  
BOA, *MVL*, Nu: 992/68, 30/M /1281 (Hicrî).  
BOA, *A.MKT.MHM*, Nu: 54/99, 07/B /1269 (Hicrî).



## TÜRK BORÇLAR KANUNU VE OLE LANDO İLKELERİ'NDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Nevin MERAL\*

### ÖZET

Sözleşmenin devri kurumu, eski Borçlar Kanunu döneminde yasada açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen doktrinde ve uygulamadaki ihtiyaç doğrultusunda Yargıtay kararlarında kabul edilmekteydi. Ancak Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile beraber yasal düzenlemeye kavuşan bu kurum, bazı açılardan önceki uygulamadan farklı olarak yeni bazı şartlar içermektedir. Doktrinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesinde tartışılan bazı hususlara kanun açıklık getirirken kanunda hala sorunlar ve boşluklar bulunmaktadır. Bu yazıda ise sözleşmenin devri kurumunun Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde nasıl ele alındığı ve Türk hukukunda ne gibi tartışmalı noktaların bulunduğu araştırılacak ve çözüm önerileri ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sözleşmenin Devri, Ole Lando İlkeleri, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 818 Sayılı Borçlar Kanunu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## TURKISH CODE OF OBLIGATIONS AND THE TRANSFER OF CONTRACT IN THE PRINCIPLES OF OLE LANDO

### ABSTRACT

Although the concept of Transfer of Contract was not clearly regulated in the previous Code of Obligations in Turkey, it was accepted in the doctrine and the Appeal Court Decisions in line with the need in practice. However, this institution has been legally regulated in the Turkish Code of Obligations numbered 6098 and it includes some new terms which are different from the previous application in some ways. While the Turkish Code of Obligations numbered 6098 has clarified some issues that were discussed in the doctrine before, there are still some issues and attached to the Code. This paper will examine how Principles of European Contract Law handles this institution, what controversial issues exist in Turkish law and it will finally examine the solutions offered.

**Keywords:** Transfer of Contracts, Ole Lando Principles, Principles of European Contract Law, Code of Obligations numbered 818, Turkish Code of Obligations numbered 6098

### GİRİŞ

Sözleşmenin devri, eski Borçlar Kanununda<sup>1</sup> düzenlenmemesine karşın gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kabul edilmekte ve uygulamada da başvuru bir yol olarak kullanılmaktaydı. Sonrasında ise yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun<sup>2</sup> yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kurum yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Söz konusu yasal düzenleme sonrasında hala bazı sorunları mevcut bulunan bu yeni kurumun bazı şartlarında değişiklikler olmuş ve kanunda boşluklar

---

<sup>1</sup> 22.04.1926 tarihli ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu, 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>2</sup> 11.01.2011 tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.



bulunması ihtimali doğmuştur. Ancak bu boşlukların giderilmesi için hangi hükümlere başvurulacağına ilişkin kanunda bir atıf bulunmamakta ve bu noktada da uluslararası düzenlemelerden ayrılmaktadır. Avrupa'da birçok ülkede uygulamada kabul edilen bu kurumun yasal anlamda dayanağı birkaç Avrupa ülkesi dışında bulunmamakta olmasına rağmen bazı uluslararası metinlerde düzenlenmiştir. Yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken söz konusu metinlerden ne kadar yararlandırıldığı da ancak bu uluslararası metinlerde sözleşmenin devrinin nasıl düzenlendiği incelenerek anlaşılabilir. Ancak tüm uluslararası metinler arasında Avrupa Medeni Kanunu olma amacıyla hazırlanmış ve *restatement* olarak nitelenebilecek olan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Ole Lando İlkeleri, bundan sonra İlkeler veya ASHİ),<sup>3</sup> Avrupa Birliği (AB) birçok ülkede uygulanan ticari teamülleri ve *lex mercatoria*'yı ortaya koyduğu için ayrıca önem arz etmektedir. Dolayısıyla çalışmanın içeriği bağlamında bu çalışmada TBK'da sözleşmenin devri kurumunun düzenlenmesinde bu metinler arasından sadece İlkelerin herhangi bir etkisinin olup olmadığı araştırılacaktır.

Sözleşmeler hukuku alanında Avrupa'da var olan şu anki düzenlemeye göre uluslararası sözleşmelere dair çıkan uyuşmazlıklara uluslararası özel hukuk kurallarının göstermiş olduğu ulusal hukuk uygulanmaktadır. Bu hususta 1980 tarihli Roma Anlaşması esas alınmakta ve uyuşmazlığa uygulanacak ulusal hukuk bu şekilde belirlenmektedir.<sup>4</sup> Ancak AB Komisyonu, 11 Temmuz 2001 tarihinde bir bildiri ile hem AB Konseyine hem de AB Parlamentosuna sözleşmeler hukuku alanında da bölgesel çapta bir düzenleme yapılması ve ASHİ'ne dair görüşlerini sunmuştur.<sup>5</sup> AB Komisyonu aynı zamanda bu hukuk dalında karşılaşılan

<sup>3</sup> Ole Lando başkanlığında 1982'de oluşturulan Lando Komisyonunun çalışmaları sonucu Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law)'nin birinci bölümü 1995, ikinci bölümü 1999 ve üçüncü bölümü de 2002'de tamamlanmış ve yayınlanmıştır.

<sup>4</sup> *Dayınlarlı, K.:* Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin, Ankara, 2006, s. 332

<sup>5</sup> *Dayınlarlı, s. 330.*

sorunların bir listesini çıkarıp bunlara ilişkin çeşitli çözüm yolları da önermiştir. Bunlar sırasıyla şu şekildedir: (i) Bu alandaki problemlerin çözümünün tamamen piyasaya bırakılması, (ii) Yaygın uygulama kazanmış ilkelerin bir araya toplanması suretiyle ilkeler belirlenmeli ve uygulayıcılara bu konuda yol gösterici olunması, (iii) AB mevzuatının gözden geçirilmesi, iyileştirilmesi ve sözleşme hukuku alanında yeniliklerin getirilmesi suretiyle kapsayıcı olması, (iv) AB mevzuatında hususi olarak sözleşmeler hukuku alanına yeni bir metin oluşturulması öngörülmüştür.

Sonrasında oluşturulan İlkeler ise AB üyesi ülkelerde uygulanan ve sözleşme hukuku alanında oldukça yaygın olarak kabul edilen ticari teamülleri belli bir düzen içerisinde sunmakta ve ileride hazırlanacak olan Avrupa Medeni Kanununa temel hazırlamaktadır. Geniş bir açıdan bakıldığında, *Lex Mercatoria* kaynakları arasında ticari teamüller, hukukun genel ilkeleri, standart sözleşmeler ve uluslararası kanunlaştırmalar bulunmakta ve Ole Lando İlkeleri de UNIDROIT İlkeleri ile birlikte model kanunlar kapsamında sayılmakta ve ticari hayatta uygulanması gerekmektedir.<sup>6</sup> Yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken bu metinden yararlanılması hem AB üyeliği sürecinde kanunlarımızın uyumlaştırılması hem de modern *lex mercatoria* uygulamasının bu şekilde benimsenmesi oldukça ideal olmalıydı. Ancak çalışmanın sonunda da belirtileceği gibi bu kurum düzenlenirken İlkelerden ya da başka herhangi bir uluslararası metinden yararlanmak yerine kanun koyucu tamamen eski uygulamaya dayalı fakat yeni bir düzenleme öngörmüştür.

Bu kurumu ayrıntılarıyla incelemek için çalışmanın birinci bölümünde sözleşmenin devrinin kavram olarak ve nitelik bakımından ne anlama geldiği genel olarak açıklanmakta ve ikinci bölümde 818 sayılı BK döneminde doktrin ve Yargıtay kararlarında bu kurumun nasıl anlaşıldığı ve uygulamada ne gibi sorunların çıktığı araştırılacaktır. Sonraki bölümde ise ASHİ'na ilişkin kısa bir önbilgi verildikten sonra

---

<sup>6</sup> Oğuz, A.: *Lex Mercatoria*, Yetkin, Ankara, 2004, s. 97-108; Ayoğlu, T.: *Lex Mercatoria*, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2011, s. 302.

ilkelerin amacı ve sistematığı genel olarak açıklanacak ve sözleşmenin devri kurumunun İlkelerde nasıl bir düzenlemeye tabi tutulduğu belirlenecektir. Son bölümde ise TBK'da yeni bir düzenleme olarak getirilen sözleşmenin devri kavramı ayrıntılarıyla koşulları irdelenerek ele alınacak ve bu hususta ortaya çıkması muhtemel sorunlar ve bu sorunların çözümüne dair doktrinde öne sürülen görüşlere yer verilecektir. Son olarak, önceki bölümlerden de anlaşılacağı üzere, TBK hazırlanırken uluslararası metinlerden yararlanılmadığı ve kanunda birçok düzenleme boşluğunun bulunduğu tespit edilecektir. Çalışmada ele alınacak sorunların nasıl giderileceğine dair bir atıf yapılmadığı için aslında ASHİ'ndeki düzenlemeye paralel bir düzenleme yapılması ya da en azından bazı metinlerin dikkate alınması yerinde olacaktır ancak bu aşamadan sonra doktrindeki tartışmalar ışığında çözümlerin üretilmesi artık kaçınılmazdır.

## I. SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI

### 1. Genel Olarak

Sözleşmenin devri 6098 sayılı Borçlar Kanunu md 205'te “... sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım içerisinde sözleşme ilişkisini hem kanuni devri hem de iradi devri bulunmaktadır ve kısaca bahsetmek gerekirse, kanuni devir, kanundan kaynaklanan halefiyet hallerinde söz konusu olurken ya doğrudan bir kanun hükmü sebebiyle taraf değişikliği mümkün olabilmekte ya da sözleşmede kalan tarafın rızası devir için gerekli olmamakta ya da bu kişi rızasını beyan etmekten kolayca kaçınmamaktadır.<sup>7</sup> Örneğin, sigorta ettirilen malın mülkiyetinin el değişmesi halinde yeni malik sigorta sözleşmesine kanundan dolayı taraf olur ve bu halde sigortacının rızası aranmaz. Ancak, Ayrancı gerçek

<sup>7</sup> Bahadır, Z.: Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, GÜHFD C. 17, sa. 3, Yıl 2013, s. 4; Yavuz, N.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Adalet, Ankara, 2013, s. 1018.

anlamda sözleşmenin devri kurumunun yalnızca iradi devri kapsadığını ileri sürmektedir.<sup>8</sup>

Sözleşmenin devrini açıklamak üzere özellikle İsviçre ve Alman doktrininde iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan birincisi kombinasyon teorisi olarak adlandırılmakta ve sözleşmeyi temel olarak alacak ve borçlardan oluşan bir kombinasyon olarak görmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin devri işlemi aslında alacağın devridevri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin beraber yapılması halini yansıtmaktadır.<sup>9</sup> Ancak bu teori doktrinde yenilik doğuran hakların ve ileride doğacak hakların geçişini açıklayamadığı için eleştirilmiştir.<sup>10</sup> Bunun sonucunda da ortaya çıkan ikinci teori ise modern anlamda kabul gören birlik teorisidir.<sup>11</sup> Bu teoriye göre sözleşme ilişkisi alacak ve borçların dışında başka hukuki durumlardan ve bazı yükümlülüklerden oluşmaktadır ve dolayısıyla alacağın devridevri ya da borcun üstlenilmesi gibi sadece sözleşme ilişkisinin belli kalemlerinin değişimini ve devrini sağlayan kurumlarla açıklanamaz.<sup>12</sup> Sözleşme ilişkisinin devri, yapılacak bir devir sözleşmesi aracılığıyla ve bir kül halinde tüm hakları ve yükümlülüklerin devri anlamına gelmekte ve devreden tarafta bir değişikliğin gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır.

## 2. Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devrinin hukuki niteliği üzerinde doktrinde henüz görüş birliği bulunmamakla birlikte yapılacak devir sözleşmesinin *sui generis* yani kendine özgü bir sözleşme olduğu uzun süredir kabul edilen

---

<sup>8</sup> *Ayrancı, H.:* Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin, Ankara, 2003, s. 35.

<sup>9</sup> *Eren, F.:* 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013, s. 1256.

<sup>10</sup> *Ayrancı, s. 49; Tosun, Y.:* Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, M. Murat İnceoğlu (Ed.), On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 172.

<sup>11</sup> Örneğin İsviçre Borçlar Kanunu, Ole Lando ilkeleri ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da bu teoriyi benimsemektedir.

<sup>12</sup> *Ayrancı, s. 50.*

bir görüştür.<sup>13</sup> 6098 sayılı TBK md 205 hükmünde de bu sözleşmenin üç taraflı bir sözleşme olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Devir sözleşmesi, devreden ve sözleşmede kalan açısından bir tasarruf işlemi niteliğinde iken devralan açısından ise bir taahhüt işlemidir.<sup>14</sup>

Sözleşmenin devri kurumu, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi kurumlardan tamamen farklıdır çünkü alacak ve borç sözleşme ilişkisinin sadece birer kalemidirler ve devredilmeleri halinde sözleşmenin tarafı değişmemekte sadece alacağı talep ya da borcun ifası konusundaki yetkiler devredilmektedir.<sup>15</sup> Onun dışında örneğin yapılan ihbarlar yine de alacağını temlik eden ya da borcunu nakleden tarafa yapılmaktadır çünkü sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Ancak sözleşmenin devrinde devreden taraf tamamen sözleşmeden ayrılır ve taraf sıfatını kaybeder.

Ayrıca sözleşmenin devrinin, devreden tarafın tüm hak ve borçlarının bir kül halinde edinilmesi ve aslında devredilen sözleşmenin aynı kalması sonucunda içeriğinin de değişmemesi dolayısıyla taraflar açısından bir halefiyet işlemi olduğu da ileri sürülmektedir.<sup>16</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta devredilen sözleşmenin içeriğinin hiçbir surette değişmeyecek olmasıdır. Eğer herhangi bir değişiklik olursa artık sözleşmenin devrinden değil yeni bir sözleşme kurulduğundan söz edilebilir. Bu hususta genel olarak eser sözleşmelerinde, vekalet sözleşmelerinde<sup>17</sup> ve taraflardan birinin şahsının önem arz ettiği sözleşmelerde, taraf sıfatı sadece belli şartları haiz kimselere ait olacağı

<sup>13</sup> *Ayrancı*, s. 53; *Orak*, L.: TBK ile Düzenlenen Yeni Taraf Değişiklikleri: Sözleşmenin Devri ve Katılma, 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

<sup>14</sup> *Ayrancı*, s. 68; *Bahadır*, s. 4; *Orak*, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

<sup>15</sup> *Bilgili*, F. ve *Demirkapı*, E.: Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Dora, Bursa, 2013, s. 197; *Hatemi*, H. ve *Gökyayla*, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, İstanbul, 2011, s. 378.

<sup>16</sup> *Ayrancı*, s. 56 - 64.

<sup>17</sup> 6098 sayılı TBK md 560/1 gereğince vekalet sözleşmelerinde vekilin bizzat edimi ifa etme yükümlülüğü bulunduğu için sözleşmedeki taraf sıfatının önemi vurgulanmıştır.

için taraf değişikliği esaslı bir içerik değişikliği olacak ve sözleşmenin de değişikliği ve yenilenmesi anlamına gelecektir.<sup>18</sup>

## II. 818 SAYILI KANUN DÖNEMİNDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

818 sayılı kanunda sözleşmenin devri kurumu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş bulunmakla beraber bazı kanunlarda özel borç ilişkilerine özgü olarak düzenlenmiştir. Örneğin 818 sayılı BK md 245/2'de (6098 sayılı TBK md 323) ve benzer doğrultuda Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun md 7/d'de kira sözleşmelerine ilişkin olarak taşınmaz mülkiyeti el değiştirir veya üçüncü kişi taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak elde ederse bu kişi kanunen belirlenen 1 aylık bir süre içinde sözleşmeyi feshetmezse, bu kişinin kira sözleşmesini devralacağı düzenlenmişti. Aynı şekilde BK md 276/2'de benzer bir hüküm hasılat kirası için öngörülmüştü. Yine 6267 sayılı TTK md 1303 gereğince mal sigortalarında sigorta edilen malın sahibinin değişikliği halinde sözleşmede aksine hüküm yoksa yeni malik sigorta sözleşmesinin tarafı olur.<sup>19</sup>

Sözleşmenin devri, gerekliliği dolayısıyla doktrinde atipik sözleşme olarak<sup>20</sup> ve Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir. Özellikle Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, bir kararında sözleşmenin yüklenilmesi adı altında bu kurumu şartları ve sonuçlarıyla etraflıca açıklamıştır.<sup>21</sup> Bu kararda Yargıtay, sözleşmenin yüklenilmesi ile eski sözleşmenin varlığını devam ettireceğini ve bunun sadece taraf değişikliğine sebep olduğunu söylemektedir. Ayrıca devralan tarafın, yenilik doğuran hakları tek taraflı

<sup>18</sup> *Ayranç*, s. 64 ve 95; *Yavuz*, Şerh, s. 1019.

<sup>19</sup> 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu md 66 ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md 16'da da sözleşmenin devrinin düzenlenmiş olduğu 6098 sayılı TBK md 205'in gerekçesinde ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayranç*, s. 38; *Demir*, M.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet, Ankara, 2012, s. 40-41; *Nomer*, H.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 354-355.

<sup>20</sup> *Tosun*, s. 169.

<sup>21</sup> Yargıtay 3. HD, 14.10.2004 tarih, E. 2004/9625 ve K. 2004/10945 sayılı kararı, [kazanci.com](http://kazanci.com).

irade beyanı ile ileri sürebileceğini ve hakları kendi adına talep ve takip edebileceğini belirtmektedir. Ancak yüklenme sözleşmesinin (Yargıtay'ın deyişiyle “*temlikname*”nin) herhangi bir şekilde bağlı olmadığını,<sup>22</sup> üç taraflı kendine özgü bir sözleşme olduğunu ve sözleşmede kalan tarafın rızasının verilmesi ile meydana geleceğini söylemektedir. Bu kuruma özellikle zamana yayılmış sözleşmelerde yani sürekli borç ilişkilerinde örneğin konaklama tesisinin el değiştirmesi, dolum istasyonlarının el değiştirmesi veya olayda olduğu gibi kira ilişkilerinde rastlanmakta ve kullanılmakta olduğunu vurgulamıştır. Yargıtay 15. HD ise yukarıdaki karardan bir ay sonra verdiği bir kararında<sup>23</sup> kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, noterde yapılan sözleşmenin devri sonucunda yüklenicinin değiştiğini ve sözleşmede kalan tarafın da buna onay verdiğini bir olgu olarak ortaya koymuştur. Yargıtay bu kararında, sözleşmenin devri sonucunda devreden tarafın sözleşmenin tarafı olmaktan çıktığını ve devralanın aynı sıfatla sözleşmeye taraf olduğunu belirtmiştir.

Ancak Yargıtay 13. HD, 2009 tarihli bir kararına<sup>24</sup> konu olan abonelik sözleşmesinde, sözleşmede kalan tarafın rızasının devir için kurucu olduğu vurgulanmış olmasına rağmen sözleşmenin devredilebileceğine dair açık bir hüküm olmaksızın devir yapılması halinde sözleşmede kalanın rızasının gerekli olduğunu hükme bağlamıştır. Bu kararda Yargıtay adeta rızanın varlığını, aslında her zaman gerekli olmayan ancak sadece sözleşmede devire açıkça izin verilmemesi halinde sağlanması gereken bir şart olarak yorumlamıştır. Bunun dışında yine Yargıtay, bir kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmede kalan tarafın rızasının aranmaksızın taraf sıfatının devralana geçeceğine ilişkin sonuca

<sup>22</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. *Ayrancı*, s. 112.

<sup>23</sup> Yargıtay 15. HD, 03.11.2004 tarih, E. 2004/1391 ve K. 2004/5609 sayılı kararı, kazancı.com.

<sup>24</sup> Yargıtay 13. HD, 26.03.2009 tarih, E. 2008/14183 ve K. 2009/4128 sayılı kararı, kazancı.com.

varmıştır.<sup>25</sup> Görüldüğü gibi 818 sayılı BK döneminde sözleşmenin devri kurumu gerek kavram olarak gerekse şartları bakımından yeknesak bir şekilde yorumlanmamakta veya uygulanmamakta idi. Yeni kanunun kabulü ile birlikte bu kurum hukukumuzda daha belirgin bir şekilde yer almıştır ancak 6098 sayılı TBK'daki düzenlemeye geçmeden önce Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde (ASHİ) bu kurumun nasıl düzenlendiğine kısaca bakılacaktır.

### III. ASHİ'DE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Ole Lando, İlkelerin yazımı fikrinin ilk kez 1974 yılında ortaya çıktığını ve 1976 yılında Avrupa Üniversitesi Enstitüsünde verilen 'Avrupa Müşterek Hukukunda Yeni Görüntüler' başlıklı konferansta bunu dile getirdiğinden bahsetmektedir.<sup>26</sup> Ole Lando komisyonu çeşitli Avrupa Birliği ülkelerinden gelen akademisyenler ve avukatların katılımıyla toplamda 20 ila 25 kişiden oluşmaktadır. Komisyonun giderleri ise kısmen özel sektörden komisyon başkanı Ole Lando'nun bulunduğu sponsorlar ve kısmen de Avrupa Komisyonu tarafından karşılanmıştır. 1982 yılında bu komisyon ve eş zamanlı olarak UNITROIT Komisyonu<sup>27</sup> da çalışmalarına başlamış ve bu iki komisyon, üyelerin diğer komisyon toplantılarına da katılmaları suretiyle bir harmoni içerisinde birbirlerini de etkileyerek çalışmalarını yürütmüşlerdir.<sup>28</sup> Çalışmalar sonucunda Komisyon, 1995

<sup>25</sup> Yargıtay 15. HD, 09.09.2009 tarih, E. 2008/4222 ve K. 2009/4553 sayılı kararı, kazancı.com

<sup>26</sup> *Dayınlarlı*, s. 335; *Ayoğlu*, s. 300.

<sup>27</sup> International Institute for the Unification of Private Law (Institut International Pour L'Unification Du Droit Prive), ilk kez 1926'da Birleşmiş Milletlerin uluslararası bir yan kuruluşu olarak kurulmuş ve 1940 yılında ise UNIDROIT Statüsü'nün kabulüyle yeniden yapılandırılmıştır. Bu Enstitü, 1994 yılında Uluslararası Ticaret Sözleşmeler İlkelerini (Principles of International Commercial Contracts) oluşturmakta ve belirli aralıklarla bu ilkeleri gözden geçirip değiştirmektedir. UNIDROIT İlkeleri son olarak 2010 yılında gözden geçirilmiş ve basılmıştır. Enstitü hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> ve UNIDROIT İlkeleri hakkında bkz. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

<sup>28</sup> *Hartkamp*, A.: Principles of Contract Law, (Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (ed.), Towards A European Civil Code, Bölüm 7, 3. Baskı), Ars Aequi Libri, 2004, s. 128.



yılında 1. Cildi, 1999 yılında 2. Cildi ve 2003 yılında da 3. Cildi yayımlamıştır. Bu çalışmanın Kıta Avrupası'nın yıllar boyunca biriken sözleşmeler hukuku uygulamasını başarıyla derleyen bir eser olması dolayısıyla bu İlkeler 'Europen Lex Mercatoria' denilmiştir.<sup>29</sup>

### 1. Genel Olarak

Tarafların yapacakları sözleşmeye ya İlkelerin doğrudan dahil edilmesi ya da sadece 'hukukun genel ilkeleri' ya da '*lex mercatoria*'nın uygulanmasının dahil edilmesi, İlkelerin de o sözleşmeye uygulanmaları için yeterli olmaktadır.<sup>30</sup> İlkelerin sistematığıne bakılacak olursa, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ), maddeler, her maddeye ait yorumlar, maddelerin içeriklerinin iyi anlaşılması için verilen örnekler ve yapılan referanslardan oluşmaktadır. Ayrıca her maddenin altında yeri geldikçe, o maddenin oluşturulmasında hangi ulusal hukuk sisteminden yararlandığına dair referans da yapılmaktadır. İlkeler toplamda 17 bölüm ve 198 maddeden oluşmaktadır ve bu maddelerin bazıları oldukça detaylı düzenlemeler getirirken bazıları ise çok geniş bir çerçeve çizmiştir.<sup>31</sup> Yapılış şekilleri bakımından bazı yazarlarca Amerika'daki *restatement* metinlerine benzetilse de aralarında bazı farklar olduğu söylenebilir.<sup>32</sup> Öncelikle *restatement*'lar ileride yapılması planlanan bir kanuna temel oluşturmak için hazırlanmamaktadır,<sup>33</sup> bunlar sadece belli ilkelerin bir araya getirilmesinden ibarettir. Ancak ASHİ ileride yapılması planlanan Avrupa Medeni Kanunu'na temel oluşturmak üzere hazırlanmışlardır.

<sup>29</sup> Ayoğlu, s. 301.

<sup>30</sup> Kocaçimen, C.: Avrupa Sözleşme Hukuku ilkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 2, sa. 15, 2007, s. 109.

<sup>31</sup> Hartkamp, s. 137; Kocaçimen, s. 108.

<sup>32</sup> Gabriel, H. D.: Introduction to Special Issue on The Comparison of The Principles of European Contract Law With The Uniform Commercial Code, Pace University School of Law International Law Review, C. 13, sa. 2, 2001, s. 259; Oğuz, Lex Mercatoria, s. 110; Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin, Ankara, 2003, s. 64.

<sup>33</sup> Dayınlarlı, s. 336.

## 2. İlkelerin Amacı

İlkelerin başlıca amacı yeni bir Avrupa Medeni Hukukuna temel oluşturmak,<sup>34</sup> sözleşmeler hukuku alanındaki ilkelerin toplanması<sup>35</sup> ve var olan boşlukların en iyi ilkelerle doldurulması şeklinde ifa edilmektedir.<sup>36</sup> Ayrıca ulusal hukuklarını yeniden oluşturmak isteyen ya da bu alanda reform yapmak isteyen ulusal kanun koyucuya yol göstermek yani bir model kanun oluşturmaktır.<sup>37</sup> Bunun yanı sıra taraflar İlkelerde de belirtildiği gibi, bu ilkeleri kendi sözleşmelerine dahil etmek istediklerinde İlkelerin taraflarca doğru bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması için gerek maddelerin yorumları gerek ilkelerin açıklığı sayesinde bir hukuki rehber oluşturacaklardır.<sup>38</sup> Ancak Hartkamp burada devlet mahkemelerinin ASHİ'yi uygulamayacakları endişesini taşımakta ve tarafların bir tahkim şartı içerisine bu İlkelerin uygulanacağı şartını koymalarını daha güvenli bulmaktadır.<sup>39</sup> Bunun sebebi, İlkelerin sözleşmeye uygulanmasının tercih edilmesi, bir hukuk seçimi niteliğinde olmayacağı gibi tercih edilen herhangi bir ulusal hukukun mahkemelerinin de bu İlkeleri uygulamasının şüpheli olmasıdır.

İlkelerin diğer bir amacı ise ortak bir Avrupa hukuku yaratmaktır ki böylece Avrupa Birliği ülkelerinde ulusal hukuk derslerinin yanı sıra bir de Avrupa Hukuku derslerinin verilmesi ve Avrupa hukukçularının yetiştirilmesine katkı sağlamaktır.<sup>40</sup> Ortak hukuk oluşturmanın diğer önemli avantajı ise, kaynağı her ne kadar Roma hukuku da olsa Kara Avrupası'nda uygulanan çeşitli ulusal hukuklar arasındaki uygulama, yorumlama ve hatta kanunlaştırma konusundaki farklılıkları en aza

---

<sup>34</sup> *Dayınlarlı*, s. 335; *Oğuz*, Karşılaştırmalı, s. 64-65; *Ayoğlu*, s. 301.

<sup>35</sup> *Gabriel*, s. 260, yazar burada komisyonun zaten değişik ülkelerdeki akademisyenlerden oluşmasının sebebi ve aynı zamanda sonucu olduğunu belirtmektedir Avrupa'daki değişik hukuk sistemlerinin tamamı için kapsayıcı bir metin olduğunu söylemektedir.

<sup>36</sup> *Hartkamp*, s. 129

<sup>37</sup> *Hartkamp*, s. 129.

<sup>38</sup> *Hartkamp*, s. 129.

<sup>39</sup> *Hartkamp*, s. 129.

<sup>40</sup> *Hartkamp*, s. 130.

indirmektedir.<sup>41</sup> İlkelerin Avrupa Sözleşme Hukukunu birleştirici amacı doktrinde bazı yazarlarca sorgulanmaktadır. Halihazırdaki ulusal sözleşme hukuklarının oldukça güçlü olduğunu ve zaten sözleşme hukukunun genel ilkelerinin ulusal hukuk sistemlerinde uygulandığını dolayısıyla yeknesak bir Avrupa uygulamasına gerek olmadığını savunan bazı yazarlar mevcuttur.<sup>42</sup> Ayrıca hangi ulusal hukukun düzenlemelerinin genel olarak Avrupa Sözleşme Hukuku kapsamına alınacağı da ve hangi uygulamanın en iyisi olduğu tartışmalıdır.<sup>43</sup>

### 3. Sözleşmenin Devri Kurumu

Genel olarak Avrupa ülkelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin devri kurumu kabul edilmesine rağmen Portekiz, Hollanda İtalya Medeni Kanununun açık yasal düzenlemesi dışında Avrupa'da hiçbir hukuk düzeninde İsviçre ve Alman Hukuklarında dahi bu hususta yasal anlamda bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>44</sup> Uygulamada ihtiyacın olması ve zaten tüm Avrupa'da kabul edilmesi dolayısıyla Avrupa Birliği'nde Medeni Kanun olma amacıyla oluşturulan ve Ole Lando ilkeleri olarak da anılan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerindeki md 12:201'de sözleşmenin devri kurumu düzenlenmiştir. Bu madde oldukça genel bir şekilde sözleşmenin devrini açıklamış ve Lando Komisyonu tarafından maddeye ilişkin olarak bazı yorumlar maddenin gerekçesine yazılmıştır. Özellikle uygulamada Avrupa'da oldukça yaygın kullanıma sahip olması bakımından İlkelerde bu kuruma da yer

<sup>41</sup> Hartkamp, s. 131.

<sup>42</sup> Smits, J.: A Principled Approach to A European Contract Law, Editorial, Maastricht Journal of European and Comparative Law, C. 7, sa. 3, 2000, s. 222.

<sup>43</sup> Smits, s. 223.

<sup>44</sup> İtalyan Medeni Kanunu md 1406-1410 arasında bu kuruma yer verildiğine dair bkz. Gülerci, A. F. ve Kılınç, A.: 6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2011, s. 216-217; Bahadır, s. 6; Lando, O., Clive, E., Prüm, A. ve Zimmermann, R. (ed.), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 3. Bölüm, Kluwer Law International, Hague, 2003, s. 135-136; Orak, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014; Günay, C. İ.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2012, s. 784; Tosun, s. 170.

verilmesinin gerekli olduğu açıklanmaktadır.<sup>45</sup> Komisyon ayrıca sözleşmenin devri kurumunun genelde sürekli borç ilişkilerinde başvurulan bir yol olduğunu<sup>46</sup> ve devirle birlikte asıl sözleşmenin varlığını devam ettirdiğini belirtmektedir.

Buna göre bu ilkenin daha iyi anlaşılması için yapılan “A. Genel Açıklamalar” başlığı altında sözleşmenin devrinin, alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden tamamen farklı ve bunların toplamından daha fazlası olduğu belirtilmektedir.<sup>47</sup> Bu hususta, Lando Komisyonu, “D. Alacağın Devri ve Borcun Yüklenilmesi Kurallarının Uygulanabilirliği” şeklinde apayrı bir başlık altında sözleşmenin devrini açıklayan teoriler konusunda hangisinin tercih edildiğini açıkça belirtmiştir.<sup>48</sup> İlkelerde, kombinasyon teorisinin reddedildiği ve birlik teorisinin benimsendiği açıkça görülmektedir. Sözleşme ilişkisinin haklar, hukuki durumlar ve yükümlülüklerden oluştuğu ve devir sözleşmesi ile birlikte tüm hak ve yükümlülüklerin bir kül halinde devralan tarafa geçeceği açıklamaktadır.<sup>49</sup> Ancak devralan, devreden tarafla arasında bulunan herhangi bir defa veya itirazı, sözleşmede kalan tarafa karşı ileri süremeyecektir ki bu yorum aslında asıl sözleşmenin varlığını tüm şartlarıyla sürdürdüğü kuralına uymaktadır. Bunların yanı sıra İlkelerdeki alacağın devri veya borcun üstlenilmesi hükümlerine atıf yapılması da hüküm bulunmayan ve boşluk bulunan hallerde mahiyetine uygun düştüğü ölçüde bu hükümlerin uygulanması anlamına gelmektedir.<sup>50</sup>

Komisyon, “C. Diğer Tarafın İzninin Önemi” başlığı altında devir sözleşmesinin nasıl olacağına ilişkin oldukça sınırlı bir bilgi vermiştir.<sup>51</sup> Komisyon, rızanın devir sözleşmesinin kurucu unsurlarından olduğunu

---

<sup>45</sup> Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 134.

<sup>46</sup> Ayrıca bkz. Ayrancı, s. 91.

<sup>47</sup> Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 134.

<sup>48</sup> Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 135.

<sup>49</sup> Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 134; bu teorisinin doktrindeki baskın görüş olduğuna dair bkz. Orak, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

<sup>50</sup> Ayrıca UNIDROIT İlkelerinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır, bkz. Tosun, s. 170.

<sup>51</sup> Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 135.

vurguladıktan sonra rızanın uygulamada sıkça görüldüğü gibi devir sözleşmesinden önce de verilebileceğini ve bu durumda sözleşmede kalan tarafa bir ihbarın yapılmasının zorunlu olduğu belirtmiştir. Dolayısıyla asıl sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesine nasıl rıza göstereceği ya da üçlü sözleşmenin yapılmasının mümkün olup olmadığı belirtilmemiştir. Ancak yine de amaca uygun yorum yapılacak olursa ve İlkelerin AB ülkelerindeki uygulamayı sınırlamak değil uygulamayı belirlemek ve uzlaşmacı bir zemine oturtmak amacıyla olduğu düşünüldüğünde, devir sözleşmesinin üç taraflı sözleşme olarak ya da başka bir şekilde yapılabileceğinin ve açıkça belirtilmediği için de devir sözleşmesinin şekle tabi olmadığının kabulü gerekmektedir.

#### IV. 6098 SAYILI KANUN DÖNEMİNDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Sözleşmenin devri Türk Hukukunda ilk kez 6098 sayılı TBK md 205 ile pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kanuni ve iradi devir olarak ikiye ayrılan sözleşmenin devri, aşağıdaki madde ile iradi devir olarak düzenlenmiştir.

*“Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*

*Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.*

*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.*

*Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”*

Bu kanun öncesinde de pratik ihtiyaçlardan dolayı kabul edilmiş olmasına rağmen kanun gerekçesinde de ifade edildiği gibi bu kurumu yasal düzenlemeye kavuşturmak gerekli olmuştur. TBK md 205/1 uyarınca devir sözleşmesinin tanımı yapılmış ve sözleşmenin devri için

gerekli şartlar devamı fıkralarda düzenlenmiştir. TBK uyarınca kanuni halefiyet halleri kefalette, müteselsil borçlulukta, taşınmaz veya gemi ipoteğinde, sigorta sözleşmesinde, taşıma işi komisyonculuğunda vb. hallerde ve iradi halefiyet halleri de sözleşme özgürlüğü dolayısıyla kararlaştırabilecekleri hallerde öngörülmüştür.<sup>52</sup> Sonuç olarak da kanundan doğan halefiyet halleri ve özel hükümler bu madde kapsamı dışında tutulmuştur.

Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, sözleşmenin devrinin hukuki niteliğine ilişkin olarak kombinasyon ve birlik teorisi arasından TBK'nın da birlik teorisini seçtiği yani sözleşmenin sadece alacak ve borçtan oluşmadığını dolayısıyla tüm hak ve borçların bir kül olarak devredilmesinin benimsendiği görülmektedir.<sup>53</sup> Bu durumda, sözleşmenin devri ayrıca alacak ve borçların yanı sıra yenilik doğurucu hakları ve defi haklarının da devrini sağlamakta ve taraf sıfatı da var olan hukuki durumla birlikte tamamen devralan kişiye geçmektedir.<sup>54</sup> Devir sözleşmesinin niteliği daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, *sui generis* bir sözleşme olup genel olarak üç taraflı bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.<sup>55</sup> Şimdi de devir sözleşmesinin taşınması gerekli olan şartları<sup>56</sup> ve hala ne gibi sorunların mevcut olduğuna bakmakta fayda vardır.

### 1. Sözleşmeden Kaynaklanan Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Yeni düzenleme uyarınca sözleşmenin devrinin tabi olduğu koşullar konusunda önceki döneme nazaran bazı değişiklikler meydana gelmiştir. Bilindiği üzere borcun, sözleşme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, vs. olmak üzere birçok kaynağı bulunmaktadır. Geçerli bir sözleşmenin devrinden söz edebilmek için öncelikle sözleşmeden kaynaklanan bir borç

<sup>52</sup> Yavuz, N.: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet, Ankara, 2011, s. 284.

<sup>53</sup> Gülerci/Kılınç, s. 216; Uygur, T.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 1183; Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Turhan, Ankara, 2012, s. 823.

<sup>54</sup> Eren, s. 1255-1256.

<sup>55</sup> Eren, s. 1256.

<sup>56</sup> Yavuz, Değişiklikler, s. 281-284; Kılıçoğlu, s. 824-826; Tosun, s. 170.

ilişkinin bulunması gerekmektedir. Zamanaşımına uğramış sözleşmeler, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler,<sup>57</sup> ani edimli sözleşmeler, vb. her türlü sözleşme ilişkisi esasen devredilebilir.

## 2. Geçerli ve Devredilebilir Bir Sözleşmenin Varlığı

Sözleşmenin devrinin ikinci şartı ise sözleşmenin öncelikle geçerli olması<sup>58</sup> ve devredilebilir olmasıdır.<sup>59</sup> Bu husustaki tek sınır, gerek eski gerek yeni Borçlar Kanunumuzda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir ve kural olarak sözleşmeler devredilebilir niteliktedir. Ancak bu durumun bazı istisnaları mevcuttur, örneğin tarafların sözleşme serbestisi gereği sözleşmenin devredilemez olduğu kararlaştırmaları mümkündür.<sup>60</sup> Ayrıca TBK'da bu hususta herhangi bir devir engeli bulunmasa da “*kanundan doğan halefiyet halleri ve diğer özel hükümler*” saklı tutulmuştur yani bu durumlarda TBK md 205 hükmü uygulanmaz.<sup>61</sup> Ayrıca doktrinde “kişiliğin göz önünde tutuluşu” kavramıyla da açıklanan ve sözleşmenin devrinde başka bir sınır oluşturan şahsa bağlı alacaklar ve borçlar da sözleşmenin devrine konu olamazlar.<sup>62</sup> Bu hususta ise vekilin ve iş akdiyle çalışan işçinin niteliği önem taşıdığından borcun bu kişilerce veya aynı sığta sahip kişilerce yerine getirilmesi gerekmektedir.

## 3. Tarafların Rızası

Sözleşmenin devrinde diğeri bir şart ise, tarafların, gerek üç taraflı bir sözleşmede irade beyanlarını açıklamaları gerek devreden ve devralan

<sup>57</sup> İtalyan Medeni Kanunu md 1406'da tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin devre konu olmadıkları düzenlemesi için bkz. *Ayrancı*, s. 94.

<sup>58</sup> Sözleşmenin geçerliliği, bir Yargıtay kararına konu olmuştur ki bu davada inşaat sözleşmesi, taraflarca önceden feshedilmiş olmasına rağmen sonrasında devre konu edilmiştir ancak Yargıtay devir esnasında sözleşmenin var olmasını, geçerli ve kanuna uygun olmasını aramıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. Yargıtay 14. HD, 15.02.2007 tarih, E. 2007/399 ve K. 2007/1393 sayılı kararı, kazancı.com; *Orak*, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

<sup>59</sup> *Bahadır*, s. 14.

<sup>60</sup> *Yavuz*, Değişiklikler, s. 281-282

<sup>61</sup> *Bahadır*, s. 15.

<sup>62</sup> *Ayrancı*, s. 96. Örneğin yayın sözleşmesinde, hem yayınlayanın hem de eser sahibinin taraf sıfatı şahsa bağlı olduğu için sözleşme anlamında kişiliklerinin bir değeri vardır. Ayrıca bkz. *Bahadır*, s. 15; *Hatemi/Gökyayla*, s. 379.

arasında yapılan devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafın icazet vermesi gerek sözleşmede kalan tarafın asıl sözleşme kurulurken veya sonrasında buna izin vermiş olması sonucunda yapılan irade beyanlarını açıklamaları gerekir. Bu husus 6098 sayılı TBK md 205/2'den açıkça anlaşılmaktadır. Burada üç farklı durum ortaya çıkmakta ve buna bağlı olarak verilecek rızanın veya iznin şekli ve içeriği ve sonrasında yapılacak ihbarın niteliğine ilişkin bazı sorunlar da doğmaktadır.

Devir sözleşmesi tek bir işlemle yapılabileceği gibi iki aşamalı olarak ya da zamana yayılan iki sözleşme şeklinde<sup>63</sup> de yapılabilir. İlk olarak, her üç tarafın da bir araya gelerek üçlü bir devir sözleşmesi imzalamaları şeklinde yapılan devir sözleşmesi en basit şekli olup bu hususta kanunun ilgili maddesi gerekli hususları saymaktadır. İkinci olarak da asıl sözleşme akdedilirken taraflardan biri diğer tarafa bir devir yetkisi tanımakta veya asıl sözleşmenin yapılmasından sonra ancak devir sözleşmesinin akdedilmesinden önce taraflardan birinin devir yetkisi vermesiyle de sözleşmenin devrinin ilk aşaması gerçekleşebilir. Verilen bu devir yetkisi sadece bir irade beyanı olup herhangi bir geçerlilik şartına bağlanmamıştır ancak usul hukuku kuralları gereğince ispatı gerekebilmektedir.<sup>64</sup>

Son olarak da uygulamada genellikle devreden ve devralan taraf aralarında öncelikle bir devir sözleşmesi imzalamakta ve sonra da asıl sözleşmede kalan tarafın icazetine sunmaktadırlar.<sup>65</sup> Bu durumda birinci sözleşme, hazırlık sözleşmesi olup icap niteliğindedir ve rıza unsuru da tamamlanana kadar bu sözleşme askıda geçersiz kabul edilmektedir.<sup>66</sup> Kılıçoğlu bu aşamadaki sözleşmeyi, ön sözleşmeye yani sözleşme yapma vaadine benzetmekte ve TBK md 29 uyarınca ilk aşamadaki devir

---

<sup>63</sup> Burada nasıl ki borcun üstlenilmesinde bir iç üstlenme bir de dış üstlenme sözleşmesi yapılmakta ise sözleşmenin devrinde de devreden ve devralan arasında öncelikle bir sözleşme yapılmaktadır ve sonrasında da sözleşmede kalan taraf ile devralan arasında bir sözleşme yapılmakta ve ikinci sözleşme devir sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır, *Ayrancı*, s. 104.

<sup>64</sup> *Kılıçoğlu*, s. 825.

<sup>65</sup> *Yavuz*, *Değişiklikler*, s. 282.

<sup>66</sup> *Ayrancı*, s. 104; *Bahadır*, s. 17.



sözleşmesinin de asıl sözleşmenin şekline tabi olduğunu söylemektedir.<sup>67</sup> İkinci aşamada ise sözleşmede kalan tarafın icazet vermesi ile devir sözleşmesinin kurucu unsurları tamamlanmış ve sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur.<sup>68</sup> Bu noktada Nomer aslında rızanın sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması için tamamlayıcı bir unsur yani yasal şart olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>69</sup> Ancak rıza unsuruna tamamlayıcı unsur olması, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş sadece hüküm ve sonuçlarını rızanın verilmesinden sonra doğuracağını kabul anlamına gelir ki bu yorum devir sözleşmesinde rıza unsurunu ikinci plana atmaktadır. Dolayısıyla Ayrancı tarafından savunulan görüş özellikle sözleşmede kalan tarafın korunması açısından daha faydalı olmakla beraber ve kanunun da amacının bu yönde olduğu görülmektedir. Verilecek bu icazet açık olabileceği gibi zımni de olabilir, örneğin eser sözleşmesinin yeni eser sahibine devrinde ses çıkarmayan ve çalışan işçinin zımnen rıza vermiş sayılmasında olduğu gibi ya da tamamen devralan sözleşmenin tarafı gibi hareket ederse bunlar da icazet sayılmaktadır.<sup>70</sup>

6098 sayılı TBK md 205, sözleşmede kalan tarafın asıl sözleşmenin kurulması esnasında veya sonrasında izin vermesi üzerine bir süre sonra devir sözleşmesi yapılması halinde (yani ikinci halde) sözleşmenin nasıl “onaylanacağı” konusunda bir açıklık taşımamaktadır ve bu husus doktrinde tartışmalıdır.<sup>71</sup> Bu durumda yapılan devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafın nasıl icazet vereceği ilgili kanun hükmünde belirsizdir. Bu hususta Yavuz kanunun hükümleri karşısında örtülü boşluk bulunabileceğini ve bu sorunun hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı yorum metodu kullanılarak aşılması gerektiğini söylemiştir. Dolayısıyla

<sup>67</sup> Kılıçoğlu, s. 825.

<sup>68</sup> Ayrancı, s. 102; Yavuz, Değişiklikler, s. 282; Tosun, s. 171.

<sup>69</sup> Nomer, s. 354.

<sup>70</sup> Yavuz, Değişiklikler, s. 282.

<sup>71</sup> Orak, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014; Yavuz, Şerh, s. 1021.

sözleşmede kalan tarafın vereceği rıza hiçbir şekilde tabi olmadan beyan edilebilmeli ve devir sözleşmesi geçerlilik kazanmalıdır.<sup>72</sup>

Doktrinde asıl sözleşmede veya bundan bir süre sonra sözleşmede kalan tarafın devre izin vermesinden sonra yapılan devir sözleşmesinde devir sözleşmesinin yapıldığının ve devralan kişinin kimliğinin sözleşmede kalan tarafa ihbar edilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Ayrancı bu hususta sözleşmede taraflarca esaslı unsur haline getirilmediği sürece ihbarın yapılmasının gerekli olmadığını ve bu ihbar olmaksızın sözleşmenin geçerli olacağını ileri sürmektedir.<sup>73</sup> Ancak doktrindeki başka bir görüşe göre de sözleşmede kalan tarafın, ileride muhatap olacağı devralan taraf hakkında tam bir bilgiye sahip olmasının önemli olduğu gerekçe gösterilerek ihbar asıl sözleşmede şart koşulmamış olsa bile ihbarın yapılmasının gerekli olduğu ve bu ihbar yapılana kadar da devir sözleşmesinin askıda geçerli olduğu ileri sürülmektedir.<sup>74</sup>

#### 4. Şekil Şartı

Devir sözleşmesinin şekil şartına tabi olup olmadığı konusunda ise 6098 sayılı TBK'dan önceki dönemde devir sözleşmesinin hiçbir şekilde tabi olmadığı konusunda gerek Yargıtay kararlarında<sup>75</sup> gerek doktrinde baskın bir görüş bulunmakta iken TBK md 205/3, bu sözleşmenin de asıl sözleşmenin şekline tabi olduğunu düzenlemiştir. TBK md 12/2 uyarınca kanunen öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şekli olduğu için buradaki şekil şartı da sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla, borcun yüklenilmesinde şekil şartı bulunmamasına ve alacağın devrinde yazılı şart aranmasına karşın, sözleşmenin devrinde asıl sözleşme resmi şekilde tabi ise devir sözleşmesi de aynı şekilde kurulacaktır.<sup>76</sup> Ancak yeni kanundan sonra bile sözleşmeye icazetin sonradan verilmesi halinde bu icazetin bir şekilde tabi olup olmayacağı konusu yine belirsiz kalmıştır.

---

<sup>72</sup> Yavuz, Şerh, s. 1021.

<sup>73</sup> Ayrancı, s. 106.

<sup>74</sup> Bahadır, s. 18.

<sup>75</sup> Yargıtay 3. HD, 14.10.2004 tarih, E. 2004/9625 ve K. 2004/10945 sayılı kararı, kazancı.com.

<sup>76</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 198; Gülerci/Kılınç, s. 216; Günay, s. 785.

Yavuz bu halde icazetin verilmesinin de asıl sözleşmenin şekline bağlı olacağını belirtmiştir<sup>77</sup> ancak örneğin resmi şekle bağlı bir sözleşmede sonradan icazet şeklinde verilen bir irade beyanının tapu dairesince işleme konulabilmesi için Tapu Kanunda açıkça bu işlemin düzenlenmiş olması gerekecektir.<sup>78</sup> Ama bu tamamlayıcı işlem kanun tarafından düzenlenmediği için uygulama açısından bir sıkıntı çıkacağı açıktır. Ayrıca eğer devralan ve devreden taraf, devir sözleşmesinin şekle bağlı olacağını kararlaştırırlarsa veya asıl sözleşmede taraflarca iradi şekil öngörülmüş olursa bu durumda devir sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlanıp bağlanamayacağı ya da hangi şekle tabi olacağı belirsiz kalmıştır.<sup>79</sup>

Sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeden ayrılan yani devreden taraf artık hiçbir şekilde o sözleşme dolayısıyla sorumlu olmaz. Sadece devreden şahsına sıkı sıkıya bağlı haklar dışındaki tüm haklar, taraf sıfatı, borçlar ve yükümlülükler devralan tarafa geçmiştir.<sup>80</sup> Sözleşmeden dönme, fesih, ihbar vs. gibi hakları sadece artık sözleşmenin tarafı olan devralan kullanabilecektir. Ancak devreden tarafa kefil olmuş veya rehin vermiş kimsenin de devir sözleşmesine ancak yazılı olarak rıza göstermeleri halinde teminatlarının devralan taraf için de geçerli olacağını kabul etmek TBK md 198 göz önüne alındığında daha doğru olacaktır.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Yavuz, Değişiklikler, s. 283.

<sup>78</sup> Yavuz, Şerh, s. 1022.

<sup>79</sup> Kuntalp, E., Barlas, N., Ayanoğlu Morali, A., Çavuşoğlu Işıtan, P., İpek, M., Yaşar, M. ve Koç, S.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Beta, İstanbul, 2005, s. 104.

<sup>80</sup> Uygur, s. 1184.

<sup>81</sup> Tosun, s. 173.

## SONUÇ

Sözleşmenin devri kurumu yeni düzenleme ile beraber yukarıda bahsedilen birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Devir konusundaki düzenlemelerin çok yetersiz olduğunu vurgulamak için Buz TBK'da sözleşmenin devri kurumunun şekil dışında hiçbir açıdan düzenlenmediğini örneğin devreden ve devralan arasındaki hakların neler olacağı veya tahkim kaydının mümkün olup olmadığının düzenlenmediğini; bu kurumun sadece tanımlandığını vurgulamıştır.<sup>82</sup> Yapılan yeni düzenlemenin çok yetersiz olduğu, devir sözleşmesi kurulduktan sonra uygulanacak hükümler bakımından, alacağın devri ve borcun yüklenilmesi ile ilgili herhangi bir bağlantı kurulmadığı ve bu hükümlerin hangi ölçüde uygulanması gerektiği bakımından yeni düzenleme doktrinde eleştirilmiştir.<sup>83</sup> Özellikle teminatların ne olacağı ve izne tabi sözleşmelerin nasıl devredileceği gibi konularda düzenleme olmamasından dolayı da eleştirilmiştir.

*Lex Mercatoria*'nın Avrupa'da günden güne artan uygulama alanı bulması, gerek UNIDROIT gerekse ASHİ'nin gittikçe artan uygulamaları karşısında 6098 sayılı TBK hazırlanırken en azından Ole Lando İlkelerinden yararlanılmamış olduğu doktrinde baskın görüş olarak düşünülmektedir<sup>84</sup> ve kanun yapım esnasında ASHİ'nin hükümlerine de bakılmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır.<sup>85</sup> Ancak önceki bölümlerde de değinilen sorunların çözümü gerekirken ve kanun herhangi başka bir hukuki kuruma atıfta bulunmadığı için bu sorunların nasıl giderileceği tam olarak bilinmemektedir. TBK md 205'de, ASHİ'nde olduğu gibi alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerine bir atıf yapılmamış ve esasen sözleşmenin devri kurumunda birlik teorisi benimsenmiş olsa da sözleşmenin devrine en yakın kurumlar olarak alacağın devri ve borcun

---

<sup>82</sup> Buz, V.: Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, IV. Oturum: Genel Görüşme, M. Murat Inceoğlu (Ed.), On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 179.

<sup>83</sup> Kuntalp/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıtan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 103 – 104; Tosun, s. 172.

<sup>84</sup> Ayoğlu, s. 305.

<sup>85</sup> Kuntalp/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıtan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 104.

üstlenilmesi hükümlerinin tıpkı ASHİ'nde olduğu gibi kıyasen uygulanması yerindedir. Kanunumuzdaki düzenleme oldukça eksiktir ve bütün boşlukların doktrindeki tartışmalar ve uygulamanın yardımıyla Yargıtay kararları tarafından nasıl doldurulacağı ise ileride görülecektir.

## KAYNAKÇA

- Ahmet M. Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Turhan, Ankara, 2012
- Altan Fahri Gülerci ve Ayşe Kılınç**, 6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2011
- Arthur Hartkamp**, Principles of Contract Law, (Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (ed.), Towards A European Civil Code, Bölüm 7, 3. Baskı), Ars Aequi Libri, 2004
- Arzu Oğuz**, Lex Mercatoria, Yetkin, Ankara, 2004
- Arzu Oğuz**, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin, Ankara, 2003
- Cemre Kocaçimen**, Avrupa Sözleşme Hukuku ilkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 2, sa. 15, 2007
- Cevdet İlhan Günay**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2012
- Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu** Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıtan, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Beta, İstanbul, 2005
- Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı**, Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Dora, Bursa, 2013

- Fikret Eren**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013
- Haluk Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2012
- Hasan Ayrancı**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin, Ankara, 2003
- Henry D. Gabriel**, Introduction to Special Issue on The Comparison of The Principles of European Contract Law With The Uniform Commercial Code, Pace University School of Law International Law Review, C. 13, sa. 2, 2001
- Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, İstanbul, 2011
- Jan Smits**, A Principled Approach to A European Contract Law, Editorial, Maastricht Journal of European and Comperative Law, C. 7, sa. 3, 2000
- Kemal Dayınlarlı**, Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin, Ankara, 2006
- Leyla Orak**, TBK ile Düzenlenen Yeni Taraf Değişiklikleri: Sözleşmenin Devri ve Katılma, 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014
- Mehmet Demir**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet, Ankara, 2012
- Nihat Yavuz**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Adalet, Ankara, 2013

- Nihat Yavuz**, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet, Ankara, 2011
- Ole Lando**, Eric Clive, Andre Prüm ve Reinhard Zimmermann (ed.), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 3. Bölüm, Kluwer Law International, Hague, 2003
- Tolga Ayoğlu**, Lex Mercatoria, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2011
- Turgut Uygur**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012
- Yalçın Tosun**, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, M. Murat İnceoğlu (Ed.), On İki levha, İstanbul, 2012
- Zeynep Bahadır**, Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, GÜHFD C. 17, sa. 3, Yıl 2013





## ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU YARARI KAVRAMI

Nermin TOMBALOĞLU\*

### ÖZET

Toplum halinde yaşamak çeşitli kurallar ve düzenlemelere tabi olmayı gerektirmektedir. Kamu yararı kavramı, konulan kurallar ile yapılan idari işlem ve eylemlerin genel nitelikteki amacını ve aynı zamanda nedenini oluşturmaktadır. Kavram, bu işlevinin sonucu olarak çeşitli hak ve özgürlükler açısından bir sınırlama niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla kamu yararı kavramı sık karşılaştığımız, sürekli duyduğumuz bir kavramdır. Bu kadar çok kullanılan bir kavram olmasına rağmen kamu yararının kesin ve net bir tanımı yapılmamıştır. Kavramın içeriği belirsiz ve soyut bir kavram olması bu duruma neden olmaktadır. Gerçekten de kamu yararı kavramı, farklı koşullarda, farklı şekillerde anlaşılabilir. Bu çalışmada, öncelikle kamu yararı kavramının teorik çerçevesi çizilmeye çalışılacak, daha sonra Anayasa Mahkemesi kararlarında kavramın değerlendiriliş şekli incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Yararı, Anayasa Mahkemesi, Hukuk Devleti İlkesi, Kanun Önünde Eşitlik, Mülkiyet Hakkı.

---

\* Başbakanlık Uzmanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

## THE CONCEPT OF PUBLIC INTEREST IN THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

### ABSTRACT

Living in form of a society definitely requires being subject to various rules and arrangements. Whereas the concept of public interest with its rules imposed, forms, with its general characteristics, the objective and at the same time the reasons, for administrative transaction and actions. The concept also functions to result in restrictions from the angle of various rights and freedoms. Accordingly, the concept of public interest is, frequently met and heard, phenomena. Despite being a concept so frequently used, there is no strict and clear definition made of this concept. Content of the concept, being uncertain and abstract, has resulted in such a situation. In fact, concept of public interest is understood differently under changing conditions. In this study, given to form a theoretical framework for the concept of public interest later in the decisions of the Constitutional Court will examine the concept of evaluating shape.

**Keywords:** Public Interest, Constitutional Court, Rule Of Law, Equality Before The Law, Property right

### GİRİŞ

Devletin görevlerini sadece milli güvenliği sağlamak ve ülkeyi dışa karşı korumaktan ibaret gören anlayış şeklinin değişmesi ve yerini müdahaleci, koruyucu ve düzenleyici devlet anlayışına bırakması, onun gerek sosyal, gerekse ekonomik nitelikte görevler üstlenmesi ve bu alanlarda faaliyetlerde bulunması sonucunu doğurmuştur.

Bu durum, devletin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini yürütme ve bu konudaki faaliyetleri gerçekleştirme görevlerini yerine getiren idarenin işlem ve eylemleriyle, yaşamın hemen her alanında karşılaşılmasına ve

bunlardan bazen oldukça önemli sonuçlar doğuracak şekilde etkilenilmesine neden olmuştur.

Kamu yararı kavramı, tüm devlet organlarının işlem ve eylemlerinin genel nitelikteki amacını ve aynı zamanda nedenini oluşturmakta, çeşitli hak ve özgürlükler açısından bir sınırlama nedeni niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla kamu yararı kavramı sıkça karşımıza çıkan, sürekli duyduğumuz bir kavramdır. Bu kadar çok kullanılan bir kavram olmasına rağmen kamu yararının kesin ve net bir tanımının yapıldığına şahit olduğumuz söylenemez.

Bu durumun ortaya çıkmasında, kavramın içeriği belirsiz ve soyut bir kavram olması büyük rol oynamaktadır. Gerçekten de kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin düşünceler, kişiden kişiye, toplumdaki topluma, yere ve zamana göre değişebilmekte, kamu yararına ilişkin farklı anlayış şekilleri söz konusu olabilmektedir.

Hukuki boyutu yanında toplumsal, siyasi ve felsefi boyutları da bulunan, çok yönlü bir kavram niteliği taşıyan kamu yararı kavramı, genel olarak devletin tüm faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun ölçüsünü teşkil etmekte olup, kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasını gerektiren eylem veya işlemler söz konusu olduğunda da genel amaç olan kamu yararı, sınırlamaya neden olan eylemi veya işlemi hukuki kılmaktadır.

İdarenin kamu yararı çerçevesinde hareket alanına sahip olması ve kamu yararı amacı ile yapılan faaliyetlerin çoğu zaman kişilerin hak ve hürriyetlerinde sınırlamalar doğurabilmesi karşısında, kamu yararı kavramının belirsizliği ve soyutluğu; üzerinde düşünülmesi gereken bir hususu teşkil etmektedir.

Makalede kamu yararı kavramının teorik çerçevesi çizilmeye çalışılacak, kavramın soyut niteliğine değinilerek, açıklanması sırasında kavrama yüklenen anlamlar incelenecektir. Bu kapsamda, kavrama ilişkin olarak zaman içerisinde ortaya atılan düşüncelere değinildikten sonra, kavramın nasıl tanımlanacağı sorunsalı incelenecek, kararlarından yola çıkılmak suretiyle Anayasa Mahkemesinin kavrama yüklediği anlamlar ve ölçü norm olarak kullandığı alanlar incelenecektir.

## A. KAVRAMSAL AÇIDAN KAMU YARARI

Kamu yararı kavramı incelenirken kalıplaşmış bir tanım yapmanın pek de mümkün olmaması yanında, kavramın yorumlanış sürecinde geçirmiş olduğu zaman yolculuğunu gözler önüne sermenin daha açıklayıcı olacağı düşüncesi; kavramın tanımından önce kamu yararı kavramına ilişkin zaman içerisinde ortaya çıkan görüşlere değinmek gerekliliğini doğurmuştur.

Kamu yararı gibi soyut bir kavram söz konusu olduğunda kavramın açıklanmasına yönelik farklı düşünceler ve görüşler bulunması kaçınılmazdır. Bu görüşlerin bireysel yarar, ortak yarar ve toplum yararı olmak üzere üç temelden birine ağırlık vermek suretiyle kavrama açıklık getirmeye çalıştıkları görülmekte ve bu nedenle kavramı açıklayan görüşler bu üç temel açıdan incelenmektedir<sup>1</sup>. Bu anlamda kamu yararının toplumu oluşturan bireylerin bireysel çıkarlarından ya da ortak yararlarından oluştuğunu düşünenler bulunmakla birlikte, toplumun tümünün çıkarını, bireyin çıkarından üstün tutan görüşler de mevcuttur.

### 1. Bireysel Yararı Esas Alan Görüş

Kamu yararını bireysel yarar ve toplum yararı eksenlerinde ele alan görüşlere bakıldığında, bu görüşlerin iki uç arasında yer aldığını görmek mümkün olacaktır. Bireysel yarara üstünlük tanıyan görüş, kamu yararının bireysel yararların toplamından oluştuğunu ve dolayısıyla bireysel yararlarla çelişen bir kamu yararından bahsetmenin mümkün olmayacağını kabul etmektedir. Yine bu görüşü savunanlara göre, bireyler kendisi için en iyi olanı bildikleri için bunu yaptıklarında bireylerin oluşturduğu toplum için en iyi olan da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Yani bireysel yarara uygun davranışlar, sonuç itibariyle

---

<sup>1</sup> Kamu yararına ilişkin düşüncelerin diğer sınıflandırma şekilleri için bkz. *Keleş, R.: Kıyıların Korunması ve Toplum Yararı, A.Ü.S.B.F.D., 1989, 44 (1), s.58; Korkut, L.: Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı, Liberal Düşünce, 2006, 11 (44), s.77-98; Kaya, C.: Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, İstanbul, 2011, s. 17; Gülan, A.: Conseil d'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, 2000, s.2, <http://www.danistay.gov.tr/2-CONSEIL%20DETATIN%20KAMU%20YARARI%20KAVRAMINA%20YAKLASIMI.htm>, Erişim: 29.03.2011.*

toplumun yararını da sağlayacaktır ve bu şekilde kamu yararı da sağlanmış olacaktır.

Kamu yararının toplumu oluşturan bireylerin bireysel yararlarından oluştuğu düşüncesi, sanayi ve ticaret toplumuna geçiş öncesinde bu konuda egemen düşüncenin dayandığı temel kavram olan “ortak iyilik” kavramı ile ifade edilmekteydi. Buna göre ortak iyilik ile eşdeğer olarak ifade edilen toplum yararı, toplumu oluşturan bireylerin bireysel yararlarından oluşmakta idi ve bu iki yararın nitelik ve özü itibarıyla aynı oldukları kabul edilmekteydi. Bunun sonucunda da bireysel yarara aykırı olan ya da zarar veren herhangi bir şey, toplum yararına da uygun olamazdı. Yine aynı düşüncede, toplum ve devletin aynı yönü izleyeceği, toplum yararının özel ya da genel nitelikte olsun her türlü faaliyet ile varılmak istenilen ortak amaç olduğu kabul edilmekteydi<sup>2</sup>. *Thomas Hobbes*, *David Hume* ve *Jeremy Bentham*, bireysel yarar görüşünü savunan düşünürlerdendir.

*Hobbes*'un, bu konudaki görüşü, toplumda barışı ve ortak savunmayı sağlamak amacıyla hareket eden bireylerin hak ve yetkilerini bir kişi ya da kurula devrettikleri ve kamu yararını belirleme yetkisinin bu egemen güç tarafından kullanıldığı kabulüne dayanmaktadır. Bu düşüncede, egemen güç tarafından belirlenen kamu yararının, bireylerin yararı ile çatışabileceği ve çatışma halinde bireysel çıkarların meşruiyetlerinin korunacağı, bireylerce oluşturulan egemen gücün kararlarına uymalarının bireylerin yararına olacağı, aksi durumda egemen gücün zayıflamasına neden olacak davranışların sonuç olarak bireysel çıkarların dahi zarar görmesine yol açacağı öngörülmektedir<sup>3</sup>.

Bireysel yarar görüşünü taşıyan *Hume*'un görüşü ise bir eylem, politika ya da düzenlemenin etkilediği bireylerin çoğunluğunun tercihinin, alınan kararlar aynı yönde olması halinde bu eylem, politika ya da düzenlemede kamu yararının bulunduğu kabulü yönündedir. *Hume*'un

<sup>2</sup> *Akıllıoğlu*, T.: Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, A.İ.D., 24 (2), 1993, s.8.

<sup>3</sup> *Korkut*, s.79., *Hobbes*'un bu konudaki görüşleri için bkz. *Güriz*, A.: Hukuk Felsefesi, Ankara, 2007, s. 175-178.

düşüncesinde, kamu yararının akıl yoluyla tespit edilmesine karşı çıkılmakta, aklın bir eylemi ya da etkiyi ortadan kaldıramayacağı, eylemlerimiz ve moral yargılarımızın, duyu ve sezilerimizin sonucu olduğu, bir şeyin iyi ya da kötü olduğu yönündeki değerlendirmenin ise o şeyin yarattığı rahatsızlık temelinde yapıldığı kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

*Bentham*, topluluğun/toplumun, onun üyeleri olduğu kadar kurucu unsuru oldukları da kabul edilen bireylerden oluşan hayali bir organ olduğu, o halde toplumun çıkarının toplumu oluşturan çeşitli üyelerin çıkarlarının toplamı olduğu görüşünü savunmuştur<sup>5</sup>.

## 2. Ortak Yararı Esas Alan Görüş

Ortak yarar görüşü taraftarlarına göre, bireylerin kendi yararlarını gerçekleştirmeleri değil, bireysel yararları ortak yarar içerisinde eritmeleri gerekecektir. Onlara göre kamu yararı kavramı bir topluluğun ortak çıkarlarını ifade etmekte ve bunların teşvik edilmesi durumunda bireysel çıkarlar bastırılmayıp, tam tersine bireylerin başka bir şekilde elde etmeleri mümkün olmayan yararları elde etmeleri mümkün hale gelmektedir<sup>6</sup>. Bireysel yarar görüşünün tersine, burada bireysel yararların gerçekleşmesi kamu yararının da gerçekleşmesini sağlamamakta, ortak yararın gerçekleşmesi bireysel yararların da gerçekleşmesini sağlamaktadır.

Bu görüşe göre tek tek bireylere ait olan yararların dışında ve üzerinde, genel veya ortak bir yarardan bahsetmek mümkün olup, bu kavrama adaletin dağıtımı, savunma ve insan sağlığı gibi unsurlar dâhil edilmelidir. Yine bu yaklaşıma göre kamu yararı, çoğunluğun yararından da farklı bir nitelik taşımaktadır<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Korkut*, s.80.

<sup>5</sup> *Bentham*, J.: An Introduction to The Principles of Morals and Legislation, Edited By J.H. Burns and H.L.A. Hart, University of London Introduction, 1970, s.12, <http://books.google.com.tr/> Erişim tarihi: 01/08/2013.

<sup>6</sup> *Barry*, N. P.: Modern Siyaset Teorisi, Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, İstanbul, 2004, s.309.

<sup>7</sup> *Keleş*, s. 58.

Bu görüşü benimseyen düşünürlerden biri olan *Aquino*'lu *Thomas*'ın görüşünün, insanların ortak yararı sağlamak amacıyla toplumu kurarak devleti oluşturdukları kabulüne dayandığı, siyasal topluma katılan bireyin topluma sağladığı çıkar doğrultusunda toplumda yaratılan yarardan eşit pay alacağı ve bu şekilde ortaklığın sağlanacağı düşüncesini kapsadığı<sup>8</sup> ve bu anlamda *Aquino*'lu *Thomas*'ın düşüncesinde ortak yararın, bireyin sağlamayı beklediği yarar ile elde etme hakkına sahip olduğu pay arasındaki eşitlikçi bağı ifade ettiği belirtilmektedir<sup>9</sup>.

*Jean Jacques Rousseau*'da kamu yararının toplumdaki bireylerin ortak yararından oluştuğunu kabul eden düşünürler arasında yer almaktadır. *Rousseau*'ya göre her bir katılımcının canını ve mallarını bütün ortak güçle savunacak ve koruyacak ve her bir katılımcının kendisini bütün ile birleştirirken, hala yalnızca kendine boyun eğbildiği ve önceki kadar özgür kalabildiği bir toplum biçiminin bulunması, toplum sözleşmesinin çözümünü sağladığı asıl sorundur<sup>10</sup>. *Rousseau*, her katılımcının kendisini bütüne verdiğinde, hiç kimseye vermemiş olacağını, şartlar hepsi için aynı olacağından kaybettiği oranda kazanmış olacağını, sahip olunan hakların korunmasını sağlamak için gücün artmış olacağını, ifade etmektedir<sup>11</sup>.

*Rousseau*'ya göre genel irade her zaman devamlı olarak doğrudur ve kamusal yararı hedeflemektedir. Kişinin iradesi özel çıkarı dikkate alırken, genel irade ortak çıkarı dikkate alır ve bu da özel iradelerin toplamından başka bir şey değildir. Ancak bu iradeler arasındaki olumlu ve olumsuz farklılıklar birbirini ortadan kaldıracığından geriye farklar toplamı olarak genel irade kalacaktır<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Akad M., *Dinçkol* B. V. : Genel Kamu Hukuku İstanbul, 2004, s. 41.

<sup>9</sup> Akad /*Dinçkol*, s. 42, *Aquino*'lu *Thomas*'ın bu konudaki görüşleri için bkz. *Güriz*, s. 166-168.

<sup>10</sup> *Rousseau*, J. J. : On The Social Contract, Dover Thrift Editions, 2003, s. 8, 9.

<http://books.google.com.tr/books?hl=tr&id=UGGqik90J98C&q=The+problem+is+to+find+#v=snippet&q=The%20problem%20is%20to%20find&f=false>, Erişim Tarihi: 04.09.2013.

<sup>11</sup> *Rousseau*, s. 9.

<sup>12</sup> *Rousseau*, s. 17, 18.

Bireylerin tek tek çıkarlarının toplamı olmayıp, bunların bir potada erimesi ile ortaya çıkan ortak bir yararın varlığından bahseden ortak yarar görüşü, bireylerin kendi başlarına sağlayamayacakları yararların bulunduğu fikrini ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre, bireylerin kendi başlarına sağlamaları mümkün olmayan, yani onları aşan nitelikteki bu yararların, ayrı ayrı toplamı değil, ancak onların bir araya gelerek oluşturduğu yeni bir yarar niteliğindeki kamu yararının sağlanması ile bireysel yararlar da elde edilmiş olacaktır.

### 3. Toplum Yararını Esas Alan Görüş

Toplum yararı görüşünü benimseyenlere göre, bireyin yararı ile toplum yararının çatışması söz konusu değildir. Yani toplum yararına aykırı bir birey yararından söz edilemez. Bu görüşe göre, insanların toplum halinde yaşamalarının nedeni, insanın toplumsal bir varlık olması ve tek başına yaşamasının mümkün olmamasıdır. Bu nedenle bireysel çıkarlar da toplumsal yarara aykırı olamaz. Toplum için yararlı olan, bireylerin de yararındır.

Tekçi yaklaşım olarak da ifade edilen toplum yararı görüşünü savunanlar, nesnelliği kabul etmeyip, kamu yararını değer yargılarına dayanan bir kavram olarak görmekte, bunun sonucu olarak da kamu yararını siyasal bir tercih konusu olarak değerlendirmektedir<sup>13</sup>.

Kamu yararına olduğu kabul edilen şeyin aynı zamanda doğru veya iyi olduğunun da kabul edilmesi gerektiği görüşünde olan *Platon*'a göre, devlet için iyi olan, o devletin vatandaşlarının da yararındır<sup>14</sup>. Yasama organının çalışmalarında belirli bir sınıfın değil, tüm toplumun refahını dikkate alması gerektiğini belirten Platon, toplumdaki bireylerin acı ve sevinçlerini paylaşmaları ile toplum için en iyiye ulaşılabileceğini, toplum için en iyi olana karşı meşru bireysel faydalardan bahsedilemeyeceğini, kamu yararına olan düzenlemelerin bireysel yararlarla aykırı olamayacağını ifade eder<sup>15</sup>. *Platon* her ferдин kendi ailesinin yararını

---

<sup>13</sup> Keleş, s. 58.

<sup>14</sup> Korkut, s. 93.

<sup>15</sup> Korkut, s. 93, 94.



toplum faydasına tercih etme eğiliminde olduğunu, bu nedenle aile kurumunun toplumda birliği ve istikrarı bozucu etkileri olduğunu ifade etmiştir<sup>16</sup>.

*Aristoteles*, insanı sosyal-siyasal bir hayvan olarak tanımlamış, bu nedenle tek başına yaşamasının mümkün olmadığını ifade etmiş ve ihtiyaçlarını karşılamak ve mutluluğa ulaşmak için bir araya gelen bireylerin, toplumu ve devleti oluşturduklarını savunmuştur<sup>17</sup>. Yine *Aristoteles*, çeşitli yönetim biçimleri tanımlamış olup, bir kişinin, azlık ya da çokluğun, ortak yararı sağlamayı amaçlayarak devleti yönetmesi durumunda, bu anayasaların doğru olacağını ancak sadece bir kesimin, bu kesimin bir kişi, azlık ya da kitle olması fark etmeksizin, yararının sağlanmasının amaçlanması halinde, bunu öngören anayasanın doğru olmayacağını ifade etmiştir<sup>18</sup>.

Toplum yararını bireysel yarardan üstün gören bir başka düşünür ise *Hegel*'dir. Kamu yararını bireysel çıkarlar ile çatışma halinde bulunmayan ve birbiri ile tutarlı olan değerler sistemi olarak ifade eden *Hegel*'e göre, toplumdaki bir bireyin çıkarı, toplumun diğer bireylerinin çıkarları ile iç içe geçmiş bir haldedir ve bu çıkarlar devlet olmadan güvence altına alınamaz ve devletin çıkarları ile bireysel çıkarlar arasında çatışma olamaz. Kamu yararı evrensel çıkarı yansıtmakta ve bir o kadar da kamunun ve kamuyu oluşturan bireylerin gerçek çıkarları ile de uyum içinde bulunmaktadır<sup>19</sup>.

Toplum yararına üstünlük tanıyan düşünürlerden bir diğeri olan *Cicero* da insanın toplumsallığını kabul etmekte ve insanların halk haline gelmelerini açıklamaktadır. Ona göre "Halk deyince herhangi bir biçimde bir araya toplanmış olan rastgele bir yığını değil, ortak bir yarar ile uyum halinde olan ve hukuksal bağlarla birleşmiş bulunan hayli büyük sayıdaki insanlar topluluğunu anlamak gerekir"<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Güriz, s. 149.

<sup>17</sup> Akad / Dinçkol, s. 21.

<sup>18</sup> Akad / Dinçkol, s. 23.

<sup>19</sup> Korkut, s. 94, 95.

<sup>20</sup> Akad / Dinçkol, s. 34.

#### 4. Diğer Görüşler

Kamu yararı kavramına ilişkin daha güncel görüşlerde ise kavramın bütüncül niteliği yadsınmamakla beraber bu görüşler, bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki çatışmayı esas alan yorumların her zaman geçerli olmayabileceği yönündedir.

Kamu yararını bireysel yarar ile arasındaki karıştıktan yola çıkarak açıklamaya çalışan üç temel görüşün aksine, daha yeni görüşlerde kamu yararının varlığı için mutlaka bireysel yararın göz ardı edilmesinin gerekmediği, bir düzenlemenin ya da uygulamanın kamu yararına olup olmadığına göre bireysel yararlarındaki etkiler esas alınarak yine toplumun bütününe sağladığı yararların saptanması ile de anlaşılabilirliği, bireysel yararların elde edilmesinin, kamu yararının sağlanması sonucunu da doğurabileceği ve kamu yararının bireysel yarar ile karşı karşıya gelen bir yarar olarak düşünülmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu görüşlerden, *James M. Buchanan* ve *Gordon Tullock*'un geliştirdiği Kamu tercihi teorisine göre, toplumdaki bir kişinin kendi faydasını maksimize etmeye çalışması, toplumdaki diğer bireylerin bundan zarar göreceği anlamına gelmeyip, bu durumun toplumun bütünü üzerinde olumlu etki yaratması da mümkündür. Yazarlara göre, ancak toplumdaki tüm bireylerin oybirliği ile hareket etmesi halinde ideal kamu yararına erişilebilir<sup>21</sup>.

Bir grubun veya toplumun diğer üyelerinin refahında herhangi bir azalma olmaksızın o grubun veya toplumun bir üyesinin refahında bir artış meydana gelmesi halinde o grup ya da topluluğun refahının artmış olacağını ifade eden *Pareto Optimali* teoremine göre; sosyal fayda yani kamu yararı, bireylerin yararının toplamı değildir. Yapılan bir düzenlemenin kamu yararına olup olmadığı, o toplumun bütününde, bireysel yararlar esas alınmak suretiyle yaratacağı etkiler dikkate alınarak anlaşılabilir<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> *Korkut*, s. 87.

<sup>22</sup> *Korkut*, s. 86.

Diğer bir düşünceye göre ise kamu yararı toplumu oluşturan bireylerin kişisel yararlarının toplamından meydana gelmez. Bir faaliyetin kamu yararına olduğunun kabulü için, o şeyin toplumun her bir bireyinin kişisel yararlarını karşılaması gerekmemeyle birlikte, kamu yararının toplumu oluşturan bireylerin yararlarından tamamen soyutlanması da düşünülemez. Çünkü kamu yararı bireylerin yararı ile ilgili olmayan bir yarar da değildir. Kamu yararı bireysel yararların karşısında bulunan bir yarar olmamasına rağmen, genellikle farklı bir bireysel yarar ile çatıştığında somut bir şekilde ortaya çıkmakta, bu yarar karşısında değer kazanmakta ve bu yarara üstün tutulmaktadır<sup>23</sup>. Aynı görüşe göre kamu yararı çoğunluğu oluşturan bir grubun yararı olabildiği gibi çoğunluğun yararı ile çatışmakla beraber, tek ya da az sayıdaki kişinin üstün tutulması icap eden yararı da olabilmektedir. Bu da yararların çatışması halinde kamu yararı açısından yararın niceliğinden çok niteliğinin önemli olduğunu göstermektedir<sup>24</sup>.

Kamu yararı, sınırları güçlkle tespit edilebilen, toplumsal gelişmelere ve ihtiyaçlara göre değişen nitelikte bir kavram olduğundan, kavrama ilişkin olarak her durumda geçerli sayılabilecek bir tanım yapılması mümkün olmamakta, kavram daha çok sonuçlarıyla ölçülebilecek bir kavram niteliği taşımaktadır<sup>25</sup>.

Belirsiz ve esnek bir kavram olan kamu yararı, bu özelliği nedeniyle çok geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu durumda her somut olayda, olayın özelliklerine göre farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Kavramın belirsizliğinin, bir hukuk kavramı olup olmadığı sorusuna neden olabileceği ifade edilmekle beraber, kamu yararı kavramı bir hukuk kavramı olarak görülmekte, hatta hukukun genel ilkelerinden bir olarak kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Kavram, toplumsal değerlerin bir yansımasıdır. Bu nedenle zaman ve mekâna göre değişen ve şekillenen bir kavramdır. Toplumda meydana gelen değişimler ve gelişmeler yeni kamu yararları

<sup>23</sup> Akylmaz B., Sezginer M., Kaya C.: Türk İdare Hukuku, Ankara, 2011, s.25, 26.

<sup>24</sup> Akylmaz/Sezginer/Kaya, s.26.

<sup>25</sup> Kalabalık, H.: İdare Hukuku Dersleri, Sakarya, 2004, s.352.

<sup>26</sup> Kaya, s.2., Özey, İ. H.: Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002, s.276, dn.5.

oluşmasına neden olabildiği gibi mevcut olan kamu yararları artık bir anlam ifade etmeyebilir<sup>27</sup>.

Kamu yararı kavramının, yaygın ve çok işlevli bir kavram olması yanında, belirsiz nitelikte bir kavram olması, benzer hukuki durumlarda farklı şekilde yorumlanması, sübjektif yorumlara neden olması sakıncalarını da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, her ne kadar yukarıda kavramın somut ve net bir tanımının herhangi bir düzenlemede yer almadığını ifade etmiş olsak da öğretide kavramın tanımlanmasına yönelik görüşler her zaman dile getirilmiştir. Kamu yararına ilişkin, öğretide yapılan tanımlar değerlendirildiğinde, soyut niteliği tartışmasız bir kavram olan kamu yararının, idari faaliyetlerin hemen her alanına hâkim olan, aynı zamanda toplumsal, felsefi, siyasi yönleri de bulunan oldukça geniş kapsamlı bir kavram olarak kabul edildiği görülmektedir.

Kamu yararı kavramının taşıdığı belirsizlik tanımlanmasında farklı bakış açılarını gerektirmektedir. Bu görüşlerden birine göre, özü ya da içeriğinin önceden tespit edilememesi nedeniyle belirsiz nitelikte olan kavram, biçimi aracılığıyla tanınan bir kavramdır<sup>28</sup>. Bir diğer bakış açısına göre, kamu yararı kavramının sınırlamamak için kendisi gibi belirsiz bir kavramla tanımlanması gerekmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde kamu yararı “kamu esenliğinin sağlanması” olarak ve kamu esenliği ise “birçok özel ve kamusal menfaatlerden oluşan ve herhangi bir çatışma durumunda bile mevcut olan gerçek kamu yararı” olarak ifade bulunmaktadır<sup>29</sup>.

Bireye değil, bireylerin oluşturdukları toplumun varlığını devam ettirmesine ilişkin bir çıkar olarak görülen kamu yararı, “toplumdaki kurulu düzenin korunmasındaki çıkar” olarak da nitelenmektedir. Bununla birlikte bu düzenin korunmasındaki çıkar ile doğrudan veya dolaylı şekilde, bir kişinin çıkarı arasında tutarlılık ilişkisinin kurulması

---

<sup>27</sup> Kaya, s.2.

<sup>28</sup> Akullioğlu, s.3.

<sup>29</sup> Kaya, s. 16.

gerekmektedir<sup>30</sup>. Kamu yararı kavramı “toplumun ortak çıkarı için yapılan ve idarenin kamu hizmetlerini yerine getirmek için bir takım faaliyetlerde araması gereken olgu” olarak da tanımlanmıştır<sup>31</sup>. Kamu yararı kavramı için “doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde toplumun genelinin menfaatlerine uygun olan ve bu nedenle de öncelikli olarak korunmasında veya tercih edilmesinde gereklilik görülen üstün yarar”<sup>32</sup> şeklinde bir tanım da yapılmakta ve neyin kamu yararına uygun olduğunun belirlenmesinin siyasi yaklaşım ve tercihleri de içerdiği belirtilmekle birlikte, kamu yararı kavramı aynı zamanda hukuki bir kavram olarak da kabul edilmektedir<sup>33</sup>.

Kamu yararı kavramı dar ve geniş olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır. Buna göre kamu yararının geniş anlamı toplum yararı ile ifade bulmakta ve anayasaların dayandığı toplumsal ve siyasal değerlerle ilgili, aktörel bir kavram olarak görülmektedir. Dar anlamda kamu yararı ise kamulaştırma işlemlerinde alınan kamu yararı kararı örneğinde olduğu gibi mülkiyet hakkının sınırlanması ve hakkın özüne yapılan müdahalelerde bir ölçü olarak kullanılan teknik bir terim olarak değerlendirilmektedir<sup>34</sup>.

Aynı sınıflandırmayı esas alan bir diğer görüşe göre; kamu yararı, teknik ve hukuki nitelik taşıyan ve aynı zamanda felsefe, ahlak ve sosyoloji alanlarında yer alan, bu nedenle de tanımı zor olan bir kavramdır. Buna göre, kamu yararı iktidarın amacını göstermekte ve aynı zamanda eylemleri için bir ölçü niteliği taşımaktadır. Dar anlamda kamu yararının somut ve hukuki bir nitelik taşıdığı kabul edilmekte, geniş anlamda kamu yararı ise siyasal, sosyal ilkelerle ilgili olan ve bireylerin

<sup>30</sup> Tekeli, İ.: Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine, Planlama Dergisi, 88 (2), TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayını, 1988, s.10.

<sup>31</sup> Gençay, G.: Ormancılıkta Kamu Yararı, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 60, 2010, s.38.,

<sup>32</sup> Ayaydn C.: İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler İ.Ü.H.F.M, LXIX (1-2), İstanbul, 2011, s.566.

<sup>33</sup> Ayaydn, s. 570.

<sup>34</sup> Keleş, s. 57, 58., Kaya, s. 16.

birlikte yaşamalarını sağlayan ortak toplumsal değerleri formüleştiren bir kavram olarak görülmektedir<sup>35</sup>.

Anayasa Mahkemesi ise kamu yararını “*bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar*” olarak tanımlamıştır<sup>36</sup>.

## **B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU YARARI KAVRAMI**

Anayasa Mahkemesinin kamu yararına ilişkin yaklaşımı, belirli bir kamu yararı tanımı yapmaktansa, somut olaylarda kamu yararının varlığını ve herhangi bir kanunun yapılışında kanun koyucunun hareket ettiği düşünce ile birlikte kanun ile ortaya çıkan sonucun kamu yararına uygunluğunu incelemek yönünde olup, Anayasa Mahkemesine göre yasama işlemlerinin amaç unsurunu kamu yararı oluşturmaktadır<sup>37</sup>.

### **1. Hukuk Devleti İlkesi ve Kamu Yararı**

Hukuk devleti meşruluğunu hukuktan alan, bütün eylem ve işlemlerinde evrensel hukuk ilkelerine ve önceden belirlenmiş hukuk kurallarına uyan, resmi makamları yetkilerini Anayasa ve Anayasaya uygun yasal düzenlemelerden alan, hiçbir resmi makamı kendisine Anayasal ve yasal düzenlemelerce tanınmış olmayan herhangi bir yetkiyi kullanmayan, bireylere hukuki güvence sunan bir devlettir<sup>38</sup>.

Hukuk devletinin tarihsel gelişimine bakıldığında polis devletinin karşıtı olarak gündeme gelen bir kavram olduğunu görmekteyiz. Polis devletinde, bir hukuk sisteminin varlığı söz konusu olmakla birlikte, devlet bu hukukla bağlı değildir. Bunun sonucu olarak da devletin kişiler üzerinde her türlü işlem ve eylemde bulunmaya yetkisi vardır. Bireylerin hukuki güvenliğinin bulunmadığı bu ortamda keyfi uygulamalara maruz kalma ihtimalleri oldukça yüksektir.<sup>39</sup> Buna karşın hukuk devleti ise

---

<sup>35</sup> Tunaya, T. Z.: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1980, s.165, 166, 167.

<sup>36</sup> Any. Mh., .31.10.2008, E. 2008/34, K. 2008/153, Erişim:10.01.2013.

<sup>37</sup> Yıldırım T.: Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı-Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, Hukuk Araştırmaları, C:2, 1987, S. 2, s.82.

<sup>38</sup> Erdoğan M.: Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 62, 63.

<sup>39</sup> Akad / Dinçkol, s.363.

yönetilenlere hukuki güvenceler getiren, koyduğu hukuk kuralları ile kendisi de bağlı bulunan devlettir<sup>40</sup>.

Hukuk devleti, “vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi<sup>41</sup>” ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti, “insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık olan devlettir”<sup>42</sup>.

Anayasa Mahkemesinin hukuk devletine ilişkin saptamalar içeren kararlarına bakıldığında, devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması ve yargı denetimine tabi olması, bireylere hukuki güvenlik sağlaması ile insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendirmesi özelliklerini hukuk devletinin ayırıcı unsurları olarak kabul ettiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1993/21 Esas, 1993/30 Karar sayılı 21/09/1993 günlü kararında ise hukuk devletini “bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, tüm işlem ve eylemlerini bağımsız yargının denetimine açık bulunan ve yasaların üstünde Anayasa ile yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet” olarak tanımlamıştır<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> *Günday M.*: İdare Hukuku, Ankara, 2004, s. 38.

<sup>41</sup> *Özbudun E.*: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 124.

<sup>42</sup> Any. Mh., 28/4/2011, E. 2009/39, K. 2011/68, Erişim: 08/06/2014.

<sup>43</sup> Any. Mh., 21/09/1993, E. 1993/21, K. 1993/30 T. Erişim:01/07/2013.

Anayasa Mahkemesi sosyal hukuk devletini ise kamu yararı ile bireysel hak ve özgürlükler arasındaki ilişkiyi de değerlendirmek suretiyle şu şekilde tanımlamıştır: “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzlere güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetilen devlettir.”<sup>44</sup>

Hukuk devleti ilkesinin gerekleri “yürütme ve yasama işlemlerinin yargısal denetimi, bağımsız yargı, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, kanuni hakim güvencesi, cezai sorumluluğun ilkeleri ve hukukun genel ilkelerine bağlılık, kanuni idare ilkesi, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin mali sorumluluğu” olarak ifade edilmektedir.<sup>45</sup>

Hukuk devletinin yapıcı unsurları olarak da kabul edilen bu özellikler şu şekilde de sıralanmaktadır; devletin hukuka ve demokratik bir anayasaya uygunluğunu sağlayan ilke ve kurallar, bu uygunluğu pekiştirecek yargı denetimi (adli, idari mahkemeler, anayasa yargısı), bu mekanizmanın etkin işleyişi için gerekli olan yargı bağımsızlığı (tarafsızlık, yargıç güvenceleri), adil yargılanma ilkesinin getirdiği güvenceler.<sup>46</sup>

Anayasa Mahkemesi ise hukuk devletinin taşınması gereken özellikleri şu şekilde ifade etmiştir: “...Yönetilenlere, en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvenceyi sağlayan hukuk devleti, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca

---

<sup>44</sup> Any. Mh., 15.10.2009, E. 2006/95, K. 2009/144, T. Erişim:01/07/2013.

<sup>45</sup> *Özbudun*, s. 124-133.; *Günday*, s. 38, 41, 44, 45, 46, 49, Hukuk Devletin gerekleri için bkz. *Gözübüyük A.Ş.*: Anayasa Hukuku, Ankara, 2002, s.164,165; *Gözler K.*: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2010, s.83-88.

<sup>46</sup> *Tanör B., Yüzbaşıoğlu N.*: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009, s.97.



geçerlik koşulu sayarak insan hakları, temel haklar ve özgürlükler yönünden anayasal ilkeler düzeyine ulaşmış kurallara dayanır. Hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan, Anayasa'nın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurallarla uyum sağlamayan devletin hukuk, devleti olduğundan söz edilemez.”<sup>47</sup>

Yasama işlemlerinin kamu yararını amaçlaması gereği de Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devletinin unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir.<sup>48</sup> Yasaların kamu yararı amacına yönelik olması yanında kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına da yönelik olması ve genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de hukuk devletinin gereklerinden sayılmaktadır<sup>49</sup>.

Yasaların yukarıda belirtilen özellikleri taşıması, hukuk devletinin başlıca gereklerinden olsa da hukuk devletini karşıtı olarak ortaya çıktığı polis devletinden ayıran en önemli unsur, koyduğu kurallara kendisinin de bağlı olmasıdır. Bu unsur devletin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması ve yargı bağımsızlığının sağlanması ile tamamlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi 1963/145 Esas, 1967/20 Karar sayılı kararında ise kanunların kamu yararı düşüncesi dışındaki sebep ve amaçlarla kabul edilemeyeceğini ve bunun hukuk devletinin unsurlarından birini teşkil ettiğini ifade etmiştir: “Hukuk devletinin unsurları arasında, kanunların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bunun anlamı, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına herhangi bir kanun kuralının konulamayacağıdır. İptali istenilen kuralların yasalama sürecinden ve belirtilen olgulardan, yapılan değişikliklerle güdülen asıl amacın, yalnızca belli kişilerin özel çıkarlarının korunmasını sağlamak olduğu ve bu

<sup>47</sup> Any. Mh., 07.11.1989, E. 1989/6, K. 1989/42, Erişim:01/07/2013.

<sup>48</sup> Any. Mh., 28.6.1995, E. 1994/77, K.1995/24, Erişim:01/07/2013.

<sup>49</sup> Any. Mh., 24.05.2012, E. 2011/70, K. 2012/77; aynı yönde bkz. 26.11.2002, E. 2001/79, K. 2002/194, Erişim:01/07/2013.

nedenle de kamu yararına dayanmadığı sonucuna varılmaktadır. Yalnızca kişi yararına yapılan kanunlar, kamu yararı kavramı ile bağdaşmadığı gibi hukuk devleti anlayışı ile de ters düşer. İptali istenilen kurallar bu yönden Anayasa'da öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır"<sup>50</sup>.

Görüldüğü gibi kamu yararı Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilme araçlarından biri olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi hukuk devleti olmanın gereği olarak kanunların hukuka uygunluğunu denetlerken, kamu yararını bir ölçü norm olarak kullanmakta, bu şekilde kanunların kamu yararı amacı dışında bir amaçla yapılması ve bu şekilde hukuk devletinin dışına çıkılması kamu yararını esas alan bir denetimle önlenmektedir.

## **2. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kamu Yararı**

Kanun önünde eşitlik ilkesi 1982 Anayasasının 10 uncu maddesinde yer alan "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anayasamızın eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemesinin iki kısımdan oluştuğu görülmektedir. Düzenlemede özgül ayırım yasakları ile genel anlamda eşitlik ilkesi yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen özgül ayırım yasakları, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmasını yasaklamakta olup, bu özellikler açısından ayırım yapan bir kanunun Anayasaya aykırı olacağından şüphe yoktur<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Any. Mh., 17.01.2013, E. 2012/19, K: 2013/17, Erişim:01/07/2013.

<sup>51</sup> *Özbudun*, s. 150.

Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade bulan genel anlamdaki eşitlik ise maddi hukuki eşitlik ve şekli hukuki eşitlik olmak üzere iki şekilde yorumlanmaktadır. Kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, bunun sonucu olarak kapsadığı herkese eşit bir şekilde uygulanması şekli hukuki eşitliği ifade etmekte, söz konusu maddede yer alan hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağını yönündeki hüküm, şekli hukuki eşitliği amaçlayan bir hüküm olarak kabul edilmektedir. Maddi hukuki eşitlik ise aynı durumdakilere hak ve ödevlerde, menfaat ve mükellefiyetlerde, yetki ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit muamele edilmesi gereğini ifade etmekte, maddi hukuki eşitlik söz konusu olduğunda kanunların anayasaya uygunluklarının denetimi sırasında, genel ve soyut nitelik taşımaları yanında içeriklerinin de incelenmesi gerekli görülmektedir<sup>52</sup>.

Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini genel anlamda değerlendirdiğinde, şekli ve hukuki eşitlik olmak üzere iki şekilde yorumlamaktadır. Buna göre kanunların genel ve soyut nitelikte olması, kapsadığı herkese eşit şekilde uygulanması, şekli hukuki eşitliği ifade etmektedir ve Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hiçbir kişiye, aileye, sınıfa imtiyaz tanınamayacağına ilişkin hükümle kastedilen bu anlamda eşitliktir. Maddi hukuki eşitlik ise içerikle ilgili olup, aynı durumlarda bulunanlara hak- ödev yarar- yükümlülük, yetki-sorumluluk, fırsat ve hizmetlerde eşit uygulamalarda bulunulmasını ifade etmektedir<sup>53</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre, kanun önünde eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik ifade edilmektedir. Hukuksal eşitlik ise aynı şartlarda bulunanların aynı kurallara ve muameleye tabi tutulması anlamına gelmektedir. Yani yasa önünde eşitlik ilkesi her bireyin her açıdan aynı kurala tabi olacağı anlamına gelmemekte, aynı hukuksal

<sup>52</sup> Özbudun, s. 150., eşitlik ilkesine ilişkin ayrımlar için bkz. Öden M., Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, 2003 , s.17-41, 162-186; Kapani M., Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993, S. 11,12.; Gözler K.: İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 106, 107.

<sup>53</sup> Any. Mh., 08/12/2011, E. 2010/77, K. 2011/163, Erişim: 01/07/2013.

durumdaki bireylerin aynı, farklı hukuksal durumlardaki bireylerin farklı kurallara tabi kılınması Anayasada düzenlenmiş olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir<sup>54</sup>.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında kanun önünde eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı kurallara tabi kılınması anlamına gelmediğini yinelemekle birlikte, bazı yurttaşların başka kurallara tabi kılınmasının haklı bir nedene dayanması durumunda eşitlik ilkesine aykırılığın söz konusu olmayacağını ifade etmektedir<sup>55</sup>. Konulan kurallarda yaratılan farklılığın haklı nedene dayanması durumunda eşitlik ilkesine aykırılığın söz konusu olmayacağını kabul eden Yüksek Mahkemenin bu konuda haklı neden kriterini kullandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği 1968/9,E. 1968/67,K. sayılı kararında eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme getirdiği sanılan hükmün herhangi bir kamu yararına veya haklı nedene dayanması gerektiğini belirterek, kamu yararı kavramını da haklı neden kriteri yanında, eşitlik ilkesine aykırılığı ortadan kaldıran bir kriter olarak değerlendirmiştir.<sup>56</sup> Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, vakıf paralarının aksaklığa uğramadan işletilmesi ve özellikle ipotek karşılığı verilen paraların bir an önce geri alınarak ihtiyaç sahibi başka yurttaşların ihtiyaçlarının giderilmesi, bu vakıfların amacı olan iyilik işlerinin daha güzel görülmesi olanağının elde edilmesi biçiminde önemli bir kamu yararı bulunduğu görüşüyle, taşınmaz mal rehni karşılığında ödünç para veren Vakıflar Bankasının hukuki durumunu diğer alacaklıların hukuki durumu ile eşit görmemiş, kamu yararına dayanılarak farklı hükümler uygulanabileceğini ve bu farklı uygulamanın zorunlu olarak borçluların hukuki durumlarını etkileyeceği ve ancak her yönden eşit sayılabilecek kişiler arasında söz konusu olabilecek olan Anayasanın 12. Maddesinde

---

<sup>54</sup> Any. Mh., 08/12/2011, E.: 2010/77, K. 2011/163, Erişim:01/07/2013.

<sup>55</sup> Any. Mh., 21/06/1989, E.: 1988/34, K. 1989/26, Erişim:01/07/2013.

<sup>56</sup> Any. Mh., 26/12/1968, E. 1968/9, K.1968/67, Erişim: 11/02/2012.

öngörölmüş bulunan yasa önünde eşitlik ilkesinin böyle durumlarda uygulama yeri olmadığını ifade etmiştir<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi belirli durum ve konumdaki kişiler ya da topluluklara farklı kuralların uygulanmasını da eşitlik ilkesine aykırılık olarak görmemektedir. Mahkeme özelliklere, farklılıklara dayandığı için haklı olan nedenlerin, farklı düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırılığını önleyeceğini, durumlardaki farklılıkların ortaya çıkardığı zorunluluklar, kamu yararı ya da diğer haklı nedenlere dayanan farklı uygulamalar öngören düzenlemelerin Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını yinelemektedir<sup>58</sup>. Ancak Mahkeme Anayasanın 12 nci maddesinde yer alan düzenlemede eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitliğin söz konusu olduğunu ifade ettikten sonra, bu maddeye göre, yurttaşlara yasa karşısında dillerine, mezheplerine, siyasî düşüncelerine, felsefi inanç ve kanaatlerine göre değişik işlem yapılamayacağını da vurgulamaktadır<sup>59</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi davacı tarafından, kendisine bir derece verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemenin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin “*Ortak Hükümler*” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi ile yaptığı başvuru üzerine aldığı kararda; hukuk devletinde, Anayasa kurallarına bağlı kalmak şartıyla kanun koyucunun ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapabileceği, yine memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışındaki çalışanlarla ilgili olarak da, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek şartıyla kanun koyucunun düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu, kanun koyucunun görevin gereklerini ve yapılan işin özelliğini gözetenek farklı kurallar öngörmesinde eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine

<sup>57</sup> Any. Mh., 26/12/1968, E. 1968/9, K. 1968/67, Erişim 11/02/2012.

<sup>58</sup> Any. Mh., 17/11/1998, E. 1997/74, K. 1998/69, Erişim:01/07/2013.

<sup>59</sup> Any. Mh., 05/4/1977, E. 1977/1, K. 1977/20, Erişim: 01/07/2013.

aykırılık bulunmadığı bu nedenle, mesleklerine özel yarışma sınavı ile alınan bir kısım memurların yapılacak yeterlik sınavlarında başarı göstererek 657 sayılı Kanun'da sınırlı olarak sayılan bir kısım unvanlı kadrolara atanmaları sırasında haklarında ayrıca bir derece yükselmesinin sağlanmasını amaçlayan kanun hükmünün Anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar tesis etmiştir<sup>60</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre haklı bir nedene dayanan ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulan kurallar, farklı düzenlemeler getirirse dahi eşitlik ilkesini zedelemeyecektir. Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda söz konusu düzenlemede bulunması gereken haklı neden ve kamu yararının anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerektiğini de ifade etmektedir. Mahkemeye göre bu ölçütlerden birine uymayan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmaktadır. Başlangıçta bu koşulları uyum içerisinde taşıyan bir düzenleme zaman içerisinde bunların arasındaki bağın çözülmesi durumunda Anayasaya aykırılık taşıyabilir<sup>61</sup>.

Eşitlik ilkesi ile kanunla ayrımcı bir amaç güdülmesi yasaklanmaktadır. Eşitlik ilkesi açısından kanunla amaçlanamayacak hususların neler olduğuna bakıldığında, Anayasada yer alan diğer düzenlemelerle yasaklanmış olan genel ve özel amaçların başta geldiği görülmektedir. Buna göre Anayasaya aykırı bir amaç taşıyan kanun, meşru ve geçerli bir nedene dayanmaksızın kişiler ve şeyler arasında farklılık gözetip, ayırım yaptığından, diğer Anayasa hükümleri ve bunun yanında eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Yine kamu yararı dışında bir amaç güdülmesi de ayrımcı amaç olarak kabul edilebilecektir. Bu durum ise kişisel ya da duygusal amaçlar güdülerek veya belirli bir kişinin ya da grubun çıkarı amaçlanarak, kamu yararı dışında bir amaçla kanun çıkarılmasında söz konusu olur<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Any. Mh., 24.05.2012, E. 2011/81, K. 2012/78, Erişim:01/07/2013.

<sup>61</sup> Any. Mh., 19/02/1992, E. 1991/13, K.1992/10, Erişim: 01/07/2013.

<sup>62</sup> Öden, s.206, 207.

Dolayısıyla kamu yararı dışında bir amaç güdülerek yapılan kanun aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Ancak Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10 uncu maddesinde de ifade edildiği gibi çocuklar, yaşlılar, özürlüler gibi özel olarak korunması gerekli belirli bir grubun yararı amaçlanarak çıkarılmış olan kanun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Çünkü bu amaçlarla çıkarılan kanun kamu yararı amacını taşımaya devam etmektedir ve farklı durumdaki kişilere farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturmamaktadır.

### 3. Kanunların Kamu Yararına Dayanması Gereği

Kanunların amaçları açısından anayasaya uygunluğu, kanunla erişilmek istenilen amacın anayasada ifade bulan amaçlara ve devlet işlemlerinin tümünün yöneldiği nihai amaç niteliğinde olan kamu yararı amacına uygun olmasını ifade etmektedir<sup>63</sup>. Kamu yararının kamusal işlem ve eylemlerin amacını oluşturduğu göz önünde tutulduğunda, Anayasanın Devletin amaç ve görevlerine ilişkin düzenleme getiren hükmü olan 5. maddesinde belirtilen amaçlara aykırı nitelikteki kanunların kamu yararı amacına yönelik olmadığı sonucuna varılması mümkündür<sup>64</sup>.

Amaç unsurunun sübjektif niteliği dikkate alındığında, kanunların yapılışında kamu yararı dışında amaç güdüldüğünün saptanması zordur. Amaç unsuru, kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, yerinelik denetimine neden olma ihtimali en yüksek olan unsur niteliğinde olduğundan, aksi yönde açık kanıtlar mevcut olmadıkça, kanunun yapılışında kamu yararı ile hareket edildiğinin varsayılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>65</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, yasama işlemlerinin amacının kamu yararını gerçekleştirmek olması gerektiği<sup>66</sup>, hususu bir ön kabul

<sup>63</sup> Öden, s.206,207., aynı yönde bkz. Teziç E., Anayasa Hukuku, İstanbul, 2007, s.190,191.

<sup>64</sup> Yıldırım, s.442.

<sup>65</sup> Öden, s.210.

<sup>66</sup> Any. Mh., 06/03/2008, E. 2007/105, K. 2008/75, Erişim:01/07/2013.

olarak ifade bulmakta, ayrıca kanun koyucunun kamu yararı amacıyla yapacağı kanuni düzenlemelerin, düzenleme ile amaçlanan hizmetin gerekleri göz önünde tutularak, yapılan düzenlemede öngörülen nitelik ve kısıtlamalarla, gerçekleştirilmek istenilen hizmet arasında gerçekçi, nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç ilişkisi kurularak yapılması gerektiği<sup>67</sup> vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, kamu yararını yasama yetkisinin sınırı olarak kabul etmektedir. Mahkeme Kıyı Kanununun iptaline ilişkin 1985/1 esas ve 1986/4 karar sayılı kararında şu tespiti yapmıştır: “..yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiç bir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek ya da doğal niteliği itibariyle kamu malı olan bu yerler özel mülkiyete konu olacak veya dönüştürülecek biçimde kullanılamaz.”<sup>68</sup>

Yüksek Mahkeme bir diğer kararında ise kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken kamu yararı ölçütünü kullanmış, yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiğini belirterek, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden, belirli bir tarihte görevde bulunanlara, ilave bir derece verilmesi yönündeki kuralın, düzenleniş itibariyle kamu yararı amacı taşıdığını ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediğini, aynı zamanda ve yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığını değerlendirmiştir<sup>69</sup>.

Anayasa Mahkemesi, kanunların kamu yararına dayanması gereğini, aynı zamanda hukuk devletinin unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre; “Hukuk devletinin tanımına giren birçok unsurlardan birisi de, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka deyimle, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli partilerin veya kişilerin yararına olarak herhangi bir yasanın kabul edilmeyeceğidir. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir kanun,

---

<sup>67</sup> Any. Mh., 31/12/1992, E. 1992/40, K. 1992/55, Erişim: 01/07/2013.

<sup>68</sup> Any. Mh., 25/02/1986, E. 1985/1, K. 1986/4, Erişim:01/07/2013.

<sup>69</sup> Any. Mh., 24.05.2012, E. 2011/70, K. 2012/77, Erişim:01/07/2013.



Anayasa'nın 2 nci maddesi hükmüne aykırı nitelikte olur ve dâva açıldığında iptali gerekir.”<sup>70</sup>

Anayasa Mahkemesine göre, kamu yararı amacı taşımayan kanun yanında, kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmakla birlikte, vaz edildiği zamandaki şartların değişmesi ile artık kamu yararı amacına hizmet edemez hale gelen kanun da hukuk devleti ilkesine aykırı bir hale gelir ve iptal edilmesi gerekir <sup>71</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, denetimini, sadece kanunların yürürlüğe konuluş aşaması ile sınırlı tutmadığı, kanunun yürürlüğe konuluşu sırasında kamu yararı amacı güdülüp güdülmediğini denetlemenin yanında, kanunla amaçlanan kamu yararının daha sonra sağlanamaz hale gelmesi durumunda da kanunun hukuk devleti ilkesine aykırılığını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, kanunun yalnızca amaç unsuru değil, doğurduğu sonucu da incelediği, kanunla amaçlanan kamu yararının sürekliliğini de araştırdığı görülmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, yöneldiği kamu yararı amacını gerçekleştiremez hale gelen kanunun da iptali gerekmektedir.

Anayasa mahkemesine göre yasaların kamu yararına dayanması gereği yanında, bütün kamusal girişimlerin temelinde kamu yararı düşüncesinin yer alması gerekmektedir.<sup>72</sup>

#### **4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Kamu Yararı**

1961 Anayasasında kamu yararı mülkiyet hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti gibi haklara ilişkin olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin özel sınırlama nedeni olarak düzenlenmişti. Daha sonra 1982 Anayasasının 13. maddesi hükmü ile kamu yararı genel sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişikliklerde Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan genel sınırlama nedenleri kaldırılarak 13 üncü madde hükmü “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili*

<sup>70</sup> Any. Mh., 27/06/1967, E. 1963/145, K. 1967/20, Erişim: 01/07/2013.

<sup>71</sup> Any. Mh., 22/06/1972, E. 1972/14, K. 1972/34, Erişim: 01/07/2013.

<sup>72</sup> Any. Mh., 22/09/1993, E. 1993/8, K. 1993/31, Erişim: 01/07/2013.

*maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*". şeklinde düzenlenmiştir.

2001 yılında yapılan değişiklikler öncesinde, temel hak ve özgürlüklerin 1982 Anayasasının 13. maddesinde yer alan genel sınırlama nedenleri ve bunun yanında Anayasanın ilgili maddelerinde yer alan özel sınırlama nedenleri ile de sınırlanabilmesi mümkündü. Anayasanın 13 maddesinde yer alan hüküm bu anlamda hem genel hem de özel sınırlama hükmü niteliği taşımakta idi<sup>73</sup>.

Ayrıca 1982 Anayasası'nın 13 üncü maddesinin 2001 değişikliklerinden sonraki şeklinde "sınırlamanın temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmaması"; "sınırlamanın laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması" ve sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olmaması şartları getirilmiş olup, değişiklikten önce 13 üncü maddede yer alan "sınırlamanın genel sebeplere uygun olması" ve "sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılmaması" şartlarının ise çıkarıldığı görülmektedir.

1982 Anayasasının 13 üncü maddesinin 2001 yılında yapılan değişikliklerden sonraki düzenleme şekli, genel sınırlama sebepleri öngörmeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sistemine uygun olması bakımından olumlu karşılanmaktadır<sup>74</sup>. Kamu yararının özel sınırlama nedeni olarak düzenlenmesi durumunda içeriğinin belirlenmesinin önem taşıdığı, genel sınırlama nedeni olarak düzenlendiğinde ise biçimsel bir kamu yararı anlayışının söz konusu olacağı kabul edilmekte, özel güvence isteyen konularda kamu yararının konusal yaklaşımla değerlendirilmesinin yerinde olduğu, ancak genel ilkenin biçimsel yaklaşım olduğu ifade edilmektedir<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 130.

<sup>74</sup> Özbudun, s. 113.

<sup>75</sup> Akıllıoğlu, s. 6.

Anayasa Mahkemesinin, birçok kararında da kamu yararına temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak yer verdiği, özellikle mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar açısından temel sınırlama nedeni olarak kamu yararının özel bir önem taşıdığı görülmektedir.

### **5. Mülkiyet Hakkının Sınırlanma Nedeni Olarak Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı**

Kamu yararı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında bir sınırlama nedeni olarak; öncelikle mülkiyet hakkının sınırlanmasında karşımıza çıkmaktadır. Kamu yararı mülkiyet hakkının sınırlanmasında temel sınırlama nedenini oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkına ilişkin olarak Anayasada yer alan düzenlemelere bakıldığında, kamu yararı nedeniyle kamulaştırma ve devletleştirme yollarıyla malikin mülkiyet hakkının konusu olan mal ile ilişkisinin tamamen kesilmesi mümkün olmakta ve bunun yanında Anayasanın 35 inci maddesinde mülkiyet hakkının kullanılmasına da bir sınırlama getirilerek mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılamayacağını hükme bağlandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, İmar plânında ilkokul yeri olarak ayrılan taşınmazın kamulaştırılması veya plân değişikliği yapılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacıların Anayasa'ya aykırılık savlarının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme tarafından, 3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının iptali için yapılan başvuru üzerine vermiş olduğu kararda, kamu yararı nedeniyle mülkiyet hakkının sınırlanmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığını belirtmekle birlikte, sınırlamalar yapılırken kamu yararı ile kişi yararı arasındaki dengenin korunmaması ve bunun sonucunda hakkın kullanılamaz hale getirilmesinin hakkın özüne dokunacağını vurgulamıştır<sup>76</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 17.06.1992 tarihli ve E: 1992/22, K: 1992/40 sayılı kararında, mülkiyet hakkının kamu yararı nedeniyle sınırlanabileceğine değinerek kamu yararının gerektirdiği durumların

<sup>76</sup> Any. Mh., 29/12/1999, E. 1999/33, K. 1999/51, Erişim: 03.03.2012.

belirlenmesinin önemini vurgulamıştır: “Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkını mutlak bir hak olmaktan çıkararak kimi durumlarda taşınmaz ile sahibi arasındaki ilişkinin sona ermesine neden olmaktadır. Kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi yasa koyucunun takdir alanı içinde değerlendirilmelidir. Kuşkusuz, yasa koyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır.”<sup>77</sup>

Anayasa Mahkemesine göre, mülkiyet hakkının demokratik toplum kurallarına aykırı olmayan ve toplum yararı ile birey yararını dengeleyen bir şekilde sınırlandırılması halinde, bu sınırlandırma hukuk devleti ilkesine uygun bir sınırlama olacaktır. Sınırlamanın genel ve nesnel nitelikte olması, farklı hukuksal durumlar yaratmaması, taşınmazın kullanım olanağını tümüyle ortadan kaldırmaması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bütün bunların yanında yargısal denetim sırasında kamu yararına uygunluğun da araştırılacağı ifade etmiştir<sup>78</sup>.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkı söz konusu iken toplum yararı ile kişi yararının karşı karşıya geldiği durumlarda toplum yararının esas alınması gerektiği görüşündedir. Mahkemeye göre; “Anayasa'nın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde; "Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz" denilmektedir. Anayasamızda mülkiyet hakkı mutlak bir hak olarak tanınmamış, kişi yararı ile toplum yararının çatıştığı yerlerde toplum yararının üstün tutulması öngörülmüş ve mülkiyetin sosyal işlevi, toplum yararına uygun kullanma ile özdeşleştirilmiştir. Mülkiyet hakkının buna aykırı kullanılmasına Anayasa olur vermemektedir. Anayasa Mahkemesi, kimi kararlarında mülkiyet hakkını, sosyal yarar açısından ele almış ve Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan hükümlerin anlamına uygun biçimde yorumlamıştır. Bu maddenin son fıkrası, "mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz" biçiminde düzenlendiğine göre sahibinin mülkiyet hakkı

---

<sup>77</sup> Any. Mh., 17/06/1992, E. 1992/22, K. 1992/40, Erişim: 01/07/2013.

<sup>78</sup> Any. Mh., 21/06/1989, E. 1988/34, K. 1989/26, Erişim: 01/07/2013.

içinde bulunan engel olma, kullanma ve yararlanma yetkileri toplum yararına sınırlanabilecektir”<sup>79</sup>.

Anayasamızın 46 ncı maddesi kamulaştırmayı düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemede “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” hükmü getirildikten sonra kamulaştırmanın koşulları şu şekilde düzenlenmiştir: “Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir. Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleyen küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”

Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle kamulaştırma konusunda, kamulaştırmanın mutlaka kamu yararının gerektirdiği hallerde yapılması gerektiği, kamu yararı olmaksızın kamulaştırma yapılmasının mümkün olmadığı da ifade edilmiş olup, bu açıdan kamu yararının kamulaştırmanın temel unsuru olarak görüldüğü anlaşılmakta, yine bunun yanında kamulaştırılan taşınmazın gerçek değerinin malike ödenmesi gereğinin özellikle vurgulandığı, aksi halde yapılan işlemin mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan bir niteliğe bürüneceği ve hakkın özünü zedeleyici nitelikte olacağı değerlendirildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 1976/38 E., 1976/46 K. sayılı kararı ile mülkiyet hakkı ve kamulaştırma kavramlarını Anayasal ilkeler açısından

<sup>79</sup> Any. Mh., 10/06/1993, E. 1993/9, K. 1993/21, Erişim: 01/07/2013.

değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda Anayasanın 36 ncı maddesi hükmüne göre, taşınır veya taşınmaz mallara sahip olabilmenin bir hak olduğunu belirttikten sonra, diğer temel haklarda olduğu gibi mülkiyet hakkının da sınırsız olmadığını, kamu yararının gerekli ve zorunlu kıldığı hallerde mülkiyet hakkına yasa kuralları yoluyla sınır konulabileceğini, yine mülkiyet hakkına kişilerin sahip oldukları taşınır veya taşınmaz malların kullanılması konusunda da sınırlama getirilebileceğini ifade etmiştir<sup>80</sup>. Anayasa Mahkemesine göre kamulaştırmanın belirgin unsuru mülkiyetin el değiştirmesinde kamu yararının bulunması ve bu yararın o işlemi gerekli hale sokmasıdır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında kamulaştırmaya ilişkin olarak, kamulaştırmanın mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran bir işlem olduğunu ve kamulaştırma işlemi kamu yararının var olmasının göz önünde tutulacak temel öge olduğunu, kamu yararının var olmadığı durumlarda kamulaştırmanın da mümkün olamayacağını belirtmiştir: “Daha açık bir deyimle, kamu yararı olmadıkça, devletin değil gerçek karşılıkla bunun çok daha üstünde olan bedellerle dahi bireylerin mülkiyet hakkına el atması düşünülemez... Kamu yararı kamulaştırmayı zorunlu kılıyorsa devlet bu hakkını kullanacaktır. Ancak, bu hakkın karşısında bireylerin de kamulaştırılan taşınmaz mallarının bedellerini istemek hakkı vardır. Mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak, bu bedelin, taşınmaz mal değerinin tam karşılığı olması gerekir.”<sup>81</sup>

Anayasa Mahkemesi toplum yararının birey yararına üstün tutulmasını sosyal hukuk devletinin temel ögesi olarak görmekte, bu şekilde sonuç itibarıyla yine bireyin mutluluğunun amaçlandığını ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi kat mülkiyeti anlayışının giderek toplumsal yarar ile kavramıyla daha uyumlu bir hal aldığını belirtmekle birlikte, bir taşınmazın karşılığı ödenmeden ya da değerinden az bir karşılık ödenerek malikin malvarlığından çıkarılmasının mülkiyet

---

<sup>80</sup> Any. Mh., 12/10/1976, E. 1976/38, K. 1976/46, Erişim:01/07/2013.

<sup>81</sup> Any. Mh., 12/10/1976, E.1976/38, K.1976/46, Erişim:01/07/2013.

hakkının sosyal karakteri ile bağdaşmadığını ve buna Anayasanın hiçbir hükmünün müsaade etmediğini de vurgulamaktadır. Taşınmazın bedelsiz ya da değerinden az bir bedelle kamulaştırılmasının o taşınmazın müsaderesi niteliğini taşıyacağını ifade eden Anayasa Mahkemesi, hakların çatışması halinde denge kurulması gereğini doğuran demokratik hukuk devleti ilkesinin varlığı karşısında, taşınmazı kamulaştırılan kişiye bu taşınmazın gerçek değerinin ödenmesi ile bu dengenin sağlanacağını belirtmektedir<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Any. Mh., 12/10/1976, E. 1976/38, K. 1976/46, Erişim:01/07/2013.

## SONUÇ

Kamu yararına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin, kamu yararını hukuk devletinin kapsamında gördüğü, özellikle kanunların kamu yararına dayanması gereğini hukuk devletinin unsurlarından biri olarak gördüğü, yine hukuk devletinin unsurlarından biri olarak kanunların kamu yararı dışında başka bir amaç taşıyamayacakları görüşünde olduğu görülmektedir. Kanun önünde eşitlik ilkesi açısından ise birçok kararda aynı hukuki durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanması, farklı hukuki durumda bulunanlara farklı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı yönündeki tespitlerin yer aldığı görülmekte olup, Yüksek Mahkemenin kamu yararını kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre kamu yararının ya da haklı bir nedenin varlığı halinde farklı düzenlemelere gidilmesi ya da farklı uygulamalarda bulunulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Yine Yüksek Mahkemeye göre eşitliğe aykırılığı ortadan kaldırması için yapılan düzenlemenin ya da uygulamanın taşınması gereken kamu yararının veya dayanması gereken haklı nedenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olma özelliklerini taşınması gerekmektedir.

Kamu yararı kavramı hemen her alanda karşımıza çıkmaktadır. Kavrama atfedilen anlamların belirli bir tutarlılık göstermesi önem arz etmekte ise de herhangi bir düzenleme ya da faaliyette veya idarenin herhangi bir işleminde kamu yararı bulunduğu konusunda toplumda var olan inanç, kamu yararı tanımını yapmayı gerektirmeyebilir. Ancak burada önemli olan kavram kullanıldığı sırada, yapılan eylem, işlem veya düzenlemenin taşıdığı kamu yararının mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılmasıdır. Ancak bu şekilde yapılan eylem, işlem veya düzenlemenin kamu yararı taşıdığına ilişkin ortak bir kanı oluşturulabilir. Yukarıda incelediğimiz Mahkeme kararlarında da kamu yararından bahsedildiği sırada bunun somut olayda var olan olgularla desteklenmesi gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir.



Kamu yararı kavramında değişmez nitelik taşıyan özellik, kamu yararının bir şekilde diğer yararlardan üstün nitelikte bir yarar olması gerektiği yönündeki kanıdır. Gerçekten de kamu yararının kullanıldığı alanlara veya değerlendirildiği mahkeme kararlarına bakıldığında diğer yararlarla nazaran üstün tutulmasından toplumun tümünün fayda sağlayacağı bir yarar niteliği arz ettiği görülecektir. Bu durum bizi kavramın diğer bir niteliği olan bütüncüllüğe götürmektedir. Kamu yararının diğer yararlarla üstün tutulması yönündeki kabulün altında bu nitelik yatmaktadır. Kamu yararının içerisinde bireylerin yararını da barındırması kavrama bütüncül niteliğini vermektedir.

Kavramın bir diğer özelliği de meşru nitelik taşımasıdır. Herhangi bir düzenleme ya da faaliyette veya idarenin herhangi bir işlemde kamu yararı bulunduğu konusunda toplumda var olan inanç, kavrama sahip olduğu önemi vermekte olup, kamu yararına yapılan işlem, eylem veya düzenlemenin taşıdığı kamu yararının mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılması bunu pekiştirecektir.

Kanımızca, kullanıldığı alanlar itibariyle yelpazesi oldukça geniş olan ve Kamu hukukunun önemli kavramlardan biri olma özelliğini de taşıyan, kamu yararı kavramı için kesin ve değişmez bir tanım yapılması pek de mümkün değildir. Bununla birlikte, kamu yararından anlaşılması gerekenin, toplumun düzen, refah ve istikrarının devamı için diğer menfaatlere nazaran üstün tutulması gereken bütüncül ve meşru yarar olduğu değerlendirilmektedir.

### KAYNAKÇA

- Akad Mehmet, Dinçkol Bihterin Vural, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2004.
- Akıllıoğlu Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, 1993 A.İ.D., 24 (2), 3-15.
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Ayaydın Cem, İdari Yargının Sahip Olduğu İşlevler ve Tabii Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler, İ.Ü.H.F.M, LXIX (1-2), (2011), 505-592.
- Barry Norman P., Modern Siyaset Teorisi, Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, İstanbul, 2004.
- Bentham Jeremy, An Introduction to The Principles of Morals and Legislation, Edited By J.H. Burns and H.L.A. Hart, University of London Introduction, 1970 (12) <http://books.google.com.tr/> Erişim: 01/08/2013.
- Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, Ankara 2008.
- Gençay Gökçe, Ormancılıkta Kamu Yararı, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 2010, 60, 38-49.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2010.
- Gözübüyük A. Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Gülan Aydın, Conseil d'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr/2CONSEIL%20DETATI%20KAMU%20YARARI%20KAVRAMINA%20YAKLASIMI.htm> 2000 (2) Erişim:29.03.2011.

- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, Sakarya, 2004.
- Kapani Munci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- Kaya Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Keleş Ruşen, Kıyıların Korunması ve Toplum Yararı, A.Ü.S.B.F.D., 1989, 44(1), 39-62.
- Korkut Levent, Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı, Liberal Düşünce, 2006, 11 (44), 77-98.
- Öden Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2002.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Rousseau Jean Jacques, On The Social Contract, Dover Thrift Editions, 2003  
<http://books.google.com.tr/books?hl=tr&id=UGgqik90J98C&q=The+problem+is+to+find+#v=snippet&q=The%20problem%20is%20to%20find&f=false>  
Erişim: 04/09/2013.
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Tekeli İlhan, Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine, 1988, Planlama Dergisi 88 (2), TMMOB Şehir Plancıları Odası Yayını, 6-13.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Tunaya, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980.

Yıldırım Turan, Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı-Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, Hukuk Araştırmaları, C:2, S.2, 1987.

### **KISALTMALAR**

A.İ.D.	: Amme İdaresi Dergisi
Any. Mh.	: Anayasa Mahkemesi
A.Ü.S.B.F.D	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi M
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.M.M.O.B.	: Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE MÜLKİYET HAKKI: THALEİA KARYDİ KARARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

Talya Şans UÇARYILMAZ\*

### ÖZET

Mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemeler tüm devlet yapılanmalarında hukuk sisteminin temelini oluşturmuştur. Bu hak iç hukuk düzenlemelerinin yanı sıra İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 1. Protokol bağlamında da korunmaktadır. Mülkiyet hakkının ihlali pek çok şekilde gündeme gelebilir. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından şirket mallarının usulüne uygun olarak tebligat yapılmaksızın açık artırma sonucu değerlerinin çok altında satılması sonucu verilen Thaleia Karydi Kararı ışığında, mülkiyet hakkı ihlallerinin usul hukuku kurallarının yerel mahkemelerce yorumlanış şekilleri nedeni ile meydana gelip gelemeyeceği incelenmiştir. Maddi hukuk kurallarının garantisini oluşturan usul kurallarının uygulanış ve yorumlanış şekillerinin, en yüksek toplumsal değer olan mülkiyet hakkının özüne dokunmaması bu hukuk dallarının doğası gereği olası değildir. Öte yandan usul kurallarının müdahale ettiği anlar bakımından dahi kişilerde haklarına nedensiz yere ve orantısız olarak zarar gelmeyeceğine dair bir güvence mevcut olmalıdır. Bu çalışmada mülkiyet hakkının şekli hukuka karşı nasıl korunacağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1. Protokol bağlamında incelenmiş ve bu hakkın adil yargılanma hakkını düzenleyen

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi

Sözleşme'nin 6. Madde'si olmasaydı dahi ilgili Protokol bağlamında korunması gerektiği sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Mülkiyet Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Açık Artırma ile Satış, Usulsüz Tebligat, Mülkiyet Hakkına Müdahale, Kamunun Genel Menfaatleri ile Bireysel Hak ve Özgürlükler Arasında Denge

## **EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE RIGHT TO PROPERTY: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THALEİA KARYDİ DECISION**

### **ABSTRACT**

The right to property has always been the founding stone of the law system in every political organization. This right is protected by the Additional 1st Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms alongside the national laws. The infringement of the right to property can occur in many forms. In this study the question whether the infringements of the right to property can come into existence due to the mode of interpretation of the procedural rules by the national courts is analyzed in the light of the Thaleia Karydi Decision of the European Court of Human Rights which is given after the sale of the company goods in a mandatory auction for a lower price than their actual value without any proper notification. It is not probable for the procedural rules which form the guarantee of the material rules not to touch the substance of the right of property which is the highest societal value, because of the nature of these rules. However there ought to be a safeguard for the individuals to assure that there will not be an unjustifiable and disproportionate detriment to their property rights even when the procedural rules intervene. In this work, the point how to protect the right to property from the procedural law is examined in the context of the Additional 1st Protocol and the conclusion that the right to property shall be protected under the concerning Protocol even though the 6th

paragraph of the Convention that contains the right to fair trial had not been existed is reached.

**Key Words:** The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Right to Property, Right to a Fair Trial, Auction Sale, Improper Notification, Intervention to the Right to Property, The Balance Between the General Interests of the Public and Individual Freedoms

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından son dönemlerde verilen kararlarda, mülkiyet hakkının kapsamı iç hukuk mahkemelerinin vermiş oldukları kararlara kıyasla çok daha geniş bir bakış açısıyla ele alınmaktadır. Bu anlamda kişilerin mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden mahrum kalmaları konusu pek çok farklı yönden değerlendirilmektedir. Bu farklı düzlemlerden biri de medeni usul ve icra iflas hukukudur. AİHM tarafından yakın zamanlarda verilmiş ve kesinleşmiş olan Thaleia Karydi Kararı'nda da cebr-i icra usulü çerçevesinde açık artırma ile satışın kanuni gereklere uyulmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Varılan bu sonuç ise akıllara mahkemenin “insan hakları” algısının isabetli genişliğini getirmektedir. Bu anlamda bir taşınmazın icra yoluyla değerinin çok altında satışının mülkiyet hakkı ihlali sayılıp sayılmayacağı sorusuna da açıklık getiren bu kararın incelenmesi gerekir.

## I. THALEİA KARYDİ KARARINA KONU OLAY

İcra Hukuku kurallarının mülkiyet haklarının içeriğinde yapacağı etkileri inceleyen söz konusu karar<sup>1</sup> 2009 yılında verilmiş ve 2011 yılında kesinleşmiş olup Yunanistan Devleti zarar gören tarafa hakkaniyete uygun bir ödeme yapmak durumunda bırakılmıştır. Karara konu olan maddi olay merkezi Yunanistan'ın *Zakynthos* adasında olan *Thaleia Karydi* adlı anonim ortaklığa ait arsa, üst hakkı ve otelin, ortaklığın *Ioniki & Laiki* Bankası'na olan borçlarından ötürü açık artırma ile satışı biçiminde

---

<sup>1</sup> Affaire Société Anonyme Thaleia Karydi Axte c. Grèce. 05/10/2009. No: 447769/07.

özetlenebilir. Ancak maddi olayın ayrıntıları incelendiğinde kararda önem taşıyan farklı hususların da olduğu göze çarpmaktadır. Olayın başlangıcı ilgili bankanın 1996 yılında ortaklığa 7.326 Euro'ya karşılık gelen bir tutar için ödeme emri göndermesine dayanmaktadır. Tebligat memurunun Yunan Medeni Usul Kanunu uyarınca tebligatı ortaklığın hukuki temsilcisine yapması gerekmekte olup olayda memur, hukuki temsilcinin kayıtlı ikametgah adresinde sadece Filipinli üvey annesini bulmuş ve bu kişi de tebligatı kabul etmemiştir. Tebligat memuru ise ilgili kanun uyarınca kapıyı açan şahsa tebligatın muhatabı ile beraber yaşayıp yaşamadığını sorarak aldığı cevabı tutanağına eklemesi, bunu kapıya yapıştırması ve bir örneğini mahalle karakoluna bırakması gerekirken tutanağı kapıya yapıştırmakla yetinmiş, başka herhangi bir işlem yapmamıştır. Üstelik yapıştırdığı kapı yan komşunun kapısı olmuştur. İlgili ortaklık bu nedenle durumdan haberdar olamamış, bilirkişi incelemesine göre 704.329 Euro eden taşınmaz mallar 7.326 Euro tutarındaki borç için 352.329 Euro karşılığında açık artırma ile satılmıştır.

Anonim ortaklık satımdan doksan üç gün, ihale tutanağının ipotek bürosunda kayıt altına alınmasından otuz iki gün sonra durumdan haberdar olmadığını belirterek açık artırma ile satışa itiraz etmiştir. İlk derece mahkemesi ise itirazın satımdan önce yapılması gerektiğini açıklayarak gecikmiş olan itirazı reddetmiştir. Ortaklık bunun üzerine bir üst mahkemeye başvurmuş, üst mahkeme yaptığı istinaf incelemesi sonrasında ilk derece mahkemesinin kararını bozarak Yunanistan Medeni Usul Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca itirazın ihale tutanağının oluşturulmasından itibaren doksan gün içerisinde yapılabileceğini belirtmiştir. Karar kendisine geri gönderilen ilk derece mahkemesi de açık artırma yoluyla satışı tebligatın geçersiz olması nedeniyle iptal etmiştir. Bu karardan memnun olmayan banka ise temyiz mahkemesine başvuru yaparak satışın geçerliliğini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme açık artırma ile satışa yapılan itirazın gecikmeden dolayı kabul edilmemesi gerektiğinin altını çizerek usulsüz tebligatın bir yargı kararı ile iptal edilene dek usulüne uygun olarak yapılan tebligatın tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre iptal



ancak yasal sürede yapılacak bir başvuru ile mümkün olabilmektedir. İstinaf Mahkemesi kararı, şirketin tebligatı öğrenmediği ya da öğrenemeyecek durumda olduğuna dair bir ifade içermediğinden ilgili sürede usulüne uygun olarak itiraz edilmedikçe tebligatın usulsüzlüğü satışın hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacaktır. İç hukuktaki tüm yasal yolları tüketen ortaklık ise çareyi AİHM'ye başvurmakta bulmuştur.

## II. MAHKEMENİN BAKIŞ AÇISI

AİHM ortaklığın iddiasını açık artırma yoluyla satışın ortaklığın haberi olmaksızın gerçekleşmesi durumunun, ortaklığın tebligattan da haberdar olmaması hususunu da içerdiği şeklinde özetlemiştir. Ortaklık mallarının haber verilmeksizin açık artırma ile satışı, mülkiyet haklarından yararlanılmasını engellemiş ve görece olarak önemsiz bir borç için büyük bir mali kayıp oluşmuştur. Devletin cevabı ise adaletin iyi yönetimi için bir takım usul kurallarının kanun koyucunun tercihi çerçevesinde kabul edilebileceği, olayda ortaklığın itirazını gecikmiş olarak yapmasının tamamıyla kendi davranışı ile ilgili olduğu, etkili yasal yolların ise Medeni Usul Kanunu'nda sunulduğu biçiminde özetlenmiştir. Keza anonim ortaklığın ödeme yapabilmesi için uzun bir süre de geçmiştir.

Mahkeme olayı AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Madde'si ve mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1. Protokol 1. Madde'si bakımından iki farklı düzlemde ele almıştır. İlgili 6. Madde'nin 1. paragrafı uyarınca "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına*" sahip bulunmaktadır. İç hukuk hükümlerinin yorumlanması ilk derece mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme'nin yetkisinde olup AİHM bunların yerine geçerek karar veremez. İç hukukta tanınmış olan davanın bir yargı organınca görülmesi için başvuru hakkı ise devletin takdir alanı çerçevesinde belli koşullara bağlı tutulmuş olabilir. Ancak bu sınırlama meşru bir amaç için söz

konusu olabilmekte, bu amaç ve amaca ulaşmak için seçilen yol arasında da orantılılık olması gerekmektedir. Bu hak sınırlamaların adaletin iyi yönetilmesi ve hukuki güvenlik amaçlarını tehlikeye atmadığı ve anlaşmazlıkların yetkili yargı organlarınca adil şekilde çözülmesine engel olmadığı sürece mevcuttur. Adil yargılanma hakkı Ek 1. Protokol 1. Madde ile de yakın ilişki içerisinde. Buna göre medeni haklara ilişkin uyuşmazlıkların iç hukukta adil bir yargılanmaya tabi tutulması, mülkiyet hakkının kaybı ve bu kaybın giderim araçları birbirini tamamlar<sup>2</sup>. Ek 1. Protokol uyarınca üstün kamu yararı sağlanması amacıyla devlete tanınan malvarlığı haklarına müdahale yetkisi, kişinin adil yargılanma hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğurmamalıdır. Yargılanma adil olmadığından kişinin malvarlığı haklarının zarara uğraması halinde devletin bu durumu haklı göstermesi söz konusu olamayacaktır<sup>3</sup>. Somut olayda ortaklığa tanınan sınırlı başvuru hakkı ortaklığın davasının adil şekilde çözülmesini isteme hakkına uygun olarak başvuru yapması bakımından elverişli bulunmamış, yerel mahkemelerin yorumunun çok katı ve şekilci olduğu AİHM tarafından belirtilmiştir. Yerel usul yasalarının açık artıma ile satışı düzenlemesinin amacı bu işlemlerin güvenli olarak yapılması ve ilgililerin haklarının sürüncemede bırakılmamasıdır. Olayda ele alınan usul hükümlerinde ise tebligatın muhatap kişiler tarafından öğrenildiği kabul edilmekte, tüm düzenlemeler buna göre yapılmaktadır. Yerel mahkemeler de ortaklığın cebr-i icra usulünün başlangıcını bildiği ve buna rağmen itiraz etmediği varsayımına dayanmışlardır. Olayda ortaklık tebligat memurunun hatası nedeniyle cezalandırılarak iddialarının yargı organlarınca değerlendirilmesi bakımından yoksun bırakılmıştır. Bu yoksunluk ise AİHM tarafından hukuki güvenlik ve adaletin iyi yönetilmesi amaçları ile orantılı bulunmamakta ve Mahkeme'ye göre 6. Madde ihlal edilmektedir.

Mahkeme olayda ikinci olarak AİHS Ek 1. Protokol 1. Madde bakımından bir inceleme yapmıştır. Bu hükme göre *“Her gerçek ve tüzel*

---

<sup>2</sup> *Sari, G.* Malvarlığı Haklarının Korunması. İstanbul, 2006. s. 88.

<sup>3</sup> *Sari.* s. 134.

*kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez."* Mahkeme bu maddenin birbiriyle bağlantılı üç adet kuraldan oluştuğu değerlendirmesini yapmaktadır. Bu değerlendirme AİHM tarafından ilk olarak *Sporrong ve Lönnroth* Kararı'nda yapılmış ve Ek 1. Protokol 1. Madde bakımından yerleşik içtihat haline gelmiştir<sup>4</sup>. Mahkeme tarafından belirlenmiş olan kurallardan ilki öğretilerde "mallarını başkasına zarar vermeden huzur içinde kullanma" hakkı olarak adlandırılmakta olup maddenin birinci paragrafının ilk cümlesinde belirtilmektedir. Bu kuralı takip eden cümlede de "malvarlığından yoksunluk" hali açıklanmaktadır. Maddenin kaleme alınış biçiminden anlaşıldığı üzere bir kimsenin malvarlığından yoksun bırakılması için kamu yararına uygunluk ve kanunilik koşulları birlikte bulunmalıdır. İnsan haklarının doğal hukuktan kaynaklanan özellikleri evrensellik, bireysellik, kişisellik, dokunulmazlık, vazgeçilmezlik ve devredilemezliktir. Dokunulmazlık özelliği ise kamu yararı gibi haklı nedenlerle sınırlanabilmektedir<sup>5</sup>. Nitekim mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığı, kişi yararı ve toplum yararının karşılaştığı anlarda ise toplum yararının üstün tutulması gerektiği görüşleri öğretilerde mevcuttur. Bu görüşe göre Anayasalarda bu yönde bir madde olmasa dahi mülkiyet hakkının kamu yararı uyarınca sınırlanması mümkündür<sup>6</sup>. Bu aşamada kamu yararı kavramının ise giderek değiştiği ve çağın ekonomik ve sosyal gereklerine uygun olarak evrim geçirdiği söylenebilir. Ek 1. Protokol 1. Maddesi'nde yer alan kuralların üçüncüsü ise devletin "malvarlığının

<sup>4</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*. 23/09/1982. No: 7151/75, 7152/75.

<sup>5</sup> *Akıllıoğlu, T.* İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri. Ankara. 2010 s. 42.

<sup>6</sup> *Örücü, E.* Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması. İstanbul, 1976 s. 262.

kullanımını kontrol etme” hakkını düzenlemektedir<sup>7</sup>. Bu bağlamda ikinci ve üçüncü kuralların ilk kural ışığında değerlendirilmesi gereği de vurgulanmaktadır<sup>8</sup>. Zira ikinci paragraf, birinci paragrafın anlamlandırılmasına yardımcı olur<sup>9</sup>. Anılan kurallar çerçevesinde AİHM açık artırma ile satışın mülkiyet hakkına müdahale sayılacağını belirtmektedir. Bu müdahale ancak alacaklının tatmini gibi meşru kamusal bir amaç uğruna söz konusu olabilir. Ne var ki bunun için de kamunun genel menfaatleri ile bireysel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bir kişinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılabilmesi için güdülen amaç ve kullanılan yöntem arasında bir denge olmalıdır.

Ek 1. Protokol 1. Maddesi'nin getirdiği bu kurallara rağmen, usul konusunda suskun olması olayda önem taşımaktadır. AİHM bu noktada usul kurallarının ilgililere sözleşme hükümleriyle güvence altına alınan haklarını yetkili merciler önünde aramak adına etkili yöntemleri sunduğunu açıklamış, bundan dolayı bu tür hükümler bakımından da Ek 1. Protokol 1. Maddesi'nin değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır. Somut olayda ortaklık cebr-i icra işlemine karşı çıkma olanağı bulunmaksızın mülkiyet hakkından yoksun bırakılmakta, yerel Yüksek Mahkeme'nin kararı kamunun genel menfaati ile bireysel hak ve özgürlükler arasındaki dengeyi bozmaktadır. Dolayısıyla Ek 1. Protokol 1. Maddesi'nin ihlali söz konusudur.

Mahkeme tarafından 2009 yılında oybirliği ile verilen ihlal kararı 2011 yılında kesinleşmiş, ortaklığa ödenecek paranın miktarı da bu son kararda saptanmıştır<sup>10</sup>. AİHM kararlarında bir ihlalin mevcudiyetine hükmedildiğinde devletlerin AİHS 41. Madde uyarınca *restitutio in*

---

<sup>7</sup> Freeman, E. “Regulatory Expropriation Under NAFTA Chapter 11: Some Lessons From the European Court of Human Rights.” *Columbia Journal of Transnational Law*. 2003-2004. Cilt: 42. s. 180.

<sup>8</sup> Diaz, J. L. “Right to Property/Housing: The Right to Property Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.” [www.javier-leon-diaz.com/docs/Right\\_Statys.htm](http://www.javier-leon-diaz.com/docs/Right_Statys.htm).

<sup>9</sup> Gölcüklü, F.A. *Gözübüyük, Ş. A. AİHS ve Uygulama*. Ankara, 2002. s. 419.

<sup>10</sup> *Affaire Société Anonyme Thaleia Karydi Axte c. Grèce*. 20/06/2011. No: 447769/07.

*integrum* sağlanması, bunun doğası gereği mümkün olmadığı hallerde ise zarar gören tarafın adalete uygun olarak tatmin edilmesi gerektiğini belirtir. İncelenen kararda ise ortaklığın maddi bir zararı olmadığı sonucuna varılmıştır. Zira devletin sonradan sunduğu noter senetlerine göre ortaklığın bankaya toplamda 1.333.299 Euro borcu olup açık artırma ile satış sonrası bu borçlar ancak kısmi olarak kapatılabilmektedir. Buna karşın kararda ortaklığa manevi zararından ötürü 25.000 Euro ödeme yapılmasına hükmedilmiştir. Öte yandan yargıç Jebens ve Nicolau karşıt görüş yazarak olayda ortaklık yasal usulleri olması gerektiği gibi işletebilseydi malların daha yüksek bir fiyattan satılması ya da toplam borç bakiyesinin gerçektekine oranla daha düşük olması söz konusu olabileceğinden ortada bir maddi zararın da bulunduğunu savunmuşlardır.

### III. MAHKEMENİN EMSAL KARARLARDA ESAS ALDIĞI GÖRÜŞLER

*Thaleia Karydi* Kararı'nda özellikle iki noktada değerlendirme yapılırken Mahkeme önceki kararlarında yapmış olduğu akıl yürütmeye atıfta bulunmaktadır. Bunlardan ilki mülkiyet hakkından mahrum kılınma ile bu yolda elde edilecek amaç ve kullanılan yöntem arasında orantılılık olması konusudur. AİHS'nin hakların sınırlanması konusunda koymuş olduğu ölçüt orantılılık ölçütüdür. Bu kavram iki farklı menfaat arasındaki dengeyi, diğer bir ifade ile ulaşılmak istenen meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ölçülülüğü ifade etmektedir<sup>11</sup>. Bu konuyla ilgili Mahkeme tarafından 2000 yılında verilen bir karara konu olay Yunanistan'ın eski kralı ve kraliyet ailesine ait olan taşınır ve taşınmazların bir yasama tasarrufu ile kamulaştırılmasıdır<sup>12</sup>. Yerel kanunlara göre kraliyet ailesinin tazminata hakkı bulunmamakta, Yunanistan Anayasa Mahkemesi ise ilgili yasama tasarrufunun anayasal olduğunu belirtmektedir. Buna karşın AİHM böylesi bir yasama tasarrufu ile mülkiyet hakkına müdahalede bulunulmasını yöntem bakımından orantılı bulmayarak ortada Ek 1. Protokol 1. Madde bakımından ihlal

<sup>11</sup> *Gölcüklü. Gözübüyük*, s. 145

<sup>12</sup> *Affaire Ex-Roi de Grèce et Autres c. Grèce*, 23/11/2000. No: 9425701/94.

olduğuna karar vermiştir. AİHM kararda kraliyet ailesinin özel hukuk kişileri olarak elde ettikleri söz konusu taşınır ve taşınmaz malların Ek 1. Protokol anlamında bir “malvarlığı” oluşturup oluşturmadığını incelemiş, devletin malların *sui generis* ve kamusal-benzeri bir karakterde olduğu görüşünü kabul etmeyerek malvarlığı sayılmaları gerektiği sonucuna varmıştır. Zira malvarlığı kavramı maddi bir varlığa sahip taşınır ve taşınmaz mallar yanında maddi varlığa sahip olmayan hak ve menfaatler ile her türlü ekonomik değeri içerir<sup>13</sup>. İlgili malların Ek 1. Protokol bağlamında bir malvarlığını ifade ettiği saptandıktan sonra “malvarlığını huzur içinde, başkalarına zarar vermeden kullanma” ve “mülkiyet hakkından yoksunluk” kavramları irdelenmiş ve Ek 1. Protokol 1. Madde’de yer alan ikinci kural uyarınca başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarından yoksun kılındığı kararına ulaşılmıştır. AİHM devamında mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalenin meşru olup olmadığını araştırmış, mülkiyet hakkından yoksun kılınmanın iç hukuk kurallarına uygun olduğu belirlemesini yapmıştır. Ancak müdahalenin bir başka koşulu da kamu yararadır. Bu konuda Mahkeme, devletlerin kamu yararına uygunluğunu çok daha iyi takdir edeceklerinin altını çizmekle beraber, somut olayda kamulaştırmayı gerektirecek bir sebebin olmadığını vurgulamıştır. Esas olarak ise malvarlığını huzur içinde, başkalarına zarar vermeden kullanma hakkına yapılacak bir müdahalenin ancak genel kamu yararı ile bireysel temel hak ve özgürlükler arasında denge kurularak gerçekleştirilebileceğini belirten AİHM malların tazminat veya herhangi bir ödeme yapılmaksızın kamulaştırmasını bu dengeye aykırı bulmuştur.

Görüldüğü üzere *Thaleia Karydi* Kararı ile bu karar arasında benzerlikler olduğu kadar farklılıklar da vardır. Mahkeme *Thaleia Karydi* Kararı’nda ortaklığın mallarının bir malvarlığı oluşturup oluşturmadığını incelememiş gibi, mallarını huzur içinde, başkalarına zarar vermeden kullanma hakkından da açıkça bahsetmemektedir. Bunun kararlardaki maddi olayların doğalarının farklılığından ileri geldiği düşünülebilir. Diğer yandan genel kamu yararı ile bireysel hak ve özgürlükler arasında

---

<sup>13</sup> *Gölcüklü, Gözübüyük*. s. 418.

kurulacak menfaat dengesi ise her iki kararda da üzerinde durulan önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM iki kararda da genel kamu yararının içeriği hakkında açıklama yapmamıştır. Keza *Thaleia Karydi Kararı*'nda adaletin iyi yönetimi ve hukuki güvenlik kavramından sıkça bahsedilmesine rağmen bu ifadenin nasıl anlaşılması gerektiğine dair bir açıklık da bulunmamaktadır.

*Thaleia Karydi Kararı* içerisinde Mahkeme tarafından söz edilen bir diğer karar ise Finlandiya'da bulunan *Jokela*'ya ait bir arazinin geçit inşa etmek üzere kamulaştırılması ile ilgilidir<sup>14</sup>. Arazinin sahibinin ölümünden sonra mirasçılara ödenecek olan kamulaştırma bedelinin piyasa değerinin çok altında olması, buna rağmen piyasa değeri üzerinden veraset intikal vergisi belirlenmesi 2002 yılında alınmış olan bu karara özelliğini vermektedir. Olayda Bölge Mahkeme'si iki tanığın dinlenmesi gerekliliği yerine getirilmediğinden dolayı tarafların temyiz başvurularını reddetmiştir. AİHM ise başvuru sahiplerinin mallarını huzur içinde, başkalarına zarar vermeden kullanma haklarından yoksun kaldıkları ve Ek 1. Protokol 1. Madde bakımından ihlalin söz konusu olduğu sonuçlarına varmıştır. Kararda taraflar taşınmazın piyasa değeri hakkında farklı görüşler sunmuş, bilirkişi tarafından yapılan inceleme ise yeterli bulunmamıştır. Bahsedilen kararda da Thaleia Karydi Kararı'nda olduğu gibi ilgili hükmün usul kuralları bakımından sessiz kalmasına rağmen sözleşmeyle tanınan hakların güvence altına alınabilmesi için kişilerin davalarını yetkili mahkemeler önüne götürebilmesi gerektiği AİHM tarafından vurgulanmıştır. Buna göre iki kararda da usul işlemleri bakımından önemli olan husus kişilerin mülkiyet haklarına müdahale edildiği takdirde bu müdahaleyi önleme olanakları olup olmamalarıdır. Böylesi bir olanak olmadığı halde Ek 1. Protokol 1. Madde hükmüne uygunluktan da bahsedilemeyecektir.

---

<sup>14</sup> Jokela v. Finland. 22/05/2002. No: 28856/95.

#### IV. KARARIN İÇ HUKUKLARA ETKİSİ ve DEĞERLENDİRME

Mülkiyet hakkı insanlığın var oluşundan beri tartışmalara neden olmuş bir kavramdır. Dahası mülkiyet hakkına bakışın siyasi örgütlenme biçimlerinden bağımsız olarak toplumsal yapının temel taşı olduğu öne sürülebilir. Mülkiyet hakkının temsil ettiği değerler bakımından çok farklı açılardan ele alınması mümkündür. Mülkiyet hakkını doğal hak kuramına göre değerlendiren görüşlerin yanında özel mülkiyetin siyasi hakların temeli olduğu düşüncesi de yaygındır<sup>15</sup>. Bununla beraber günümüz hukuk sistemlerinde ağırlıklı olarak hukuk ve ekonomi yaklaşımı önem kazanmaya başlamıştır<sup>16</sup>. Bu anlayışa göre hukuk normlarının yaratılmasında ekonomik gerçeklerin dikkate alınması gerekmekte, ekonomik gerçeklerle çelişen hukuk kuralları uygulanabilirliğini yitirmeye mahkum olmaktadır. Mülkiyet hakkının da hukuk ve ekonomi anlayışı çerçevesinde incelenmesi mümkün olup özellikle mülkiyet hakkından yoksun bırakılma hallerinde tazminatın bu değerler esas alınarak belirlenmesi uygun bulunabilir. Mülkiyet hakkı Sözleşme ve Sözleşme 'ye Ek Protokoller bağlamında düzenlenmiş olan ekonomik ve sosyal haklar arasında yer almaktadır. Bu hakkın Sözleşme 'ye sonradan dâhil olmasının nedeni II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da ekonomik hayatın gereklerini hesaba katarak bir düzenleme yapılmasının zaman almış olmasıdır. Bir başka görüşe göre ise mülkiyet hakkının medeni haklar arasında ele alınması gerekmektedir<sup>17</sup>.

##### 1. Usul ve İcra Hukuku Bakımından İnceleme

İç hukuk düzenlemelerinde medeni hukuk kapsamında değerlendirilen mülkiyet hakkı icra hukuku bakımından da özel bir önem taşımaktadır. Bu taşıdığı özelliğin kökleri Roma Hukuku'nda uzun yıllar uygulanmış olan şahıs varlığı üzerinde icradan malvarlığı üzerinde icra

---

<sup>15</sup> Örüçü. s. 281.

<sup>16</sup> Brion, D. "Norms and Values in Law & Economics." Encyclopedia of Law and Economics. No:1041.

<sup>17</sup> Gölcüklü. Gözübüyük. s. 417.



usulüne geçiş sürecine dayanmaktadır<sup>18</sup>. İcra hukukunda alacaklı ve borçlunun sahip oldukları mülkiyet hakları birbiriyle çatışmakta, alacaklının hakkı borçlununkine kıyasla üstün gelmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan bu ikilik, borçlunun mülkiyet hakkına haksız müdahalenin önüne geçilmesini gerektirir. Öğretide de AİHM tarafından verilmiş kararlarda olduğu gibi icra takiplerinde menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu noktada alacaklı borçlu tarafından ihlal edilmiş malvarlığına yeniden kavuşması sağlanarak tatmin edilmeli, borçlu ise malvarlığından haksız şekilde yoksun bırakılmamalıdır. Borçlunun malvarlığına da onun hayat alanını ortadan kaldıracak şekilde el atılmaması gerekir. Borçlu borcunu zamanında ve gerektiği gibi ödememesinin sonuçlarına katlanmak zorunda olmakla beraber malvarlığının olduğundan daha fazla değersizleşecek duruma gelmesi de önlenmelidir. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesi'nce de vurgulandığı üzere borçlunun malvarlığına karşı yapılan haksız, ölçüsüz ve menfaat dengesini bozan müdahalelerden ve haraç mezat satışlardan korunması gereklidir<sup>19</sup>. Borçlunun alacaklı karşısında korunmasının bir diğer nedeni ise borçlu tarafın hukuki ilişkinin zayıf tarafı olmasıdır<sup>20</sup>.

Türk Hukuku bakımından İcra İflas Kanunu'nun 85. Maddesi, açıklanan bu noktalar ile ilgili önemli bir düzenleme getirmektedir. Anılan hükümde haczin takibin amacı dikkate alınarak ve alacaklının alacağına yetecek miktarla sınırlı olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Diğer taraftan *Thaleia Karydi Kararı*'na konu olayda takibin amacının dikkate alınmadığı görülebilir. Kararda görece olarak az miktardaki bir borç için ortaklık malları değerlerinin çok altında ve ortaklık kanuni temsilcisinin haberi olmaksızın satılmıştır. Usul ve İcra Hukuku hükümleri sadece kamunun genel menfaatleri ile bireysel menfaatleri

<sup>18</sup> *Erdoğan, B. Tahiroğlu, B.* Roma Usul Hukuku. İstanbul, 1997. s. 2.

<sup>19</sup> *Özkes, M.* İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler. Ankara, 2009. s. 182 vd.

<sup>20</sup> *Çiftçi, P.* "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması." Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2010. Cilt: 12. s.313-379.

Ayrıntılı Bilgi için bkz: *Çiftçi, P.* İcra Hukukunda Menfaat Dengesi. Ankara, 2010.

arasında değil aynı zamanda alacaklının alacağını elde etme, borçlunun ise insanca muamele görerek borcunu ödeme olanağı bulmaktaki bireysel menfaatleri arasında denge kurmaktadır. Bu nedenle şekli hukuk kuralları mülkiyet hakkı bakımından ayrı bir önem taşımakta ve yapılacak menfaat dengesi ölçümü hassaslaşmaktadır. Bununla beraber usul hükümlerinin sadece mülkiyet hakkı değil aynı zamanda konut dokunulmazlığı ya da özel hayatın ve ailenin korunması gibi diğer temel haklar bakımından da önem taşıdığı belirtilmelidir. AİHM kararlarında Sözleşme kapsamında bulunan hakların çok geniş olarak ele alındığı düşünülebilir. Günümüz koşullarında hakların ve bu haklara müdahale yollarının çeşitliliği de bu koruma ihtiyacını artırmaktadır. Üzerinde durulan bu kararların iç hukuklara etkisi ise Usul ve İcra-İflas Hukuku çerçevesinde yapılan işlemlerin başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişilerin Sözleşme ile güvence altına alınmış diğer temel hak ve özgürlüklerine yönelik olarak gerçekleştirilebilecekleri müdahalelerin devletin alacağı önlemlerle en aza indirgenmesi şeklinde olmalıdır.

*Thaleia Karydi* Kararı incelendiğinde de AİHM tarafından verilmiş olan bu kararın iç hukuklara etkisinin güçlü olacağı söylenebilir. Kararda da ifade edildiği gibi Yunanistan Medeni Usul Kanunu ilgili maddesinin kaleme alınış tarzı ilgililerin tebligattan haberdar olduklarını karine olarak kabul ettiği izlenimini yaratmaktadır. Bu halde ise tebligattan haberdar olunmadığı biçimindeki ikinci olasılık dışlanmış olur. AİHM, ulusal kanun hükümlerinin iç hukuk mahkemelerince nasıl uygulanacağına müdahale etmeyeceğini açıklamakla beraber somut olayda yerel mahkemelerin yapmış oldukları yorumu da aşırı şekilci bulmaktadır. Bu evrede metodolojik araçlar arasında sayılabilecek olan yorum, argümantasyon, ispat ve uygulama kavramlarının birbirinden ayrılması gereği de ortaya çıkmaktadır. Yorum faaliyeti Yüksek Mahkemeler tarafından yoruma gereksinim gösteren bir hukuk normunun değerlendirilmesi aşamasında mevcut olan bulanıklığın giderilerek kuralın durulaştırılmasını ifade eder. Uygulama ise açıklanan bu normun bireyselleştirilerek somut olayda kişiye uygulanması anlamına gelir. Özellikle amaçsal yorum biçimi devinim özelliği dolayısıyla hukuk

kurallarını zamana karşı dirençli hale getirmekte, kuralların değişen ihtiyaçlara uygun olarak yeniden anlamlandırılmasını sağlamaktadır. Bu aşamada ilgi çeken nokta ise AIHM'nin *prima facie* yoruma ihtiyaç göstermediği düşünülebilen bir usul hükmünü dahi Ek 1. Protokol 1. Madde bağlamında mülkiyet hakkının içeriğini koruyucu şekilde değerlendirebilmesidir. Mahkeme mülkiyet hakkının içeriği ile ilgili olarak yapmış olduğu ikna faaliyeti sonucunda tercihini belirtilen yönde kullanmakta ve bu şekilde iç hukuk normlarının aydınlatma alanlarına dolaylı yoldan müdahalede bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu karar ışığında özellikle Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin yerel mahkemelerinin usul hükümlerini yorumlarken katı ve biçimsel yorumdan kaçınarak amaçsal yorum yapmalarının gerektiği savunulmaktadır.

## 2. AIHM'nin Değer Kavramına Yaklaşımı Bakımından İnceleme

*Thaleia Karydi* Kararı bakımından önem taşıyan fakat yeterince üzerinde durulmamış olan bir husus da ortaklık mallarının açık artırma yoluyla gerçek değerlerinin çok altında bir bedel karşılığında satılmış olmalarının mülkiyet hakkına müdahale kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Devletin bireylerin mülkiyet hakkına müdahalesinden bahsedilebilmesi için gerçekleştirilen eylem ya da işlemlerin kişilerin malvarlıklarından elde etmeyi umdukları menfaate dokunması veya malvarlıklarından kısmen ya da tamamen yararlanmalarını engellemesi gerekmektedir<sup>21</sup>. AIHM malvarlığı kavramını çok geniş bir çerçevede ele alır. Bir unsurun malvarlığı sayılabilmesi için hesaplanabilir bir değerle ifade edilmesi yeterli olacaktır. Ancak bu değer hiç olmazsa meşru beklenti sıfatıyla belirlenmesi mümkün olmalıdır. İleride gerçekleşeceğine dair güçlü ve haklı bir beklenti olmayan yani uyuşmazlık anında somut bir varlığa sahip olmayan hak ve menfaatler ise bu koruma altında değildir. Ticari faaliyetlerin korunması da Ek 1. Protokol 1. Madde anlamında düşünülebilir. Bir ticari faaliyet ekonomik bir değer taşıdığı ölçüde bu

---

<sup>21</sup> *Sarı*. s. 49.

güvenceden faydalanmaktadır. Buna karşılık geleceğe yönelik kazanç getirme unsuru ise kural olarak kapsam dışıdır. Meşru beklenti kavramı, bir hak kazanma beklentisinden farklı olarak, somut nitelikli ve ulusal hukuk düzeninde yer alan bir kural, hukuki işlem ya da mahkeme kararına dayanan beklenti olarak tanımlanabilir. Bir diğer deyişle meşru beklenti ulusal hukuk düzeni uyarınca birey lehine ekonomik bir değer yaratan bir hukuki durumdan hayatın normal akışına göre bazı getirilerin elde edileceği beklentisidir. Bireyin öznel düşüncesine göre gelecekte gerçekleşmesini umduğu olaylar ise bu anlamda değerlendirilemez<sup>22</sup>. Somut olayda *Thaleia Karydi* ortaklığının meşru beklenti düzeyinde bir menfaati olduğu söylenebilir. Zira ortaklığın açık artırma ile satışı bilmesi halinde malvarlığını korumak adına borçlarını daha yüksek bir oranda azaltmak için gerekli önlemleri alacağından kuşku yoktur.

Sahip olunan malların cebr-i icra usulü çerçevesinde yapılan açık artırma sonucunda değerlerinin çok altında bir bedel karşılığı satılmış olması başlı başına mülkiyet hakkının ihlali olarak görülemez. Zira borçlunun borcunu ödemediğinde böyle bir sonuçla karşılaşacağını bilmesi gerekmektedir. Öte yandan usulüne uygun bir tebligat olmaksızın bu sonucun gerçekleşmesi halinde borçlunun mülkiyet hakkının ihlal edilmiş olacağı ileri sürülebilir. Kişilerin usul kuralları sayesinde yaratılan güvencelere uygun biçimde durumdan haberdar olarak mallarının açık artırma ile satışı sürecinde yer almaları ya da buna gerek kalmaksızın borçlarını ödemek adına başka bir yöntem tercih etmeleri imkanı sahip oldukları mülkiyet hakkının gereğidir. Bu olanakların mülkiyet hakkının içeriğinde yer aldığı düşüncesi Roma Hukuku'ndan bu yana kabul edilen *usus, fructus ve abusus* yetkilerinin kapsamına yani mülkiyet hakkının doğasına dayanır. *Thaleia Karydi* Kararı bakımından, ortaklığın malların açık artırma ile satışından haberdar olsa idi cebr-i icra yoluyla yapılan satışa rıza göstermek yerine farklı bir ekonomik karar vereceği ve bankaya olan borcunu başka bir yöntemle kapatmaya çalışacağı belirtilebilir. Bu nedenle AİHM'nin maddi zararı hesaplarken bu yaklaşımı da dikkate

---

<sup>22</sup> *Sarı*, s. 12-28.

olarak, taşınmazların piyasa değerleri temelinde bir belirleme yapmış olması gerektiğine inanılmaktadır. Oysa bu görüş yalnızca karşı oylarıyla iki yargıç tarafından dile getirilmiş, kararın sonucuna etki etmemiştir. *Thaleia Karydi* Kararı'ndaki unsurları içeren olaylar açısından gelecekte verilecek kararlarda ise tazminatın bu nokta dikkate alınarak hesaplanacağı düşünülmektedir.

Mahkeme mülkiyet hakkına müdahale halinde söz konusu olan tazminat hakkını mülkiyet hakkının adeta özünde yer alan bir unsur olarak değerlendirmektedir<sup>23</sup>. Bir görüşe göre mülkiyet hakkı malik ile şey arasındaki soyut plandaki ilişkiyi ifade ederken, mülkiyet hakkının özü ise somut plandaki ilişkiye işaret etmektedir. Mülkiyet hakkının özelliklerinden biri ise bu özün paraya çevrilebilir olmasıdır. İlişkiyi meydana getiren yetkilerin tamamen kaldırılması, hiç kullanılmayacak duruma getirilmesi ya da bunlar için hiç bir karşılık ödenmemesi ise öze dokunmadır<sup>24</sup>. Mülkiyet hakkını kaybedenlere ya da hakkın sağladığı yetkilere yoksun kılınanlara kural olarak zararlarını giderici bir karşılık ödenmesi ilkesi Ek 1. Protokol 1. madde'de yer alan genel kuralın bir gereğidir. Bu hususta amaç ise çatışan menfaatler arasındaki dengeyi bulmaktır<sup>25</sup>. Tazminatın hangi ölçüde göre saptanacağı ise önemli bir sorundur. AİHM tazminatın yoksun kılınan mülkiyet hakkının değeri ile orantılı olması gerektiğini kabul etmektedir. Diğer yandan bahsedilen "değer" kavramının içeriğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada Mahkeme'nin 1984 yılında *Lithgow* Kararı bakımından da benimsemiş olduğu tazminatın malın piyasa değeri esas alınarak saptanması görüşü isabetli bulunabilir<sup>26</sup>. Öğretide de hükmedilecek tazminatın belirlenmesi bakımından devletin takdir yetkisinin mevcut olduğu, ancak AİHM

---

<sup>23</sup> *Loucaides, L. Essays on the Developing Law of Human Rights. Dordrecht, 1995. s. 199.*

<sup>24</sup> *Örücü. s. 61*

<sup>25</sup> *Sarı. s. 83.*

<sup>26</sup> *Lithgow and others v. The United Kingdom. 18/05/1984. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81.*

tarafından temel alınacak ölçünün ise piyasa değeri olması gerektiği savunulmaktadır<sup>27</sup>.

Mülkiyet hakkından yoksunluk halinde hükmedilecek tazminatın hesaplanması konusunda önem taşıyan kararlardan biri de 2009 yılında verilmiş olan *Kozacıoğlu Kararı*'dır<sup>28</sup>. Karara konu olay yerel mevzuat kapsamında “kültür varlığı” olarak tescil edilmiş olan bir taşınmaz için belirlenen kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek değerinden önemli ölçüde düşük olarak saptanmış olması biçiminde özetlenebilir. Olayda mülkiyet hakkından yoksunluğu tartışmayan Mahkeme, bu yoksunluğun kamu yararı ile bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiş ve kültürel mirasın korunması çerçevesinde kamu yararının söz konusu olduğuna karar vermiştir. Kararda mülkiyet hakkından yoksun kalmış olan tarafa ödenecek tazminatın hesaplanması bakımından ise orantılılık ilkesinin altı çizilmiştir. Mahkeme'ye göre tazminatın orantılılık ilkesine uygun biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Keza bu husus Fransa'da “adil ve önceden ödenebilen” bir tutar, Almanya ve Avusturya'da “uygun” bir tutar, Arnavutluk'ta “tam değer”, Finlandiya'da “rayiç değer”, İsveç'te ise “piyasa değeri” olarak somutlaştırılmıştır. Mahkeme kararda kamulaştırma bedeli hesaplanırken ilgili taşınmazın sahip olduğu tarihi ve mimari özelliklerin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamış ve Ek 1. Protokol 1. Madde bağlamında bir ihlal bulunduğunu kabul etmiştir. Buna rağmen AIHM *Kozacıoğlu* tarafından önerilen değer belirleme yöntemini kabul etmeyerek Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni taşınmazın gerçek değerinden çok daha düşük bir tutarda tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Mahkeme kararda kamu yararının meşru amaçlarının kamulaştırılan taşınmazın rayiç bedelinden daha düşük oranda tazmin edilmesini gerektirebileceğini belirtmiştir. Bu noktada kültürel varlıkların korunmasında yatan kamu yararı bireysel yarara üstün tutulabilecek olsa da, taşınmazı elinden alınarak mülkiyet hakkından yoksun bırakılan kişiye en azından taşınmazının gerçek değerinin iade edilmesi gerektiği

---

<sup>27</sup> *Sarı*, s. 88.

<sup>28</sup> *Kozacıoğlu v. Turkey*, 19/02/2009, No: 2334/03

savunulmaktadır. Zira kamu yararı devletin kişinin mülkiyet hakkına müdahale edebilmesinin bir koşulu iken tazminatın belirlenmesi bakımından bir muafiyet sebebi olarak görülmemelidir.

Bu çerçevede ele alınabilecek bir diğer ilginç karar ise *Zhang* Kararı'dır<sup>29</sup>. AİHM'nin 1991 yılında vermiş olduğu bu karara konu olay Hukuk Profesörü *Claudio Zhang*'nin komşusu ile paylaştığı ortak duvarın yıkılması sonucunda yeni inşa edilen duvarın çok yüksek olması ve *Zhang*'nin deniz manzarasını kapatarak mülkiyet hakkından gerektiği gibi yararlanmasını engellemesi biçiminde açıklanabilir. Bu hususta yerel mahkemede açılmış olan dava sekiz yıl boyunca sürmüş ve bir sonuç alınamamıştır. *Zhang* ise davanın süresinin Ek 1. Protokol 1. Madde bağlamında mülkiyet hakkından yoksun kılınmasına neden olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme davanın makul sürede görülmeişinin AİHS'nin 6. Madde'si bakımından adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar vermiş, ne var ki olayı Ek 1. Protokol kapsamında değerlendirmeye gerek görmemiştir. Mülkiyet hakkını çok geniş olarak algılayan ve klasik mülkiyet hakkı anlayışını sorgulayan AİHM'nin mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilen bir müdahalenin mevcut olup olmadığını dahi incelemeye gerek görmediği bu kararı şaşırtıcıdır. Bu olay açısından doğru yaklaşımın Ek 1. Protokol 1. Madde açısından ihlal olduğunun saptanması ve taşınmazda meydana gelen değer kaybının taşınmazın piyasa değeri esas alınarak araştırılması olduğuna inanılmaktadır.

AİHM'nin değer kavramına yaklaşımının gözlemlenebileceği bir karar da 1994 yılında verilmiş olan *Hentrich* Kararı'dır<sup>30</sup>. Olayda Liliane Hentrich ve eşi bir taşınmaz satın almışlar ancak bir süre sonra satış sözleşmesinde belirlenmiş olan fiyatın idare tarafından çok düşük bulunması nedeniyle Fransız Genel Vergi Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca vergi kaçakçılığına karşı öngörülmüş olan yasal önalım hakkının kullanılmasına karar verilmiştir. Hentrich idarenin önalım hakkını kullanmasının "silahların eşitliği" ilkesine uygun olmaması nedeniyle

---

<sup>29</sup> *Zhang v. Italy*. 19/02/2009. No:11491/85.

<sup>30</sup> *Hentrich v. France*. 22/09/1994. No: 13616/88.

Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Madde'sini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Buna ek olarak ise önalımın de *facto* kamulaştırma anlamına geldiğinden bahisle Ek 1. Protokol 1. Madde bağlamında korunan mülkiyet hakkına aykırılığının ve taşınmazın piyasa değerinin tespiti istenmiştir. AİHM, 6. Madde ve Ek 1. Protokol 1. Madde anlamında ihlalin mevcut olduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararda en adil çözümün devletin taşınmazı geri vermesi, bunun mümkün olamaması halinde ise taşınmazın rayiç bedeline göre tazminatın belirlenmesi olacağını vurgulamıştır. Bu karar AİHM'nin mülkiyet hakkının ihlali halinde tazminatın taşınmazın rayiç bedeline göre hesaplanması gerektiği yönündeki görüşünü desteklemektedir.

Tazminatın miktarının belirlenmesi konusunda 2001 yılında Mahkeme tarafından verilmiş olan *Platakou* Kararı ise *Thaleia Karydi* Kararı ile benzer noktalara sahip olması açısından önemli görülebilir<sup>31</sup>. *Platakou* Kararı'na konu olan olayda idari tebligat usulünde meydana gelen bir hukuka aykırılıktan dolayı hak kaybına uğrayan kişinin iddiası iç hukuk mahkemesi önünde dinlenmemiştir. AİHM ise uygun görülen kamulaştırma tazminatının mülkiyetin piyasa değeri ile orantılı olmadığına karar vermiştir. Zira sorun aslında idarenin kusuruyla meydana gelmiş olan bir kanuna aykırılıktan doğmaktadır. *Thaleia Karydi* Kararı da adli tebligat memurunun benzer nitelikli bir kanuna aykırı işleminden kaynaklanan olaylar dizisini içermektedir. Bu nedenle *Thaleia Karydi* Kararı bakımından da hükmedilecek tazminatın yoksun kalınan malvarlığı unsurlarının piyasa değerleri ile doğru orantılı olması gerektiği düşünülmektedir.

Bu olaylar bakımından üzerinde durulması gereken konu devlet tarafından gerçekleştirilmiş kanuna aykırı uygulamalar veya yapılmış işlemlerin, kişilerin malvarlığı unsurlarının ekonomik değerini olumsuz etkilemesi halidir. 1997 yılında vermiş olduğu *Akkuş* Kararı'nda AİHM, kamulaştırma bedelinin resmi makamların kusuru yüzünden makul olmayan bir gecikme ile ödenmiş olması dolayısıyla ilgililerin uğramış

---

<sup>31</sup> *Platakou v. Greece*. 11/01/2001. No: 38460/97.



oldukları para değeri kaybindan dolayı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni sorumlu tutmuştur<sup>32</sup>. Buna karşılık 2001 yılında verilmiş olan *Saggio* Kararı'nda ise Mahkeme, devlet müdahalesinin ekonomik değeri etkilemesi halinde Ek 1. Protokol 1. Madde anlamında devletin sorumluluğunun doğmayacağını belirtmiştir<sup>33</sup>. AİHM tarafından Akkuş Kararı'nda böylesi bir değerlendirme yapılmasının bir nedeni de özellikle bazı ulusal para birimlerinin değerlerinin düşüş hızının göz önüne alınması ve bu durumun kişinin parasal kaybını ağırlaştırarak onu belirsizlik içerisinde bırakabilecek olmasıdır<sup>34</sup>. Bu noktada Yunanistan Devleti'nin mali yapısı ve Euro para birimine geçildikten sonra karşılaştığı zorluklar dikkate alınırsa Akkuş Kararı bakımından izlenen akıl yürütmenin somut olay bakımından görece olarak uygun olacağı düşünülebilir. Bu halde Mahkeme tarafından uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurlarının piyasa değerleri ile doğru orantılı bir tazminat öngörülmesi gerektiği, aksi halde mülkiyet hakkından yoksunluğun aşırı olacağı söylenebilecektir. Ancak mülkiyet hakkının ihlali halinde içine düşülen zararın tam olarak tazmin edilmesi hakkı Sözleşme kapsamında güvence altına alınmış olmayıp tazminat yükümlülüğünün AİHM'ye göre mutlak olmadığı unutulmamalıdır<sup>35</sup>. Öte yandan Thaleia Karydi Kararı'na konu olayda resmi bir makamın usulsüz işlemi ile ilgililerin satımdan haberdar olmamasına yol açması nedeniyle ödenmesi gereken tazminatın niteliğinin değiştiği ve mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin gerekleri arasındaki dengenin bozulduğu savunulabilir. Olayda ortaklığa ait mülkiyet hakkının özüne devlet tarafından yapılan usul işlemlerinin hukuka aykırılığı ile başlayan olaylar zinciri sonucunda dokunulmuştur. Bu nedenle ilgili usul işlemlerinin hukuka uygun yapılmış olması halinde ortaklığın sahip olması beklenen malvarlığı değeri ile usulsüz tebligat nedeniyle yapılan açık artırma ile satış sonrasında ortaklığın sahip olduğu malvarlığı arasındaki farkın tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu hesaplama

<sup>32</sup> Akkuş c. Turquie. 19/07/1997. No: 19263/92.

<sup>33</sup> *Saggio v. Italy*. 25/10/2011. No: 41879/98.

<sup>34</sup> *Gölcüklü. Gözübüyük*. s. 419.

<sup>35</sup> *Gölcüklü. Gözübüyük*. s. 426.

yapılırken ise ortaklığın pasiflerinde meydana gelebilecek azalma esas olarak dikkate alınmalıdır.

## SONUÇ

AIHM kararları incelendiğinde mülkiyet hakkının ne denli geniş bir çerçevede ele alındığı görülebilir. Temel haklar arasında en önemli yeri kaplayan mülkiyet hakkı, sadece medeni hukuk bakımından değil usul ve icra iflas hukuku gibi pek çok hukuk alanı açısından da önem taşımaktadır. Şekil kuralları, maddi hukuk kurallarını güvenceye almak ve uygulanmalarını sağlamak için mevcuttur. Usul kurallarının kaleme alınış ve ulusal mahkemelerce yorumlanış biçimi ise mülkiyet hakkına sebepsiz olarak müdahale edilmesi sonucunu doğurmamalıdır. AIHM tarafından yakın zamanlarda verilmiş ve kesinleşmiş olan *Thaleia Karydi* Kararı'nda da icra hukuku kuralları çerçevesinde yapılan açık artırma ile satışın usulüne uygun bir tebligat olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan usulsüz bir tebligata dayanan bu açık artırma yoluyla satış sonucunda taşınmazın gerçek değerinin çok altında belirlenen bir bedel karşılığında satılması da ayrı bir ihlal olarak değerlendirilebilir. Bu noktada Mahkeme'nin aksine ortaklığa ödenmesi gereken tazminatın bu durum dikkate alınarak hesaplanması gerektiği düşünülmektedir. *Thaleia Karydi* Kararı sadece Yunanistan değil tüm taraf devletler iç hukuk mahkemelerine usul ve icra iflas hükümlerini yorumlama konusunda mülkiyet hakkının içeriğinin korunması odaklı yeni bir bakış açısı getirmektedir.

## KISALTMALAR

<b>AIHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AIHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>ECHR</b>	: European Court of Human Rights
<b>İÜHF</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Md.</b>	: Madde
<b>Vd.</b>	: Ve devamı

## KAYNAKÇA

- Akılhoğlu, Tekin.** **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri.** İmaj Yayınevi. Ankara: 2010.
- Brion, Denis.** “Norms and Values in Law & Economics.” Encyclopedia of Law and Economics. No:1041.
- Çiftçi, Pınar.** İcra Hukuku’nda Menfaat Dengesi. Adalet Yayınevi. Ankara: 2010.
- Çiftçi, Pınar.** “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması.” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2010. Cilt: 12.
- Diaz, Javier Leon.** “Right to Property/Housing: The Right to Property Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.” [www.javier-leon-diaz.com/docs/Right\\_Statys.htm](http://www.javier-leon-diaz.com/docs/Right_Statys.htm).
- Freeman, Elyse.** “Regulatory Expropriation Under NAFTA Chapter 11: Some Lessons From the European Court of Human Rights.” Columbia Journal of Transnational Law. 2003-2004: Vol. 42.
- Gölcüklü, A. Feyyaz. Gözübüyük, A. Şeref.** AIHS ve Uygulama. Turhan Kitabevi. Ankara: 2002
- Loucaides, Loukis.** Essays on the Developing Law of Human Rights. Martinus Nijhoff. Dordrecht: 1995

- Örücü, Esin.** Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması. İÜHF Yayınları. İstanbul: 1976
- Özekes, Muhammet.** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler. Adalet Yayınevi. Ankara: 2009
- Sarı, Gürbüz.** Malvarlığı Haklarının Korunması. Beta Yayınevi. İstanbul: 2006