

ISSN: 1303-4650

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW

VII/1

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

*This Journal is a peer-reviewed journal published twice a year.*

Cilt: VII / Vol. VII

Sayı: 1 / No. 1

2010



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



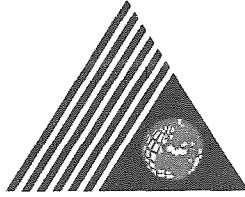
ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**

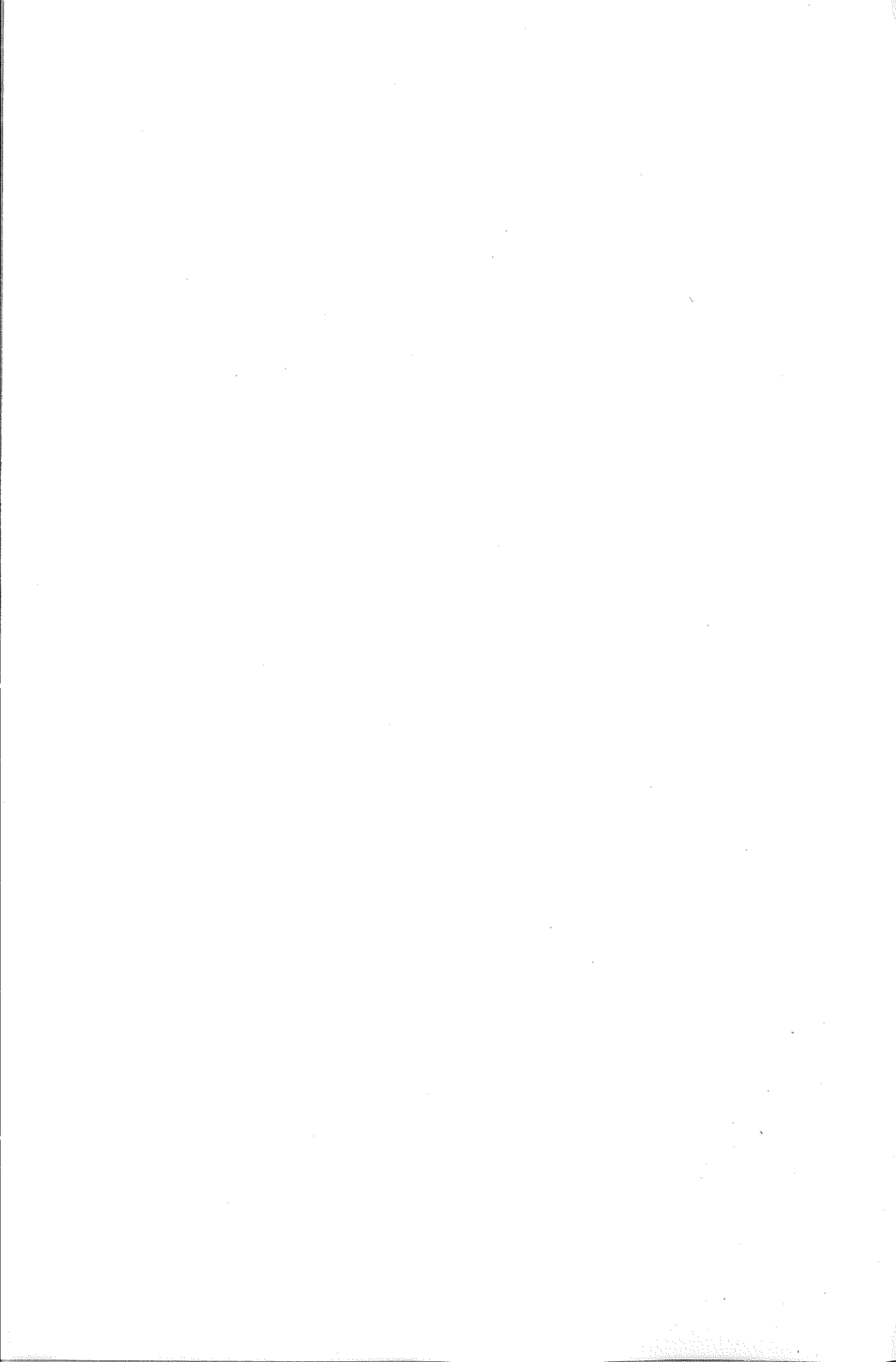
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer-reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: VII / Vol. VII  
Sayı: 1 / No. 1  
2010**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

**Yayın Sahibi / *Publisher***

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu (Dekan)

*On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu (Dean).*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / *Responsible Manager***

Prof. Dr. Ali Cem Budak (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Yönetim Yeri / *Place of Management***

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.  
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir - İstanbul / (0216) 578 07 05

**Yayının Türü / *Type of Publication***

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM (ULUSAL AKADEMİK AĞ VE BİLGİ MERKEZİ) ULUSAL HUKUK VERİ TABANINA KABUL EDİLMİŞ HAKEMLİ BİR DERGİDİR.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was RECOGNISED AS NATIONAL PEER-REVIEWED JOURNAL IN THE NATIONAL LAW DATABASE OF ULAKBİM (TURKISH ACADEMIC NETWORK AND INFORMATION CENTER).*

**Basımcının Adı / *Printed by***

Üçer Ofset Matbaacılık Yayıncılık ve Ambalaj San. Ltd. Şti.  
Yüzüncü Yıl Matbaacılar Sitesi 1. Cadde, No. 126,  
Bağcılar / İstanbul - (0212) 629 63 15

**Basım Yeri / *Place of Publication***

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / *Publication Date***

2011

ISSN: 1303 - 4650

**Editör / Editor**

Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
abudak@yeditepe.edu.tr

**Editör Yardımcısı / Associate Editor**

Araş. Gör. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.  
*For citations please use the abbreviation: “YUHFD”*

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri: / All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:**

**E-mail:** abudak@yeditepe.edu.tr / efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Fax:** (0216) 578 07 56

**URL:** <http://hukuk.yeditepe.edu.tr>

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

## **Dergimiz Hakkında / *About Our Journal***

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergimize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla dergimizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

### **Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board***

Prof. Dr. Halûk Kabaalioglu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Güzel, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **Yayın Komisyonu / *Editorial Board***

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vecdi Aral, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. William K. Sheehy, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Halûk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi



Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı, Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talmon, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Necla Güney Akdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ferna İpekel, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Carson W. Clements, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ozan Turhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Margarite Helena Turhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
YAYIN İLKELERİ**

***PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF  
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year.*

2. Dergide yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

3. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

*Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*Paper size: A4*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 12 points, at 1 line spacing, justified*

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, ünvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7. Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8. Dergiye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of keywords in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9. Dergiye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergiye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır** olarak verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

*Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever*

*needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.*

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

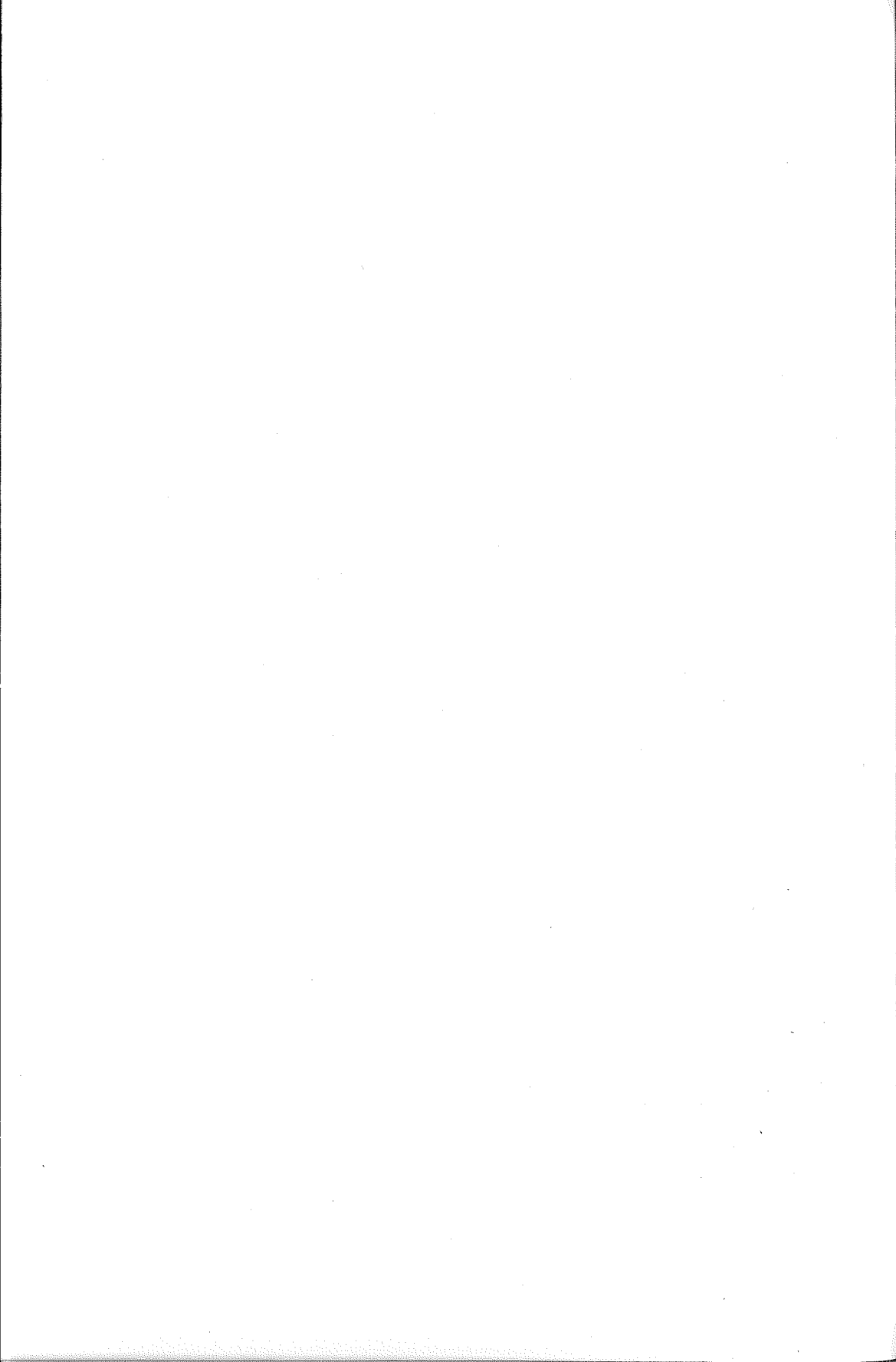
*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergiye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM'e** kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Cilt: VII Sayı: 1 Yıl: 2010**

**İÇİNDEKİLER**

**ÖZEL HUKUK**

**İİK m. 53 f. II VE III'ÜN ORTAYA ATTIĞI SORUNLAR**

**Prof. Dr. Bilge UMAR**.....3

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflâs  
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı

e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

**YABANCI UNSURLU SÖZLEŞMELER İÇİN VERİLEN AYNI TEMİNATLARIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ**

**Prof. Dr. Ali Cem BUDAK**.....15

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflâs  
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: abudak@yeditepe.edu.tr

**ROMA HUKUKUNDA ADALET (IUSTITIA) VE HAKKANİYETİN (AEQUITAS) ANLAMI VE GERÇEKLEŞME BİÇİMİ**

**Doç. Dr. Havva KARAGÖZ**.....35

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim  
Üyesi

e-posta: havvakaragoz65@gmail.com

**YABANCI SERMAYELİ ŞİRKETLERİN TAŞINMAZ MÜLKİYETİ VE SINIRLI AYNİ HAK EDİNİMİ**

**Yard. Doç. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL.....57**

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

e-posta: ceyda.sural@khas.edu.tr

**AMERİKAN ANTİTRÖST YASALARININ ÖZEL HUKUK İLİŞKİLERİ-  
NE TATBİKİ SONUCU ORTAYA ÇIKAN ‘TREBLE DAMAGES’ KA-  
RARLARININ AVRUPA VE TÜRKİYE’DE TENFİZİ SORUNU**

**Yard. Doç. Dr. Ozan TURHAN.....91**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

e-posta: ozan.turhan@yeditepe.edu.tr

**TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI VE SERMAYE PİYASASI MEV-  
ZUATI ÇERÇEVESİNDE ANONİM ORTAKLIKLARDA TAHVİL İHRA-  
CININ ÖNŞARTLARININ İNCELENMESİ**

**Av. Erenalp RENÇBER.....115**

İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: erenalprenchber@yahoo.com

**KAMU HUKUKU**

**ÇOCUĞUN İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ VE BİR MÜDAHALE: ANA BABANIN  
ÇOCUĞUN DİNİ EĞİTİMİNİ BELİRLEME HAKKI**

**Yard. Doç. Dr. Sevgi USTA.....137**

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim  
Üyesi

e-posta: sevgiusta@istanbul.edu.tr

**FROM THE STATE-CENTRIC TO DUAL GLOBALIST: A PARADIGM  
SHIFT IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW**

**(‘DEVLET-MERKEZCİ’ PARADİGMADAN İKİLİ ‘KÜRESELÇİ’ PA-  
RADİGMAYA GEÇİŞ: ULUSLARARASI EKONOMİ HUKUKUNDA BİR  
PARADİGM DEĞİŞİKLİĞİ)**



**Yard. Doç. Dr. İlhami ALKAN OLSSON**.....183  
İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğ-  
retim Üyesi  
e-posta: ilhami@istanbul.edu.tr

**DIE EINFÜHRUNG DER VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DER TÜR-  
KEI: EIN EFFEKTIVER RECHTSWEG ZUM SCHUTZ DER MEN-  
SCHENRECHTE?**

**(ANAYASAL ŞİKAYET HAKKININ TÜRK HUKUKUNDA DA TANIN-  
MASI: İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAKIMINDAN ETKİN BİR  
HUKUKİ YOL MU?)**

**Araş. Gör. Saniye ÖCAL**.....211  
Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
e-posta: saniye.utangac@uni-bielefeld.de

**THE IMPACTS OF THE LISBON TREATY ON THE ENERGY CHAR-  
TER TREATY: CAN POTENTIAL CONFLICTS BE PREVENTED?**

**(LİZBON ANTLAŞMASININ ENERJİ ŞARTI SÖZLEŞMESİ'NE OLAN  
ETKİLERİ: POTANSİYEL ÇATIŞMALAR ÖNLENEBİLİR Mİ?)**

**Özge VARİŞ**.....229  
İstanbul Barosu Stajyer Avukatlarından  
e-posta: ozgevaris@gmail.com

**KADINLARA YÖNELİK POZİTİF AYRIMCILIK BAĞLAMINDA SEÇİM  
KOTASI**

**Şafak EFENDİOĞLU**.....285  
Siyasal Bilimci, Yüksek Lisans: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
e-posta: safakefendioglu@hotmail.com

**JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW**  
**Volume: VII No: 1 Year: 2010**

**CONTENTS**

**PRIVATE LAW**

**PROBLEMS PROPOUNDED BY ARTICLE 53/II AND 53/III OF  
TURKISH CODE OF EXECUTION AND BANKRUPTCY**

**Prof. Dr. Bilge UMAR.....3**

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency  
Law and Head of Public Law Department

e-mail: [bumar@yeditepe.edu.tr](mailto:bumar@yeditepe.edu.tr)

**FORECLOSURE OF COLLATERAL SECURITIES GIVEN FOR  
CONTRACTS CONTAINING FOREIGN ELEMENTS**

**Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....15**

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and  
Insolvency Law

e-mail: [abudak@yeditepe.edu.tr](mailto:abudak@yeditepe.edu.tr)

**MEANING AND IMPLEMENTATION OF IUSTITIA AND AEQUI-  
TAS IN ROMAN LAW**

**Doç. Dr. Havva KARAGÖZ.....35**

İstanbul Üniversitesi University Faculty of Law, Dept. of Roman Law

e-mail: [havvakaragoz65@gmail.com](mailto:havvakaragoz65@gmail.com)

**ACQUISITION OF IMMOVABLE PROPERTY AND LIMITED  
PROPERTY RIGHTS BY COMPANIES HAVING FOREIGN CAPI-  
TAL**

**Asst. Prof. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL.....57**

Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Private International Law

e-mail: ceyda.sural@khas.edu.tr

**ENFORCEMENT IN EUROPE AND TURKEY OF JUDGMENTS FOR  
'TREBLE DAMAGES' RESULTING FROM THE PRIVATE EN-  
FORCEMENT OF U.S. ANTITRUST LAW**

**Asst. Prof. Dr. Ozan TURHAN.....91**

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Private International Law

e-mail: ozan.turhan@yeditepe.edu.tr

**RESEARCHING OF PREREQUISITES FOR BOND ISSUANCE IN  
INCORPORATED COMPANIES IN ACCORDANCE WITH THE  
DRAFT NEW TURKISH COMMERCIAL CODE AND CAPITAL  
MARKET LEGISLATION**

**Aal. Erenalp RENÇBER.....115**

Attorney at Law, Istanbul Bar Association

e-mail: erenalprencber@yahoo.com

## **PUBLIC LAW**

**FREEDOM OF CHILD'S RELIGION AND ONE RESPONSE: RIGHT  
OF MOTHER AND FATHER TO DETERMINE THE RELIGIOUS  
EDUCATION OF CHILD**

**Asst. Prof. Dr. Sevgi USTA.....137**

Istanbul University Faculty of Political Sciences, Dept. of Public  
Administration

e-mail: sevgiusta@istanbul.edu.tr

**FROM THE STATE-CENTRIC TO DUAL GLOBALIST: A PARA-  
DIGM SHIFT IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW**

**Yard. Doç. Dr. İlhami ALKAN OLSSON.....183**  
Istanbul University Faculty of Political Sciences, Dept. of International  
Relations  
e-mail: ilhami@istanbul.edu.tr

**INTRODUCTION OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT IN  
TURKEY: AN EFFECTIVE REMEDY FOR THE PROTECTION OF  
HUMAN RIGHTS?**

**Res. Asst. Saniye ÖCAL.....211**  
Bielefeld University Faculty of Law, Dept. of Public Law  
e-mail: saniye.utangac@uni-bielefeld.de

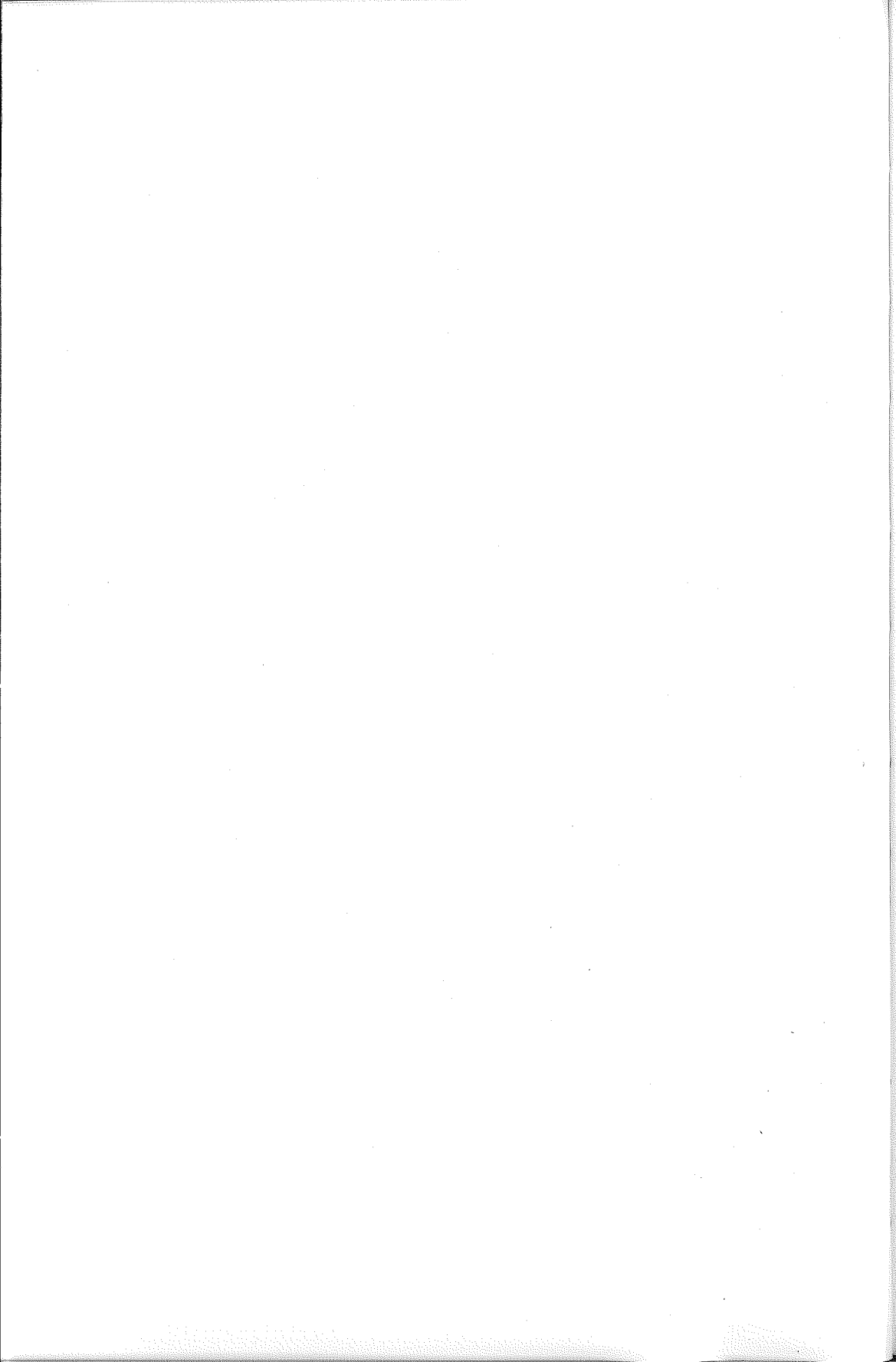
**THE IMPACTS OF THE LISBON TREATY ON THE ENERGY  
CHARTER TREATY: CAN POTENTIAL CONFLICTS BE PRE-  
VENTED?**

**Özge VARİŞ.....229**  
Trainee Lawyer of the Istanbul Bar  
e-mail: ozgevaris@gmail.com

**ELECTORAL QUOTA IN THE CONTEXT OF POSITIVE DISCRIM-  
INATION FOR WOMEN**

**Şafak EFENDİOĞLU.....285**  
Political Scientist, LL.M at Yeditepe University Faculty of Law  
e-mail: safakefendioglu@hotmail.com

# ÖZEL HUKUK



## İİK m. 53 f. II VE III'ün ORTAYA ATTIĞI SORUNLAR

Prof. Dr. Bilge UMAR\*

### ÖZET

İcra ve İflâs hukuku sistemimizde, İİK m. 53 hükmüne göre murise karşı başlamış bir icra takibi, murisin ölümü üzerine mirası reddetmemiş mirasçıya yöneltildiğinde iflâs yolu ile değil, ancak haciz yolu ile sürdürülebilir. Bu makalede bu kuralın amacı ve ne şekilde uygulanacağı incelenmektedir.

### ABSTRACT

*According to the system of the Turkish Code of Civil Execution and Bankruptcy (Art. 53), execution proceedings (in form of general attachment procedure) initiated against a debtor, who died during the execution proceedings, cannot be continued after his death against such heirs in the form of bankruptcy proceedings. In this essay, the reason and the main function of this rule will be discussed.*

**Anahtar Kelimeler:** İcra takibi, iflâs takibi, genel haciz yoluyla takip, muris, ödeme emri, mirasçı, tereke, İcra ve İflâs Kanunu, müflis, mirasın reddi

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı, e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

*Keywords: Execution proceedings, bankruptcy proceedings, general attachment procedure, deceased, order of payment, heir, estate of a deceased person, bankrupt/insolvent, the Turkish Code of Civil Execution and Bankruptcy, disclaimer of inheritance*

\*\*\*

Bu konuya, gerek İİH 1. yarıyıl öğrencilerine ders kitabının 21. basımında s. 96'da m. 53'e değinen bölümün açıklanmasına sıra geldiği zaman, gerek İİH 2. yarıyıl öğrencileriyle ders kitabının aynı basımında s. 461-462'de aynı maddeyle ilgili bölüm üzerinde dururken, değinmiştik.

İİK m. 53 f. III dolayısıyla gözümüze çarpan ve hatta bazı öğrencilerimizin soru sorup, aydınlatılmasını istediği duraksama konusu özellikle şu idi: Tâkip alacaklısı, borçluya karşı giriştiği haciz veya iflâs yoluyla tâkibi, o tâkip sırasında borçlunun ölmesi üzerine, dilerse borçlu hâlâ sağ imiş ve mallarının başında imiş gibi yürütebiliyor yâni yasanın m. 53 f. II'deki ifadesiyle terekeye karşı (terekenin tüzel kişiliği var imiş gibi) sürdürebiliyor, dilerse f. III gereğince aynı tâkibi mirasçıya karşı (bir veya birkaç mirasçıya karşı, mirası red etmemişlerse) sürdürebiliyor ama yine o f. III'deki kurala göre, murise karşı başlamış tâkip ister haciz yoluyla ister iflâs yoluyla tâkip olsun ve şimdi tâkibin yöneltildiği mirasçı yahut mirasçılar iflâsa tâbi kişi/kişiler olsa bile tâkip artık iflâs tâkibi olarak sürdürülemiyor. Bunun mantığı anlaşılmıyor. Çünkü alacaklı, murise karşı başlattığı haciz veya iflâs tâkibini murisin ölümü üzerine mirasçıya/mirasçılara yöneltmeden eski niteliğiyle terekeye karşı sürdürebilirdi; bunu f. II açıkça söylüyor. Ayrıca, alacaklı o tâkibi sonuna kadar terekeye karşı sürdürmüş ama sonuçta alacağı'nın bütününe alamayıp tümü veya bir kısmı için kendisine aciz belgesi (haciz yolu ile tâkipte, İİK m. 143'deki aciz belgesi; iflâs yoluyla tâkipte, İİK m. 251'deki, iflâs tâkibi sonunda verilen aciz belgesi) almak ve bu belgeye bağlanmış alacak bakiyesi için, muri-



sin borçlarından müteselsilen ve şahsen sorumlu olan mirasçılarının birine/birkaçına/tümüne karşı yeni bir icra tâkibi başlatmak yetkisine sahiptir; ikinci tâkibin tâkip borçlusu olan mirasçı iflâsa tâbi kişilerden yâni tâcir ise, tâcir her türlü borcu için iflâsa tâbi olduğuna göre (TTK m 20 f. I), mirası reddetmemişse muristen kalma olarak zimmetinde (malvarlığının pasifinde) bulunan bir borç için de ona karşı iflâs yoluyla yeni tâkip yapılabileceği kuşku götürmez. Böyle olunca niçin işi uzatıcı bir yasak konuyor, murise karşı başlamış tâkip murisin ölümü üzerine mirası reddetmemiş mirasçıya yöneltildiğinde iflâs yoluyla değil ancak haciz yoluyla sürdürülebiliyor? Yasağın mantığı, hikmeti nedir?

Gördüğümüz gibi bu sorunun yanıtı ders kitabımızda (Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 21 basım Ankara 2007, s. 96 ve s. 461-462; 22. basım Ankara 2008, s. 96 ve 459-460) yok. Baki Kuru'nun traité denen türden büyük kitabında (İcra ve İflâs Hukuku, c. I, 3. bsl., İstanbul 1988, s. 139-140; c. III, 3. bsl., 1993, s. 2640) ve aynı kitabın eski basımında (Ankara 1983, s. 567) keza yok. Üstelik bu 1983 basımında "Mirasçı kendisi de iflâsa tâbi kişilerden olsa bile, muris aleyhine başlamış iflâs tâkibine mirasçıya karşı devam etmeye imkân yoktur [burada İİD'nin 1949 tarihli, bu doğrultudaki bir kararı, yalnızca tarihi ve numarası verilerek anılıyor]. Bu durumda, alacaklının tâkibe mirasçıya karşı devam edebilmesi ancak rehlin paraya çevrilmesi veya haciz yolu ile mümkündür" dendiği halde, konulan sınırlamanın nedeni açıklanmamıştır. Kuru hocamızın daha önce yayınlanmış İflâs ve Konkordato Hukuku kitabında (Ankara 1971, s. 44-45) durum keza böyle idi.

Şimdi sorununuzun yanıtını, diğer öğretici kitaplarında arayalım ve bunu yaparken de kıdem sırasına uyalım.

En eski üstatlardan Ord. Prof. (Doktorası yoktu) Sabri Şakir Ansay'ın "Hukuk İcra ve İflâs Usulleri" kitabının 5. basımında (Ankara 1960, s. 15) İİK m. 53 f. III kuralı anıldığı halde bu kuralın konma nedeni hakkında açıklama yoktur.

Yine en eski üstatlardan Ord. Prof. (keza Doktorası yoktu) Mustafa Reşit Belgesay'ın "İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm,  
YUHFD Vol. VII No. 1 (2010)

2. cilt, Konkordato-İflas-İptal Dâvası-Tahliye” adlı kitabının 2. basımında (İstanbul 1953, İHF yayını) İİK m. 53 anılmış bile değildir (kitapta metin bölümü 207 sayfadan ibarettir).

Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu hocam, İcra Hukuku Esasları kitabında (538 sayılı yasardan sonraki 4. bsl., İstanbul 1982, s. 241 ortası) İİK m. 53 f. III’deki kuralı aktardığı halde, gerekçesini açıklamıyor. Oysa, akademisyenliğin temel ilkelerinin tümünü ve o arada “mukadder soruya cevap hazırla” ilkesini bana öğreten, kendisiydi. Buradaki mukadder soruyu, “Neden böyle?” sorusunu yanıtsız bırakmış.

Aynı kürsünün (yetiştiğim kürsünün) ondan az farklı kıdemle ikinci öğretim üyesi Prof. DDr. (iki Doktorası vardı) Necmeddin Berkin (adını kendisi hep böyle iki d ile yazardı) “Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi” kitabında (İstanbul, Filiz Kitabevi, 1980, s. 126) aynı tutumu izlemiştir.

Aynı kürsünün daha sonraki kuşak öğretim üyelerinden Prof. Dr. Saim Üstündağ, “İcra Hukukunun Esasları” kitabında (yenilenmiş 3. bsl., İstanbul 1982, s. 67 satır 3-4) “tâkip, mirasçuya karşı 53. maddenin son fıkrasındaki şart altında devam edebilecektir” deyişiyle kurala “hayal meyal” değinmekte, ama kuralın nedenini belirtmemektedir.

Bilim dalımızda en genç kuşak akademisyenlerinin hazırladığı ders kitabında (Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, 5. bsl., Ankara 2007) olması gereken yerde (yâni s. 388 ortasındaki satırbaşından sonra) İİK m. 53 f. III kuralına değinilmiyor, başka yerde değinildiğini de göremedim. Dolayısıyla o kuralın nedeni de belirtilmiyor.

Yorulmaz araştırmacı ve Avukat, DEÜ HF Öğretim Görevlisi Talih Uyar’ın özellikle Yargıtay içtihatlar derlemesi olarak çok değerli uygulamacılar için çok yararlı yapıtı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi’nde c. III (2. bsl., 2005) m. 53 altındaki açıklamalarda f. III kuralının nedeni belirtilmediği gibi, orada anılan Yargıtay kararlarından herhangi birinde de bu konuda açıklama bulunmamaktadır.

İsviçre'deki öğretiyapıtlarına gelince, Ünlü Carl Jaeger Şerhi (Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite, Petitmermet/Bovay Fransızca çevirisi, Librairie Payot, Lausanne/Genève 1920, m. 59 açıklama 10) şunu söylemekle yetiniyor: “[Murise karşı, onun ölümünden önce başlatılmış] tâkip, iflâsı amaçlıyor idiyse [iflâs yoluyla tâkip idiyse] onun mirasçılara karşı devam ettirilmesi kesin surette olanak dışı sayılmıştır; durum keza murisin ölümü gününde henüz bir haczin yapılmış olmadığı bütün tâkipler bakımından, yahut aslında haczin arada gerçekleşmiş bulunduğu ama diğer alacaklılar için bu hacze iştirak edebilmek için [İsviçre yasası m. 111'deki] sürenin (ölüm gününde) geçmiş bulunmadığı [haciz yoluyla] tâkipler için de durum böyledir [tâkip yalnız terekeye karşı sürdürülebilir, mirasçıya yöneltilemez]”

Adı geçen kitabın Walder/Kull/Kottmann tarafından işlenerek yayınlanmış 4. basımında (Zürich, Schulthess Verlag, 1997, m. 59 açıklaması) aynı şey söyleniyor, fazlası söylenmiyor.

Bu söylenenleri anlayabilmek için ve biraz sonra aktaracağımız, diğer bir İsviçre öğretiyapıtındaki açıklamayı anlayabilmek için İsviçre yasasında m. 59'un, bizdeki m. 53'den farklı olan metnine bakmak gerekir. O metin şöyle diyor:

Bir terekenin maruz kaldığı borç tâkibi, ölüm gününde ve onu izleyen beş gün boyunca, ayrıca yasanın [mirasçılara] mirası kabul etmek ya da reddetmek konusunda [bir karara varmak üzere] tanıdığı süreler boyunca ertelenir.

Ölümden önce başlamış tâkip, m. 49'a uygun yolda terekeye karşı [terekenin tüzel kişiliği varmış gibi] sürdürülebilir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bizde bulunmayan bu madde 49 şöyle diyor: “Tereke taksim edilmemiş, akitle bir bölünmeme ilkesi kabul edilmemiş veya bir resmi tasfiye kararı verilmemiş bulunduğu sürece, tereke, muris sağ olsa idi onun kendisine karşı tâkibin ölüm gününde yapılabileceği yerde ve onun hakkında uygulanabilecek tâkip usulüne göre [yani, muris iflâsa tâbi kişilerden idiyse, iflâs yoluyla da] tâkip edilir”. Dikkat edilirse görülür ki bu kural, **murisin ölümünden sonra da** onun terekesine karşı (terekenin tüzel kişiliği varmış gibi) tâkip başlatılmasına olanak tanıyor. Bizde ne bu madde, ne de sözü geçen olanak vardır.

Tâkibin mirasçuya karşı sürdürülmesi ancak bu tâkip rehinlerin paraya çevrilmesi için yapılan bir tâkip idiye veya, tâkip haciz yoluyla yapılmakta olduğu takdirde, m.110 [bizde İİK m.100] ve 111'de [bizde İİK m. 101] hacze iştirak için öngörülen süreler geçmiş bulunuyor iseler câizdir<sup>2</sup>.

Görülüyor ki, kaynak yasanın düzenlemesi, bizdeki düzenlemeden pek çok farklıdır; o yasa, murise karşı başlatılmış tâkibin ölümden sonra mirasçuya karşı sürdürülmesine, yalnız iflâs yoluyla başlatılmış tâkibin şimdi mirasçuya karşı aynı yolda sürdürülmesi bakımından değil; **ilke olarak, vaktiyle başlatılmış haciz yoluyla tâkibin şimdi mirasçuya karşı yine haciz yoluyla tâkip olarak sürdürülmesi bakımından dahi cevaz vermemektedir.** Bunun nedenini, Adrian Staehlin/Thomas Bauer/Daniel Staehlin tarafından yazılmış Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [Borç için Tâkip ve İflâs Hakkında Federal Kanun Üzerine Şerh] adlı şerhte (c. I, Basel 1998, m. 59, Açıklama 3) yazarlar şöyle açıklıyor: “Bu fıkrayla [f. III ile] yasa koyucu, mirasçıları, İsvMK m. 560 [Türk MK m. 599]’daki kişisel sorumluluk ve İsvMK m.603’deki [Türk MK m. 641] müteselsil sorumluluk ilkelерinin sonuçlarına karşı korumak istemektedir”. Yâni, kendisine karşı tâkip yapılmış ve kendisine o tâkip içinde itiraz öne sürmek olanağı tanınmış olmayan bir mirasçuya karşı, vaktiyle kendi murisinin ona (murise) karşı yapılmış tâkipte düştüğü durumun kullanılmasını, tâkibin gelmiş olduğu aşamadan başlayarak sürdürülmesini, örneğin muris vaktiyle itiraz süresini itirazsız geçirerek tâkibin kesinleşmesine, tâkip alacaklısına haciz isteme yetkisi gelmesine yol açmış idiye tâkip alacaklısının şimdi tâkibi mirasçuya karşı sürdürerek onun malına haciz koydurabilmesini engellemek iste-

<sup>2</sup> Dikkat edelim: Murise karşı başlatılmış bir iflâs tâkibinin, sonradan muris ölünce onun mirasçısına veya mirasçılara karşı sürdürülmesi olanağını yasa hiç tanımıyor. Demek ki, başlatılmış bir iflâs tâkibi dahi yok iken ve başka çeşit tâkip başlatılmışken o başka çeşit tâkibin mirasçuya/mirasçılara karşı iflâs yoluyla sürdürülmesini yasa koyucunun evleviyetle yasakladığı kendiliğinden anlaşılır. Belli ki, İsvİİK m. 59 kısmen değiştirilmekle bize İİK m. 53 olarak alınırken bizim İİK m. 53 f. III bu anlayışa göre kaleme alınmıştır; yoksa bizdeki metnin getirdiği kuralın anlamı ve varsa yararı idrak edildiğinden değil.

mektedir. Ama aslında mirasçının kişisel ve müteselsil sorumluluğu bâkidir, ona karşı yeni bir tâkip yapılabilir; ne var ki, bu yeni tâkipte o kişi itirazda bulunmak imkânına sahip olacaktır.

Şimdi, onlardaki kuralı ve bu kuralın hangi mantığa dayandığını, hangi amaca hizmet ettiğini öğrendik. Gelelim bizim bir hayli farklı olan kuralımızın hiçbir öğretisi yapıtında bulamadığımız konuların nedeninin ne olabileceğini, özellikle de bizim m. 53 f. III'deki sınırlamanın herhangi bir yararı, gereği olup olmadığını düşünmeye. Bizim kuralımız onlarınkinden çok farklı; çünkü murise karşı başlamış tâkibi, ona (murise) karşı getirilebilmiş olduğu aşamadan başlayarak, bir veya birkaç mirasçıya veya tüm mirasçılara karşı, onların kişisel malvarlıklarını da haczedecek surette, sürdürmeye olanak tanıyor.

İşte bu sakıncayı gidermek için gerekli önlemi bizde Yargıtay içtihatları almaya çalışmıştır. Gerçekten, Yargıtayımızın birçok kararı, tâkip böyle mirasçıya/mirasçılara yöneltilince onlara karşı yeniden ödeme emri gönderilmesini gerekli sayıyor ve böylece onları itirazda bulunmak olanağına kavuşturuyor<sup>3</sup>.

Asıl konumuza dönelim. Biz, sistemimizde bir diğer aksaklık görmüş olabileceğimizi; yâni tâkip alacaklısının murise karşı vaktiyle başlattığı tâkibi (haciz veya iflâs tâkibi) sürdürüp sonuna kadar yürüttükten sonra eğer sonuçta alacağının bir bölümünü alamamış (veya hiç para alamamış) idiyse, kendisine karşı murisin bu bakiye borcundan dolayı kişisel malvarlığıyla dahi sorumlu olan mirasçıya/mirasçılara karşı icra tâkibi yapabileceğine ve mirasçı iflâsa tâbi kişilerden idiyse bu tâkibini iflâs yoluyla da yapabileceğine göre; murisin sağlığında murise karşı başlamış tâkibi onun

<sup>3</sup> Uyar, m. 53 altında s. 3718'de anılan 12. HD 25.12.1997 günlü, E. 14389 K. 14549 sayılı karar; aynı sayfadaki 12. HD 30.6.1994 günlü E. 7712 K. 8900 sayılı karar; s. 3718-3719'deki 12. HD 27.2.1992 günlü, E. 91/6424 K. 1030 sayılı karar; s. 3719-3720'deki 12. HD 9.10.1980 günlü, E. 4428 K. 7481 sayılı karar. Ancak, mirasçılara yeni ödeme emri gönderilmesi gerekmediği ve muris zamanında tâkip itiraz edilmeyerek kesinleşmiş idiyse ölüm üzerine mirasçılara yöneltilen tâkip mirasçının mallarının haczettirilebileceği doğrultusunda içtihat da vardır (Uyar, m. 53 altında s. 3717'deki 12. HD kararı, 11.3.2002, E. 3597 K. 4903; s.3717-2-3718'deki 12.HD kararı, 12.2.1981, E. 885 K. 1325).

ölümü üzerine mirasçılara karşı haciz yoluyla devam ettirmesi (bizde kayıtsız olarak) mümkün olduğu halde iflâs yoluyla devam ettirmesi neden mümkün olamıyormuş, şimdiki sınırlamanın gereği ve yararı var mıymış, bunun yanıtını bulmağa çabalamaktaydık. Öğreti yapıtlarında bu konuda açıklama bulamadık; öyleyse kendi bilgilerimizin ışığında, aradığımız açıklamayı görmeye, bulmaya çalışalım.

Konu üzerinde düşününce, anımsıyoruz ki, eski tâkip murise karşı iflâs tâkibi idiye bu tâkibin mirasçıya/mirasçılara karşı yine bir iflâs tâkibi olarak sürdürülmesi mümkün olsaydı, a. İki iflâs sürecinin yürütülmesinde yasaya kesinlikle ters düşen bir **çok başlılık** ortaya çıkardı; b. Murisin alacaklıları mağdur edilirdi. Çünkü:

Murise karşı başlatılmış iflâs tâkibi, bütün iflâs tâkipleri gibi, ticaret mahkemesinde iflâs dâvası açılması ve iflâs hükmünün verilmesi aşamasından geçmek zorundadır; bu yapılmadan daha ileri aşamalara geçilemez. Birinci tâkip bu aşamadan geçmiş ve iflâs hükmü çıkmış idiye artık tâkibi başlatmış ve sonra da iflâs dâvasını açmış alacaklının tâkibi yönlendirmek konusunda hiçbir imkânı, sıfatı, yetkisi kalmaz; o kişi, artık, “Ben şimdiki tâkibi mirasçıya/mirasçılara yönelttim, tâkip onlara karşı sürecektir” diyemez. Demek ki onun tâkibi mirasçıya/mirasçılara yöneltmek yetkisi ancak muris hakkında iflâs hükmünün çıkması öncesinde olabilirdi. Ama bu aşamada o, “Tâkibi mirasçılardan Mithat’a yönelttim” diye icra dairesine (dosya, iflâs dâvası açılıncaya kadar, hâlâ icra dairesindedir) dilekçe verse ve aynı tâkip bir yandan murisin terekesine karşı yürütülürken bir yandan da mirasçı Mithat iflâs yolu ile tâkibin yeni tâkip borçlusu olsa, tâkip alacaklısının hem tereke hakkında hem de Mithat hakkında iflâs hükmü isteyip alması gerekirdi. Bu işi bir tek dâvada ikisini birden hasım göstererek yapamaz; ortada ne zorunlu pasif dâva arkadaşlığının ne de ihtiyarî pasif dâva arkadaşlığının dayanağı vardır. Demek ayrı ayrı iki iflâs dâvası açılması gerekirdi; oysa bir tek iflâs tâkibi içinde iki ayrı iflâs dâvası açılması sistemimizin asla tanımadığı bir haldir. Diğer yandan ve daha önemlisi, böyle birşey mümkün olabilseydi bile iki ayrı iflâs hükmü sonrasında sanki ortada iki iflâs masası varmış

gibi, ilk hükümle müflis olan terekenin alacaklıları ayrı, ikinci hükümle müflis olan mirasçının alacaklıları ayrı ayrı alacaklılar toplanmaları yapmalı idiler, bu toplantılar sonrasında ayrı ayrı iki iflâs idaresi seçilmeli idi. Gerçekten ne tereke alacaklılarının (mirasçının alacaklıları dışlanarak) mirasçının borçlarını da tasfiye edecek alacaklılar toplanmaları yapmak, iflâs idaresi adaylarını seçmek yetkisi olabilir ne de mirasçının alacaklılarının sanki hepsi aynı zamanda terekenin alacaklısı imiş gibi terekenin borçların tasfiye edecek süreçte alacaklılar toplanmalarının işlevlerini yalnızca kendileri yürütmek, iflâs idaresi adaylarını yalnızca kendileri seçmek yetkileri olabilir.

Böylece, “abese irca” denen yöntemle, **müflise karşı başlamış iflâs tâkibinin**, yasada İİK 53 f. III kuralı olmasaydı bile, mirasçıya/mirasçılara karşı iflâs tâkibine dönmesinin imkânsızlığını ortaya koyduk.

Aynı imkânsızlık, bir diğer gerekçeyle de ortaya konabilir. Murise karşı başlamış iflâs tâkibi, sonradan müflis ölünce terekenin sorumluluğu bâki kalmak (yâni terekenin malvarlığı iflâs tasfiyesine tâbi tutulmak) kaydı ile mirasçıya/mirasçılara karşı da yürütülebilecek denirse (veya, denebilseydi) aynı tasfiye süreci içinde hem tereke malvarlığı hem de mirasçının/mirasçıların malvarlığı, iflâs tasfiyesine tâbi olacak, iflâs alacaklılarının alacaklarının (hem tereke alacaklılarının, hem de iflâs yoluyla tâkip edilen mirasçının/mirasçıların alacaklılarının) tatmini için değerlendirilecekti. Oysa, murisin ödenmemiş alacaklarının alacaklılarının istisnasız hepsi, mirası reddetmemiş mirasçının/mirasçıların da alacaklısıdır ve alacağının tatmini için ona/onlara karşı icra kovuşturması yapılabilir ama; mirasçının/mirasçıların alacaklılarının hiçbiri sırf bu sıfatları sebebine **tereke malvarlığının bütünü üzerinde** bir tatmin edilme yetkisinin sahibi değildir; onlar ancak kendi borçlusu olan mirasçının payına düşecek miras tasfiyesi bölümü üzerinden, mirasçıya karşı olan alacaklarının tatmin edilmesini isteyebilirler. Oysa yürütülen iflâs süreci tektir; anımsanmalı ki alacaklının murise karşı vaktiyle başlattığı iflâs yoluyla tâkibi, **o tâkibi, mirasçıya/mirasçılara karşı sürdürmesi câiz mi sorununu** incelemekte-

yiz. Bu tek tâkip/tek süreç içinde tek iflâs idaresinin el atabildiği, iflâs masasına dahil malların tümünün hasılatı bir havuz oluşturacak ve masrafların, vergilerin vesairenin çıkmasından sonra o tek olan iflâs masasının bütün alacaklıları o havuza giren hasılattan tatmin edileceklerdir. Ama böyle birşey yapılırsa, demek ki, iflâs tâkibini başlatan alacaklının sonradan müflis ölünce aynı tâkibi mirasçıya/mirasçılara (mümkün olsaydı) yöneltmesi yüzünden, murisin terekesi aktiflerinin paraya çevrilme hasılatından yalnız murisin alacaklıları değil mirasçının alacaklıları da nasiplenecekti. Oysa, tereke malvarlığının tereke alacaklılarını tatmin için tasfiyesinde, MK m. 603'e göre, "Tereke alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının haklarından; vasiyet alacaklılarının hakları da mirasçıların alacaklılarının haklarından önce gelir"; yâni, bu tasfiye sırasında tereke alacaklıları alacaklarını tümüyle tahsil etmedikçe mirasçıların alacaklıları, mirasçının tereke aktifi bölüşülmesinde alacağı payı haczetmek diye bir yetkiye sahip olamaz, çünkü tereke aktifi tereke borçlarını tasfiye etmeğe yetmemiştir ki mirasçılara aktiften birşeyler kalabilecek olsun. Bu kural varken, mirasçıların alacaklılarının da (mirasçının malvarlığı aktiflerinin yanı sıra) murisin terekesi aktiflerinden dahi kendi alacaklarının tatmini için tereke alacaklılarıyla aynı ölçüde hak sahibi olarak yararlanabileceğini söylemek mümkün değildir.

Sonuç olarak; murisin sağlığında ona karşı başlamış bir iflâs tâkibini, onun ölümü sonrasında terekeye karşı yürür duruma gelmişken, tâkip alacaklısının tercihi ve başvurusu üzerine mirasçıya/mirasçılara karşı bir iflâs tâkibine çevirmek, mümkün olsaydı, çok yönden yasa kurallarına aykırı olacaktı.

Murisin sağlığında ona karşı başlatılmış bir haciz yoluyla tâkibi, onun ölümü sonrasında terekeye karşı yürür duruma gelmişken tâkip alacaklısının tercihiyle (iflâsa tâbi olan) mirasçıya/mirasçılara karşı bir iflâs tâkibine çevirmek seçeneğinin yokluğu ise çok daha kestirme yoldan ortaya konabilir. Böyle bir dönüştürme câiz ise, murise karşı başlamış tâkip de iflâs tâkibine dönüşmeli idi; çünkü ortada bir tek tâkip vardır ve eskiden terekeye karşı yürürken şimdi mirasçıya/mirasçılara (da) yöneltmiştir (tereke mal-



varlığı aktifinin bu faraziyede tasfiye dışında kalacak olmadığı apaçıktır). Oysa, ortada tek tâkip olunca, aynı tâkip terekeye karşı haciz yoluyla, mirasçıya/mirasçılara karşı iflâs yoluyla yürütülemez. Terekeye karşı eski haciz tâkibini yine terekeye karşı iflâs tâkibine çevirmek İİK m 43 f. II'ye göre mümkündür ama bu tâkibi bir de (tereke malvarlığının yanı sıra) mirasçıya/mirasçılara karşı yöneltilmiş bir iflâs tâkibine dönüştürmek yukarıda anlatılan yasa-ya aykırılıkları, sakıncaları aynen doğururdu.

## KAYNAKÇA

**ANSAY:** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. basım, Ankara 1960.

**BELGESAY:** İcra ve İflâs Hukuku, Sentetik Bölüm, c. II, İstanbul 1953.

**BERKİN:** Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.

**JAEGER, C.:** Commentaire de la loi Fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Fransızcaya çev. Petitmermet – Bovay), Lausanne – Genève 1920.

**JAEGER, C. – WALDER – KULL – KOTTMANN:** Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. basım, Zürich 1997.

**KURU:** İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971.

**KURU:** İcra ve İflâs Hukuku, c. I, 3. basım, İstanbul 1988; c. III, 3. basım, İstanbul 1993.

**KURU – ARSLAN – YILMAZ:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 21 basım, Ankara 2007; 22 basım, Ankara 2008.

**PEKCANITEZ – ATALAY – ÖZEKES:** İcra ve İflâs Hukuku, 5. basım, Ankara 2007.

**POSTACIOĞLU:** İcra Hukuku Esasları, 4. basım, İstanbul 1982.

**STAEHLIN, A. – BAUER – STAEHLIN, D.:** Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, c. I, Basel 1998.

**UYAR:** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, c. III, 2. basım, Ankara 2005.

**ÜSTÜNDAĞ:** İcra Hukukunun Esasları, 3. basım, İstanbul 1982.

# YABANCI UNSURLU SÖZLEŞMELER İÇİN VERİLEN AYNI TEMİNATLARIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ\*

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK\*\*

## ÖZET

Bu tebliğ metninde yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde aynı teminat alınırken ve bu aynı teminatların paraya çevrilmesi için icra takibi yaparken dikkat edilmesi gereken hususlar irdelenmiştir.

## ABSTRACT

*In this paper, factors that should be taken into consideration in obtaining security interests in international commercial contracts, and relevant foreclosure proceedings are examined.*

**Anahtar Kelimeler:** Yabancı unsurlu sözleşmeler, aynı teminat, paraya çevirme, ipotek, yetki şartı, tahkim şartı, yabancı para, faiz, iflâs takibi, icra takibi

---

\* Alman - Türk Ticaret ve Sanayi Odası - Ekonomi Hukuku Seminerleri (03.11.2010) kapsamında "Uluslararası Sözleşmelerde Teminatlar" konu başlığına ilişkin olarak sunulan tebliğ.

\*\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi, e-posta: abudak@yeditepe.edu.tr

**Keywords:** *Hypothec, arbitration clause, foreclosure, collateral security, interest, foreign element, foreign currency, jurisdiction clause, bankruptcy proceedings, execution proceedings*

\*\*\*

## **I. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde aynı teminat alınırken dikkat edilecek hususlar**

### **A. Yabancı para ipoteği alınması**

Yabancı para üzerinden ipotek kurulması, ilk olarak 1990 yılında, Medeni Kanun'a 3678 sayılı Kanunla eklenen 766/a maddesi ile mümkün hale gelmiştir. O tarihte bu imkân sadece "vadesi beş yıl ve daha fazla olan dış kaynaklı krediler" tanınmıştı.

Daha sonra, 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun yabancı para ipoteğinin uygulama alanını genişletmiştir. Bugün yürürlükte olan MK m. 851 hükmüne göre, yabancı para ipoteği "yurt içinde veya yurtdışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarıca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen" bütün krediler için kullanılabilir.

Ancak her yabancı para için yabancı para ipoteği kurulamaz. Hangi yabancı paralar üzerinden yabancı para ipoteği kurulabileceğini belirlemek yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiş olup, halen yabancı para ipoteği yalnızca "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca alım satım konusu yapılan döviz cinsleri üzerinden" kurulabilmektedir.<sup>1</sup>

Bu düzenlemeye göre, gerçek kişiler ve "kredi kuruluşu" olmayan tüzel kişiler yabancı para ipoteği alamazlar. MK m. 851 hükmünde kullanılan "kredi kuruluşu" teriminin anlamı açıktır. Bankaların "yabancı para üzerinden" veya "yabancı para ölçü-

<sup>1</sup> Taşınmazlar Üzerine Rehin Hakkı Kurulabilecek Yabancı Paralar Hakkında (2002/3813 sayılı) Karar, RG 23.03.2002, sayı 24704.

sü ile” kredi veren kredi kurumları kapsamında olduğuna tereddüt edilmez ise de, örneğin nakdi kredi kullandırmayan finansal kiralama şirketlerinin bu kapsamda olup olmadıkları tartışılabilir.

Her halde, faaliyet konusu “kredi kullandırma” olmayan ticaret şirketleri, mesela ihracat veya belirli bir hisse devri sözleşmesinden kaynaklanan yabancı para alacakları için, yabancı para ipoteği alamazlar.

## B. Yabancı alacaklıların ipotek işlemleri

Yabancı para üzerinden olsun, Türk parası üzerinden olsun, yabancı gerçek veya tüzel kişilerin ipotek alırken dikkate alınması gereken, Türk hukukuna özgü bazı noktalar bulunmaktadır. Çoğunlukla yabancı hukukçular tarafından hazırlanmış ayrıntılı sözleşmelerde bazen bu hususlar gözden kaçırılmaktadır.

Türk hukukunda taşınmaz rehninin geçerli olarak kurulabilmesi için, kural olarak, ipotek sözleşmesinin tapu sicil müdürlüğünde, resmi senet şeklinde düzenlenmesi ve ipotek hakkının tapu siciline tescili gerekir (MK m. 856). Tapu Kanunu, istisnaen, aralarında kamu kurumları ve bankaların bulunduğu bazı kurumların adı şekilde düzenledikleri ipotek sözleşmelerine dayanılarak da tapuya tescil talebinde bulunulabileceğini öngörmektedir (Tapu Kanunu m. 26/7). Ancak, bu istisnalar dışında, taraflar arasında imzalanan, resmi senet vasfında olmayan bir sözleşmede yer alan “ipotek verme taahhüdü” geçerli olmaz. Hatta “taşınmaz satış vaadi” sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılabilmesine rağmen (Noterlik Kanunu m. 60 ), “ipotek verme vaadi”ni içeren bir sözleşme noterde düzenlenmiş olmakla da geçerli değildir.

Türk-İsviçre Hukukuna ait bir özellik olan ve rehinli alacaklının ancak rehin açığı belgesi (Türk hukukunda geçici rehin açığı belgesi - İİK m. 150/f) aldıktan sonra haciz yoluna başvurabileceğini öngören “önce rehne başvurma” kuralı (İİK m. 45) da yabancı alacaklılar tarafından gözden kaçırılmaktadır. Bu bakımdan, önce rehne başvurma kuralının istisnalarından olan kambiyo senetlerine dayalı takip yolunun kullanılabilmesi için, mesela kredi ala-

caklarının her geri ödeme taksiti için bir bono düzenlenmesi yararlı olabilmektedir.

### C. İhracat alacakları için yurt içinde ipotek alınması

Yurt dışında ikamet eden kişilerin Türkiye'deki alacaklılarına karşı olan borçları için, yurtiçindeki taşınmazlar üzerinde ipotek kurulabilmektedir. Uygulamada bu durum, yurt dışındaki ithalatçının, Türkiye'deki ihracatçıya olan borçları için, Türkiye'deki bir üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde üst sınır ipoteği kurulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Bu türlü ipoteklerde, ipoteğin paraya çevrilmesi aşamasında önemli pratik güçlüklerle karşılaşılabilir. Bu güçlükler iki tanedir:

1) Yurtdışındaki asıl borçluya hesap kesimi veya muacceliyet ihbarının (MK m. 887), ödeme emrinin ve (ödeme emrine itiraz vaki olursa) itirazın iptali davası ile ilgili dava dilekçesinin tebliğ edilmesi gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 148/a maddesi, ipotek sözleşmesinin taraflarına (taşınmaz maliki ile alacaklıya) tapu sicili müdürlüğüne yurtiçinde bir tebligat adresi bildirmek zorunluluğu getirmiş ise de, asıl borçlu için böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Milletlerarası tebligat ise, söz konusu devlet ile aramızda tebligata ilişkin bir adli yardımlaşma anlaşması bulunsa bile, uzun zaman almaktadır.

2) Üst sınır ipoteğinde, borçlunun muamele merkezinin yurtdışında olduğu hallerde borçlunun ödeme emrine itirazını hükümden düşürmek güçtür. Çünkü, itirazın iptali davalarında, borçlu bir Türk şirketi ise, alacak miktarını kesinleştirmek için ticari defterlerle ispat usulü uygulamak kolay olduğu halde, ticari defterlerle ispat usulü, borçlunun yabancı olduğu hallerde kolaylıkla uygulanamamaktadır.

Bu güçlükleri bir ölçüde hafifletebilmek için başvurulabilecek yollardan biri, ithalatçılarla yapılacak sözleşmelerde, yurt için-

de ithalatçı adına tebligatı kabule yetkili bir üçüncü kişinin tayin edilmesi olabilir.

Tavsiye edilebilecek diğer bir usul ise, ithalatçılarla dönemsel olarak “hesap mutabakatı belgeleri” imzalamaktır. Bu hesap mutabakatı belgeleri, her bir belgenin düzenlendiği tarih itibariyle ithalatçının borçları rakam olarak tespit eder ve itirazın iptali davalarında delil teşkil edebilir.

#### D. İpotek sözleşmesine yetki şartı veya tahkim şartı konulabilir mi?

Yargıtay içtihatlarına göre, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip, kayıtsız şartsız borç ikrarı içeren bir ipotek sözleşmesine dayanıyorsa (borçluya icra emri gönderilecekse), takibin herhangi bir icra dairesinde başlatılması mümkündür (İİK m. 149 ve m. 34). Buna karşılık, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin kayıtsız şartsız borç ikrarı içeren bir ipotek sözleşmesine dayanmaması, yani ödeme emri ile yapılması halinde, ipotek sözleşmesine yetkili icra dairesini ve (itirazın iptali davası için) yetkili mahkemeyi belirleyen bir yetki şartı koymak yararlıdır (İİK m. 148, m. 50). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yabancı mahkemeyi yetkili kılan yetki şartının itirazın iptali davası için de geçerli olduğunu kabul etmiştir:

“... Borca itiraz üzerine, itirazın iptali yönünden genel hükümlere göre genel mahkemelerde dava hakkı kullanıldığında davalının yetki anlaşmasını öne sürerek, yetki itirazında bulunduğu, mahkemece 2675 sayılı Yasanın 31. maddesi uyarınca yetki şartının hukuken geçerli kabul edilmesi ve yetki itirazı nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir.”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> HGK 6.5.1998, 12-287/325, Nuray Ekşi, *Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları*, 3. Bası (İstanbul: Beta 2009), s. 63-70. Karar, 2675 sayılı MÖHUK döneminde verilmiştir. 2675 sayılı MÖHUK, 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’un 64. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 12.12.2007/26728). 5718 sayılı MÖHUK’un 47. maddesinde, yabancı

İpotek sözleşmesine, itirazın iptali davasının tahkimde görülmesi için bir tahkim şartı koymak da mümkündür. Yargıtay içtihatları evvelce itirazın iptali davası için tahkim yoluna başvurulmasını caiz görmemekte idi;<sup>3</sup> bugün ise bu içtihat değişmiştir. Yeni Yargıtay kararlarında ödeme emrine yapılan itirazın iptali için tahkim yoluyla başvurulabileceği ve hakemlerin, itirazında haksız çıkan borçlunun icra inkâr tazminatı ödemesine de karar verebileceği kabul edilmektedir; mesela:

“Davacı vekili, 4046 sayılı özelleştirme Yasası doğrultusunda Sinop Limanının işletme hakkının sözleşme ile davalıya devredildiğini, sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen davalının teslim tarihinden sonraki emlak vergilerinden sorumlu olduğu halde ödemediğini ve müvekkilinin ödemek zorunda kaldığını, davalının girilen icra takibine haksız itiraz ettiğini ileri sürerek, **itirazın iptaline, %40 inkâr tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.** - Davalı vekili, **İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'nin 37. maddesine göre, sözleşmenin uygulanmasından doğan her türlü ihtilafın tahkim yoluyla haledileceğinin kararlaştırıldığını belirterek tahkim itirazında bulunmuştur.** - Mahkemece süresinde yapılan tahkim itirazı nedeniyle ve davanın hakemde görülmesi gerektiği gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. - Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına (...) karar verildi.”<sup>4</sup>

mahkemeye yetki veren anlaşmanın şekli ve esasına ilişkin şartlar düzenlenmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesi, mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 31. maddesine paralel bir hüküm içermekle beraber, yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın şekli ve hangi hallerde yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kaldırılamayacağına ilişkin hükümleri yenidir.

<sup>3</sup> “Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyumsuzluğun hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığını bu nedenle icra takibine girişilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, hakemde **itirazın iptali** davası açamaz. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür. Hakem kararı bu nedenle bozulmalıdır.” 19. HD 14.12.2000, 5610/8669, legal.

<sup>4</sup> 19. HD 9.5.2005, 3574/5304, legal.

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)



“Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü ile davalı Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş. arasında enerji alışverişi konusunda sözleşme imzalandığı konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. - Davacı, 2003 yılı Nisan ayı enerji satışına ilişkin düzenlenen 5.2 nolu fatura bedelinin tahsili için icra takibi yapmış, davalının itirazı üzerine de itirazın iptaline ve %40 icra inkâr tazminatı istemiyle bu davayı açmıştır. - Davalı vekili, sözleşmenin 9. maddesinde “bu anlaşma hükümlerinin uygulanması esnasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkları tahkimde çözümleneceğinin” yazılı olduğunu, mahkemenin görevsiz olup, görevsizlik kararı verilmesini istemiştir. - Mahkemece, sözleşmenin 9. maddesinde anlaşma hükümlerinin uygulanması sırasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkların tahkimde görülüp çözümleneceğinin yazılı olduğunu, bu nedenle tahkim nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. - Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına (...) karar verildi.”<sup>5</sup>

“Taraflar arasındaki sözleşmenin ‘Uygulanacak Hukuk’ başlıklı 20.3. maddesinde ‘Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olacak ve bu Kanunlara göre yorumlanacak’ düzenlemesine yer verilmiştir. Bu sebeple temyiz konusu karar HUMK. nun 533. maddesinde sayılan nedenlerle, kanun ve sözleşme hükümlerine aykırılıklar halinde bozulabileceğinden, dosya ve tarafların temyiz nedenlerinin bu doğrultuda tetkiki gerekli görülmüştür. - (...) Sözleşmenin 15.8. maddesinde ‘hisse devri veya ihracı (ekte sayılan hissedarlara mevcut hisseleri oranında yeni hisse ihracı hariç) ve bu hisselerle bağlı haklardaki değişiklikler lisans verenin ön yazılı onayına tabi olacaktır.’ düzenlemesine yer verilmiştir. Sözleşmenin 15.8. maddesindeki bu düzenleme davalı şirket ortakları arasındaki pay devirlerini de içerir. Bu sebeple davalı şirketin ortakları arasındaki pay devri de sözleşmenin 16. (XVI.) maddesine göre fesih nedenidir. Davacı tarafın onayını almadan davalı şirketin ortakları arasındaki pay devri sebebiyle davacı tarafça sözleşme feshedildiğinden, davacı şirket fesihte haklıdır. Yapılan pay devrinin daha sonra eski hale döndürülmüş olması sözleşme-

<sup>5</sup> 19. HD 20.1.2006, 2005-3125/2009, legal.

nin feshini ve davacının haklılığını etkilemez. Hakemlerce bu devrin ve sözleşmenin 15.8. maddesi yanlış değerlendirilerek davacı şirketin fesihle kusurlu kabul edilmesi doğru olmamıştır. - Hakem Heyeti adli mercilerin üzerinde yetkili bir mercii olmadıkları gerekçesiyle itirazın iptali ve icra inkâr tazminatı istemleri bakımından karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek, açılan davayı alacak olarak değerlendirmişler, bu biçimde karar oluşturmuşlardır. **Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkilidirler.** Bu durum gözden kaçırılarak davanın alacak davası olarak kabul edilip, bu biçimde sonuçlandırılması da hatalı olmuştur. - Hakem kararının bu sebeplerle bozulması gerekmiştir.”<sup>6</sup>

## II. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde aynı teminatların paraya çevrilmesi için takip yaparken dikkat edilecek hususlar

### A. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapan alacaklının teminat yatırma zorunluluğu

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibi yapan alacaklı yabancı ise “takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanlarını karşılamak üzere” teminat yatırmalıdır (MÖHUK m. 48). Teminatın tutarını icra müdürü tayin eder (MÖHUK m. 48’e kıyasen); mesela:

“HUMK.nun 97 ve MÖHUK.nun 32. madde hükümleri gereğince icra takibi yapan yabancı kişilerin yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere bir teminat göstermek zorundadır. Bu husus takip yapmanın ön koşulu olup, Mahkemece re’sen gözetilir. Borçlu tarafından bu husus şikâyet konusu yapıлып ileri sürüldüğüne göre yasa hükümleri çerçevesinde araştırma yapıp takip yapan alacaklının teminat gösterme zorunluluğu olup olmadığı tespit edildikten sonra oluşa-

<sup>6</sup> 15. HD 3.4.2008, 262/2138, legal.

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

cak sonuca göre bir karar vermek gerekirken bu hususta icra müdürlüğüne yapılmış bir müracaat olmadığından bahisle talebin reddi isabetsizdir.”<sup>7</sup>

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin içtihadına göre, icra müdürü, teminat yatırmayan yabancı alacaklının takip talebini hemen reddetmemeli; teminatın yatırılması için alacaklıya uygun bir süre tayin etmelidir:

“Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki 2675 Sayılı Kanunun 32. maddesinde [5718 sayılı (yeni) MÖHUK m. 48] açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. **Mahkeme dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir. Bu hükmün re’sen nazara alınması icap eder. Yasada öngörülen (mahkeme) teriminin icra takipleri için (icra dairesi olarak) anlaşılması gereklidir.** - Somut olayda borçlu vekilinin icra müdürünün yukarıda açıklanan kurallara uygun davranmadığı yönündeki başvurusu şikâyet niteliğinde olup icra mahkemesince incelenmelidir. Kaldı ki genel haciz yolu ile başlatılan takibe itiraz eden borçlunun itiraz nedenlerini ayrıca icra dairesine bildirdiği görülmektedir. O halde, **mahkemece anılan konuda karşılıklılık esası olup olmadığı araştırılmalı, karşılıklılık esası yolu ise alacaklıya gerekli teminatın yatırılması konusunda icra dairesince uygun mehil verilmesi gerektiğine değinilerek şikâyet sonuçlandırılmalıdır.**”<sup>8</sup>

İcra müdürünün yabancı alacaklıdan teminat almadan takip muamelelerine başlaması halinde, borçlu şikâyet yoluna gidebilir (İİK m. 16/2). İcra müdürünün tayin ettiği teminat tutarının hadiseye uygun olmadığı hakkındaki muhalefet de, şikâyet yoluyla icra mahkemesine yapılabilir (İİK m. 16).

<sup>7</sup> 12. HD 10.5.2007, 6674/9444, legal. Bu Yargıtay kararı üzerine ilk derece mahkemesince verilen direnme kararı, Hukuk Genel Kurulu tarafından (12. HD kararının isabetli olduğu gerekçesiyle) bozulmuştur: HGK 6.2.2008, 12-97/115, legal.

<sup>8</sup> 12. HD 25.11.2008, 17332/20937, Legal Hukuk Dergisi 2009/2, s. 556-557; aynı yönde: 12. HD 1.4.2004, 3229/7831, www.yargitay.gov.tr.

HUMK'a göre, davacı yabancı ülkede ikamet ediyorsa, yabancı olmasa bile, davalının talebi üzerine, yargılama giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanlarını karşılamak üzere teminat yatırmak zorundadır. Ancak, bu zorunluluk davalar için geçerli olup, icra takiplerini kapsamaz (HUMK m. 97-100). Ayrıca, HUMK'ndaki teminat zorunluluğu ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir; MÖHUK'taki (yabancılık sıfatına bağlı) teminatın aksine re'sen dikkate alınmaz.<sup>9</sup>

Alacaklı, gerek MÖHUK'taki gerek HUMK'ndaki teminat zorunluluğundan, karşılıklılık esasına göre, muaf tutulabilir (HUMK m. 97/2, MÖHUK m. 48/2). Teminat gösterme zorunluluğunu ortadan kaldıran çok sayıda iki taraflı milletlerarası antlaşmamız bulunmaktadır;<sup>10</sup> bu konudaki en önemli çok taraflı milletlerarası antlaşma ise Türkiye'nin de taraf olduğu 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşme'dir.<sup>11</sup>

### B. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin yabancı para üzerinden yapılması<sup>12</sup>

Yargıtay içtihatlarına ve İİK'nun 4949 sayılı kanunla değişik 58. maddesinin 3. bendine göre, yabancı para üzerinden icra takibi ve bu meyanda ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> HUMK m. 96 vd.'ndaki teminat zorunluluğu ile MÖHUK'taki teminat zorunluluğuna uyulmamasının sonuçları arasındaki farklar için bkz. Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (İstanbul: Beta 2009, s. 122, dipnotu 210).

<sup>10</sup> Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi'nin teminat gösterme zorunluluğundan muafiyet ile ilgili hükmünün uygulanması hakkında bkz. 11. HD 18.5.2010, 2008-10422/5533, legal.

<sup>11</sup> RG 23.5.1972, sayı 14194.

<sup>12</sup> Buradan sonraki açıklamalar yazarın *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (İstanbul: XII Levha Yayınları 2009) başlıklı kitabının 138 ila 142. Sayfalarında yer alan bilgilerin güncelleştirilmiş halinden ibarettir.

<sup>13</sup> Olması gereken hukuk ve İİK m. 58, bent 3 hükmünün 4949 sayılı kanunla değiştirilmesinden önceki durum için bkz. Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul ve YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

İpoteğinin yabancı para üzerinden kurulduğu hallerde (MK m. 851, fıkra 2-4), yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceğinde kuşku yoktur. Esasen, anapara ipoteğinde, ipotek tutarı ve ipotekle güvence altına alınan alacak tapu siciline aynı para birimi ve aynı rakamla tescil edileceğinden, alacağın ve ipotek tutarının farklı para birimleriyle ifade edilmiş olması ihtimali ile karşılaşılmaz.<sup>14</sup> Buna karşılık, üst sınır ipoteğinin Türk parası üzerinden kurulduğu hallerde, üst sınır ipoteği ile güvence altına alınan sözleşmeden (örneğin, banka kredi açma sözleşmesi kapsamında verilen bir krediden) doğan alacağın, yabancı para alacağı olması mümkündür. Bu son durum ile ilgili olarak Yargıtay, ipotekle güvence altına alınan alacak yabancı para alacağı olsa bile, ipotek üst sınırı Türk parası olarak gösterilmiş ise, yabancı para üzerinden takip yapılamayacağına karar vermiştir:

“Takibin dayanağı olan ipotekler Türk Lirası karşılığında yapılmış ve ipoteği paraya çevrilmesi yolu ile borçlular hakkında takibe geçilmiştir. Alacağın muayyenlik ilkesine ve anaparanın tür ve miktar olarak değiştirilmesinin söz konusu olmayacağına göre, alacaklının kredi sözleşmesindeki yabancı para birimini esas alarak takibe başlaması yasaya aykırıdır. Ancak, mercice ipotek akit tablolarındaki Türk Lirası limiti esas alınarak borçlunun sorumluluğunun tespit edilmiş olduğu için yukarıdaki eksiklik bozma nedeni yapılmamıştır.”<sup>15</sup>

*İcra-İflas Hukukunda - Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası (Ankara: Yetkin, 1998), s. 151 – 157; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 181.

<sup>14</sup> Anapara ipoteğinin Türk parası, alacak tutarının ise eski Alman Markı ile ifade edilmiş olduğu (kanuna aykırı) bir örnekle karşılaşan 19. Hukuk Dairesi, böyle bir durumda, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin ancak Türk parası üzerinden yapılabileceğine karar vermiştir: “BK nun 83. maddesine 3678 sayılı Yasa ile eklenen fıkra ile yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı bu borcu vâde veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir. (...) Ancak, taraflar arasında mevcut kredi sözleşmesi yabancı para (DM) üzerinden düzenlenmiş olmasına karşın ipotek MK.nun 766/a maddesinde öngörüldüğü şekilde yabancı para ipoteği olarak tesis edilmediğinden, davacının Türk parası üzerinden takibe geçmesi zorunludur.” 19. HD 21 Eylül 2000, 2837/5953, *YKD* Cilt 27 (2001), sayı 6, s. 888-889.

<sup>15</sup> 12. HD 16.09.2003, 13982/17750, 1554, *YKD* Cilt 29 (2003), sayı 10, s. 1554.

Para alacaklarının tahsili için yapılan diğer takip çeşitlerinde olduğu gibi, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de, icra veya ödeme emrinin düzenlenmesi, taşınmaza değer biçilmesi, asgari ihale bedelinin tespiti, ihalenin yapılması ve sıra cetvelinin düzenlenmesi gibi işlemlerin düzenli şekilde yapılabilmesi için, bütün bu işlemlerde Türk parası üzerinden tespit edilen kural olarak tek bir değer kullanılması gerekir. Bu gereklilik, ilmi ve kazai içtihatlar da kamu düzenine ilişkin olarak görülmektedir.<sup>16</sup> Mesela:

“BK’nun 83. maddesinde 3678 sayılı Kanunla eklenen son fıkraya göre ‘yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir’. Ancak İİK’nun 58/3. maddesine göre alacağın Türk parası ile tutarının takip taleplerinde gösterilmesi zorunludur. Aynı zorunluluk, ödeme emri için de geçerlidir. İncelenen takip taleplerinde ve ödeme emrinde söz konusu yasa hükmünün yerine getirilmediği görülmüştür. Bu noksanlık kamu düzeni ve devletin hükümlerle hakları ile ilgili olup, takibin her safhasında doğrudan doğruya göz önünde tutulmalıdır.”<sup>17</sup>

Öte yandan, Borçlar Kanunu “yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir” (BK m. 83, fıkra 3) hükmünü içermektedir. Alacaklıya bu hüküm ile tanınan “vade veya fiili ödeme günündeki rayicelerden birini seçme” imkânının fiilen değer taşıyabilmesi için, bu imkânın ödeme talebinin icra takibi yoluyla yöneltmesi halinde de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

İİK’nın 58. maddesinde 2003 yılında yapılan 4949 sayılı Kanun değişikliği ile, yabancı para alacağı üzerinden takip yapılabileceği kanun hükmüyle kabul edilmiş; yabancı para alacağı için yapı-

<sup>16</sup> Bkz. Pekcanitez, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda - Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, s. 151 – 157; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 181; Kuru / Arslan / Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 21. Bası, s. 123.

<sup>17</sup> 12. HD 30.01.2007, 2006-23502/1423, Oskay / Koçak / Deynekli / Doğan, *İİK Şerhi*, 1. Cilt, s. 951 – 952; aynı yönde 12. HD 20.10.2006, 16307/19775, *age*, s. 953-954; HGK 24.09.2003, 12-480/485, *age*, s. 948.

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

lan takiplerde “alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi”nin takip talebinde belirtilmesi öngörülmüştür.

İİK’nın bugünkü hükümleri dikkate alındığında, katıldığım ve Yargıtay içtihatlarında da benimsenen görüşe göre, yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla (veya haciz ya da iflas yoluyla) takip yapan alacaklının takip etmesi gereken usul şudur: Alacaklı, yabancı para alacağını takip talebinin icra dairesine verildiği günkü Merkez Bankası (efektif satış) kuru üzerinden Türk parasına çevirir ve takip talebinde, alacağını “fiili ödeme gündeki Türk parası üzerinden” talep ettiğini beyan etmekle birlikte, talep tarihindeki Türk parası karşılığını da belirtir. Uygulamada, takip talebinde belirtilen bu Türk parası tutar bazen “harca esas değer” başlığı altında gösterilmekte ve Yargıtay bu şekilde düzenlenen takip talebini geçerli saymaktadır;<sup>18</sup> mesela:

“İİK’nun 58/3. maddesinde, takip talepnamesinde alacağın Türk parası olarak karşılığının talep edilmesi gerektiği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Bu hükme aykırı davranılması kamu düzeni ile ilgili ve devletin hükümlerine haklarına ilişkin olması nedeniyle re’sen gözetilecek ve takibin iptalini gerektirecek hususlardandır. Ancak, gerek takip talepnamesinde ve gerekse ödeme emrinde yabancı para alacağının Türk Lirası karşılığı (harca esas değer) başlığı altında gösterilmiştir. Dairemizin istikrarla uygulanan içtihatlarına göre takip talepnamesinde yabancı para alacağının harca esas değerinin gösterilmiş bulunması İİK’nun 58/3. maddesindeki koşulun yerine getirilmesi yönünden yeterli kabul edilmektedir.”<sup>19</sup>

“Mahkemece, davalılara gönderilen ödeme emrinin yabancı para üzerinden düzenlendiği, İİK’nun 58. maddesi gereğince takip talebinde alacağın ve istenilen tazminatın Türk parası ile tutarının gösterilmesi gerektiği, davalılar aleyhine usulüne uygun bir takip bulunmadığı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir. - Borçlar Kanunu’nun 83. maddesine 3678 sayılı Kanunla eklenen son fıkraya göre ‘Yabancı Para borcu-

<sup>18</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Bası, s. 109.

<sup>19</sup> 12. HD 23.01.2007, 2006-23462/859, Oskay / Koçak / Deynekli / Doğan, *İİK Şerhi*, 1. Cilt, s. 952; aynı yönde: 12. HD 27.3.2007, 3410/5779, legal.

nun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı bu borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk Parası ile ödenmesini isteyebilir', ancak İİK'nun 58/3. maddesine göre alacağın Türk parası ile tutarının takip taleplerinde gösterilmesi zorunludur. Aynı zorunluluk, İİK'nun 60/1. maddesi gereğince ödeme emri için de geçerlidir.”<sup>20</sup>

İpoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili olarak yukarıda sayılan (ödeme emrinin düzenlenmesi, değer takdiri, asgari ihale bedelinin tespiti gibi) işlemler yapılırken takip talebindeki bu Türk parası değer esas alınacaktır; mesela:

“Yapılan takipte İİK. nun 58/3. maddesi gereğince yabancı para alacağının YTL. karşılığı gösterilmiş ise de, İİK. nun 60. maddesine aykırı olarak ödeme emrinde anılan zorunluluk yerine getirilmemiştir. Kamu düzenine ait bulunan bu eksiklik sebebiyle Mahkemece ödeme emrinin iptal edilmesine karar vermek gerekirken işin esası incelenerek yazılı biçimde sonuca gidilmesi isabetsizdir. (HGK. nun 12.05.1999 gün ve 1999/12-271 E. - 1999/301 K.)”<sup>21</sup>

Ancak, icra veznesine (satış veya borçlunun ödemesi sonucu) giren paranın alacaklıya ödenmesi sırasında, “fiili ödeme” tarihi olan bu tarihteki Merkez Bankası kuru esas alınarak ödeme yapılacaktır. Alacaklının icra dairesinden aldığı parayla, alacağına eşit tutarda yabancı para satın alabilmesi için, icra dairesinin bu ödemeyi yaparken de efektif satış kurumu esas alması gerekir.<sup>22</sup>

### C. Yabancı para üzerinden takipte faiz talebi

Faiz oranları hakkında yedek hukuk kuralları içeren Kanuni Faiz ve Temerrüd Faizi Hakkında Kanun, temerrüd faizi oranlarını, Türk parası alacakları için, ticari işler ve ticari iş niteliğinde olma-

<sup>20</sup> 6. HD 17.11.2008, 11191/12718, legal.

<sup>21</sup> 12. HD 12.06.2006, 9983/12557, legal

<sup>22</sup> M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, 5. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006), s. 236.

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*



yan (adi) işler bakımından ayrı ayrı belirlemiştir.<sup>23</sup> Buna karşın yabancı para borçları için, ticari iş – adi iş ayırımı yapmaksızın, “Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı”nı, temerrüd faizi oranı olarak kabul etmiştir.<sup>24</sup>

Yargıtay kararlarına göre, Devlet bankalarının yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı tespit edilirken, TCMB’ndan alınan genel nitelikteki bilgilere itibar edilmemeli; Devlet bankalarının fiili uygulamaları, bankalardan tek tek sorulmak suretiyle tespit edilmelidir. Mesela:

“... 3095 sayılı Yasa’nın 4/a maddesine göre, kamu bankalarının o yabancı para üzerinden açtığı bir yıllık vadeli mevduata ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Bu madde uyarınca fiilen ödenen en yüksek faiz oranı sunulup buna göre hesaplama yapılması gerekir. **Bankaların fiili uygulamalarını göstermeyen asgari ve azami faiz oranlarını belirten genel nitelikli beyanlarını içeren yazılarına dayalı Merkez Bankası cevaplarına göre hesaplanma yapılmamalıdır.** Davalı vekili, verdiği bazı dilekçelerde ve son oturumda, kamu bankalarının fiili ödemelerinin sorulmasını talep etmiştir. **Bilirkişi raporundaki faiz oranlarının fiili ödemeyi gösteren en yüksek oranlar olup olmadığı rapordan anlaşılammaktadır.** Bu durumda, denetime elverişli olmayan ve açıklanan ilkeyi yansıtmıyorsa yansıtmadığı anlaşılammayan rapora itibar edilerek hüküm tesis de eksik incelemeye dayalı olup, hükmün bu nedenle de bozulması gerekmektedir.”<sup>25</sup>

Yabancı para üzerinden yapılan takiplerde ödeme gününe kadar işleyecek temerrüd faizinin Türk parası borçları hakkındaki

<sup>23</sup> Ticari işlerde, TCMB kısa vadeli avas oranına göre halen % 16; adi işlerde, 19 Aralık 2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu kararına göre halen %9. Bkz. Kanuni Faiz ve Temerrüd Faizi Hakkında Kanununun m. 2 ve m. 4/a.

<sup>24</sup> Yabancı para endeksli (değer koruma kayıtlı) kredilerde ise, edim Türk parasının ödenmesi olduğu için, Türk parası borçlarındaki temerrüd faizini düzenleyen Kanuni Faiz ve Temerrüd Faizi Hakkında Kanununun m. 2 hükmünün uygulanacağı tabiidir. Bkz. Ahmet Nar, *Yabancı Para İpoteği* (Ankara: Seçkin 2009), s. 123.

<sup>25</sup> 11. HD 18.05.2010, 2008-10422/5533, legal.

kanuni faiz oranı üzerinden mi, yoksa yabancı para hakkındaki kanuni faiz oranı üzerinden mi hesap edileceği, alacaklının, takip talebini düzenlerken vade veya fiili ödeme günü arasında yaptığı seçime göre belirlenmiş olacaktır.<sup>26</sup> Buna göre, belirli vade veya temerrüd tarihinden itibaren işleyen temerrüd faizi, yabancı para alacağının vade tarihindeki Türk parası karşılığının talep edilmesi halinde, Kanuni Faiz ve Temerrüd Faizi Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre (ticari işlerde TCMB avans oranları üzerinden) hesap edilecek; fiili ödeme günündeki Türk parası karşılığın talep edilmesi halinde ise, aynı hesap Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre yapılacaktır. Mesela:

“Takip talebinde alacaklının yabancı parayı Türk parasına çevirme zorunluluğu yanında yabancı para alacağı için temerrüt faizi talep etmek isterse vade tarihi ile takip tarihi arasında işlemiş temerrüt faizini yine yabancı para olarak hesaplayıp (3095 Sayılı Kanun 4/a), takip tarihindeki kur üzerinden Türk parası olarak talep etmesi gerekir. Takip tarihinden sonra ise alacak Türk parasına çevrildiğinden, alacaklı takip taleplerinde BK'nun 83. maddesinde öngörülen fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesine ilişkin seçimlik hakkını saklı tutmamış ise artık yabancı para alacağı üzerinden faiz yürütülemez. (Bkz. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili* 3. Bası s. 193). / Somut olayda, alacaklı takip taleplerinde vade tarihindeki ABD Dolarını TL'ye çevirmiş ve ödeme emri takip talebi gibi düzenlenip borçluya gönderilmiştir. Takip talebinde ve ödeme emrinde alacaklı vade tarihi ile takip tarihi arasında işlemiş temerrüt faizini yabancı para olarak hesaplayıp takip tarihindeki kur üzerinden Türk parası olarak yazmamış olduğundan, itirazın iptali ve kaldırılması davasında yargı mercileri bu talep ile bağlı olduklarından artık vade tarihi ile takip tarihi arasında yabancı para faizi yürütülmesine yasal olanak yoktur. Takip tarihinden sonra ise

<sup>26</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Bası, s. 110 – 111.

kambiyo senedinde yazılı alacağa avans faiz oranı üzerinden faiz yürütülmesi mümkündür.”<sup>27</sup>

Yargıtay kararlarında alacaklının BK m. 83, fıkra 3 hükmüne göre vade veya fiili ödeme günündeki kur arasında yaptığı seçimden dönemeyeceği ve vade tarihini tercih etmiş olan alacaklının daha sonra, kur riskinin gerçekleşmesi nedeniyle uğradığı ve temerrüd faizi ile karşılanmayan zararını talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Mesela:

“Borçlar Kanunu’nun 83. maddesine son fıkra olarak eklenen bu hüküm, borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, alacaklıya, yabancı para üzerinden oluşan alacağını vade veya fiili ödeme günündeki kur değeri üzerinden Türk Lirası olarak isteme yetkisini tanımaktadır. / Öğretide ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış kararlarında, alacaklıya tanınan bu hakkın, doğrudan doğruya yasadan doğan, özel ve dönülmesi mümkün bulunmayan bir tercih hakkı olduğu kabul edilmektedir. ( Örneğin, Doç. Dr. Hakan Pekcanitez, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 1994, sh. 38 vd.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, 3.6.1998 gün ve 1998/11-299-380 sayılı kararı... gibi. ) Benzer bir ifadeyle, alacaklı, yasanın yürürlükte bulunduğu tarihte, yabancı paranın aynen, vade veya fiili ödeme günündeki kur değeri üzerinden ödetilmesini isteme olanağı varken, alternatif seçimlik hakkını TL olarak ortaya koyduktan sonra, bu seçimlik haktan dönerek yabancı para veya kur farkı adı altında bir talepte bulunamaz.”<sup>28</sup>

Alacaklının BK m. 83, fıkra 3 hükmüne göre yaptığı ve icra dairesine verdiği takip talebinde beyan ettiği tercih, borcun hangi devletin parasıyla ödeneceğini belirlemek bakımından yenilik doğuran işlem olduğundan, alacaklının bu seçiminden dönemeyeceği görüşüne katılıyorum.

Öte yandan, kanımca, BK m. 83, fıkra 3 hükmü, fiili ödeme gününün borcun rızaen ödendiği bir “fiili ödeme” günü olacağı varsayılarak kaleme alınmış olup; bu hüküm, alacağın dava ve cebri icra yoluyla tahsil edilmesi halinde, dava ve icra takibi boyunca

<sup>27</sup> HGK 18.12.2002, 12-1058/1064, *kazancı*. Başka bir örnek için bkz. 15. HD 12.05.2010, 2009-2215/2817, *legal*.

<sup>28</sup> HGK 23.01.2002, 15-15/19, *kazancı*.

geçecek süredeki kur riskini alacaklının mı, yoksa temerrüde düşen borçlunun mu taşıyacağı hakkında açıklık taşımamaktadır.<sup>29</sup> BK'nın, borçlunun temerrüdü sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmin edileceği hakkındaki hükümleri (BK m. 102 – 105) dikkate alındığında, takip alacaklısının vade veya fiili ödeme (icra yoluyla tahsil) gününü seçerken yabancı para değişim kurlarının ne şekilde seyredeceği konusunda yapmış olduğu tahminin hatalı çıkmasının maliyetine katlanması gerektiğini kabul etmenin, kanunun amacına uygun olmadığı kanısındayım. Bu nedenle, kanımca, yabancı para alacağının cebri icra yoluyla tahsil edildiği hallerde, fiili ödeme (icra yoluyla tahsil) günündeki yabancı para kurunun beklenmedik şekilde düşük veya yüksek gerçekleşmesi nedeniyle ortaya çıkan zararın -bu zarara uygulamada "kur farkı" adı verilmektedir- tazmininin ayrı bir dava veya icra takibi ile talep edilebileceğini kabul eden görüş, kanımca daha doğrudur.<sup>30</sup>

## KAYNAKÇA

Budak, Ali Cem, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Bası (İstanbul: XII Levha Yayınları 2009).

Eksi, Nuray, *Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları*, 3. Bası (İstanbul: Beta 2009).

Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, Cilt 1 (İstanbul: Beta 1992).

Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, (İstanbul: Türkmen Kitabevi 2004).

<sup>29</sup> Bkz. Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, 1. Cilt (İstanbul: Beta 1992), s. 1298 – 1299.

<sup>30</sup> Bkz. Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 181.

Kuru, Baki / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 21. Bası (Ankara: Yetkin, 2007).

Nar, Ahmet, *Yabancı Para İpoteği* (Ankara: Seçkin 2009).

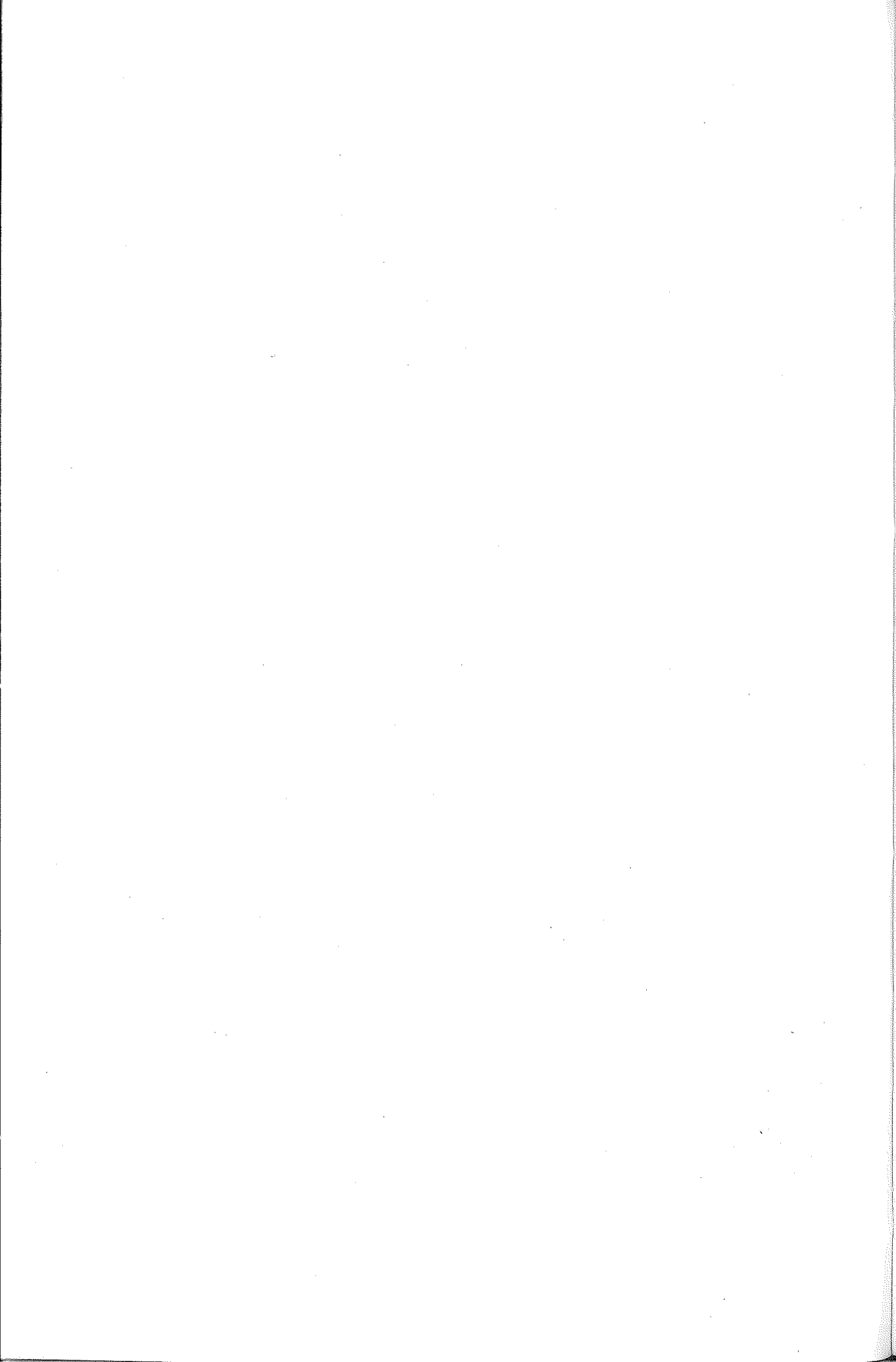
Nomer, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku* (İstanbul: Beta 2009).

Oskay, Mustafa / Coşkun Koçak / Adnan Deynekli / Ayhan Doğan, *İİK Şerhi*, Cilt 1, (Ankara: Turhan 2007).

Oğuzman, M. Kemal / M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, 5. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006).

Pekcanitez, Hakan, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda - Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası (Ankara: Yetkin, 1998).

Pekcamtez, Hakan / Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Bası (Ankara: Yetkin, 2007).



# ROMA HUKUKUNDA ADALET (IUSTITIA) VE HAKKANİYETİN (AEQUITAS) ANLAMI VE GERÇEKLEŞME BİÇİMİ

Doç. Dr. Havva KARAGÖZ\*

## ÖZET

Roma hukukunda adaletin birisi teorik, diğeri pratik iki tanımı vardı. Adalet, *iustitia* kelimesiyle ifade edilirdi. Fakat uygulamada *aequitas* ifadesi de çok yaygın olarak kullanılmaktaydı. Bu makalede Roma hukukuna ait bu kavramlardaki farklılıklar ve tarih içinde ortaya çıkan değişim ile bunların modern hukukun anlayışına nasıl etki ettiği ele alınmıştır.

## ABSTRACT

*Justice had a theoretical and a practical definition in Roman Law. Theoretically, justice was stated as iustitia. But in practice the term of aequitas was also commonly used to express justice. The differences between these two terms, the history of usage of these terms in Roman doctrine and their effects on modern law are examined in this essay.*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: havvakaragoz65@gmail.com

### Anahtar Kelimeler:

Adalet, Aequitas, hakkaniyet, iustitia, stoisyen, honeste vivere, Doğal hukuk, benignitas, caritas.

*Keywords: Justice, equity, iustitia, stoistic, honeste vivere, natural law, benignitas, caritas.*

\*\*\*

### Genel olarak adalet ve hakkaniyet kavramları

Roma hukukunda adalet (iustitia) ve onun fiilen gerçekleşme biçimi şeklinde hakkaniyet (aequitas) birbirine eş anlam taşır. Bu kavramların birisi teorik, diğeri ise pratik niteliğe sahiptir. İki kavramın birlikteliği Roma hukukunun uygulamada adaleti sağlama konusundaki başarısının ve hukukun yaratıcı yaklaşımlarının temelini oluşturmaktadır. Bu sebeple, bu iki kavramın birlikte gelişim ve işleyiş sürecinin birlikte incelenmesi yerindedir.

Hukuk uygulamasında adaletin (iustitia) gerçekleştirilebilmesi, ancak iki kavramın işlevinin doğru ellerde ve etkin şekilde gerçekleşmesiyle mümkündür. Roma hukukunda adaletin soyut bir kavram olma ve bu sebeple işlevsiz olma tehlikesinin ortadan kaldırıldığı, adaletin (iustitia) aequitas vasıtasıyla, aktif bir şekilde hukukçular, hukuku yaratanlar ve hukuku uygulayanlar tarafından, çeşitli biçimlerde hayata geçirildiği izlenmektedir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Aequitas iyi, fakat aynı zamanda emin ellerde olması gereken tehlikeli bir araçtır. Bu tehlike binlerce çelişkili ve keyfi kararlar hukukun bozulmasıdır. Roma hukukunda sabit olma ve değişim durumları, gelenek ve ilerleme, kurala uyma ve olayın özelliklerini dikkate alma arasındaki denge, hukuku yaratma yetkisine sahip olan hukukçular, praetorlar ve imparatorlar tarafından güvence altına alınırdı. Bkz. Voci Pasquale, Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 2004, s. 38. Aequitas'ın gerçekleşme biçimlerinden olduğu görülen, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Türk hukukunda uygulanma çerçevesini ve sınırına dikkat çeken Schwarz aynı tehlikeye değinmekte, günümüz hukukunda YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)



Iustitia, Latince bir kelimedir ve en genel ifadesi ile adaleti ifade eder. Bu kelime ve soyut kavramın kaynağı Roma hukukudur. Soyut olan ve iustitia ile ifade edilen adaletin, Roma hukukunda uygulamadaki gerçekleşme biçimi olan equitas (eşitlik) ise, günümüzde hakkaniyet kavramını karşılamaktadır.<sup>2</sup>

Hukuk nazarında, adalet kavramının genel ve teorik ifadesi Iustitia'dır. Hiç şüphesiz adalet anlayışının tüm hukuk sistemlerinde var olduğu kabul edilir. Zira zorunlu olarak insanlar arası ilişkilere beşeri kurallar getiren düzenin, daima haklılığını destekleyecek bir desteğe, bu anlamda adil olanı sağlama iddiasına ve adalet kavramına ihtiyacı vardır. Iustitia bu noktada farklı bir özellik gösterir. Roma hukukunda iustitia çoğu kez, doğrunun ideal tanımını değil, fakat pozitif hukukun bir kavramını vermektedir.<sup>3</sup> Bu bakımdan iustitia'nın Roma hukukundaki anlamı ve işlevinin metinler ve tarihsel süreçteki fonksiyonu açısından değerlendirilmesi gereklidir.

### **Adalet ve hakkaniyet kavramlarının ortaya çıkış süreci**

Roma hukukunda adalet kavramı olarak belli bir tarihsel süreçte ortaya çıkmış, ayrıca bir değişim ve etkileşim evresi geçirmiştir. Roma hukukunda diğer soyut kavramlar gibi adalet de, hukuk biliminin (iurisprudentia) ve hukukun belli bir düzeye ulaştığı zamanda ortaya çıktığı görülür. Bu kavram, özellikle hukukun

---

bunların tarifi kati surette tarifi mümkün olan kavramlar olmadığından, müphem ve geniş bir arzedenden mefhumlar olduğundan, her zaman bu bakımdan hareket edilecek olursa, bundan hukuki katiyetsizlik ve emniyetsizlik doğacağını, Roma hukukunun doğumundan beri geçen ikibinseneden fazla bir zamandaki tekamülün neticesi olarak, bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel hususi hukukun manasının, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kati ve açık prensiplerle halletmek olduğunu ve bu sebeple, sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatının bu hedefi tehlikeye koyacağını ifade etmektedir. Bkz. Schwarz B. Andreas, *Medeni Hukuka Giriş*, Çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İstanbul, 1942, s. 197-198.

<sup>2</sup> Umur, Ziya, *Roma Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 328.

<sup>3</sup> Perozzi, Silvio, *Istuzioni di Diritto Romano*, Tomo I, Roma, 1928, s. 110, 111.

felsefe ile etkileşimi ve bunun sonucunda hukukun belli bir düzeye gelmesiyle içeriği anlaşılır bir hale gelmiştir.

Iustitia (adalet), aequitas (hakkaniyet), definiones (tanımlar), regula (kural), gibi temel ve soyut kavramların hukukun uğraş konusunu oluşturması, bu kavramların hukukçular tarafından kullanılması, belli bir gelişme ve değişimin sonucudur. Bu tür kavramlar ve tanımları, ancak hukukçuların soyutlama anlayışına sahip olmasıyla oluşturulabilmiştir.

Iustitia, aequitas gibi soyut kavramların hukukçular tarafından tartışılması ve tanımlanma süreci, Roma hukukçularının M.Ö. birinci yüzyıldan itibaren, hukukun sistematik sorunlarına eğilmesiyle başlamıştır. Bu başlangıcı ise, hukuk biliminde önceden gerçekleşen, uzun bir tarihsel bir değişim ve etkileşim süreci hazırlamıştır.

Bu süreci kısaca ifade etmek gerekir. Roma hukukunun gelişme ve değişim evrelerini genel olarak üçe ayırmaktayız. Bu ayırımın sebebini, özellikle bu dönemlerde hukukun yaratılış süreci, hukuku yaratan kaynakların farklılığı ve hukuku alanındaki zihniyet ve yaklaşım farklılığı belirlemektedir.

Roma imparatorluğunun kuruluşundan M.Ö. 3. yüzyıla kadar devam eden süre zarfındaki ilk hukuk dönemine Quirites hukuku devri, başka bir ifade ile Ius civile hukuku devri denmektedir. Bu dönem hukukun ilkel düzeyde olduğu, henüz laik bir hukuk biliminin, iurisprudentia'nın oluşmadığı bir dönemdir. Ius civile döneminde hukuk faaliyetini rahipler yerine getiriyordu. Hukukun uygulanması, kuralların tespiti, yorumu münhasıran rahiplerin tekelindeydi. Rahipler dava şekilleri, davaların görülebileceği uğurlu ve uğursuz günlerin takvimlerini ve hukuk bilgisini sadece kendi aralarında paylaşıyorlar ve kendi sınıflarının dışında hukukçu yetişmesini bu şekilde sınırlıyorlardı. M.Ö. 3. yüzyıldan sonra bazı tarihi sebeplerle,<sup>4</sup> rahiplerin bu bilgileri aleni olarak yayınlamış ve bundan sonraki ilerlemeyle laik hukukçuların çalışmaları başlamıştır.

<sup>4</sup> Bkz. Umur, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul, 1982, s. 223 vd.  
YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

Hukukun Rahip hukukçuların tekelinden kurtulup, laik hukukçular tarafından uygulanmaya başlanması, hukukçuların mevcut diğer bilimlerle de ilgilenmesini, bunlardan yararlanmasını ve böylece hukuk biliminin (iurisprudentia) de doğumunu sağlamıştır. Roma'da M.Ö.3. yüzyıldan, birinci yüzyıla kadar değerli hukukçuların var olduğu bilinmektedir. Bunların adlarını, sonraki eserlerden dolaylı olarak bilmekle beraber, eserleri hakkında doğrudan bilgimiz mevcut değildir. Klasik hukuk döneminin ortalarına doğru, Cumhuriyet döneminin sonlarında hukukçuların felsefe, retorik, dilbilgisi ve hatta matematik gibi diğer bilimlerle ilgilendiği ve bunlardan yararlanmaya başladığı görülür. Gelişme sürecinde, özellikle cumhuriyet dönemi sonunda hukuk (Ius), dinle ilgili unsurlardan (fas)<sup>5</sup> ayrılmış ve bu hukuk kavramları ve işleyişini tamamen değiştirmiştir.

Bu gelişme sürecinde, Romalı düşünür ve hukukçular, Stoisyen düşüncüyü takip edip geliştirmiş ve bu düşüncenin etkisiyle Doğal Hukuk anlayışını tesis etmiştir. Stoisyen düşünce Yunan kültürünün etkisiyle Roma düşünce hayatına geçmiş ve zamanla şekillenip teferruatlarda Roma'ya özgü bir yapıya ulaşmıştır.<sup>6</sup>

Hukuk bilimine doğrudan etkisi olamamakla birlikte, hukukçuları etkin olarak fikirleri ile etkileyen ve Aristo felsefesi, Sokrates ve Yunan Stoisyen'lerinin düşüncelerini karma olarak uygulayan Cicero'nun<sup>7</sup> temsil ettiği Roma'nın Stoisyen düşüncesine göre, insanın dünyası nasıl bir doğanın parçası ise, aynı şekilde

<sup>5</sup> Fari dini etkiyle konuşmak demektir ve fas dini karaktere sahip kural anlamındadır. Bkz. Perozzi, s. 83.; Arangio-Ruiz, Vincenzo, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, 1954, s. 22, 23.

<sup>6</sup> Stoisyen düşünce öncelikle kamu hukuku ve siyaset bilimi alanın da Roma kültürüne etki etmiştir. Bu etki özellikle düşünür Marcus Tullius Cicero (MÖ 106-43), Lucius Annaeus Seneca (MS. 465), Epictetos (MS 50-138) ve Devlet adamı Marcus Aurelius Antoninus (MS. 121) vasıtasıyla gerçekleşmiştir.

<sup>7</sup> Hukuka soyut kavramların ithal edilmesini sağlayan Doğal Hukuk anlayışının kurucusu olarak da tanımlanan Cicero'nun bir devlet adamı, bir filozof, hatip ve hukuk uygulayıcısı olmasına ve hatta döneminin önemli hukukçularıyla yakın arkadaş olmasına rağmen, bir hukukçu olmadığı (iurisprudens) kabul edilir. Levy, Ernest, Natural Law in Roman Thought, SDHI, XV, Roma, 1949, s. 2.

insan aklı da doğanın parçasıdır. İnsana özgü yasalar, herkese eşit ve ortak olan doğal, evrensel hukukun bir görüntüsüdür. Bu sebeple Doğal Hukukla uyum halinde olmayan yasalar meşru değildir.

Genel olarak Stoisyen düşünce ve onun etkisiyle ortaya çıkan Doğal Hukuk düşüncesi şüphesiz çok genel ve yoğun olarak Roma siyasi düşüncesini ve Kamu Hukukunu doğrudan etkilemiştir.<sup>8</sup> Bu düşünce akımı hemen aynı dönemlerde, paralel olarak Özel hukuku da etkilemiş ve Klasik hukuktaki hukuk yaratımında aktif olarak rol oynamıştır.

Bu gelişme sürecinde, hukukçuların sistematik sorunlarına eğilmesi bu konuda felsefe retorik, matematik gibi bilimlerden yararlanılması neticesinde hukukta soyut anlamda definitiones, regulae gibi kavramların yanı sıra aequitas, bonum et aequum, iustitia, ius naturale gibi yeni kavramlar ortaya çıkmıştır.<sup>9</sup> Bu soyut kavram ve yenilikler Roma hukukunun bir bilimsel bir sistem oluşturmasını, yeni kavram ve kurallar açısından ciddi bir gelişim göstermesini ve modern hukuk sistemlerini etkileyen profesyonel yapısını oluşturmasını sağlamıştır.

Iustitia Roma hukukunda, sürecini özetlediğimiz şekilde hukuk bilimindeki gelişme ve felsefenin etkisiyle soyutlama bilincinin yerleşmesi ile Klasik Hukuk döneminde ortaya çıkan bir kavramdır. Iustitia ve aequitas bir taraftan, iurisprudentia'nın (hukuk bilimi) çalışmaları ile teorik yapısını oluşturmuştur. Adalet ve hakkaniyet kavramları bu hukukçular tarafından tanımlanmış ve tasnif edilmiştir. Bu çalışmalarda özellikle Klasik devirde etkin olan

<sup>8</sup> Yunan felsefesinin etkisiyle Roma kültüründe gelişen Doğal Hukuk anlayışı, Ortaçağ ve Yeniçağda, önce Hristiyanlık felsefesi ile bağlantılı, daha sonra bağımsız olarak değişim, gelişim ve belki de kimi zaman başkalaşım geçirmiştir. Modern zamanlara doğru uzanan, bu düşünce ilk çağa kadar uzanır. Bkz. Çağıl, Orhan Münir; Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş (Hukukun Varlığı, Manası, Değeri ve Ruhu Üzerine Kritik bir Reflexion, İstanbul, 1971, s. 407 vd.; Davies, Howard – Holdcroft, David; Jurisprudence: Texts and Commentary, London, Dublin, Edinburg, 1994, s. 153 vd.; Stein, Peter; Legal Evolution, The Story of an Idea, Cambridge, 1980, s. 2 vd.; Umur, Ziya; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1993, s. 57, 58.

<sup>9</sup> Guarino, Storia del diritto Romano, s. 460.

Stoisyen düşünce ve bu düşüncenin ürünü olan *Ius naturale* (doğal hukuk) anlayışının etkili olduğu görülür.

Bu noktada özellikle şimdiden bir özelliğe dikkat çekmek gerekir. Roma hukukunda adaletin uygulamada gerçekleşmesini sağlayan önemli ve etkin bir faaliyet söz konusuydu. Praetor'lar, uygulamadaki faaliyetleri ile *aequitas*'ın günlük ihtilaflar ve olaylarda fiilen uygulanmasını sağlamıştır. Magistraların yarattığı *Ius Honorarium*'un, *Ius naturale*'yi kaynak göstererek, adaleti somut olarak, *aequitas* vasıtasıyla orijinal bir şekilde uygulamada gerçekleştirdiği izlenmektedir. Bu uygulamanın somut sonuçları, metinlerde de yer almaktadır. Bu bakımdan, incelememizde, önce adaletin kaynaklardaki teorik yapısını aktaracağız. Fakat hemen takiben, adaletin uygulamada somut hale geldiği *aequitas*(hakkaniyet)'in gerçekleşme biçimini aktaracağız.

### Adalet ve hakkaniyet kavramlarının Klasik Hukuktaki uygulama biçimi ve anlamı

*Iustitia* kelimesinin anlamı ve hukuku ifade eden kelime ile yakınlığı dikkat çekicidir. Romalılar hukuka 'ius', adalete 'iustitia' diyorlardı. Hukuku ifade eden *ius* kelimesi ile ondan türeyen<sup>10</sup> *iustum*<sup>11</sup> ve *iustitia* kelimeleri birbirlerine eş anlam taşır.<sup>12</sup> Emir kelimesini ifade eden *iussum* gibi, hepsi *iubeo emrediorum* kelimesi ile eşleşir.<sup>13</sup> Adaletin olması gerekeni ifade eden ve hukuk ile aynı kaynaktan birleşen bir anlama sahip olduğu görülmektedir. Bu

<sup>10</sup> Bonfante *ius*'un, *iusta*'dan türemediğini, aksine *iusta*'nın ondan türediğini ifade etmektedir. Bkz. Bonfante s. 7, dn. 4.

<sup>11</sup> Kelimenin geçtiği metinler ve değerlendirme için bkz. Perozzi, s. 110, dn. 1.

<sup>12</sup> Perozzi bu sebeple *iustum*'un bir adalet idealine uygun değil, fakat pozitif hukuka uygun olmayı ifade ettiğini, aynı şekilde *iustitia*'nın da bir adalet idealine uygunluğu değil, fakat pozitif hukuka uygunluğu ifade ettiğini belirtmektedir. Ve bu sebeple, *iustum*'un daima hukuka uygun davranmayı ifade eden erdeme uymayı hedeflediğini ifade etmektedir. Bkz. Perozzi, s. 110, 111.

<sup>13</sup> Umur, Roma Hukuku, s. 327.

bakımdan her ikisinin de başlangıçta aynı olabileceği veya teknik olarak her ikisini de bir üst otorite tarafından emredilerek verilen ifade ettiği düşünülebilir.

Aslında adaleti ifade eden iustitia kelimesi, elimize ulaşan hukuk kaynaklarında sık rastlanan bir kelime değildir.

Iustitia'nın Postklasik devir eseri olan, Klasik Hukuk kaynaklarına dayanan Digesta'da bir metinde ifade edildiği görülmektedir. Bu metin Digesta'nın ilk kitabının ilk faslında yer almaktadır. Fasılm başlığı 'De Iustitia et Iure' (Hukuk ve Adalet hakkında) şeklindedir. Adaleti ifade eden Iustitia'nın, Iustinianus'un eserinde özellikle ilk kitabın ilk faslında yer alması ve bu konuda daha fazla bir tanımın olmaması anlamlıdır. Zira iustitia üst kavramdır, soyuttur ve bir niyeti ifade eder ve eserin başında belirtilmesi çok uygundur. Pratik olarak uygulanmamış olması da bu niteliğine uygundur.

#### *D. 1.1.10. Ulpianus libro primo regularum*

*'Pr. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens. 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.'*<sup>14</sup> 2. *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.'*<sup>15</sup>

#### *D.1.1.10 Ulpianus Kurallar birinci kitabından*

*'Adalet herkese kendi hakkını vermek konusunda kesin ve devamlı bir iradedir. 1. Hukukun kuralları şunlardır. Dürüst yaşamak, başkasına zarar vermemek, herkese kendine ait olanı vermek.'*

<sup>14</sup> Aynı ifade, Institutiones'in birinci kitabının birinci faslı da Digesta'ya benzer şekilde 'De Iustitia et Iure'(Hukuk ve adalet hakkında) başlığı altında, I.1.1.32de 'Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.' olarak tekrar edilmektedir.

<sup>15</sup> Metnin başındaki ve sonundaki cümle, I.1.1.pr.-1'de arka arkaya, 'Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens. 1. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.' şeklinde tekrarlanmıştır.

2. *Hukuk bilimi insanlara ve dine ait olanın bilgisi, hukuka uygun olan ve uygun olmayanın bilimidir.*'

Ulpianus'dan alınan parçada Iustitia'nın tanımı açıktır. Hukukçu tanımında soyut bir amaçtan bahsetmektedir. Herkese kendi hakkını vermek konusundaki devamlı irade olarak tanımlanan adalet,<sup>16</sup> aynı zamanda hukukun amacını oluşturur.

Bu amaç felsefenin adalete yüklediği yükümlülüklerle açıklanmaktadır. İkinci cümlede hukukun, adaleti gerçekleştirirken takip edeceği prensipler belirtilmektedir. Dürüst yaşamak soyut ve ahlaki bir görev olarak yüklenmektedir.

Aslında ahlak değerleri, Roma Hukuku uygulamasında etkinliğini, hukukun (ius) dinden (fas) ayrılmasıyla birlikte kaybetmişti. Pozitif hukuka üstünlük tanıyan bu anlayışa, dürüst yaşamak şeklinde soyut ahlaki kavramlar uygun değildi. Ulpianus, Platon, Aristot, Seneca, Cicero gibi filozoflar tarafından ifade edilen hukuk kurallarını üç cümleyle özetlemektedir. Ahlakla ilgili olan dürüst yaşamaktır (honeste vivere), diğer iki ifade daha ziyade hukukidir. Aynı zamanda metin ifade şekli açısından, negatif bir emir içermekte ve hukukçuların ifade şekline uymamaktadır.<sup>17</sup>

Digesta ve aynı ifadeyi tekrar eden Intitutiones'de, iustitia'nın tanımının hemen ardından, hukuk biliminin tanımlanması da dikkat çekicidir. Iustitia bir niyeti ifade eder. Fakat pozitif hukuk açısından bu niyet ve iradenin nasıl varlık kazandığı veya kazanacağı açık bir noktadır. İşte iustitia ile pozitif hukuku arasındaki bağı, iustitia'nın gerçekliğini başka bir kavram gerçekleştirir.

Iustitia'nın yanı sıra, Roma hukukunda hakkaniyet olarak ifade edilebilecek ve daha somut olarak uygulanan bir kriter olarak başka bir kelimenin, 'aequitas'ın kaynaklarda çok daha yoğun bir şekilde kullanıldığı görülmektedir.

<sup>16</sup> İmparator tarafından, Paulus'un cümlesiyle, hukukun varlık amacı verilmektedir. Bkz. Bonfante, 8.

<sup>17</sup> Değerlendirme için bkz. Perozzi, s. 85; Krş. D. 50.17.3.pr.

Aequitas, 'aequus' eşit kelimesinden türemektedir ve eşitlik anlamına gelmektedir. Bu kelimenin anlamı ve kullanım amacı klasik devirden itibaren farklılıklar göstermiştir. Aequitas, özellikle hukuk metinlerinde katı olan ve bu sebeple farklı olaylara uygulandığında esnek olamayan Ius civile hukukunun, yumuşatılması, değiştirilmesi ve geliştirilmesi maksadıyla, kimi zaman Ius gentium, kimi zaman Ius naturale kavramları için gerekçe olarak kullanılmıştır.

Iustitia Roma hukukunda soyut ve genel anlamda adalet kavramını ifade ederken, aequitas hakkaniyet anlamında somut uygulamayı ifade etmektedir. Özellikle Praetor'ların ve klasik hukukçuların hakkaniyeti (aequitas) yeni kavramların kabulü ve hukukun değişiminde, bir haklı gerekçe olarak kullandığı ve bu kavramı pozitif hukukun gelişiminde aktif olarak uyguladığı izlenir.

Aequitas'ın Roma hukukunda özellikle hukuk anlayışındaki değişime paralel olarak içerik ve anlam bakımından teferruat farklılıklarına uğradığı izlenmektedir. Klasik dönemin aequitas anlayışı ile, Postklasik devrin aequitas anlayışı farklı gerekçelere sahiptir. Bu farklılık ve tarihsel değişim, özellikle Iustinianus'un eserinde yer alan klasik hukukçuların parçalarından anlaşılır, özellikle interpolatio ile değiştirilen bazı klasik metinlerin Postklasik devrin anlayışını yansıttığı izlenir.

Klasik devirde hukuk laik bir uygulama yapısına sahipti. Amacı ve uygulama açısından dinden bağımsız, tamamen beşeri özellikler taşıyordu. Bu sebeple özellikle bu dönemde, ahlak kuralları ile hukuk kuralları birbirinden bağımsızdır.

Özellikle Klasik Hukuk döneminde hukuk uygulayıcı ve yaratıcısı konumundaki magistratus olan Praetor'un bu kavramı kullandığı ve Praetor Hukukuna aequitas hukuku da dendiği görülmektedir. Özellikle Praetor Hukukunda geniş uygulama alanı bulan aequitas kavramı mevcut hukuk kurallarının karşısında bu hukukun kurallarının uygulanmasını engelleyen bir genel zihniyet ve anlayışın kabul ettiği, haklı ve adil olanın kabul edildiği bir şey olmalıdır. Bu haliyle aequitas, ahlak kurallarını gerçekleştiren bir kavram değildir, ancak pozitif hukukun bir unsurudur.



Aequitas eşit veya eşitlik anlamını taşısa da, aslında bundan bağımsız olarak, bir hakim veya diğer bir hukuk yaratan organ için bir mahkeme kararı veya bir kural vasıtasıyla gözetilen özel şeydi. Bu anlamda pozitif hukukun kuralları bu kavramdan yararlanmaktaydı. Ius (hukuk) aequitas'a (hakkaniyete) uygun olmandır. Bu sebeple hukuk kuralı hakkaniyeti gerçekleştirmektedir. Bu haliyle aequitas, hukuk kuralının haklılık sebebini ve dayanağını teşkil etmektedir.

Celsus'a Ulpianus hukuku tanımlarken bu durumu ortaya koymaktadır.

*D.1.1.1.pr.*

*Ius est ars boni et aequi.*<sup>18</sup>

*D. 1.1.1.pr.*

'Hukuk iyinin ve eşit olanın (hakkaniyete uygun olanın) sanatıdır.'

Metinde çok açık olarak hukukun tanımı yapılmaktadır. Metindeki sanat ifadesi günümüz anlamında değil, fakat yapılan iş anlamında kullanılmaktadır.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Bu metinde ve takip eden pek çok metinde, genellikle bonus ve aequus kelimeleri, birlikte kullanılmıştır. İyi ve adil veya iyi ve doğru şeklinde tercüme edebileceğimiz bu kelimeler aslında soyut bir anlama sahiptir. Bu iki kelimenin genellikle birlikte kullanılması sebebiyle, aslında iki kelimenin birlikte ve tek anlamda olduğu fikri mevcuttur. Gerçekten iyi ve adil olan, aslında bugünkü hakkaniyet kelimesini karşılamaktadır. Bkz. Perozzi, s. 84 dn. 4.

<sup>19</sup> Digesta'daki bu kısa tanımın, Paulus'a atfedilen bir metinde, doğal hukuk için farklı şekilde kullanıldığı görülmektedir.

D.1.1.11 Paulus libro quarto decimo ad sabinum

'Ius pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale...'

D.1.1.11 Paulus'un Sabinus'a dair onördüncü kitabından

'Hukuk birçok şekilde ifade edilir: Bir şekilde, daima iyi ve adil olan şekildeyse, bu Doğal hukuktur (Ius naturale), diğer bir şekilde, her devlette herkesin veya çoğunluğun yararına ise, bu Ius Civile'dir...'

Metin çok genel ifadeyle *aequitas*'ın Roma Hukukundaki genel anlam ve fonksiyonunu vermektedir. *Aequitas*, yukarıdaki şekliyle hukukun, gerekçesini, haklığını veren bir prensiptir. Aynı düşüncüyü destekleyen bir genel hukuk kuralı (*regula iuris*) *Digesta*'da yer almaktadır.

*D. 50.17.90 Paulus libro quinto decimo quaestionum*

*'In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.'*

*D. 50.17.90 Paulus Sorular onbeşinci kitabından*

*'Her şeyde, fakat özellikle hukukta hakkaniyet (aequitas) gözetilmelidir.'*

*Aequitas*, pozitif hukuk kuralının gözetmesi gereken bir amacı ifade eder. Hukuk hakkaniyeti gözetmelidir ve ancak bu halde haklılık kazanır.

*Aequitas*'ın bu genel fonksiyonun yanı sıra, uygulamada farklı diğer işlevleri de mevcuttu. *Aequitas*, bir taraftan mevcut kuralları desteklerken, ayrıca ve çoğu sefer bir taraftan mevcut kuralları değiştiren bir prensiptir. Bu anlamda, en geniş alanda praetorlar ve diğer magistralar tarafından oluşturulan *Ius Honorarium*'un, diğer taraftan *Ius Honorarium*'un bir kısmını teşkil eden *Ius Gentium*'un ve Klasik devirde ve *Iustinianus* döneminde farklı anlamlar yüklenen *Ius Naturale*'nin gerekçesini teşkil eder. Aşağıdaki metinde olduğu gibi bu durum sık sık tekrarlanmıştır.

*D. 50.17. 206 Pomponius libro nono ex variis lectionibus*

*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem.*

*D.50.17.206 Pomponius Çeşitli Lectio'lar dokuzuncu kitabından*

*'Doğal hukuka göre, hiç kimsenin başkasının zararı veya uğradığı haksızlık (haksız fiil) sebebiyle daha zenginleşmesi hakkaniyete uygun (aequum) değildir.'*

Eski hukukun kurallarının yer aldığı 50.17'deki bu metinde hakkaniyet, doğal hukuk kuralının gerekçesi, dayanağı olarak verilmektedir.

Aequitas bir taraftan doğal hukukun prensiplerinin dayanağı olurken,, Roma hukukunda Klasik devir ve sonrasında pozitif hukukun pratik bir kavramıdır. Doğal hukuk vasıtasıyla uygulamanın gerekçesini oluşturur ve bu anlamıyla hukukun değişimi ve yaratılmasında aktif bir unsur olarak işlev görür. Aşağıdaki iki örnek metinde, uygulamadaki sonuçların hakkaniyet gereği kabul edildiği ifade edilmektedir.

*D.44.3.14.pr. Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum*

*'De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistun enim in sola aequitate.'*

*D.44.3.14.pr. Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum*

*'Zilyetliğe ekleme konusunda ne devamlılık, ne de genelleştirme hakkında hiçbir tanım yapamayız, zira sadece hakkaniyet gereği mevcuttur.'*

*D.46.6.12 Papinianus libro duodecimo quaestionum*

*'.....: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse...'*

*D.46.6.12 Papinianus'un sorular onikinci kitabından*

*'Zira hakkaniyet arbiter ve iyi bir adamın faaliyetinin hakkın bu şekline ihtiyaç duyduğunu öngörür.'*

Ius Civilenin uygulamasının kanun koyucu tarafından değil, fakat uygulamada yetkilinin (genellikle praetor) davalardaki faaliyetleriyle, bu kavramı gerekçe göstererek değiştiriliyor olması dikkat çekicidir. Klasik devirden itibaren, hukuk kuralları zamanla mevcut koşullara cevap veremeyecek şekilde değiştiklerinden, kimi zaman o günün düşüncesine ve ihtiyaçlarına cevap verememeleri halinde aequum olmayabileceği kabul edilmekteydi. Bu durumda

ius'un yani geçerli hukukun, aequitas yani hakkaniyet ile arasında bir tezat oluşabilirdi. Bu durumda aequitas gerekçesiyle Praetor, geçerli hukuk olan Ius Civile'ye aykırı kararlar verebilir, yeni dava hakları verebilir<sup>20</sup>, başka usuli vasıtaları kullanabilir ve mer'i hukukun uygulamasını yumuşatabilir, kimi zaman tamamen ortadan kaldıracabilirdi. Aşağıdaki metinde bu uygulamanın bir örneği görülmektedir;

*D. 50.17.183 Marcellus libro tertio digestorum*

*'Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.'*

*D. 50.17.183 Marcellus Digesta üçüncü kitabından*

*'Gerçi şekillerden dolayı bir şeyi değiştirmek kolay olmasa da, bununla birlikte, hakkaniyet gerektirdiğinde durum kurtarılmaktadır.'*

Klasik hukukun yaklaşımını yansıtan bu metinde, hukukun tanıdığı şekillerin takip edilmesinin gerekli olmasına karşılık, aequitas'ın hakkaniyetin farklı yönde olması halinde uyum sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Aequitas, pozitif hukukun takip etmesi gereken bir amaç olmaktan çıkıp, bu kez pozitif hukuka

<sup>20</sup> Aequitas'ın özellikle iyiniyet davalarındaki uygulama biçimi önemlidir. Roma hukukunda iki tür dava biçimi mevcuttu. Bunlardan birine dar hukuk (stricti iuris) davası, diğerine iyiniyet (bona fidei) davası deniyordu. Bu davalardan hareketle, ius aequum ve ius strictum ifadeleri de kullanılmaktadır. Hakimin karar verme yetkisinin çok kısıtlı olduğu birinci tip davalar Ius Civile hukukuna aittir. Zamanla, praetorların uygulamasında devamlı sayıları artan iyiniyet davalarının uygulamasına geçilmiştir. Bu davalar yeni hukuki çözümlerin hukuk hayatına geçirilmesi ve hakimin geniş takdir yetkisiyle olaya özgü tüm durumları gözetebilmesi imkanını sağlamıştır. Praetor uygulamasında, yeni hak ve kuralların tesisinde etkin olan bu davalar da, formulada 'aequitas'ın gerekçe ve haklılığı destekleyen bir araç olduğu görülmektedir. Hatta aequitas'ın ilk uygulamasının bu davalar vesilesiyle olduğu, ilk defa 'in bonum et aequum concepte' ifadesini içeren formulalarda, usul hukukunda kullanıldığı iddia edilmektedir. Praetor'ların uygulamasında, iyiniyet davalarında, hakime gönderilen ve verilecek kararın hukuki çerçevesini belirleyen Formula'larda hakime 'Ex bono et aequo' veya 'in quantum aequis melius iudici visum fuit' karar vermesi bildirilmekteydi. Bkz. Arangio- Ruiz, s. 29, dn. 2.

alternatif çözüm getirerek, kuralı ortadan kaldırmamakla beraber, pozitif hukukun uygulanmasını engellemektedir. Pozitif hukuka aykırı, onun uygulamasını ortadan kaldıran yeni bir çözüm getirmektedir. Bu durum, yukarıdaki hukuk kuralına çelişir şekilde, başka bir regula iuris, hukuk kuralı olarak yansıtılmaktadır.

Bir çok metinde, pozitif hukukun hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek şekilde, hakkaniyet gereği yeni çözümler kabul edilmektedir. Aequitas, değişik ve geniş bir alanda pozitif hukukun uygulamasını fiilen ortadan kaldıran, ona alternatif çözüm getiren bir araç olarak işlev görmektedir. Örnekler aşağıdaki şekilde, farklı konularda, çeşitlilik göstermektedir;

*D.12,6,66 Papinianus libro octavo quaestionum*

*'Haec codicio ex bono et aequo introducta, quod ...'*

*D.12,6,66 Papinianus'un sorular sekizinci kitabından*

*'Bu koşul hakkaniyet (iyilik ve eşitlik) sebebiyle tanındı; ki o..'*

*D. 41.1.9.3 Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*

*'Haec quoque res, quae traditio nostra fiunt, iure gentium nobis adquiriuntur.: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferi ratam haberi.'*

*D. 41.1.9.3 Gaius'un günlük ve altın konular ikinci kitabından*

*'Traditio (teslim) ile bizim olan bu mallar ius gentium sebebiyle bizim tarafımızdan iktisap edilir: Zira hiç bir şey, malını başkasının olmasını onaylamak isteyen malikin iradesinden daha fazla doğal hakkaniyete (naturali aequitati) uygun değildir.'*

*Gai. 4.71*

*Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem in eum dari.*<sup>21</sup>

Gai. 4.71

'Zira baba ve malikin iradesiyle aktedilen şey de kabul edildiğinden, *solidum* davanın ona verilmesinin çok adil (*aequissimum*) olduğu kabul edilir.'

Tüm bu metinlerde, farklı konularda, kabul edilen yeniliğin gerekçesi, kimi zaman *ius gentium* kuralı olarak, kimi zaman *ius naturale* kuralı olarak verilmekte ve *ius civile*'nin tanıdığı bir durumu bertaraf etmektedir. Tüm örneklerde hakkaniyet uygulamada, *ius civile*'yi değiştiren, onun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen yeniliklerin gerekçesidir. Doğal hukuk veya kavimler hukuku (*ius gentium*) varlık sebebini ve gerekçesini, ortak aklın ürünü olan *aequitas*'da bulmaktadır. *Aequitas*, uygulamada yaratılan ve uygulanan yeni kuralların gerekçesi, dayanağıdır. *Aequitas* uygulanması gereken, doğal aklın ürünü olan bir kavramdır. Bu haliyle ahlaki bir yapıya sahip değildir.

### Postklasik Hukuktaki uygulama biçimi ve anlamı

Örnekleri yoğun olan Klasik Devrin hakkaniyet (*aequitas*) anlayışının temel gerekçesi Hristiyanlığın da etkisiyle oluşan yeni yaklaşıma uygun olarak değişmiştir. Postklasik devirde, hukukun Klasik devirden farklı olarak yeni bazı kavramları gözettiği izlenir. Hristiyanlığın unsurlarından *benignitas*, *pietas*, *humanitas* gibi ahlaki kavramlar hukukun konusu haline gelmiştir. Postklasik devrin hukuk metinlerinde, hukukun ahlaki değerleri özellikle takip ettiği izlenir.<sup>22</sup> Bu sebeple hakkaniyeti ifade eden *aequitas*'da artık Klasik devirdeki gibi mutlak uygulanan bir kavram değildir. Artık

<sup>21</sup> Bkz. Perozzi, s. 112 d. 1 ayrıca bkz. D.38.8.2.1, D. 10.3.14.1; D. 6.1.48.1; Gai. 3.18; Gai. 3.18.

<sup>22</sup> Perozzi, s. 114 ve aynı sayfa dn. 1.

aequitas (hakkaniyet) iyilik, merhamet, insanlık gibi soyut kavramlardan beslenen, gerekli görülen hallerde, ahlaki temellere dayanarak uygulanan bir kavramdır.

Ahlak kurallarının etkisi yine Digesta'da yer alan klasik hukukçuların metinlerine interpolatio'larla yerleştirildiği izlenmektedir. Bu bakımdan aequitas mutlaka uygulanması gereken bir kavram değildir. Öncelikle pozitif hukuk uygulanmalıdır. Aşağıdaki metinde hakkaniyete aykırı durum ortaya çıktığında, hukuk kuralının uygulanması tavsiye edildiği görülmektedir.

*D. 50.17.85 pr.,1,2 Paulus libro sexto quaestionum*

*In ambiguis pro dotibus respondere melius est. 1. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. 2. Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.*

*D. 50.17.85 pr.,1,2 Paulus Sorular altıncı kitabından*

*'Kuşkulu durumlarda dos'ların lehine cevap vermek daha iyidir. 1 Başlangıçta geçerli olarak tesis edilen şeylerin, başlangıçtan itibaren onları ihtiva etmeyecek (capere bak) olaylar ortaya çıksa da, devam edeceği yeni bir şey değildir. 2. Eğer tabii aklın (ratio naturalis) gerekleri veya hukukun şüphesi hakkaniyeti (aequitas) engeller ise, sorun hukuk kararıyla çözülmelidir (hukuk kuralına uyulmalıdır.)'*

Bu metinde hukuk kuralı uygulanmakla beraber, aynı fasılda takip eden başka dürüstlüğe aykırı durumda, hukuken kabul edilen şeyin takip edilemeyebileceği, yukarıdaki ifadeye aykırı olarak belirtilmektedir. Postklasik devir anlayışında, hukuk kuralına uymak konusundaki genel iradenin kesin olmadığı, muğlak ve düzensiz şekilde bundan vazgeçildiği görülür. Klasik devirden farklı olarak, hukuk kuralının uygulanmadığı hallerdeki gerekçeler aequitas olabildiği gibi, başka farklı gerekçeler de olabilirdi. Örneğin aşağıdaki metinde temelini ahlak kurallarında bulan dürüstlük, hukuk kuralının uygulanmasından vazgeçilmesine gerekçe olmaktadır.

*D. 50.17.144 Paulus libro sexagensimo secundo ad edictum*

*'Non omne quod licet honestum est. 1. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.'*

*D.50.17.144.pr.-1 Paulus Edictum'a dair altmış ikinci kitabından*

*'İzin verilen her şey dürüstlüğe uygun değildir. 1 Stipulatio'larda anlaşığımız tarih dikkate alınır.'*

Metinde, hukukun tanıdığı veya izin verdiği bir duruma her zaman uyulmayabileceği kabul edilmektedir. Hristiyanlık ve ahlak değerlerine aykırılığın, bu değerlerden dürüstlüğün gereğinin öncelikli olduğu, genel bir ifade ile veriliyor. Yine aynı fasılın takip eden başka bir metnin de, Hristiyanlıktan yansıyan başka değerler de, adil olanı gerekçelendirmektedir.

*D. 50.17.192 Marcellus libro vicensimo nono digestorum*

*'Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur. 1. In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius.'*

*D. 50.17.192 Marcellus Digesta yirmi dokuzuncu kitabından*

*'Parçalara bölünmeyen şeyler tek tek mirasçılar tarafından bütünü için borçlanılır. Şüpheli şeylerde, iyiliğe en uygun (benigniorem) yorumu takip etmek güvenli olduğu kadar, adildir.'*

Metinde bölünemeyen borçlarda, mirasçıların birlikte sorumlu olduğuna dair genel kural verilmektedir. Kural bu olmakla beraber, Hristiyanlığın etkisiyle hukuka giren iyilik (benignitas) sebebiyle, bundan farklı bir yol izlenmesinin uygun olduğu belirtilmektedir. Metinde hristiyanlık değerlerinden benignitas'ın (iyilik) Klasik dönemin aequitas'ından farklı bir yaklaşımla, adaletin ölçütü haline geldiği görülmektedir. Metin çok açık olarak Klasik dönemin aequitas'ındaki yaklaşımın, Iustinianus dönemindeki değişimini aksettirmektedir.

Yine benzer bir yaklaşımla, başka bir metinde, din ve ahlak kuralı esas alınarak, hukukun uygulanması gerektiği, fakat buna



aykırı durumda, honestum (dürüst) olanın takip edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

*D. 50.17.197 Modestinus libro singulari de ritu nuptiarum*

*‘Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.’*

*D. 50.17.197 Modestinus Evlilik Töreni hakkında tek kitabından*

*‘Daima birlikteliklerde, sadece izin verilen (hukuka uygun olan) dikkate alınmamalıdır, fakat dürüstlüğe (honestum) uygun olan da alınmalıdır.’*

Yine kural verilmekte, fakat bu kuralın uygulanmasından dürüstlük sebebiyle vazgeçilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.

### Değerlendirme

Görüldüğü üzere, Roma hukukunda adalet kavramının teorik ve pratik iki görünümü mevcuttur. Adalet kavramının ortaya çıkışı ve şekillenmesi, Klasik Hukukta hukuk biliminin gelişimi ile paralellik göstermektedir. Roma Hukukunun adaleti bir taraftan günümüze kadar ulaşacak şekilde teorik olarak tanımladığı ve düzenlediği görülmektedir. Ayrıca bunu da aşarak, Roma Hukukunun adaleti sadece bir soyut tanım ve kavram olmaktan çıkardığı, aktif bir şekilde uygulamada kullandığı da görülmektedir. Adaletin, aequitas kavramının ile hukuk kuralının yaratımında, uygulanmasında ve değiştirilmesinde kesin bir ölçüt olarak kullanıldığı, hakkaniyetin (aequitas) hukukçular tarafından günümüzden daha geniş bir yetki ve serbesti ile, Ius Gentium, Ius Honorarium ve Ius Naturale ile özdeşleştirildiği, özellikle aktif olarak Praetorlar tarafından pozitif hukukun uygulamasına geçirildiği görülmüştür. Hakkaniyet kavramının dayanağının önce somut ve objektif nitelikte iken, zaman içinde dinin etkisiyle soyut ahlaki kavramlara doğru yöneldiği ve bu iki yaklaşımın birlikte metinlerde yer aldığı da özellikle dikkate

değer bir gerçektir. Aequitas'ın (hakkaniyet) ancak, uygulamada hukukçuya olaylara göre esnek davranma konusunda yetki tanındığında aktif olarak hayata geçebileceği açıktır. Bu halde adaletin uygulamada gerçekleşebilmesi için, bu yetkiyi kullananın güvenilirliği ve objektif davranış biçimine sahip olması zorunludur. Bu bakımdan, modern hukuklarda bu konudaki tereddüt ve çekincenin haklı sebebi olmakla beraber, Roma Hukukunda, özellikle Klasik Hukukun *Ius Honorarium*'u vasıtasıyla, uygulamada bu riskin çoğunlukla aşularak, yetkin uygulama düzeyinde adaletin olması gereken noktasına yaklaşıldığı söylenebilir.

### KAYNAKÇA

*Arangio-Ruiz, Vincenzo*: Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, 1954.

*Çağıl, Orhan Münir*: Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş(Hukukun Varlığı, Manası, Değeri ve Ruhu Üzerine Kritik bir Reflexion), İstanbul, 1971.

*Davies, Howard/Holdcroft, David*: Jurisprudence: Texts and Commentary, London, Dublin, Edinburg, 1994.

*Guarino, Antonio*: Storia del diritto Romano, Napoli, 1975.

*Levy, Ernest*: Natural Law in Roman Thought, in: Studia et Documenta Historiae et Iuris 15, Roma, 1949.

*Perozzi, Silvio*: Istituzioni di Diritto Romano, (Tomo I) Roma, 1928.

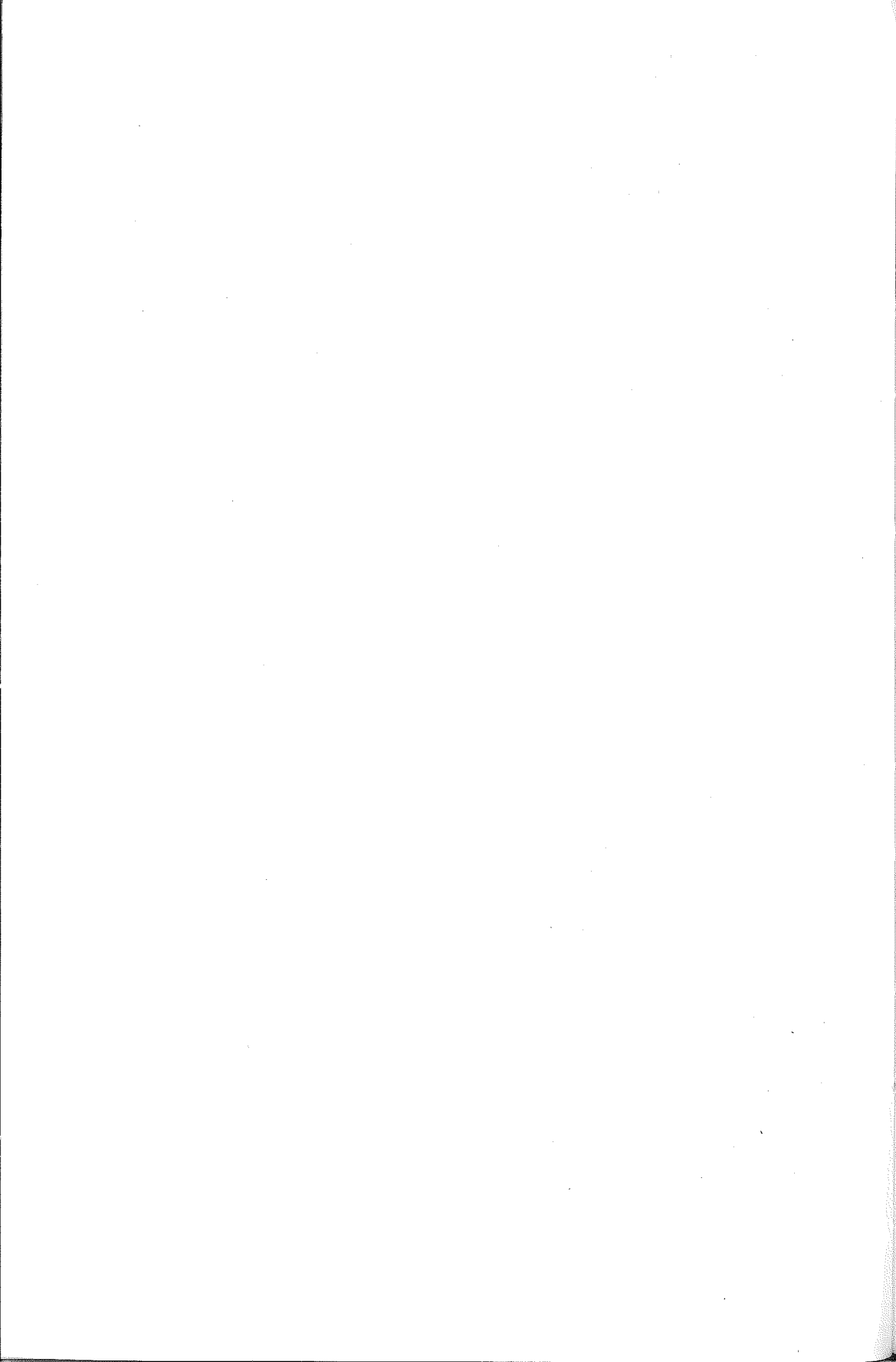
*Schwarz, B. Andreas*: Medeni Hukuka Giriş (Çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), İstanbul, 1942.

*Stein, Peter*: Legal Evolotion, The Story of an Idea, Cambridge, 1980.

*Umur, Ziya*: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1993.

*Umur, Ziya*: Roma Hukuku, İstanbul, 1982

*Voci, Pasquale*: Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 2004.



# YABANCI SERMAYELİ ŞİRKETLERİN TAŞINMAZ MÜLKİYETİ VE SINIRLI AYNI HAK EDİNİMİ

Yard. Doç. Dr. Ceyda SÜRAL\*

## ÖZET

Yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak ediniminin Türk sermayeli şirketlerden farklı olmadığını düzenleyen 5.6.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3/d maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından 11.3.2008 tarihinde iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine mesele Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak, 12 Kasım 2008 tarihinde yayınlanan Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik, 6 Ekim 2010 tarihinde Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik'in yayımlanması ile yürürlükten kalkmıştır. Bu çalışmanın amacı, bu son Yönetmelik hükümleri çerçevesinde konuyu incelemek ve bu konudaki kanuni düzenlemenin ve Yönetmelik hükümlerinin bir değerlendirmesini yapmaktır.

## ABSTRACT

*Article 3/d of the Foreign Direct Investment Act, dated 5 June 2003 and numbered 4875, which provides that the acquisition of immovable property and other restricted real rights are not different for the companies with a foreign capital than for the companies*

---

\* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ceyda.sural@khas.edu.tr

*with pure Turkish capital, was abolished by the Constitutional Court on 11 March 2008. In the light of this decision of the Constitutional Court, the matter is regulated in Article 36 of the Land Registry Act. The Regulation on the Acquisition of Immovable Property by the Companies with a Foreign Capital which was published on 12 November 2008 based on the said provision of the Land Registry Act, was abolished by the publication of the Regulation on the Acquisition of Immovable Property and Restricted Real Rights by the Companies with a Foreign Capital on 6 October 2010. The purpose of this study is to review the matter within the framework of the provisions of the latest Regulation and to evaluate the provisions of the related Act and Regulation.*

**Anahtar Kelimeler:** Yabancı sermayeli şirketler, Yabancılar Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk, taşınmaz mülkiyeti, sınırlı aynı hak, doğrudan yabancı yatırım, yabancı sermaye, Tapu Kanunu

**Keywords:** *Companies with a foreign capital, Private International Law, immovable property, restricted real rights, foreign direct investment, foreign capital, Land Registry Act*

\*\*\*

## GİRİŞ

Türkiye, 2009 yılında 7,6 milyar ABD dolarlık giriş ile dünya genelinde en fazla uluslararası yatırım çeken 32. ülke olmuştur. Türkiye, gelişmekte olan ülkeler arasında ise 15. sırada yer almıştır<sup>1</sup>. 2010 yılı Ocak-Eylül döneminde doğrudan uluslararası yatırım

<sup>1</sup> Uluslararası Yatırımcılar Derneği YASED'in UNCTAD 2010 Dünya Yatırım Raporu'na ilişkin sunumu, YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

girişi (fiili giriş), 5.202 milyon ABD doları düzeyinde gerçekleşmiştir<sup>2</sup>.

Türkiye'ye yabancı sermaye girişinin yollarından biri yabancı yatırımcıların Türkiye'de ticaret şirketi<sup>3</sup> kurmalarıdır. Türk hukukuna uygun olarak kurulup tescil edilen ve idare merkezi de Türkiye'de bulunan şirketin ortaklarının tamamı ya da bir kısmı yabancı olabilir, buna bir engel yoktur. Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurulmuş olan bir Türk şirketine sonradan iştirak etmesi de mümkündür. Ayrıca, yabancı yatırımcıların, menkul kıymet borsalarından mevcut bir şirketin sermayesinin belirli bir oranına veya belirli niteliğe sahip hisselerinin alınması suretiyle de yabancı yatırımın Türkiye'ye girmesi mümkündür<sup>4</sup>.

2009 yılı sonu itibarıyla Türkiye'de 23.620 adet uluslararası sermayeli şirket faaliyette bulunmaktadır. Bu şirketlerin 19.185 adedi uluslararası sermayeli şirket ve şube kuruluşu, 4.435 adedi ise yerli sermayeli şirketlere yapılan uluslararası sermaye iştirakidir. 2005 yılından bu yana Türkiye'de kurulan yabancı sermayeli şirketlerin 1.214 adetinin sermayesi 500.000 ABD dolarının üzerindedir<sup>5</sup>. Uluslararası yatırımcıların Türkiye'deki yeni veya mev-

---

<[http://www.yased.org.tr/webportal/Turkish/haberler/basin\\_bultenleri/Document s/YASED-BasinSunumu-22072010.pdf](http://www.yased.org.tr/webportal/Turkish/haberler/basin_bultenleri/Document s/YASED-BasinSunumu-22072010.pdf)>.

<sup>2</sup> Uluslararası Doğrudan Yatırım Verileri Bülteni Kasım 2010, s. 3. <[http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0s tatistikler/Uluslararası%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1 m%20%c4%b0statistikleri/4875%20Say%c4%b1l%c4%b1%20Kanun'dan%20S onraki%20B%c3%bclten%20ve%20%c4%b0statistikler/bulten\\_0910.pdf](http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0s tatistikler/Uluslararası%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1 m%20%c4%b0statistikleri/4875%20Say%c4%b1l%c4%b1%20Kanun'dan%20S onraki%20B%c3%bclten%20ve%20%c4%b0statistikler/bulten_0910.pdf)>.

<sup>3</sup> DYYK'dan önce yabancı yatırımcılar Türkiye'de ancak anonim veya limited şirket şeklinde organize olabilmekteydi. DYYK ile yabancıların komandit ve kollektif şirketler dahil tüm ticaret şirketlerini kurabilmeleri veya bunlara iştirak edebilmeleri mümkün hale gelmiştir (ERTEN, Rıfat: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü [DYYK'nun Rolü], Ankara 2005, s. 86).

<sup>4</sup> ERTEN, DYYK'nun Rolü, s. 86-91.

<sup>5</sup> Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından Haziran 2010'da yayınlanan Uluslararası Doğrudan Yatırımlar 2009 Yılı Raporu, s. 24, 32

<<http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/Arastirma %20Yayin/Raporlar/Yabanc%c4%b1%20Sermaye%20Raporlar%c4%b1/4875%20>

cut şirketleri ile iştirak ettikleri yerli sermayeli şirketlerdeki ortaklık paylarına ilişkin transferleri içeren sermaye girişi, 2010 yılının Eylül ayında 236 milyar ABD Doları düzeyinde gerçekleşmiştir<sup>6</sup>.

Tüm bu veriler, yabancı sermayeli şirketler aracılığıyla Türkiye'ye giren yabancı sermayenin Türk ekonomisi bakımından önemini göstermektedir. Bu nedenle, bu şirketlere ilişkin hukuki düzenlemeler de önem arz etmektedir. Bu şirketler Türkiye'de kurulup tescil edilen, idare merkezleri de Türkiye'de bulunan Türk şirketleridir. Dolayısıyla, bunlar tüm ticaret şirketleri gibi ekonomik faaliyetleri gerektirdiği ve ana sözleşmeleri buna müsaade ettiği takdirde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinmek isteyeceklerdir.

Bu şirketlerin taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak ediniminin Türk sermayeli şirketlerden farklı olmadığını düzenleyen 5.6.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu<sup>7</sup> (DYK)'nin 3/d maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından 11.3.2008 tarihinde iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine mesele Tapu Kanunu'nun<sup>8</sup> 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak, 12 Kasım 2008 tarihinde yayınlanan Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik<sup>9</sup> (eski Yönetmelik), 6 Ekim 2010 tarihinde Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik'in<sup>10</sup> (Yönetmelik) yayımlanması ile yürürlükten kalkmıştır.

---

20Say%4%b11%c4%b1%20Kanundan%20Sonraki%20Raporlar/Uluslararası%4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1mlar%202009.pdf>.

<sup>6</sup> Uluslararası Doğrudan Yatırım Verileri Bülteni Kasım 2010, s. 2. <[http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0statistikler/Uluslararası%4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/4875%20Say%c4%b11%c4%b1%20Kanun'dan%20Sonraki%20B%c3%bclten%20ve%20%c4%b0statistikler/bulten\\_0910.pdf](http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0statistikler/Uluslararası%4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/4875%20Say%c4%b11%c4%b1%20Kanun'dan%20Sonraki%20B%c3%bclten%20ve%20%c4%b0statistikler/bulten_0910.pdf)>.

<sup>7</sup> RG. 17.6.2003 – 25141.

<sup>8</sup> RG. 29.12.1934 – 2892.

<sup>9</sup> R.G. 12.11.2008 – 27052.

<sup>10</sup> R.G. 06.10.2010 – 27721.



Bu çalışmanın amacı, bu son Yönetmelik hükümleri çerçevesinde konuyu incelemek ve bu konudaki kanuni düzenlemenin ve Yönetmelik hükümlerinin bir değerlendirmesini yapmaktır.

## I. Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine İlişkin Önceki Düzenlemeler

### A. Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu

Türkiye’de yabancı yatırımlar, 2003 tarihine kadar, 18.1.1953 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu<sup>11</sup> (YSTK) ile düzenlenmekteydi.

YSTK kapsamında Türkiye’ye gelecek sermayenin teşvikine ilişkin esasları tespit etmek amacıyla kabul edilen Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nın 7. maddesi uyarınca, “6224 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinler alınmak suretiyle, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan ve Türk Ticaret Siciline tescil edilen şirketler ve şubeler, Türk şirketi ve şubesidirler.”

Bu hüküm sebebiyle, yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulan şirketler yabancı muamelesine tabi tutulmaksızın taşınmaz edinebiliyorlardı<sup>12</sup>.

### B. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

6224 sayılı Kanun dönemin doğrudan yabancı yatırımları için gerekli kanuni alt yapıyı sağlamışsa da, o yıllardan bu yana doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin olarak ortaya çıkan kavram ve uygulama farklılıklarını karşılamakta ve yatırımcıların haklarını uluslararası standartlarda korumada eksik kalmıştır. Bu nedenle, Türki-

<sup>11</sup> RG. 23.1.1954 – 8615.

<sup>12</sup> EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye’deki Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları, İstanbul 2006, s. 62.

ye'deki yabancı yatırım ortamının eşitlikçi ve liberal niteliğini öne çıkaran DYYK kabul edilmiştir<sup>13</sup>.

DYYK 3/d maddesi uyarınca, “Yabancı yatırımcıların<sup>14</sup> Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir.”

Bu düzenlemeye uygun olarak çıkarılan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı’nın 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Hakkında 2003/9 Nolu Genelgesi<sup>15</sup> uyarınca, “4875 sayılı Kanuna göre faaliyet gösterecek veya mülga 6224 sayılı Kanuna göre faaliyet izni almış yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı ‘hak edinimlerine yönelik talepleri, başkaca bir tereddüt bulunmaması halinde Ticaret Sicil Memurluklarından alarak ibraz edecekleri şirketin taşınmaz edinme yetkisini ve yetkilisini gösterir yetki belgeleri değerlendirilmek suretiyle ilgili Tapu Sicil Müdürlüklerince sonuçlandırılacaktır.”

### C. Anayasa Mahkemesi’nin 11.3.2008 tarihli Kararı

DYYK’nun 3/d maddesi, Anayasa Mahkemesi’nin 11.3.2008 tarihli ve E. 2003/71, K. 2008/79 sayılı kararı ile Anayasa’nın 2. maddesine<sup>16</sup> aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

<sup>13</sup> DYYK Genel Gerekçe <<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf>>.

<sup>14</sup> Yabancı yatırımcı, Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı ülkelere vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları ifade etmektedir (DYYK, m. 2/a).

<sup>15</sup> <[http://www.tkgm.gov.tr/tkgm/index.php?page=genelge&op=genelge\\_bilgileri&Id=507](http://www.tkgm.gov.tr/tkgm/index.php?page=genelge&op=genelge_bilgileri&Id=507)>.

<sup>16</sup> Bu madde şu düzenlemeyi getirmiştir: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, hukuk devleti, "eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlet" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, "Hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinme olanağı tanınmaktadır" gerekçesiyle DYYK'nun 3/d maddesinin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı oy çokluğuyla verilmiştir. Karşılığında, öğretisi ve uygulamada Türkiye'de Türk hukukuna göre kurulmuş ve idare merkezi Türkiye'de bulunan yabancı sermayeli ortaklıkların Türk uyruklu olduğunun kabul edildiği; DYYK'nun 3/d maddesi ile düzenlenen yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz edinimi imkanının yeni bir düzenleme niteliği taşımadığı, eski uygulamanın devam ettirildiği ifade edilmiştir. İptal edilen maddenin amaçsal yorumunda yabancı sermayenin, ülkenin ekonomik kalkınması için olan elzemliği; teknoloji transferi, know-how, yönetim becerisi, dış pazarlara erişim, istihdam artışı, ülke ödeme dengesine katkı, üretim kapasite artışı, dış ticaret kısıtlamalarından kurtulma gibi sayısız yararları; yabancı sermayeli şirketlerin şirketler hukuku yönünden Türk hukuk sistemine dahil olduğu, kamusal yararın bireysel yararın ötesine geçtiği verilerinin dikkate alınmadığı belirtilmiştir. Yabancı yatırımcı kavramı içerisine yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının da dahil olduğuna dikkat çekilmiş; iptal kararının yurt içi ve dışında yaşayan Türk vatandaşları yönünden Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yarattığı ifade edilmiştir. Yabancı

yatırımcının doğrudan yatırım yapmaktaki amacının salt ana sözleşmesine endekslenmiş yatırım faaliyet alanı olacağı gözetilerek, taşınmaz ya da sınırlı aynı hak iktisap amacının ve kullanım şeklinin yasada ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı da eklenmiştir. DYYK 3/d maddesinin hukuk devleti ile çelişen bir yönü bulunmadığı da Karşioy'da ifade edilmiştir.

## II. Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine İlişkin Mevcut Düzenleme

### A. Tapu Kanunu

Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5782 sayılı ve 3.7.2008 tarihli Kanun<sup>17</sup> ile mesele Tapu Kanununun<sup>18</sup> 36. maddesinde, yeniden, şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebilir ve kullanabilirler. Bu şekilde edinilen taşınmazların Türkiye’de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devrinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da aynı esas geçerlidir. Türkiye’de kurulu yabancı*

<sup>17</sup> RG. 15.7.2008-26937

<sup>18</sup> DYYK’nun 5/d maddesi uyarınca, DYYK hükümlerinde yapılacak değişiklikler, ancak DYYK’na hüküm eklenmek veya DYYK’da değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenebilir. Bu hükme rağmen, konunun Tapu Kanununda yer alması, kanun koyucunun önceden yapmış olduğu taahhüde riayet etmemiş olması nedeniyle eleştirilmiştir (SARGIN, Fügen: “Tapu Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyum Bildirileri, TBB 2010, s. 472; ERTEN, Rıfat: “Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyum Bildirileri [Doğrudan Yabancı Yatırımlar], TBB 2010, s. 416).

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

*sermayeli şirketlerin tasfiyesi halinde şirketin sahip olduğu taşınmazın şirket ortağı yabancı gerçek kişiler veya yurt dışında kurulu yabancı ticaret şirketleri tarafından edinilmek istenmesi halinde 35 inci madde hükümleri uygulanır.*

*18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu şirketlerin, askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve aynı Kanununun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri, Genel Kurmay Başkanlığının ya da yetkilendireceği komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tabidir. Valilik iznine tabi hususlar, ilgili idare temsilcilerinin katılımıyla oluşan komisyonda, taşınmaz ediniminin, ülke güvenliği ve faaliyet konusuna uygunluğu değerlendirilerek karara bağlanır.*

*Bu madde hükümlerine aykırı şekilde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ve sınırlı ayni haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.*

*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların görüşlerinin alınmasını müteakip Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."*

## **B. Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik**

Tapu Kanununun yukarıda anılan 36. maddesine dayanılarak 12 Kasım 2008 tarihinde Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik kabul edilmiştir. 6 Ekim 2010 tarihinde ise, 2008 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılarak, Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik kabul edilmiştir.

Bu bölümde yeni tarihli Yönetmelik hükümleri, gerektiğinde eski Yönetmelik ile karşılaştırma yapılarak, incelenecektir.

## 1. Yönetmeliğin Amacı ve Kapsamı

Yönetmeliğin amacı, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak<sup>19</sup> edinimine ve kullanımına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir (m. 1/1).

Yönetmelik anlamında şirket, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketleri ifade eder (m. 3/f).

Yabancı yatırımcı, Türkiye'de yeni şirket kuran ya da menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı veya aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olan yabancı ülke vatandaşlığına sahip gerçek kişi ve/veya yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişi ve uluslararası kuruluş olarak tanımlanmıştır (m. 3/ğ).

Şirkette yabancı ortak olmaması koşuluyla, doğumla Türk vatan-dışı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları tarafından Türkiye'de kurulan veya iştirak edilen tüzel kişiliğe sahip şirketler Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti ve ayni hak edinimi bakımından Yönetmelik hükümlerine tabi değildir. Bunlar, Türk vatandaşlarının tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanılabilir (m. 1/2). Hem yabancı yatırımcının tanımlanması, hem de Yönetmeliğin bu hükmü ile, Türki-

<sup>19</sup> Sınırlı ayni haklar; eşyanın hak sahibi tarafından kullanılması veya malikin yararlanma yetkisini hak sahibi lehine sınırlamak suretiyle hak sahibine menfaat sağlayan irtifak hakları (taşınmaz lehine irtifak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı); bir taraftan taşınmaz malikini hak sahibine bazı edimlerde bulunmak borcu altına sokan, diğer taraftan da hak sahibinin bu alacağını o taşınmaz karşılık olarak teminat altına alan taşınmaz yükü; ve malın paraya çevrilmesi yetkisi sağlayarak bir alacağı teminat altına alan taşınmaz rehnidir (ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi) (Bkz. örneğin OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 592-593).

ye’de yaşayan ve yaşamayan Türk vatandaşları arasındaki eşitsizlik yaratan ayrımcı yaklaşım ortadan kaldırılmıştır<sup>20</sup>.

## 2. Yönetmelik ile Taşınmaz Mülkiyeti ve/veya Sınırlı Aynı Hak Edinimi Hakkında Getirilen Sistem

### a. Valilik’e Başvuru

#### i. Taşınmaz Mülkiyeti

Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti edinmek isteyen şirketler, aşağıdaki bilgi ve belgelerle birlikte taşınmazın bulunduğu yerdeki Valilik İl Plânlama ve Koordinasyon Müdürlüğüne başvururlar (m. 4/1):

a) Başvuru dilekçesi,

b) Taşınmaza ilişkin tapu kayıt bilgileri ve koordinatlı çap örneği,

c) Taşınmaz mülkiyetinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname ile taahhütnameyi imzalayan şirket yetkilisine ait imza sirküleri,

ç) Şirketin taşınmaz tasarrufuna izinli olduğunu ve temsilcisini gösterir yetki belgesi,

d) Şirket hisselerinin borsada işlem görmemesi halinde, yabancı ortaklarının isimlerini veya unvanlarını, tabiiyetlerini ve ortaklık oranlarını içeren şirket merkezinin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil memurluğundan son bir ay içinde alınan mevcut durumu gösteren belge,

e) Şirket hisselerinin borsada işlem görmesi halinde ise, borsada işlem gören hisselerden şirket sermayesinin %10’una veya

<sup>20</sup> Tapu Kanununda ve Eski Yönetmelik’te yabancı yatırımcı kavramının tanımlanmamış olması dolayısıyla, yabancı yatırımcının DYYK’da olduğu gibi yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını da kapsayacak şekilde anlaşılabilmesi ifade edilmiştir (SARGIN, s. 472).

daha fazlasına sahip yabancı ortaklar ile borsada işlem görmeyen hisselerine sahip olan yabancı ortakların isimlerini veya unvanlarını, tabiiyetlerini ve ortaklık oranlarını içeren, Merkezi Kayıt Kuruluşundan alınan mevcut durumu gösteren belge.

Şirketten, yukarıda yer verilen belgelerden başka belge istenmez (m. 4/4).

Başvuru belgeleri iki nüsha olarak temin edilir (m. 4/7). Başvuruların posta yoluyla yapılması mümkündür. Başvuru belgelerinin şahsen yetkili temsilci tarafından Valiliğe teslim edilmesi şartı aranmaz (m. 4/9). Bizzat yapılan başvurular sırasında başvuru belgeleri incelenir, anında giderilebilecek eksiklikler ve yanlışlıklar, yazışmaya gerek kalmadan tamamlattırılır. Sonradan tespit edilen eksiklikler ve yanlışlıklar ise, şirkete yazılı olarak bildirilir. Bu Yönetmelik kapsamındaki işlemler, tüm belgelerin Valiliğe tam ve eksiksiz teslimi ile başlatılır (m.4/8).

## ii. Sınırlı Aynî Hak

Türkiye'de taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak edinmek isteyen şirketler, aşağıdaki bilgi ve belgelerle birlikte taşınmazın bulunduğu yerdeki Valilik İl Plânlama ve Koordinasyon Müdürlüğüne başvururlar (m. 4/6):

a) Başvuru dilekçesi,

b) Taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname ile taahhütnameyi imzalayan şirket yetkilisine ait imza sirküleri,

c) Şirketin taşınmaz tasarrufuna izinli olduğunu ve temsilcisini gösterir yetki belgesi.

Talebin ipotek tesisine yönelik olması halinde ise, başvuru, yalnızca taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin



taahhütname ile taahhütnameyi imzalayan Şirket yetkilisine ait imza sirküleri ile birlikte, taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu sicil müdürlüğüne yapılır (m. 4/11).

## **b. Taşınmaz Mülkiyetinin Edinilmesi**

### **i. Taşınmazın Bulunduğu Bölgenin Belirlenmesi**

Valilik, taşınmaz edinimi baŐvurusunun yapılmasını mtea-  
kip, taşınmaza ilişkin tapu kayıt bilgileri ve koordinatlı çap rneği-  
ni Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklara  
göndererek, taşınmazın askerî yasak bölge<sup>21</sup>, askerî güvenlik bölge-  
si<sup>22</sup> veya 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri  
Kanununun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge<sup>23</sup> içinde

<sup>21</sup> Birinci derece Kara Askeri Yasak Bölgeleri; yurt savunması bakımından haya-  
ti önem taşıyan askerî tesis ve bölgelerin, evre duvarı, tel örgü veya benzeri  
engel veya iŐaretlerle belirlenen dış sınırlarının en az yüz, en fazla drtyz metre  
uzağından alman noktaların birleŐtirilmesi suretiyle meydana gelen alanlarla;  
kara sınır hattı boyunca ve lüzum görülen kıyılarda otuz ila altıyüz metre derin-  
likte kurulan alanlardır. İkinci Derece Kara Askeri Yasak Bölgeleri, birinci dere-  
ce kara askerî yasak bölgelerin çevresinde, bu bölge sınırlarından baŐlamak üzere  
beş kilometreye, savunma ihtiyaı ve bölgenin özelliklerinin zorunlu kıldığı  
hallerde on kilometreye kadar uzaktan seçilen noktalardan geçirilen hatla tesbit  
edilen alanlar ile; yurt savunması bakımından gerekli görülen diğer bölgelerde  
kurulan ve sınırları Bakanlar Kurulu Kararı ile tesbit edilen alanlardır (Askeri  
Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği m. 3/1-2).

<sup>22</sup> Askeri Güvenlik Bölgeleri, birinci derece kara ve deniz yasak bölgesi olarak  
ilan edilmeyen silahlı kuvvetlere ait kıŐla, kıta, karargah, kurum ve ordugah ve  
tesisler ile sualtı ve sust tesislerinin her türlü patlayıcı, yanıcı, akaryakıt ve  
gizlilik dereceli maddelerin konmasına tahsis edilmiş sabit ve seyyar depo ve  
cephaneliklerle, bu gibi maddeleri dolduran, boŐaltan tesisler ve atıŐ poligonları-  
nın çevresinde; bu yerlerin dış sınırlarından itibaren en fazla drtyz metreye  
kadar geçen noktaların birleŐtirilmesi ile tesbit edilen alanlar ile; mal ve can  
güvenliği bakımından girilmesinde sakınca görülen atıŐ alanları ile tatbikat bl-  
geleri içinde atıŐ ve tatbikatın devam ettiği sürece kara, deniz ve hava askerî  
güvenlik bölgesi olarak sınırları ve kapsamı ilgili makamlarca uygun araçlarla  
ilan edilen alanlardır (Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği  
m. 7B).

<sup>23</sup> Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununun 28. maddesiyle  
Bakanlar Kuruluna askerî yasak bölgelere yakınlığı veya diğer stratejik nedenler-

kalıp kalmadığını, on beş gün içinde bildirmesini talep eder. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde söz konusu taşınmazın belirlenen alanlar içerisinde olmadığına hükmedilerek işlem yapılır (m. 5/1).

Valilik, taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalıp kalmadığını, il emniyet müdürlüğünden veya il jandarma komutanlığından on beş gün içinde bildirmesini talep eder. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde söz konusu taşınmazın özel güvenlik bölgesi içerisinde olmadığına hükmedilerek işlem yapılır (m. 5/3).

## **ii. Askeri Yasak Bölge, Askerî Güvenlik Bölgesi veya 2565 Sayılı Kanununun 28. maddesi Çerçevesinde Belirlenen Bölgede Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi**

Taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya 2565 sayılı Kanununun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen bölge içinde kalması halinde, Valilik, diğer başvuru belgelerinin birer sûtretini Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklara göndererek, mülkiyet edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olup olmadığını, on beş gün içinde bildirmesini talep eder. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde mülkiyet edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olduğuna hükmedilerek işlem yapılır (m. 6/1).

Başvuru sonucunun olumlu olması veya olumlu sayılması halinde, tescil işleminin yapılması için Valilik tarafından şirkete ve tapu sicil müdürlüğüne yazılı bilgi verilir. Şirketin talebi üzerine, ilgili yazı, şirket yetkilisine elden teslim edilir. Tescil talebi, yazılı bilginin şirkete ulaşmasından itibaren üç ay içinde yapılır. Bu sürenin aşılması halinde, taşınmaz edinimi başvurusu yenilenir (m. 6/2-3).

---

le yabancıların taşınmaz mal edinemeyecekleri ve izin alınmadıkça kiralayamayacakları bölgeler tespit etme yetkisi verilmiştir.

Başvuru sonucunun olumsuz olması halinde Valilik tarafından şirkete, işlemin gerekçesi, işleme karşı başvurulabilecek yargı yolu ve süresi<sup>24</sup> bildirilir (m. 6/4).

### iii. Özel Güvenlik Bölgesinde Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi

Taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde, taşınmaz mülkiyeti edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olup olmadığı Komisyon<sup>25</sup> tarafından beş gün içinde değerlendirilir. Bu süre içinde değerlendirme yapılmadığı takdirde mülkiyet edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olduğuna hükmedilerek işlem yapılır (m. 7/1).

Başvuru sonucunun olumlu olması veya olumlu sayılması halinde, tescil işleminin yapılması için Valilik tarafından şirkete ve tapu sicil müdürlüğüne yazılı bilgi verilir. Şirketin talebi halinde ilgili yazı, şirket yetkilisine elden teslim edilir. Tescil talebi, yazılı bilginin şirkete ulaşmasından itibaren üç ay içinde yapılır. Bu sürenin aşılması halinde, taşınmaz edinimi başvurusu yenilenir (m. 7/2-3).

Başvuru sonucunun olumsuz olması halinde Valilik tarafından şirkete, işlemin gerekçesi, işleme karşı başvurulabilecek yargı yolu ve süresi<sup>26</sup> bildirilir (m. 7/4).

<sup>24</sup> Bu işleme karşı taşınmazın bulunduğu yerdeki (İdari Yargılama Usulü Kanunu [İYUK] m. 34) idare mahkemesinde (2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5/1/a) şirkete yazılı bildirim yapılmasından itibaren altmış gün içinde (İYUK m. 7/1-2) iptal davası (İYUK m. 2/1/a) açılabilir.

<sup>25</sup> Komisyon, Valinin veya görevlendireceği Vali yardımcısının başkanlığında ilgili il emniyet müdürlüğünün, garnizon komutanlığının ve/veya jandarma komutanlığının yetkili temsilcilerinden oluşur (m. 10/1-2).

<sup>26</sup> Bu işleme karşı taşınmazın bulunduğu yerdeki (İdari Yargılama Usulü Kanunu [İYUK] m. 34) idare mahkemesinde (2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5/1/a) şirkete yazılı bildirim yapılmasından itibaren altmış gün içinde (İYUK m. 7/1-2) iptal davası (İYUK m. 2/1/a) açılabilir.

**iv. Askerî Yasak Bölgede, Askerî Güvenlik Bölgesinde ve 2565 Sayılı Kanununun 28. maddesi Çerçevesinde Belirlenen Bölgede Taşınmaz Mülkiyeti Edinen Şirketlerin Ortaklık Yapısının Değişmesi**

Askerî yasak bölgede, askerî güvenlik bölgesinde ve 2565 sayılı Kanununun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen bölgede taşınmaz mülkiyeti edinimi uygun görülen yabancı sermayeli şirketlere ilişkin bilgiler ve taşınmazın bulunduğu iller Genelkurmay Başkanlığınca Hazine Müsteşarlığına bildirilir (m. 12/1).

Yabancı sermayeli şirketler, şirket ortakları dışındaki herhangi bir yabancı yatırımcıya yaptıkları hisse devirlerine ilişkin bilgileri Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 5 inci maddesi<sup>27</sup> çerçevesinde Hazine Müsteşarlığına bildirirler (m. 12/2).

Hazine Müsteşarlığı, bu şirketlere yeni yabancı ortak iştirakinin gerçekleştiğinin ilgili şirketler ve çeşitli kurumlar tarafından kendisine bildirilmesi halinde, şirketlere ilişkin bilgileri Genelkurmay Başkanlığına iletir (m. 12/3).

Genelkurmay Başkanlığının yapacağı değerlendirme sonucunda gerek duyulması halinde Valilik, şirketle irtibata geçerek, yabancı ortakların isimleri veya unvanları, tabiiyetleri ve ortaklık oranlarına ilişkin bilgileri içeren belgenin ibraz edilmesini şirketten yazılı olarak talep eder. Şirketin on beş gün içinde bu belgeyi temin etmesi zorunludur. Şirketin talebi ve haklı gerekçelerin varlığı halinde, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere on beş gün uzatılabilir (m. 12/4).

<sup>27</sup> Bu maddeye göre: "Kanun kapsamındaki şirket ve şubeler; ... 3) Mevcut yerli veya yabancı ortakların kendi aralarındaki veya şirket dışındaki herhangi bir yerli veya yabancı yatırımcıya yaptıkları hisse devirlerine ilişkin bilgileri Yönetmelik ekinde (EK-3) yer alan "Doğrudan Yabancı Yatırımlar İçin Hisse Devri Bilgi Formu" çerçevesinde ve hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip en geç 1 ay içinde, Genel Müdürlüğe bildirirler."

Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklar, taşınmaz mülkiyeti edinim durumunu, ülke güvenliği yönünden, on beş gün içinde değerlendirir. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde mülkiyet edinimi talebinin ülke güvenliği açısından uygun olduğuna hükmedilerek işlem yapılır (m. 12/5).

Genel Kurmay Başkanlığı tarafından yapılan değerlendirme sonucunda, mülkiyet edinimi durumunun ülke güvenliğine aykırı olduğu kanaatine varılması halinde, bu durum Valilik tarafından şirkete yazılı olarak bildirilir. Şirketin, otuz gün içinde bildirim yazılı bir cevap vermesi zorunludur. Aksi takdirde şirket, bildirim içeriğini kabul etmiş sayılır. Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklar, şirketin cevabı ile birlikte konuyu, Komisyona<sup>28</sup> iletmek üzere Valiliğe iletir. Yapılacak değerlendirmenin ardından Komisyon, mülkiyet edinim durumunun ülke güvenliğine uygun hale getirilmesi için şirkete kırk beş günlük süre verebilir. Şirketin talebi ve haklı gerekçelerin varlığı halinde, bu süre bir defaya mahsus olmak ve altı ayı geçmemek üzere uzatılabilir (m. 12/6).

Komisyonun yaptığı inceleme sonucunun olumsuz olması halinde, Komisyon, Valiliğe bildirimde bulunur (m. 12/7). Valilik tarafından şirkete işlemin gerekçesi, işleme karşı başvurulabilecek yargı yolu ve süresi<sup>29</sup> bildirilir (m 12/8).

Yabancı sermayeli bir şirkete yeni yabancı ortağın iştirak etmesi halinde durumun değerlendirilmesi ve karara bağlanmasına ilişkin olarak Tapu Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Yönetmeliğin bu konuda düzenleme içermesi Kanunun kapsamını genişletmiş olduğu anlamına gelmektedir<sup>30</sup>. Kanunun getirdiği sı-

<sup>28</sup> Komisyon, Valinin veya görevlendireceği Vali yardımcısının başkanlığında, ilgili il emniyet müdürlüğünün, garnizon komutanlığının ve/veya jandarma komutanlığının yetkili temsilcilerinden oluşur (m. 10/1-2).

<sup>29</sup> Bu işleme karşı taşınmazın bulunduğu yerdeki (İdari Yargılama Usulü Kanunu [İYUK] m. 34) idare mahkemesinde (2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5/1/a) şirkete yazılı bildirim yapılmasından itibaren altmış gün içinde (İYUK m. 7/1-2) iptal davası (İYUK m. 2/1/a) açılabilir.

<sup>30</sup> ERTEN, Doğrudan Yabancı Yatırımlar, s. 415.

nırlama taşınmaz ediniminin şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu kapsamında olması şartıdır ve bu şartın şirketin ortaklık yapısı ile bir ilgisi yoktur. Daha önce bir incelemeden geçerek askeri yasak bölge, askeri güvenlik bölgesi veya 2565 sayılı Kanununun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölgede taşınmaz edinimine izin verilen şirketten bu belgenin istenmesi, değerlendirilmesinin şirketin ortaklarına ve ortaklık yapısına göre yapıldığını göstermektedir. Bu ve Genelkurmay Başkanlığının bu belgeyi istemeye gerek duymayabileceği dikkate alınarak buradaki düzenlemenin keyfiyete izin verecek bir düzenleme olduğuna ve belirsizlik yaratacağına da dikkat çekmek gerekir.

#### **v. Askerî Yasak Bölge, Askerî Güvenlik Bölgesi, 2565 Sayılı Kanununun 28. maddesi Çerçevesinde Belirlenen Bölge veya Özel Güvenlik Bölgesi Dışında Kalan Alanlarda Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi**

Edinilmek istenen taşınmazın askeri yasak bölge, askeri güvenlik bölgesi, 2565 sayılı Kanununun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge veya özel güvenlik bölgesi dışında kaldığının tespit edilmesi halinde, tescil işleminin yapılması için Valilik tarafından şirkete ve tapu sicil müdürlüğüne yazılı bilgi verilir. Talep halinde ilgili yazı, şirket yetkilisine elden teslim edilir. Tescil talebi, yazılı bilginin şirkete ulaşmasından itibaren üç ay içinde yapılır. Bu sürenin aşılması halinde, taşınmaz edinimi başvurusu yenilenir (m. 8).

#### **c. Sınırlı Ayni Hak Edinimi**

Sınırlı ayni hak edinimi bakımından taşınmazın bulunduğu bölgenin niteliği önem taşımamaktadır. Bir başka deyişle, sınırlı ayni hak edinimi bakımından, askeri yasak bölge, askeri güvenlik bölgesi, 2565 sayılı Kanununun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge ya da özel güvenlik bölgesi içinde kalan taşınmazlar özellik göstermemektedir.

Sınırlı aynî hak edinimi başvurularında tescil işleminin yapılması için, Valilik tarafından şirkete ve tapu sicil müdürlüğüne yazılı bilgi verilir. Talep halinde ilgili yazı, şirket yetkilisine elden teslim edilir. Tescil talebi, yazılı bilginin şirkete ulaşmasından itibaren üç ay içinde yapılır. Bu sürenin aşılması halinde, sınırlı aynî hak edinimi başvurusu yenilenir (m. 9/1-2).

İpotek tesisinin söz konusu olması halinde ise, Valilik'e başvuru da gerekmemektedir. İpotek tesisi talebi, Valiliğe başvurulmaksızın, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname ile taahhütnameyi imzalayan şirket yetkilisine ait imza sirküleri ile birlikte, doğrudan taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu sicil müdürlüğüne yapılır (m. 9/3). Tapu Kanunu M. 35/III uyarınca, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, herhangi bir sınırlama olmaksızın, ipotek tesis edilebilirken, Türk şirketleri bakımından sınırlama getirilmesi uygun değildir<sup>31</sup>. Bu nedenle, Yönetmelik ile ipotek tesisinin diğer sınırlı aynî hak ediniminden ayrı olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur.

Öte yandan, lehine ipotek tesis edilen şirketin icrada yapılan satış işlemi sonucunda alacağına mahsuben taşınmazı edinmek durumunda kalması halinde, Yönetmelik'in taşınmaz edinimine yönelik hükümlerine tabi olması kaçınılmazdır ve bu durum da yabancı sermayeli şirketler bakımından bir dezavantaj teşkil etmektedir<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Eski Yönetmelik, doktrinde bu bakımdan eleştirilmiştir (SARGIN, s. 482).

<sup>32</sup> Eski Yönetmelik'e ilişkin TUSİAD Görüşünde, özellikle kredilerinin teminatı olarak ipotek tesis eden bankalar bakımından konunun önemine dikkat çekilmiş ve kredi kuruluşu şirketler bakımından, bunların kullandırmış oldukları kredilerin teminatı olarak alınan ipotekler nedeniyle, icrada yapılan satış işlemi sonucunda alacağına mahsuben gayrimenkul edinmek durumunda kalmaları halinde, Yönetmelikte belirtilen şartlar yerine getirilmeksizin icrada yapılan satış işlemi ile taşınmaz ediniminde bulunabileceklerinin açıkça düzenlenmesi teklif edilmiştir (<<http://www.tusiad.org/FileArchive/YabancıSermayeliŞirketlerinTasinmazEdinimi-TUSIADGorusuOcak2010.pdf>>).

### 3. Edinilen Taşınmazların veya Sınırlı Ayni Hakların Yönetmelik'e Aykırı Kullanımı

#### a. Taşınmazların veya Sınırlı Ayni Hakların Kullanımının Değerlendirmesi

Valinin veya görevlendireceği Vali yardımcısının başkanlığında toplanan, sanayi ve ticaret il müdürlüğü ile defterdarlığın yetkili temsilcilerinden oluşan Komisyon, re'sen ya da kişi veya kuruluşların yazılı başvuruları üzerine, Yönetmelik kapsamında edinilen taşınmazların veya sınırlı aynî hakların, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konuları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığını değerlendirir<sup>33</sup> (m. 13/1,3).

#### b. Aykırı Kullanımın Tespiti

Yapılan inceleme sonucunda taşınmazın veya sınırlı aynî hakkın, bu madde hükümlerine aykırı kullanıldığına değerlendirilmesi halinde, bu durum yazılı olarak şirkete bildirilir. Şirketin otuz gün içinde bildirim yazılı bir cevap vermesi zorunludur. Aksi takdirde şirket, bildirim içeriğini kabul etmiş sayılır (m. 13/6).

Komisyon tarafından, ana sözleşmede belirtilen faaliyet konusuna aykırı kullanımın tespiti halinde kullanımın ana sözleşmede belirtilen faaliyet konusuna uygun hale getirilmesi için şirkete bir defaya mahsus olmak üzere altı aylık süre tanınabilir (m. 13/7).

Şirketin taşınmazın veya sınırlı aynî hakkı, Yönetmelik hükümlerine aykırı kullandığı sonucuna varılması ve/veya tanınan altı aylık sürede kullanımın uygun hale getirilmemesi halinde Komisyon, Valiliğe bildirimde bulunur (m. 13/8). Valilik, şirkete işlemin

<sup>33</sup> Kullanımın değerlendirilmesi kapsamında Komisyon, şirketin faal durumda olup olmadığını ve şirketin mevcut veya ileride gerçekleştirilmesi öngörülen faaliyetlerini dikkate alır. Komisyon, ilgili kurum ve kuruluşlardan taşınmazın kullanımına ilişkin ihtiyaç duyulacak bilgi ve belge isteyebilir. Komisyon öncelikle dosya üzerinde inceleme başlatır. Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda gerekli görülmesi halinde yerinde inceleme de yapılabilir (m. 13/4-5).



gerekçesi, işleme karşı başvurulabilecek yargı yolu ve süresini<sup>34</sup> bildirir (m. 13/9).

Valilik, incelemenin sonuçları hakkında varsa ihbarda bulunan kişiye veya kuruluşa da yazılı olarak bilgi verir (m. 13/9).

İpotek hakkı sahibi şirketler, bu değerlendirmeye tabi tutulamazlar (m. 13/2).

### c. Taşınmazın Tasfiyesi

Taşınmaz veya sınırlı aynî hakların, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine aykırı biçimde edinildiğinin veya kullanıldığının tespit edilmesi halinde, edinilen taşınmaz veya sınırlı aynî hakların tasfiye işlemlerine başlanması hususu, şirketin aykırı edinim veya kullanımının tespiti ve değerlendirmesine ilişkin belgeler ile malik ve hak sahibi şirketin unvanı ve tebligata esas adresini gösteren belgeler ve ilgili taşınmazlar ile sınırlı aynî hakların tapu kayıt bilgilerini gösteren belgelerin onaylı örnekleri eklenerek, Valilik tarafından Maliye Bakanlığına bildirilir (m. 14/1).

Maliye Bakanlığı, taşınmaz maliki veya sınırlı aynî hak sahibi şirkete, taşınmazın veya sınırlı aynî hakkın altı ay içinde tasfiye edilmesini yazılı olarak bildirir. Bu süre, haklı sebeplerin varlığı halinde, bir defaya mahsus olmak üzere altı aya kadar uzatılabilir. Şirketin, taşınmazı veya sınırlı aynî hakkı, Maliye Bakanlığınca verilen süre içinde tasfiye etmemesi halinde bunlar, Maliye Bakanlığı tarafından genel hükümlere göre tasfiye edilir ve tasfiye harcamaları düşüldükten sonra bedeli hak sahibi adına açılacak bir banka hesabına yatırılır. İşlemlerin sonucu hak sahibi ile ilgili Valiliğe yazılı olarak bildirilir (m. 14/2).

<sup>34</sup> Bu işleme karşı taşınmazın bulunduğu yerdeki (İdari Yargılama Usulü Kanunu [İYUK] m. 34) idare mahkemesinde (2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5/1/a) şirkete yazılı bildirim yapılmasından itibaren altmış gün içinde (İYUK m. 7/1-2) iptal davası (İYUK m. 2/1/a) açılabilir.

#### 4. Yerli Sermayeli Şirketlerin Yabancı Sermayeli Hale Gelmesi

Yerli sermayeli şirketler, şirkete yabancı bir yatırımcının iştirak etmesi durumunda, hisse devirlerine ilişkin bilgileri Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 5. maddesi<sup>35</sup> çerçevesinde Hazine Müsteşarlığına bildirirler (m. 11/1).

Yabancı sermayeli hale geldiği, ilgili şirketler ve çeşitli kurumlar tarafından bildirilen şirketlere ilişkin bilgileri Hazine Müsteşarlığı, aylık olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne gönderir (m. 11/2).

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, söz konusu şirketlerin 12/11/2008 tarihli Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik'in yürürlüğe girmesinden sonra sahip oldukları taşınmazlara ilişkin bilgileri valiliklere bildirir (m. 11/3)<sup>36</sup>. Sonradan yabancı sermayeli hale gelen şirketler, sadece maliki oldukları taşınmazları bildireceklerdir; sınırlı aynı haklar Yönetmelik hükmünün dışındadır.

Valilik, taşınmaza ilişkin tapu kayıt bilgileri ve koordinatlı çap örneğini taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu ve kadastro müdürlüğünden temin etmesinin ardından Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklara göndererek, taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya 2565 sayılı Kanunun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge içinde kalıp kalmadığını, on beş gün içinde bildirmesini talep eder. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde söz konusu taşınmazın belirtilen alanlar içerisinde olmadığına hükmedilerek işlem yapılır (m. 11/4).

<sup>35</sup> Bu maddeye göre: "Kanun kapsamındaki şirket ve şubeler; ... 3) Mevcut yerli veya yabancı ortakların kendi aralarındaki veya şirket dışındaki herhangi bir yerli veya yabancı yatırımcıya yaptıkları hisse devirlerine ilişkin bilgileri Yönetmelik ekinde (EK-3) yer alan "Doğrudan Yabancı Yatırımlar İçin Hisse Devri Bilgi Formu" çerçevesinde ve hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip en geç 1 ay içinde, Genel Müdürlüğe bildirirler."

<sup>36</sup> Eski Yönetmelik'te bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığından, doktrinde, şirketin sahip olduğu tüm taşınmazların incelemeye tabi tutulacağı ifade edilmiştir (SARGIN, s. 478-479).

Valilik, taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalıp kalmadığını ise, il emniyet müdürlüğünden veya il jandarma komutanlığından on beş gün içinde bildirmesini talep eder. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde söz konusu taşınmazın özel güvenlik bölgesi içerisinde olmadığına hükmedilerek işlem yapılır (m. 11/5).

Taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi, 2565 sayılı Kanununun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge veya özel güvenlik bölgesi dışında kaldığının tespit edilmesi halinde, şirketle irtibata geçilerek taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname ile taahhütnameyi imzalayan şirket yetkilisine ait imza sirkülerinin ibraz edilmesi şirketten yazılı olarak talep edilir (m. 11/6).

Taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi, 2565 sayılı Kanununun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen bölge veya özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde, Valilik şirketle irtibata geçerek taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname ile taahhütnameyi imzalayan şirket yetkilisine ait imza sirkülerinin ve yabancı ortakların isimleri veya unvanları, tabiiyetleri ve ortaklık oranlarına ilişkin bilgileri içeren belgenin iki nüsha olarak ibraz edilmesini şirketten yazılı olarak talep eder. Şirketin on beş gün içinde bu belgeleri temin etmesi zorunludur. Şirketin talebi ve haklı gerekçelerin varlığı halinde, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere on beş gün uzatılabilir (m. 11/7).

Yapılan değerlendirme sonucunda, mülkiyet edinimi durumunun ülke güvenliğine aykırı olduğu kanaatine varılması halinde, bu durum Valilik tarafından şirkete yazılı olarak bildirilir. Şirketin, otuz gün içinde bildirim yazılı bir cevap vermesi zorunludur. Aksi takdirde şirket, bildirim içeriğini kabul etmiş sayılır. Valilik, şirketin cevabı ile birlikte konuyu Komisyona iletir. Yapılacak değerlendirmenin ardından Komisyon, mülkiyet edinim durumunu ülke

güvenliğine uygun hale getirilmesi için şirkete kırkbeş günlük süre verebilir. Şirketin talebi ve haklı gerekçelerin varlığı halinde, bu süre bir defaya mahsus olmak ve altı ayı geçmemek üzere uzatılabilir (m. 11/9). Sonucun olumsuz olması halinde, Valilik şirkete işlemin gerekçesi, işleme karşı başvurulabilecek yargı yolu ve süresini<sup>37</sup> yazılı olarak bildirir (m. 11/11). Bu durumda, ayrıca, Komisyon, taşınmazın tasfiyesi için Valiliğe bildirimde bulunur (m. 11/10).

### III. Değerlendirme

#### A. Yönetmelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti ve/veya sınırlı ayni hak edinmek isteyen yabancı sermayeli Türk şirketleri, Valilik İl Planlama ve Koordinasyon Müdürlüğüne başvuracaklardır.

Eski Yönetmelik uyarınca, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusunu, ortaklarının isimlerini veya unvanlarını, tabiiyetlerini ve ortaklık oranlarını gösteren belgeyi Valilik’e iletmesi (Eski Yönetmelik m. 4/1/ç) ve Valilik’in mülkiyet edinimi talebinin şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde olup olmadığını sanayi ve ticaret il müdürlüğünden sorması (Eski Yönetmelik m. 5/1) gerekmekteydi. Yeni Yönetmelik uyarınca ise, şirketin Valilik’e taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisinin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen ana faaliyet konularını yürütmek üzere talep edildiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname vermesi yeterlidir. Dolayısıyla, sanayi ve ticaret il müdürlüğünün görüşünün alınması aşaması kaldırılmıştır. Şirketin faaliyet konusu ile taşınmazın bu faaliyet konusu kapsamında edinilip edinilmediğine dair araştırma yapılmamakta; bu konuda şirketin beyanına itibar edilmektedir.

<sup>37</sup> Bu işleme karşı taşınmazın bulunduğu yerdeki (İdari Yargılama Usulü Kanunu [İYUK] m. 34) idare mahkemesinde (2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5/1/a) şirkete yazılı bildirim yapılmasından itibaren altmış gün içinde (İYUK m. 7/1-2) iptal davası (İYUK m. 2/1/a) açılabilir.

Bu olumlu bir değişiklik olmakla birlikte, edinilecek taşınmazın bulunduğu bölgenin niteliğinin belirlenmesi amacıyla hem Genelkurmay Başkanlığının; hem de il emniyet müdürlüğü veya jandarma komutanlığının görüşünün sorulması gerekmektedir. Yönetmelik ile getirilen olumlu bir düzenleme, bu kurumların cevap verme sürelerinin on beş gün ile sınırlanması ve bu süre içinde cevap gelmemesi halinde taşınmazın bulunduğu bölgenin askeri olarak stratejik önemi olan bir bölgede bulunmadığına hükmedilecek olmasıdır. Böylece, başvurudan sonra aylarca bu kurumların görüşlerinin beklenmesi dezavantajının önüne geçilmiştir<sup>38</sup>.

Taşınmazın bulunduğu bölgenin askeri olarak stratejik önemi olan bir bölgede bulunması halinde, mülkiyet ediniminin ülke güvenliği açısından uygun olup olmadığına Genelkurmay Başkanlığı veya özel güvenlik bölgeleri söz konusu ise Komisyon karar verecektir. Ancak, Genelkurmay Başkanlığının on beş gün, Komisyon'un ise beş gün içerisinde bu konuda bir karar vermemesi halinde mülkiyet ediniminin ülke güvenliği açısından uygun olduğuna hükmedilecektir. Bir yandan, bu bölgelerin özel olarak korunması amaçlanırken, diğer yandan kısa süreler içinde ilgili kurumlarca sessiz kalınmasına bu derece önemli bir sonucun bağlanması çelişki oluşturmakta ve incelemelerin ciddiyeti ve gerekliliği hakkında soru işaretlerine neden olmaktadır.

Yeni Yönetmelik'in getirdiği en önemli gelişme, Valilik'e takdir yetkisi verilmemesidir. Eski Yönetmelik, Valilik'in Genelkurmay Başkanlığının taşınmaz ediniminin ülke güvenliği yönünden olumlu değerlendirmesi ve sanayi ve ticaret il müdürlüğünün görüşü çerçevesinde şirketin talebini sonuçlandıracağını düzenlemiştir. Oysa, yeni Yönetmelik ile Valilik sadece şirketin başvuracağı ve başvuru üzerine taşınmazın bulunduğu bölgenin askeri ko-

<sup>38</sup> Eski Yönetmeliğe ilişkin olarak yayınlanan TÜSİAD Görüşünde de taleplerin belirli bir sürede değerlendirilmesi ve bu süre içinde cevap verilmemesinin yaptırımının belirtilmesinin yatırımcı için daha güvenilir ve öngörülebilir bir ortam sağlayacağı belirtilmiştir,

(<<http://www.tusiad.org/FileArchive/YabancıSermayeliŞirketlerinTasınmazEdinimi-TUSIADGorusuOcak2010.pdf>>).

numunu belirlemek için askeri yetkililerle irtibatı sağlayacak bir merci olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, Valilik şirketin taşınmaz ediniminin şirket faaliyetleri kapsamında olduğuna ve bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhüdü ve taşınmaz askeri olarak önemli bir konumda bulursa bile taşınmaz ediniminin ülke güvenliği açısından bir sakıncası bulunmadığı yönündeki Genelkurmay görüşü ile bağlıdır; taşınmaz edinimi talebini reddedemez.

Yine, taşınmazın askeri olarak stratejik önemi olan bir bölgede bulunmaması veya bulursa da burada şirketin taşınmaz ediniminin ülke güvenliği açısından sakıncalı görülmemesi halinde, şirkete ve tapu sicil müdürlüğüne yapılacak yazılı bildirim, şirket tarafından elden teslim alınabilmesi imkanı da zaman kazanmak bakımından olumlu bir düzenlemedir. Uygulamada da tapu sicil müdürlüklerinin kendilerine Valilik'ten gelecek yazıyı beklememesi, şirkete teslim edilen yazının kendisine ibrazı üzerine gerekli işlemleri yapması sağlanmalıdır.

## B. Tapu Kanunu ve Yönetmelik'in Eleştirisi

Türkiye'de Türk hukukuna uygun olarak kurulan ve idare merkezinin Türkiye'de bulunduğu, yabancı yatırımcıların ortaklığıyla kurulan ya da yabancı yatırımcıların iştirak ettiği şirketler Türk şirketleridir. Bunlar, yerli şirket olduklarından taşınmaz mal edinmeleri konusunda bir sınırlama getirilmesi düşünülemez<sup>39</sup>.

YSTK'nun uygulandığı dönemde, yabancı sermaye ile Türkiye'de kurulan şirketler yabancı muamelesine tabi tutulmaksızın gayrimenkul edinebiliyorlardı. DYYK'nun da amacı, Türk şirketi olan bu şirketlerin taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak ediniminin, yabancı tüzel kişilere ilişkin olan sınırlamalara tabi olmadığını

<sup>39</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "Son Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Yabancıların Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Ayni Hak Kazanımları", Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, s. 900; ERTEN, DYYK'nun Rolü, s. 143.

açıklamaktı<sup>40</sup>. Bir başka deyişle, DYYK ile bu Kanun yürürlüğe girmeden önce teoride tartışılan ancak uygulamada sorun yaşanmayan bir meseleye açıklık getirilmişti<sup>41</sup>. Anayasa Mahkemesince ileri sürülen DYYK'nun 3/d maddesinin iptal gerekçesi hukuk devleti tanımına dayandırılmıştır ve doyurucu olmaktan uzaktır. Türk şirketlerinin taşınmaz edinmesinin hukuk devleti ile olan bağı yeterince açıklanamamıştır. Diğer yandan, Karşioy'da belirtilen gerekçelerin hepsi haklı gerekçelerdir.

Tapu Kanunu m. 36 ile, 1950li yıllardaki uygulamanın da gerisine gidilerek, yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimleri konusunda sınırlama ve tamamen Türk sermayeli şirketlerden ayrı uygulama getirilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 137. maddesi<sup>42</sup> uyarınca ticaret şirketlerinin, hak iktisap etmeleri ve borç altına girmeleri, söz konusu işlemlerin şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu kapsamında yer alması şartıyla mümkündür. Ticaret şirketleri işletme konusu dışında herhangi bir işlem yapamaz, yapsa da bunlar yok hükmündedir (*ultra vires* doktrini<sup>43</sup>). Tamamen Türk sermayeli şirketler için geçerli olan bu sınırlamanın, yabancı sermayeli şirketler açısından da geçerli olacağı şüphesizdir. Bu nedenle, yabancı sermayeli şirketlerin de ancak işletme konuları ile sınırlı bir ehliyetleri olacaktır<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> DYYK Madde Gerekçeleri, Madde 3/d, <<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf>>.

<sup>41</sup> ÇELİKEL, Aysel: "Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler", Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 169; EKŞİ, s. 62.

<sup>42</sup> "Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler."

<sup>43</sup> Bkz. örneğin İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 260; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Basım, İstanbul 2010, para. 125-126.

<sup>44</sup> ÖZEL, Sibel: "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 611; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile/SÜRAL, Ceyda: "4875

Ticaret şirketlerinin tapuda yapacakları tüm işlemlerde ticaret sicili memurluklarından alacakları yetki belgelerini<sup>45</sup> ibraz etmeleri gerekmektedir (Tapu Kanunu m. 2). Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı'nın 5.4.2010 tarihli ve 2010/6 sayılı Genelgesi'nde<sup>46</sup> bu yetki belgesinin Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 104. maddesinde düzenlenen sicil tasdiknamesi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, ilgili yetki belgesinde aşağıdaki bilgiler yer alacaktır:

- a) Ticaret unvanı,
- b) Merkezin adresi (Şubelerin tescilinde şubenin adresiyle beraber merkezin adresi de yazılır),
- c) İşletmenin uğraştığı işler,
- ç) İşletme sahibinin hüviyeti (hükmi şahıslarda hükmi şahsın mahiyeti),
- d) Belge düzenlendiği sırada işletmeyi temsile yetkili olanlar,
- e) Sicil memurluğunun adı, vesikanın verildiği tarih, memurun sicil numarası ve imzası ve memurluk mührü.

Bazı ticaret şirketlerinde yetkiler derece veya grup belirtilmek suretiyle verildiğinden, şirket temsilcisinin ayrıca yetki belgesinde belirtilen yetki derecesine veya grubuna sahip olması da gerekecektir. Yetki belgesinin yanı sıra imza sirkülerinin de ibraz edilmesi gerekmektedir. Yetki belgesinde yapılacak işlem için yönetim kurulu kararı alınması öngörülmüş ise talep edilen işleme ilişkin yönetim kurulu kararının da ibrazı gerekmektedir<sup>47</sup>.

---

Sayıli Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2004, s. 147; SARGIN, s. 473; ERTEN, Doğrudan Yabancı Yatırımlar, s. 412-413.

<sup>45</sup> Oda kayıt belgesi, ticaret sicil gazetesi gibi belgelerle tapu sicil müdürlüğünde doğrudan işlem yapılması mümkün bulunmamaktadır (YEŞİL, Metin: Tapu İşlemleri, 9. Baskı, İstanbul 2010, s. 99).

<sup>46</sup> <[http://www.tkgm.gov.tr/tkgm/index.php?page=genelge&op=genelge\\_bilgileri&Id=429](http://www.tkgm.gov.tr/tkgm/index.php?page=genelge&op=genelge_bilgileri&Id=429)>.

<sup>47</sup> YEŞİL, s. 99



Dolayısıyla, bir şirketin taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmesi için tapuda yapacağı işlemlerde hem taşınmaz edininin şirketin işletme konusu içinde olduğuna hem de ilgili kişinin bu işlemi gerçekleştirmeye yetkili olduğuna (hak ve fiil ehliyetine sahip olduğuna) ilişkin belgenin sunulması gerekmektedir. Bir başka deyişle, taşınmaz edinimi işletme konusu kapsamı dışında olan bir şirketin tapuda bu yönde bir işlem yapabilmesi mümkün değildir.

Bu yetki belgesini zaten sunmak zorunda olan yabancı sermayeli şirketin ayrıca taşınmazı faaliyet konularını yürütmek üzere talep ettiğine ve taşınmazın bu amaçla kullanılacağına ilişkin taahhütname vermesinin aranması kanımızca gerekmemektedir. Valilik'in bu taahhütnameyi değerlendirme yetkisi olmadığı; Genelkurmay Başkanlığı veya il emniyet müdürlüğünden belirli bir süre içinde cevap alınmadığı takdirde, taşınmazın bulunduğu bölgenin askeri stratejik öneminin bulunmadığına hükmedileceği de dikkate alındığında, burada korunan menfaatin ne olduğu ve ne kadar korunduğu anlaşılamamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı *ultra vires* doktrinine yer vermemektedir. Tasarı'nın 125/2. maddesi<sup>48</sup> uyarınca, tüm şirketler, gerçek kişilere hasredilenler dışındaki tüm hakları edinebilirler ve borçları yüklenebilirler. Bu düzenleme ile, konusu ile ilgisi olsun olmasın, şirketin tüm işlemlerinin hak ehliyeti kapsamında sayılacağı ve şirketi bağlayacağı kabul edilmiştir<sup>49</sup>.

Buna göre, bir şirket, konusu içinde olsun olmasın, kazanç elde etme ve paylaşma gayesi dışında kalan, kendisine herhangi bir menfaat ya da kazanç sağlamayan, ortaklarına, alacaklılarına ya da bulunduğu ülkeye zarar verebilecek bir işlemi yapabilecek midir?

<sup>48</sup> "Tüzel kişiler, Türk Medeni Kanunu'nun 48'inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır."

<sup>49</sup> YILDIZ, Burçak: "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 1, 2006, s. 338.

Tüzel kişilerin sadece belirli bir amaca ulaşmak için kendilerine hak sujesi sıfatı tanınmış, farazi varlıklar olduğunu ve ancak bu amaçla sınırlı olarak hak elde edebileceklerini ve borç altına girebileceklerini kabul eden tahsis (özellik) ilkesi uyarınca bu sorunun cevabı olumsuzdur<sup>50</sup>. Dolayısıyla, Tasarı yürürlüğe girdikten sonra, şirketlerin hak ehliyetleri bakımından tahsis ilkesinin geçerli olduğu kabul edilirse, sadece yabancıların taşınmaz edinmeyeceği stratejik bir alanda ve belirli sınırlamalara tabi olmamak için Türk şirketi kuran yabancı ortakların taşınmaz edinimleri kabul edilmeyebilir ve geçersiz sayılabilir.

Öte yandan, anonim ve limited şirketler<sup>51</sup> bakımından Tasarı'nın 371. maddesi<sup>52</sup> ile şirketi temsile yetkili olanların yetkisi şirketin amacı ve işletme konusu ile sınırlanmıştır. Buna göre, anonim ve limited şirketlerde yönetici, işlem yaparken, yaptığı işlemin işletme konusu sınırları içinde kalmasına özen göstermelidir. Yöneticinin işletme konusu dışında bir işlem yapmasının sonuçları da Tasarı'nın aynı maddesinde düzenlenmiştir. İlk sonuç, yetkisiz işlem nedeniyle şirket zarara uğramışsa, şirketin zararın karşılanması için yöneticiye rücu edebilmesidir. İkinci sonuç da, üçüncü kişinin kötü niyetli olduğu hallerde şirketin işlemin kendisini bağlamadığını ileri sürebilmesidir. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması kötü niyetin ispatı açısından tek başına yeterli delil niteliği taşımaktadır.

<sup>50</sup> ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, 4. Bası, İstanbul 1978, s. 62-63; YILDIZ, s. 343.

<sup>51</sup> Bu hüküm Tasarı'nın 629. maddesinin atfıyla limited şirketlere de kıyasen uygulanır.

<sup>52</sup> *"Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket ünvanını kullanabilirler. Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.*

*Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya halin icabından, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir."*

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

Bu hüküm doktrinde *ultra vires* prensibi ile ilişkilendirilmiş; bunun ticaret şirketlerinin ehliyetini düzenleyen hükümde yer alması gerektiği<sup>53</sup> ve *ultra vires* prensibinin terkedilmesi ile çeliştiği için Tasarı'dan çıkarılması gerektiği<sup>54</sup> şeklinde değişik görüşler ifade edilmiştir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu hüküm şirketin hak ehliyetiyle değil şirket yöneticisinin temsil yetkisi ile ilgilidir ve hükme aykırılığın sonuçları da buna uygun olarak düzenlenmiştir<sup>55</sup>. Konumuz bakımından ise, bu hükmün, diğer Türk şirketleri gibi yabancı sermayeli anonim ve limited şirketlerin de şirketin amacı ve işletme konusu dışında taşınmaz edinimlerini önleyeceği söylenebilir. Zira, Tasarı yürürlüğe girdikten sonra da, tapuda işlemi gerçekleştirmek için şirket yetkilisinden yetki belgesi talep edilecek ve yetki aşımı halinde işleme cevaz verilmeyecektir. Uygulamanın bu yönde gelişmesi için gerekli önlemlerin alınması idarenin görevidir. Anonim ve limited şirket dışındaki diğer yabancı sermayeli ticaret şirketleri bakımından ise, bu konuda bir sınırlama getirilmesi ve bunların da işletme konusu dışında taşınmaz edinmemeleri için gerekli kanuni düzenlemenin yapılması düşünülebilir.

## SONUÇ

DYYK 3/d maddesi, bu konuda 1950lerden beri kabul edilmiş olan ve yabancı sermayeli ve tamamen Türk sermayeli şirket ayrımı getirmeyen çözümü kanunlaştırmışken, bu maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devleti tanımına dayanan ve doyurucu olmayan bir gerekçe ile iptali yerinde olmamıştır.

Unutmamak gerekir ki, ortakları arasında yabancı gerçek veya tüzel kişiler bulursa da, yabancı sermaye ile kurulmuş olsa da

<sup>53</sup> ARKAN, Sabih: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans Bildiriler – Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 49.

<sup>54</sup> MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 109.

<sup>55</sup> YILDIZ, s. 342.

bu şirketler Türk hukukuna uygun olarak kurulup tescil edilmiş ve idare merkezleri Türkiye’de bulunan Türk şirketleridir. Türk şirketlerinin tabi olduğu hukuki rejime tabi olmaları gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 137. maddesi uyarınca ticaret şirketlerinin, hak iktisap etmeleri ve borç altına girmeleri, söz konusu işlemlerin şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu kapsamında yer alması şartıyla mümkün olduğundan, Türkiye’de Türk hukukuna uygun olarak kurulan ve idare merkezi Türkiye’de bulunan yabancı sermayeli ticaret şirketlerinin sırf yabancı ortakları bulunması nedeniyle taşınmaz edinimlerinde ek prosedürler ve sınırlamalar getirilmesi uygun değildir.

Öte yandan, yeni Yönetmelik hükümleri uyarınca şirketlerin Valilik’e taşınmaz faaliyet konularını yürütmek üzere edinip kullanacağına dair taahhütname sunacak olmaları, Valilik’in bu taahhütname ile bağlı olması ve sadece şirketin başvuracağı ve başvuru üzerine taşınmazın bulunduğu bölgenin askeri niteliğini belirlemek için askeri yetkililerle irtibatı sağlayacak bir merci olarak düzenlenmiş olması olumlu gelişmelerdir. Yine, ilgili kurumlardan belirli süre içerisinde cevap alınmamasının sonuçlarının düzenlenmesi ve şirketlere olumlu sonucu elden alma yetkisi tanınması prosedürün hızlandırılması bakımından Yönetmelik’in avantajlarını oluşturmaktadır. Şüphesiz, eski yönetmelik ile karşılaştırıldığında, yeni Yönetmelik’in kabulü, yabancı sermayeli şirketler açısından ve yurdumuza yabancı sermayenin girişi açısından olumlu bir gelişmedir.

## KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans Bildiriler – Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005

ÇELİKEL, Aysel: “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2, 2003

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile/SÜRAL, Ceyda: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2004

EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye’deki Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları, İstanbul 2006

ERTEN, Rıfat: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü [DYYK’nun Rolü], Ankara 2005

ERTEN, Rıfat: “Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyum Bildirileri [Doğrudan Yabancı Yatırımlar], TBB 2010

İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 2. Bası, İstanbul 2005

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2006

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Son Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Yabancıların Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Aynı Hak Kazanımları”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul

ÖZEL, Sibel: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2, 2003

ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, 4. Bası, İstanbul 1978

POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Basım, İstanbul 2010

SARGIN, Fügen: “Tapu Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyum Bildirileri, TBB 2010

YEŞİL, Metin: Tapu İşlemleri, 9. Baskı, İstanbul 2010

YILDIZ, Burçak: “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 1, 2006

**AMERİKAN ANTİTRÖST YASALARININ ÖZEL HUKUK İLİŞKİLERİNE TATBİKİ SONUCU ORTAYA ÇIKAN ‘TREBLE DAMAGES’ KARARLARININ AVRUPA VE TÜRKİYE’DE TENFİZİ SORUNU**

**Yard. Doç. Dr. Ozan TURHAN\***

**ÖZET**

Amerikan mahkemelerinin antitröst yasasının özel hukuka tatbiki neticesinde verdikleri “treble damages” kararlarının amacının sadece zararı tazmin edici nitelikte olmaması, bunun yanında bu kararların caydırıcılık, haksız uygulamadan elde edilen yararın geri alınması ve cezalandırma amaçlarına da hizmet etmesinden dolayı, Amerikan mahkemelerinin bu tarz bir içeriğe sahip kararlarının tenfizi, AB üyesi ülkeler ve Türkiye mahkemeleri tarafından bir dirençle karşılaşılabilecektir; zira bu tarz bir kararın tenfizi ya açıkça mevzuat tarafından yasaklanmakta yada kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. İşbu makalede Amerikan mahkemelerinin treble damages kararlarını içeren hükümlerinin tenfizi ile ilgili olarak bazı AB üyesi ülkelerin ve Türkiye’nin tutumları değerlendirilmiştir.

**ABSTRACT**

*Since the aim of the award of treble damages by US Courts in case of private enforcement of antitrust law is not only compensatory, but simultaneously serves the aims of deterrence, forfeiture*

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi,  
e-posta: ozan.turhan@yeditepe.edu.tr

*and punishment, courts of the Member States of the EU and of Turkey may resist to enforce judgments of US Courts containing such awards, as this is either explicitly prohibited by law or deemed to be against public order. This article reviews the position of some of the Member States of the EU and of Turkey regarding the enforcement of US judgments for treble damages.*

**Anahtar kelimeler:** treble damages kararları, rekabet yasasının özel hukuka tatbiki, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, AB rekabet hukuku, kamu düzeni

**Keywords:** *treble damages, private enforcement of competition law, enforcement of foreign judgments, anti-trust law, EU Competition Law, public order.*

\*\*\*

## Giriş

Bu yazının kaleme alınış amacı, Amerika Birleşik Devletleri rekabet yasalarının ihlali sonucu bir zarara uğradığını ileri sürenler lehine, Amerikan mahkemelerinin vermiş olduğu ‘treble damages’ (ya da üç kat tazminat) kararlarının Avrupa Birliği’ne üye pek çok ülke ve Türkiye’de tenfizi konusunda karşılaşılabilecek problemlerin ortaya konmasıdır.

Yazımızın ilk bölümünde ‘treble damages’ sisteminin kendi doğum yeri olan Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) ne şekilde kullanıldığı irdelenecek olup, ilerleyen bölümlerde ise sırasıyla rekabet yasalarının ihlalinin doğan davalarda çoklu tazminata hükmedilmesi hususunda Avrupa Birliği’nin (AB) konuya yaklaşımı ve ABD mahkemeleri tarafından verilen treble damages karar-



larının Almanya, Birleşik Krallık, İtalya ve son olarak Türkiye'de tenfizinin imkân(sız)lılığı konuları ele alınacaktır.

?

## 1. ABD'de 'treble damages' Kararları

Amerikan mahkemeleri tarafından verilen 'treble damages' kararlarının en önemli yasal dayanağı'nı Amerikan antitröst hukununun başlıca kaynağı olan *Clayton Yasası* oluşturmaktadır. 'Treble damages', *Clayton Yasası* dışında ayrıca *RICO § 1964(c)*<sup>1</sup> altında da düzenlenmektedir fakat *RICO*'da yer alan bölümün metninin ve amacının *Clayton Yasası*'nda yer alan ve 'treble damages' i düzenleyen kısımına dayanmasından dolayı yazımızın bu bölümde sadece *Clayton Yasası*'nın treble damages ile ilgili kısımlarını incelemek ile yetineceğiz.

### 1.1 Clayton Yasası, IV. Kısım

*Clayton Yasası*'nın IV. kısmına<sup>2</sup> göre, antitröst yasalarının yasak kapsamına alınan herhangi bir durumundan dolayı ticari faaliyetleri veya malvarlığı zarara uğramış bir kimse bu nedenle mahkemelerde dava açabilir ve uğradığı zararın üç katı oranında bir tazminata hak kazanır. Jüri tarafından belirlenen zararın oranının üç ile çarpılmak suretiyle üç kat tazminata dönüşmesi otomatik bir durumdur ve jüriler belirledikleri zararın hakim tarafından üç kat oranında artırılmak suretiyle nihai yargılamada bu şekilde tazminata hükmedileceği konusunda önceden bilgilendirilmemektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Racketeer Influenced and Corrupt Organizations, 18 U.S.C.A. §§ 1961-1968

<sup>2</sup> Amerikan antitröst yasalarının ihlali durumlarında meydana gelen kişisel zararın tazminine yönelik olarak verilen 'treble damages' kararlarını düzenleyen hüküm daha önce 1890 tarihli Sherman Yasası'nın VII. kısmında yer almaktaydı (15 U.S.C.A §§ 1-7). Söz konusu hüküm 1914 tarihinde Amerikan Federal Kongresi tarafından Sherman yasasından çıkartılarak Clayton Yasası'nın IV. kısmına geçirilmiş (15 U.S.C.A. § 12 et seq.) ve işbu düzenleme yapılırken madenin özü aynen korunmuştur.

<sup>3</sup> Collin (Ed.), Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook, American Bar Association Antitrust Section, New York, 1998, s. 18.

Amerikan Federal Kongresi'ne göre, 'treble damages' ile ilgili olan hükümlerinin yönelmiş olduğu esas amaç, rekabet yasalarının zarar gören şahıs veya teşebbüsler tarafından da etkin bir şekilde kullanılmasını teşvik etmek suretiyle kamu yararının azami surette sağlanmasıdır.<sup>4</sup>

Amerikan mahkemelerinin konu ile ilgili vermiş olduğu çeşitli kararları incelediğimizde bizde bırakacağı izlenim, mahkemeler tarafından verilen 'treble damages' kararlarının arkasında yatan mantığın esasen ortaya çıkan zararın özel hukuk anlamında tazmini mahiyetinde olduğu yönünde olacaktır.<sup>5</sup> Fakat ilk bakışta bu husus hükmedilen tazminatın 1/3'ü için anlaşılabilir olsa dahi, zira zararın bu kısmı davacı tarafından ispatlanabilmektedir, geri kalan 2/3'lük kısım davacı tarafından ne ispat edilebilmekte ne de zararın miktarı ölçülebilmektedir.<sup>6</sup> Dolayısı ile hükmedilen tazminatın 2/3'lük kısmı için bunun özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan klasik anlamda bir tazminat olduğu ileri sürmek kanımızca pek de mümkün olamamaktadır. Ayrıca yakın bir tarihte, 2007 yılında, Amerikan Antitröst Modernizasyon Komisyonu, 'treble damages' kararlarının amacının sadece zararı tazmin edici nitelikte olmadığını, bunun yanında bu kararların caydırıcılık, haksız uygulamadan elde edilen yararın geri alınması ve cezalandırma amaçlarına da hizmet ettiğini belirtmiştir.<sup>7</sup> Çalışmanın bundan sonraki bölümleri okunurken bu hususun göz önünde bulundurulması Amerikan mahkemeleri tarafından verilen 'treble damages' kararlarının AB üyesi kimi devletlerde ve Türkiye'de tenfizi hususunda ortaya çıkabilecek problemlerin anlaşılması noktasında önemli bir rol oynayacaktır.

<sup>4</sup> Rep. No. 619, 84th Cong., 1st Sess. 3, reprinted in 1955 U.S. Code Cong. & Ad. News 2328, 2330, atıf yapan Pasahow e.a., Treble-Damages Remedy (1986), American Bar Association Antitrust Section, Monograph no. 13, American Bar Association, New York, 1986.

<sup>5</sup> City of Atlanta v. Chattanooga Foundry & Pipeworks, 127 F. 23, 29 (6th Cir. 1903).

<sup>6</sup> State Farm Fire & Casualty Co. v. Estate of Caton, 540 F. Supp. 673, 681 (N.D.Ind. 1982).

<sup>7</sup> Antitrust Modernization Commission Report and Recommendation, <www.amc.gov>.

## 1.2 Amerikan Antitröst Yasalarının Sınır Ötesi Uygulamaları

Amerikan antitröst yasalarının uygulama alanı sadece ABD toprakları ile sınırlı kalmamış olup, Amerikan vatandaşlarının (şahıs veya teşebbüsler) uluslararası anti-rekabetçi davranışlardan korunması adına Amerikan mahkemeleri, pek çok kere, Amerikan rekabet yasalarını kendi sınırlarını aşacak şekilde uygulamıştır. Söz konusu uygulamanın ilk örneği *Birleşik Devletler v. Alcoa* davasında karşımıza çıkmaktadır. Aynı davada, mahkeme Amerikan rekabet yasalarının sınır ötesine uygulanma şartlarının neler olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, yabancı piyasa aktörlerinin rekabeti bozucu davranışları yerli (Amerikan) pazarı olumsuz ölçüde etkiliyor ise, Amerikan rekabet yasaları uygulama alanı bulacaktır (*Etki Testi*).<sup>8</sup> *Alcoa* davasında geline bu sonuçtan sonra, Amerikan rekabet yasalarının sınır ötesi uygulamaları, Amerikan yargı sistemi içerisinde içtihat haline gelmiş<sup>9</sup> ve 1982 tarihli *Federal Ticarete Rekabeti Geliştirme Yasası (Federal Trade Antitrust Improvement Act- FTAIA)* kapsamında da yerini almıştır.

## 1.3 Amerikan Mahkemelerinin *Kruman* ve *Empagran* Kararları

Amerikan rekabet yasalarının sınır ötesi uygulamalarının çok geniş kapsamlı sonuçları bulunmaktadır. '*Treble damages*' sisteminin özel hukuk ilişkilerine tatbiki konusunda güzel birer örnek teşkil eden *Kruman v. Christie's Int'l PLC*<sup>10</sup> ve *Empagran S.A. et al v*

<sup>8</sup> United States v. Alcoa, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>9</sup> Rekabet yasalarının sınır ötesine uygulamaları sadece ABD'ye has bir durum olmayıp, AB'de kendi rekabet hukukunu, rekabeti bozucu eylem veya işlemlerin Avrupa Birliği içinde gerçekleştirildiği durumlarda, birlik dışında kurulmuş piyasa aktörlerine uygulamıştır. Bkz. joined cases 89, 104, 114, 116-117 and 125-129/85, Åhlström Osukeyhtiö v. Commission, 1988 E.C.R. 5193.

<sup>10</sup> *Kruman v. Christie's Int'l PLC*, 284 F.3d 384 (2nd Cir. 2002).

*Hoffman La-Roche Ltd.*<sup>11</sup> davalarında, Amerikan mahkemelerinden Amerikan rekabet yasalarının, bir yabancının baksa bir yabancıya karşı açmış olduğu davalara uygulanıp uygulanamayacağı konusunda bir karar vermeleri istenmiştir. *Kruman* davasında davacılar, ABD dışında yerleşik Christie's tarafından gerçekleştirilen açık arttırmalardan satın alımlar yaptıklarını fakat bu alımlarda davalıya normal rayiçlerden çok daha fazla bir oranda sabitlenmiş komisyon ödemek zorunda kaldıklarından dolayı zarara uğradıklarını öne sürmüşlerdir. Davalı Christies'in davaya konu olan açık arttırmaların yapıldığı ve Londra'da bulunan müzayede evine (Christie's Londra) ek olarak New York'ta da bir müzayede evi bulunmaktadır (Christie's New York). Fakat dava konusu fahiş komisyon oranının Christie's Londra'da ödenmesinden ötürü, konuya Amerikan rekabet yasalarının uygulanabilmesi için yukarıda bahsettiğimiz *Alcoa* davasında ki etki testinin uygulanması, dolayısı ile Christie's Londra tarafından yapılan uygulamanın Amerikan pazarlarında herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Mahkeme, Christie's New York'un sabit fiyat uygulamasının başarısının Christie's Londra'nın sabit fiyat uygulamasına bağlı olduğunu belirtmek suretiyle Christie's Londra'nın uygulaması ile Amerikan pazarı arasında bir bağ olduğunu kabul etmek suretiyle konuya Amerikan Rekabet Hukuku kurallarının uygulanacağını kabul etmiştir.

*Empagran* davasında ise İstinaf Mahkemesi, ABD dışında yerleşik beş tane vitamin dağıtıcısı şirket lehine, yerli ve yabancı bazı vitamin üretici ve dağıtıcı firmaların gerek yabancı, gerekse Amerikan pazarında yapmış olduğu sabit fiyat uygulamaları neticesinde zarara uğradıkları gerekçesiyle 'treble damages' ödemelerine hükmetmiştir. Fakat bu karar davalılar tarafından temyiz için Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne getirilmiş ve Yüksek Mahkeme yapmış olduğu yargılama sonucunda zarara uğrayan yabancı vitamin dağıtıcılarının zararlarının Amerikan pazarında yapılan sabit fiyat uygulamasından bağımsız olduğu (zira söz konusu şirketlerin

<sup>11</sup> *Empagran, S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.*, 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003).

Amerikan pazarında zarara uğratıldığı yönünde bir kanıt rastlanmamıştır) gerekçesiyle Amerikan mahkemelerinin bu davada herhangi bir yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir.<sup>12</sup>

Mahkemenin söz konusu davada, *Kruman* davasından farklı olarak, etki prensibini dar bir şekilde yorumlamak suretiyle böyle bir sonuca varmasının arkasında yatan etkenlerden bir tanesi de belki de, *Empagran* davasının Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmesi akabinde Birleşik Krallık, İrlanda ve Hollanda hükümetlerinin, davalıların savunmalarını destekler nitelikteki görüşlerini '*amica curia*' olarak Yüksek Mahkeme'ye sunmalarıydı.<sup>13</sup> Söz konusu devletlerin böyle bir hareket ile sağlamak istedikleri amaç Yüksek Mahkeme'yi, Amerikan mahkemelerinin özellikle Amerikan antitröst yasalarının ihlal edilmesi neticesinde *treble damages*'e hükmetme konusundaki yargı yetkisinin, salt yabancı işlem veya eylemlerden kaynaklanan zararları kapsayacak şekilde genişletilmemesi yönünde karar vermeye teşvik etmektir. Zira Amerikan mahkemeleri tarafından verilen '*treble damages*' kararlarının, aşağıda da daha detaylı olarak bahsedileceği üzere ve daha öncede belirttiğimiz gibi, nitelikleri itibari ile Avrupa'da tenfizi noktasında pek çok soruya ve soruna neden olmaktadır.

## 2. AB ve AB Üyesi Ülkelerin '*treble damages*' Kararlarına Bakışı

Yazımızın bu bölümünde, Amerikan mahkemeleri tarafından verilen '*treble damages*' kararlarının Avrupa'da tenfizinin mümkün olup olmadığının daha net anlaşılması için, bir bütün olarak AB'nin ve AB üyesi bazı devletlerin '*treble damages*' kararlarına ve yabancı mahkemeler tarafından verilen '*treble damages*' kararlarının tenfizine karşı takındıkları tutumları incelemeye başlayacağız.

<sup>12</sup> Fakat aynı kartel, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından da para cezasına çarptırılmıştır. Case COMP/E-1/37.512 – Vitamins, O.J. L 6/1 [2001].

<sup>13</sup> Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as *amici curiae* in support of petitioners, <<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/amicusbrief.pdf>>.

Amerikan antitröst hukukunun sınır ötesine uygulanması, uygulamanın muhatabı olan piyasa aktörlerinin bağlı olduğu ülkelerde, doğal olarak, Amerika'nın anti-rekabetçi bir taktiği ve Amerikan ticari hedeflerin bir uzantısı olduğu, bunun yanında Amerika'nın kendisinin ekonomik politikalarını dünyanın geri kalanına empoze ettiği şeklinde kaygılara neden olmaktadır.<sup>14</sup> Hatta daha önce zikrettiğimiz ve çok önceki bir yılda verilmiş *Alcoa* kararına<sup>15</sup> bir tepki olarak, Kanada'nın başını çektiği kimi ülkeler '*blocking statutes [önleyici yasalar]*' çıkartmak yoluyla Amerikan rekabet yasalarının kendi topraklarında uygulanmasını engelleyecek kadar ileri gitmişlerdir.<sup>16</sup> Bu duruma ayrıca daha sonraki yıllarda Avustralya<sup>17</sup>, Fransa<sup>18</sup> ve Birleşik Krallık'ın<sup>19</sup> çıkartmış olduğu *blocking statutes [önleyici yasalar]*' lar örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla, Amerikan rekabet yasalarının herhangi bir sınır ötesi uygulaması, yukarıda belirtmiş olduğumuz nedenlerden ötürü uluslararası arenada eleştirilerle karşılaştığı halde, konunun özellikle '*treble damages*' kararları ile ilgili olduğu durumlarda söz konusu kararlar diğer devletler tarafından kabul edilemez olarak görülmektedir.

Bu duruma başkaca bir örnek olarak, yabancı mahkemeler tarafından İngiliz davalılar aleyhine verilen çoklu tazminat (*multiple damage*) kararlarının İngiliz mahkemelerinde tenfizi yasaklayan 1980 tarihli *Birleşik Krallık Ticari menfaatleri Koruma Yasası* gösterilebilir. Söz konusu yasa ayrıca İngiliz şirketlerine, kendileri

<sup>14</sup> J.T. Schmidt, Keeping U.S. Courts Open to Foreign Antitrust Plaintiffs: A Hybrid Approach to the Effective Deterrence of International Cartels, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 31, (2006), s. 216 ve 221.

<sup>15</sup> Bkz. *Birleşik Devletler v. Alcoa* davası, yazımızın ikinci sayfası.

<sup>16</sup> ABD'nin, Kanada,lı bir firma aleyhine rekabeti bozucu davranışları gerekçe göstermek suretiyle başlatmış olduğu bir soruşturmayı takiben, Kanada Federal Hükümeti 1947 tarihli Ticari Kayıtların Korunması Yasası'nı (the Business Records Protection (Ontario) Act) çıkartmıştır.

<sup>17</sup> 1976 Foreign Proceedings Act.

<sup>18</sup> Loi No 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

<sup>19</sup> 1980 Protection of Trading Interest Act.

aleyhine yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş çoklu bir tazminat (*multiple damage*) kararının cezai nitelikte olan kısmının kendisine geri verilmesini için İngiliz mahkemelerine başvurma fırsatı da vermektedir.<sup>20</sup>

## 2.1 Konunun AB Boyutu: Tarafsız Olmakla Birlikte Reddetme Eğilimi

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın rekabet hukuku ile ilgili olan hükümlerinde, tatbikinin normalde Komisyon'un münhasır yetki alanına girdiği AB rekabet kurallarının, şahıs veya teşebbüsler tarafından da tatbik edilebilip edilemeyeceği konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Fakat Avrupa Adalet Divanı'nın *Courage v. Crehan*<sup>21</sup> davasında vermiş olduğu karardan ve özellikle *1/2003 sayılı Modernizasyon Tüzüğü'nün*<sup>22</sup> yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, gerçek ve/veya özel hukuk tüzel kişileri de doğrudan AB rekabet kurallarına dayanarak üye devlet mahkemelerinde dava açabileceklerdir. Bu noktada altını çizmek gerekir ki, bahsetmiş olduğumuz bu gelişmelere rağmen, hâlihazırda AB rekabet kurallarının Komisyon ve Üye Devlet Rekabet Otoriteleri tarafından tatbiki ana kuralı oluşturup, söz konusu rekabet kurallarının şahıslar tarafından tatbiki istisnadır.<sup>23</sup> Bunun yanı sıra,

<sup>20</sup> Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, Portland, 2002, s. 51.

<sup>21</sup> *Courage Ltd v Bernard Crehan ve Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*, Case C.453/99. İşbu yargılamada Adalet Divanı'nın yapmış olduğu yorum şu şekildedir: "Avrupa Birliği'nin [İşleyişine Dair] Antlaşma'nın [101]. maddesi, rekabeti sınırlayıcı veya ortadan kaldıracı bir davranış veya bir antlaşmanın sonucu olarak zarara uğrayan şahısların, söz konusu zararlarının telafisi için, kullanımına açılmadığı sürece [101].maddenin ve özellikle [101. maddenin birinci] paragrafında yer alan yasağın hedeflediği amaca ulaşılması riske atılmış olacaktır."

<sup>22</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 4.1.2003, L1.

<sup>23</sup> Van Gerven, *Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan ve the Way Ahead*, in Basedow (ed.), *Private Enforcement of* YUHFD Vol. VII No. 1 (2010)

hükmedilen tazminat açısından olaya yaklaşacak olursak, AB rekabet yasalarının şahıslar veya resmi makamlar tarafından tatbiki arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır; zira her iki durumda da mahkemenin vereceği karara yön veren temel prensip sadece zararın tazmini olup, karar cezai bir nitelik taşımayacaktır.<sup>24</sup> Fakat Komisyon, en azından, rekabet kurallarının şahıslar tarafından tatbik edildiği durumlarda, cezai nitelikte ki ‘*çoklu tazminat (multiple damage)*’ sisteminin AB düzleminde de uygulanması gerekliliğini savunmaktadır. Komisyon, bu görüşünü sırasıyla 2005 ve 2008 yıllarında yayınlamış olduğu Yeşil ve Beyaz Kitap’larında da dile getirmiştir.<sup>25</sup> Komisyon görüşünü dile getirirken ‘*treble damages*’ sistemini önerecek kadar ileri gitmemiş fakat bunun yerine, AB rekabet yasalarının ihlali sonucu zarara uğrayan şahıs ve/veya teşebbüsleri, zararlarının tam olarak tazmini garantisinin sağlanması yanı sıra, kartellere karşı ulusal mahkemelerde dava açmaları yönünde de tevsik edici bir rol oynayacağı gerekçesiyle en azından ‘*double damage*’ sisteminin getirilmesini önermiştir.<sup>26</sup> Ayrıca Komisyon, her iki Kitap’ta da Avrupa Adalet Divanı’nın sanki ‘*çoklu tazminat (multiple damage)*’ sistemini çoktan kabul ettiği izlenimini yaratmak için, Avrupa Adalet Divanı’nın yukarıda bahsetmiş olduğumuz kararını yaratıcı fakat gerçeği sübjektif olarak tasvir eder bir tarzda kullanmıştır.<sup>27</sup>

Aslında, Avrupa Adalet Divanı sadece çok az sayıda kararında cezai veya ağırlaştırılmış tazminat terimlerine atıfta bulunmuş ve bu çok az sayıda kararında da sadece, rekabet kurallarının ihlali

---

EC Competition Law, s. 24. Ayrıca bkz. Commission White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 404, s. 3.

<sup>24</sup> Koch, Punitive Damages in European Law, in Koziol and Wilcox (eds.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer, Vienna, 2009, s. 205.

<sup>25</sup> Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 672, Beyaz Kitap için bkz. dipnot 23.

<sup>26</sup> Commission, DG Competition, Making markets work better, bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

<sup>27</sup> Koch, Punitive Damages in European Law, in Koziol and Wilcox (Eds.), Punitive Damages: common Law and Civil Law Perspectives, p. 207.



durumlarında eğer ulusal hukuk bu tarz tazminatlara hükmedilebilmesine olanak tanıyorsa, aynı durumun AB yasaları çerçevesinde de mümkün olması gerektiğini belirtmekle yetinmiştir.<sup>28</sup> Böylece, Avrupa Adalet Divanı söz konusu yargılamalarında ulusal usuli özerklik prensibine dokunmamış ve sadece AB ve ulusal hukukun önerdiği kanun yolları arasındaki eşitliğin önemini altını çizmiştir. Ayrıca, Adalet Divanı'nın konuya yaklaşımından çıkan diğer bir sonuç ise, yabancı mahkemeler tarafından verilen 'treble damages' kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceği sorununun çözümünün üye ülke mahkemelerine bırakılmış olduğudur.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hukuk sistemlerinin çoklu tazminat (*multiple damage*) kararlarına ve yabancı mahkemelerin vermiş olduğu çoklu tazminat kararlarının tenfizine olanak sağlayıp sağlamadıklarını incelemeye başlamadan önce, yazımızın AB boyutunu tamamlamak adına altını çizmemiz gereken önemli bir diğer husus ise *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* düzenlemesinde de cezai nitelikte tazminat kararlarının verilememesidir. Bu durum hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2007 yılında yayımladığı *Hakkaniyete Uygun Bir Biçimde Zarar Görenin Tatmini Talepleri İle İlgili Uygulama Talimatı*'nda (*the Practice Direction on Just Satisfaction Claims*), hem de mahkemenin *BB v. UK* davasında yapmış olduğu yargılamada su yüzüne çıkmaktadır.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Factortame III, joined cases C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pecheur SA v. Bundesrepublik Deutschland and The Queen v. Secretary of State for Transport ex p: Factortame Ltd. And others [1996] ECR I-1029, par. 89 vd., ve ayrıca, Manfredi, joined cases C-295/04 to C-298/04, Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA.

<sup>29</sup> BB v. the United Kingdom, 10.2.2004, no. 53760/00, özellikle bkz. paragraf 36.

## 2.2 Üye Ülkeler Boyutu

Cezai veya ağırlaştırılmış tazminatlara neredeyse hiçbir AB üyesi ülke mahkemeleri tarafından karar verilmemektedir.<sup>30</sup> Şu ana kadar sadece İrlanda ve Birleşik Krallık'ın rekabet yasaları sadece sınırlı sayıda olay için yeterli olandan daha fazla oranda bir tazminata hükmedilmesine olanak sağlamıştır. Söz konusu ülkelerin mevzuatlarına göre sadece, devlet görevlilerinin baskıcı, keyfi ve anayasaya aykırı davranışları veya davalının eyleminde bulunurken, ortaya çıkacak zararın sonucu olarak, zarar görene ödenecek tazminat ile eylemi sonucu elde edeceği kazanç arasındaki farkı zaten hesapladığı durumlarda, yeterli olandan daha fazla oranda bir tazminata hükmedilebilecektir.<sup>31</sup> Dolayısı ile bu durum, daha önce bahsetmiş olduğumuz, yabancı mahkemeler tarafından İngiliz davalılar aleyhine verilen çoklu tazminat kararlarının İngiliz mahkemelerinde tenfizi yasaklayan ve İngiliz şirketlerine, kendileri aleyhine yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş çoklu bir tazminat kararının cezai nitelikte olan kısmının kendisine geri verilmesini için İngiliz mahkemelerine başvurma fırsatı tanıyan 1980 tarihli Birleşik Krallık Ticari menfaatleri Koruma Yasasıyla da tezatlık teşkil etmemektedir. Sonuç olarak, Birleşik Krallık ve İrlanda dışındaki hiçbir Avrupa Birliği üyesi ülke mevzuatında rekabet yasalarının ihlali durumunda çoklu tazminata yer verilmemiştir.

Fakat bu durum ABD mahkemeleri tarafından verilen *treble damages* kararlarının, otomatik olarak, üye devletlerde tenfiz edilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Bir ülkenin, yabancı bir yargı kararını tenfizi sıklıkla, söz konusu ülkenin bu konuda uluslararası bir antlaşmaya veya konvansiyona taraf olup olmadığına bağlıdır. Mesela, hakem kararları ile ilgili olarak 145 ülke *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Newyork Konvansiyonu*'nu kabul etmiştir. Konvansiyon'u imzalayan taraflar böylece 'treble damages' da içerebilecek bir yabancı hakem kararı-

<sup>30</sup> Holmes and Davey (Eds.), A Practical Guide to National Competition Rules across Europe, Kluwer Law International, 2004, s. 21.

<sup>31</sup> Lordlar Kamarası'nın Rookes v. Barnard, [1964] AC 1120 ve AB v. South West Water Services, [1992] AII ER 574 kararları.

nı, işbu karar kamu düzenlerine aykırı olmadığı sürece tanıma ve tenfiz etme yükümlülüğü altına girmişlerdir (*Madde V(2)b*). Fakat, pek çok Avrupa devletinde söz konusu madde kapsamında yer alan 'kamu düzeni' kavramı dar bir şekilde yorumlanmakta ve böylece istisnanın uygulanmasına fazla yer verilmemektedir.<sup>32</sup>

### 3. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı

Yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak AB üyesi ülkelerin dışında bu kadar geniş bir katılım gören başka bir Konvansiyon daha yoktur. İlginçtir ki, 1992 yılında Lahey'de hazırlanan global düzeyde yeni bir Yabancı Yargı Kararlarının Tanınmasına İlişkin Konvansiyon, ağırlıklı olarak Amerikan lobisinin bir eseri idi. Aslında, ABD'nin umduğu, bu Konvansiyon sayesinde ABD mahkemeleri tarafından verilen ve yurtdışında tanınan ve tenfiz edilebilen kararlarının sayısının artmasıydı, çünkü ABD içerisinde ki genel kanı, hali hazırda bu sayının oldukça düşük olduğuydu.<sup>33</sup> Bu projenin dondurulmasına rağmen, *Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı*'na taraf olan pek çok üye devlet, Konferans'ın yirminci oturumunda kabul edilen *Yetki Anlaşmasına Dair Konvansiyon*'un metni üzerinde uzlaşabilmişler ve bu durum Lahey Konferansı Genel Sekreteri tarafından yabancı yargı kararlarının tanınmasına dair daha geniş bir konvansiyona doğru atılan ilk önemli adım olarak yorumlanmıştır. Fakat şu andaki haliyle taraf ülkeler yabancı yargı kararlarını tanıyıp tanımama, tenfiz edip etmeme konusunda serbesttirler. Aslında, özellikle Avrupa'lı taraf ülkelerin *Yabancı Yargı Kararlarının Tanınmasına Dair Konvansiyon*'un metni üzerinde mutabakata varamamaları, söz konusu ülkelerin özellikle ABD mahkemelerinin 'treble damages' kararlarını tanıma ve tenfiz etme konusunda kendilerini bir yükümlülük altına sokmaktaki isteksizliklerinin açık bir işareti

<sup>32</sup> Gotanda, Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, Vol. 45, s. 512.

<sup>33</sup> S. Baumgartner, How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe? *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2008, Vol. 40, s. 176.

olarak algılanabilir, zira ‘*treble damages*’ Avrupa hukuk sistemine yabancı ve tuhaf bir olgu olarak algılanmaktadır.<sup>34</sup> Bu fikir, *Yetki Anlaşmasına Dair Konvansiyon*’un 11. maddesi ile de desteklenmektedir. Söz konusu maddeye göre cezai nitelikteki veya yeterli olandan daha fazlaya hükmeden tazminat kararlarının, zarara uğrayan tarafın gerçek kaybını tazmin edenden fazla olan kısmının tanınması veya tenfizi Konvansiyon’a taraf ülke tarafından reddedilebilir.

Amerikan mahkemeleri tarafından verilen ‘*treble damages*’ kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ülkelerin isteksizliklerini ortaya koyan diğer bir durum ise *Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayriadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Konvansiyonu*’nun (*Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*), Konvansiyon’a taraf devletlere işbu Konvansiyon altında yer alan yükümlülüklerinden kaçma fırsatı veren, 1. ve 13. maddelerinin, taraf ülkelerce sıklıkla kullanılmasıdır. Aşağıda da tartışılacağı üzere, Alman mahkeme kararlarından yola çıkarak her iki durum içinde örnekler verilebilir.

#### 4. Alman Hukuku ve Mahkeme Kararları

2005 yılının Haziran ayında, Koblenz Bölgesel Yüksek Temyiz Mahkemesi (*Oberlandesgericht*), Minnesota Federal Mahkemesi’nin, Alman bir şirket aleyhine *treble damages* istemiyle açılan bir dava ile ilgili tebliğ talebi hakkında karar vermesi gerekmiş fakat ‘*treble damages*’ taleplerinin kamu hukuku talepleri olduğunu ve bu yüzden bu taleplerin *Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayriadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Konvansiyonu*’nun 1. maddesi kapsamında özel ve ticari konu ola-

<sup>34</sup> Edward D. Cavanagh, *The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience*, Loyola University Chicago Law Journal, 2010, Vol. 41, s. 640; ayrıca Gotanda, s. 513, ve Press Release, Europa, Green Paper on Consumer Collective Redress – Questions and Answers, Nov. 27, 2008, bkz. <europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO//08/741&format=HTML>.

rak kabul edilemeyeceğini belirtmek suretiyle Minnesota Federal Mahkemesi'nin talebini reddetmiştir.<sup>35</sup>

2003 yılında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nden (*Bundesverfassungsgericht, BverfG*) *Bertelsmann* davası kapsamında bir ihtiyati tedbir kararı vermesi istenmiştir. İddialara göre Bertelsmann, Napster'a borç vermek suretiyle, Amerikalı şarkı sözü yazarlarının ve müzik yapımcılarının telif haklarının ihlaline katkıda bulunmuştur. Söz konusu eylemden zarar gördüklerini ileri süren taraflar toplu halde konuyu mahkemeye taşımış ve mahkemedен 17 milyar Dolar'a varan bir '*treble damages*' kararına hükmedilmesini istemişlerdir. Fakat Bertelsmann, Federal Anayasa Mahkemesi önünde, tebliğ talebinin işleme konulmasının Almanya'nın egemenliğinin ve güvenliğinin ihlali anlamına geleceğini ve özellikle *Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Konvansiyonu*'nun 13. maddesine uygun olarak bunun reddedilmesi gerektiği tezini savunmuştur.<sup>36</sup> Görünen odur ki Mahkeme, Bertelsmann'ın tezini kabul etmiş ve Bertelsmann ve davacı taraflar 2005 yılında uzlaşmaya ve dava düşene kadar tebliğ talebinin işleme konmaması için vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararının süresi uzatmıştır. Fakat, daha yeni tarihli bir davada (2007 senesi) aynı Alman Federal Anayasa Mahkemesi, olaya *Belgelerin Tebliğine Dair Lahey Konvansiyonu*'nun 13. maddesinin uygulanabilirliği ile ilgili yeniden bir karar verme durumunda kalmıştır.<sup>37</sup> Fakat bu davada mahkeme '*treble damages*' istemiyle açılan bir dava ile ilgili tebliğ talebinin her zaman Almanya'nın egemenliğinin ve güvenliğinin ihlali anlamına gelemeyeceğine ve sadece ileride verilecek cezai nitelikteki bir tazminat kararının davalının ekonomik varlığını tehdit edebilecek potansiyele sahip olması veya davanın koşullarının bu çeşit bir tazminat kararının hakkın kötüye kullanılmasına işaret ettiği durumlarda söz konusu tebliğ talebinin reddedilebileceğine karar vermiştir.

<sup>35</sup> 12 VA 2/04, Order of June 27, 2005, IPRax 2006, s. 25.

<sup>36</sup> 2 BvR 1198/2003, order of July 25, 2003, BVerfGE 108, 238.

<sup>37</sup> 2 BvR 1133/04, RIW 2007, 211.

Mahkeme bu kararıyla, yukarıda bahsetmiş olduğumuz bir önceki kararında *Belgelerin Tebliğine Dair Lahey Konvansiyonu*'nun 13. maddesi ile ilgili yapmış olduğu yorumun kapsamını daraltmıştır. Bunun anlamı, Alman Hukuku'na göre, *'treble damages'* taleplerini içeren ABD kökenli belgelerin tebliğine prensip olarak izin verilmektedir. Fakat cevaplanması gereken asıl soru, bu gelişmeler ışığında Amerikan mahkemelerin vermiş olduğu *'treble damages'* kararlarının Almanya'da tenfizinin mümkün olup olmadığıdır. Zira yukarıda bahsetmiş olduğumuz kararlar sadece belgelerin tebliği ile ilgili olup Mahkeme *'treble damages'* kararlarının tenfizi noktasında söz konusu kriterlerin (ekonomik varlığın tehdidi ve hakkın kötüye kullanılması) uygulanması suretiyle bir çözüm bulunup bulunamayacağı noktasında sesiz kalmaktadır. Bu durum tenfiz sorununun Almanya'da hala belirsizliğini sürdürmesine neden olmaktadır. Yine de mahkemenin vermiş olduğu karar akademik çevrelerde Amerikan mahkemeleri tarafında verilen *'treble damages'* kararlarının tanınması ve tenfizi hususunda var olan isteksizliğin Almanya'da giderek azaldığının bir göstergesi olarak yorumlanmaktadır.<sup>38</sup>

### 5. İtalya'nın "Kamu Düzeni" Argümanı

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda tartıştığımız kararında, Mahkeme *'egemenlik ve güvenlik'* kavramlarını, daha çok durumu ve olguyu kapsayabilecek *'kamu düzeni'* kavramından daha dar bir şekilde yorumlama yolunu seçmiştir. Bu durum, Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararının, İtalyan Yargıtayı'nın, Venedik İlk Derece Mahkemesi'nin *Parrot v. Fimez Spa*<sup>39</sup> davasında vermiş olduğu kararı onarken yapmış olduğu yorum ile karşılaştırıldığında daha da belirgin hale gelmektedir. Söz konusu yargılamada, Venedik Mahkemesi *'treble damages'* ile

<sup>38</sup> Gotando, s. 519.

<sup>39</sup> Parrot v. Fimez S.p.A., 2002 Guir. It. II 2001 (2002), bkz. Berch, The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union, Minnesota Journal of Int'l Law, 2010, Vol. 19, s. 82.

İlgili bir Amerikan mahkemesi kararının tenfizini, hükmedilen tazminatın cezai bir nitelik taşıdığını ve bununda İtalyan kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. İtalyan Yargıtayı da, İtalyan hukuki sorumluluk sisteminin kati bir şekilde tazmini nitelikte olduğunu ve niteliği itibari ile cezai olan yabancı bir tazminat kararının tenfiz edilemeyeceğini belirtmek suretiyle, Venedik Mahkemesi ile aynı görüşü paylaştığını bildirmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki, hem 'treble damages' kararına hükmetme hem de yabancı mahkemeler tarafından verilen 'treble damages' kararlarının tenfizi konusunda, AB ve AB üyesi ülkelerin konuya yaklaşımları ve yorumları çeşitlilik göstermektedir. Bu yüzden bu konuda net bir model veya tek tip bir bakış açısının tespiti neredeyse imkânsız bir hale gelmektedir. Dolayısı ile denilebilir ki, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik müzakereleri çerçevesinde, rekabet yasalarının ihlali durumunda ne 'treble damages' kararlarının alınmasını şart koşan bir yasal düzenleme ne de tam tersi 'treble damages' kararlarına hükmetmekten kaçınma gibi bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine aynı şekilde (Avrupa Birliği düzleminde) Türkiye'nin, yabancı mahkemeler tarafından özel hukuk taleplerine ilişkin verilen 'treble damages' kararlarının tenfizi veya tenfizinin reddi hususlarında da bağlayıcı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısı ile yazımızın bir sonraki bölümünde Türkiye'nin konuya bakış açısını irdelerken, Türkiye düzenlemesinin AB standartları ile örtüşüp örtüşmediği noktasında bir çekincemiz olmayacaktır.

## 6. Türkiye'nin Konuya Yaklaşımı ve Sonuç

Amerikan mahkemeleri tarafından rekabet kurallarının ihlali durumunda bundan zarar gören şahıs veya teşebbüsler lehine verilen 'treble damages' kararlarının tenfizi hususunda AB ve AB üyesi ülkelerin konuya yaklaşımını tartışırken belirtmiş olduğumuz üzere, Amerikan politikaları çekincesini bir kenara bırakırsak, bu tarz kararların tenfizine karşı öne sürülen en önemli argüman özel hukuk uyumsuzluklarında verilen ve cezai bir nitelik taşıyan 'treble

*damages* kararlarının Avrupa sistemine yabancı bir olgu olduğuydu. Dolayısı ile *'treble damages'* sisteminin nasıl nitelendirileceği hususu, milletlerarası özel hukuk açısından son derece önemlidir.<sup>40</sup> Treble damages ile ilgili davaların hukuk davalarında ki usule tabi olması, rekabet kurallarının ihlali sonucu bundan zarar gören şahıs ve/veya teşebbüsün kaybının giderilmesine hükmedilmesi ve kamu hukuku kapsamında verilen para cezalarının aksine devlet kasasına girecek herhangi bir meblağın söz konusu olmaması bunların birer hukuk davası olduğu sonucuna yol açsa da, çoğu zaman *'treble damages'* kararlarının amacının zararı gidermekten çok rekabet kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla bir caydırma aracı olarak düşünülmüş olmasından dolayı cezai niteliklerinin ağır bastığı değerlendirmelerine de neden olmaktadır.<sup>41</sup> Dolayısı ile *'treble damages'* kararlarının nasıl nitelendirileceği hususu, söz konusu kararların tenfizi açısından Avrupa'da olduğu gibi Türkiye'de de önemli bir rol oynamaktadır.

Avrupa'dakine benzer bir şekilde, *Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*'un (MÖHUK) 50. maddesinin birinci maddesi hükmüne göre de, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizi, bu davaların hukuk davalarına ilişkin olması şartına bağlıdır ve yabancı kararın hukuk, ceza veya idare mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerini konu edinen bir uyuşmazlıktan doğması gerekli ve yeterlidir.<sup>42</sup> Dolayısı ile genel kabule paralel olarak, Amerikan Mahkemeleri tarafından verilen *'treble damages'* kararlarının amacının gerçek zararın tazmininden çok cezalandırma ve caydırıcılık olması, işbu kararların Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre Türk mahkemeleri tarafından tenfizini imkânsız bir hale getirmektedir. Başka bir deyişle, çoklu tazminat kararları nitelikleri itibari ile Türk hukuk sisteminde ki tazminata ilişkin hükümlerin

<sup>40</sup> Metin Topcuoglu, Rekabet Hukukunda Uc Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s.10

<sup>41</sup> Kemal Erol, Rekabet Kurallarının Ulke Disi Uygulanmasi, Rekabet Kurumu Lisansustu Tez Serisi, s.17

<sup>42</sup> Topcuoglu, s. 10



amacı ile uyuşmadığı için<sup>43</sup> bu tarz bir tazminatı konu alan bir davanın hukuk davası olma vasfını aşmış olduğu göz önünde bulundurulacak ve dolayısı ile söz konusu karar Türkiye'de tenfiz edilemeyecektir. Zira cezai nitelikteki bir tazminat, Türk Hukuku'nda tazminatın giderim amacına yönelik temel prensiplerine aykırılık yaratacağından bu bağlamda Türk kamu düzenine de aykırı sayılacaktır.<sup>44</sup> Keza, yine aynı şekilde Türk hukuk düzeninin yukarıda bahsettiğimiz gibi esaslı bir ilkesini ihlal eder nitelikteki bir yabancı hakem kararı da genel çerçevede Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve tenfiz edilemeyecektir çünkü yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfiz edilebilmesinin koşullarından birini de, onun kamu düzenine aykırı olmaması teşkil eder.<sup>45</sup>

Fakat bu noktada altının önemle çizilmesi gerekli olan husus, Avrupa'dan farklı olarak Türk rekabet mevzuatının rekabet kurallarının ihlalinden dolayı zarara uğrayanlara belli şartların varlığı halinde mahkmeden zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedilmesini isteme hakkı vermektedir.<sup>46</sup> Rekabet Yasasının büyük bir bölümü AB rekabet kuralları ile paralellik gösteren Türkiye'nin,

<sup>43</sup> Pelin Guven, Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s. 602. Ayrıca, Nomer'e göre "Amerikan hukukunda ki – cezalandırmak ve korkutmak maksadı taşıyan – tazminat (punitive damages) kararlarının cezai nitelikleri sebebiyle tenfiz kabiliyetleri yoktur. Keza, Amerikan hukukunda, ekonomik ceza hukuku karakterli RICO kanununa göre, haksız fiilden doğan zararların 3 misliyle tazminine (treble damages) hükmeden Amerikan Mahkemesi kararları, Türk sorumluluk hukukunun temel ilkelerine, özellikle 'zarar miktarını aşan bir tazminata' hükmedilemeyeceği ilkesine aykırılığı sebebiyle, Türk kamu düzeninin müdahalesine uğrayabilecektir" b kz. Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2008, s.467

<sup>44</sup> Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, 2001, s.179

<sup>45</sup> Süha Tanrıver, Makalelerim I:Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinin Kamu Düzeni Açısından İrdelenmesi, 2005, ss.153 ve 154

<sup>46</sup> "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir." Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. Maddesinin 2. Paragrafı.



kararlarının, benzer bir sisteme sahip olan Türkiye'de tenfizine  
olanak sağlanmalıdır.

### KAYNAKÇA

- Antitrust Modernization Commission Report and Recommendation, <[www.amc.gov](http://www.amc.gov)>.

- Basedow (Ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, Kluwer Law International, 2007.

- Baumgartner, How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe? The Geo. Wash. Int'l L. Rev., 2008, Vol. 40.

- Berch, The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union, Minnesota Journal of Int'l Law, 2010, Vol. 19.

- Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as amici curiae in support of petitioners.

<<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/amicusbrief.pdf>>.

- Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, 2001.

- Collin (Ed.), Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook, American Bar Association Antitrust Section, New York, 1998.

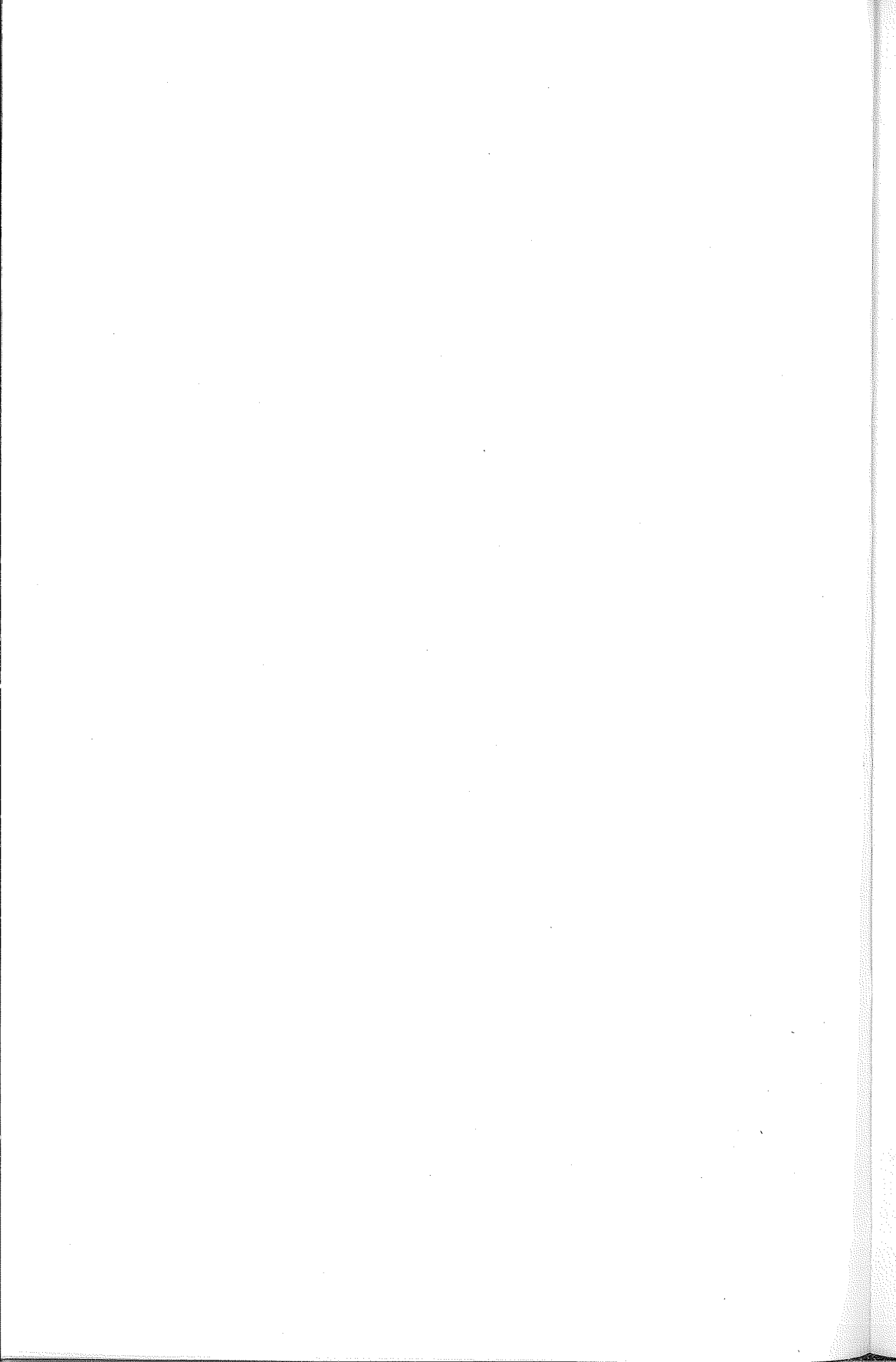
- Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 4.1.2003, L1.

- Commission White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 404.

- Edward D. Cavanagh, The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience, Loyola University Chicago Law Journal, 2010, Vol. 41.
- Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2008.
- Gotanda, Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?, Columbia Journal of Transnational Law, 2007, Vol. 45.
- Holmes and Davey (Eds.), A Practical Guide to National Competition Rules across Europe, Kluwer Law International, 2004.
- J.T. Schmidt, Keeping U.S. Courts Open to Foreign Antitrust Plaintiffs: A Hybrid Approach to the Effective Deterrence of International Cartels, The Yale Journal of International Law, Vol. 31, 2006.
- Kemal Erol, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi.
- Koch, Punitive Damages in European Law, in Koziol and Wilcox (Eds.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer, Vienna, 2009.
- Metin Topcuoglu, Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009.
- Pasahow e.a., Treble-Damages Remedy (1986), American Bar Association Antitrust Section, Monograph no. 13, American Bar Association, New York, 1986.
- Pelin Guven, Rekabet Hukuku, Ankara 2005.
- Press Release, Europa, Green Paper on Consumer Collective Redress – Questions and Answers, Nov.27,2008, <europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO//08/741&format=HTML>
- Süha Tanrıver, Makalelerim I:Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinin Kamu Düzeni Açısından İrdelenmesi, 2005.

- Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama ve Mevzuat, 2005.

- Zanettin, Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level, Hart Publishing, Portland, 2002.



# TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI VE SERMAYE PİYASASI MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE ANONİM ORTAKLIKLARDA TAHVİL İHRACININ ÖNŞARTLARININ İNCELENMESİ

Av. Erenalp RENÇBER\*

## ÖZET

Tahvil çıkarmanın iki farklı önşartı olan “önceki tahvil bedellerinin ödenmesi” ve “çıkartılacak tahvil miktarına ilişkin sınırlamalar” iki ana başlık altında bu çalışmada incelenmektedir. Türk Ticaret Kanunu hükümlerini açıklayan veya bu hükümlere istisnalar getiren Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği ve Bakanlar Kurulu Kararı gibi düzenlemeleri de yeri gelince alt başlıklar halinde incelenmektedir.

## ABSTRACT

*In this Article, “the payment of the issued bonds” and “restrictions imposed on bonds to be issued”, which are deemed as two distinct bond issuance preconditions, will be examined under two main headings. The regulations to define the provisions of the Turkish Code of Commerce and set forth the exemptions thereof, which are namely the Capital Markets Law, Communiqués of Capital Markets Boards, and Council of Ministers’ Decisions will be examined.*

---

\* İstanbul Barosu avukatlarından, e-posta: [erenalprencber@yahoo.com](mailto:erenalprencber@yahoo.com)

**Anahtar Kelimeler:** Sermaye Piyasası, Tahvil, Borçlanma Senetleri, Sermaye Piyasası Araçları, Anonim Ortaklık, Menkul Kıymetler, İhraç Limiti, Finansman.

*Keywords: Capital markets, bond, debt securities, capital market instruments, joint stock company, securities, issue limit, financing.*

\*\*\*

## I- GİRİŞ

Tahvil, esas olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 420-433. maddelerinde düzenlenmiştir. Tahvil, Türk Ticaret Kanunu ("TTK.") madde 420 hükmüne göre, "*Anonim ortaklıkların ödünç para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetleridir*" şeklinde tanımlanmıştır. Eski Ticaret Kanunu döneminden bugüne, tahvile ilişkin hükümlerde önemle bir değişiklik olmamıştır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ("TTKT." veya "Tasarı")'nın ise tahviller açısından getirdiği en önemli yenilik TTK.'nin 420-433. maddelerindeki ayrıntılı hükümleri kaldırmasıdır. Tahviller, Tasarı'da "*Borçlanma Senetleri Alma ve Değiştirme Hakkını İçeren Menkul Kıymetler*" başlığı altında, 504, 505 ve 506. maddelerde genel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, tahviller, bir menkul kıymet olmaları itibarıyla, Sermaye Piyasası Kanunu ("Ser.PK.") ve Mevzuatına da tabidir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sermaye Piyasası Kurulu Seri II, No. 22, Borçlanma Araçlarının Kurul Kaydına Alınması ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği (29.01.2009 tarihli ve 27125 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır); Tahvil ve Sermaye Piyasası Aracı Niteliğindeki Diğer Borçlanma Senetleri İhraç Limitlerine Dair Karar (Karar sayısı: 93/3983).



Kanuni tanımdan da anlaşılacağı üzere, tahviller anonim ortaklıkların kredi ihtiyaçlarını tatmin amacıyla, borç para temini yoluyla seri halde çıkardıkları, itibari değerleri eşit kıymetli evrak olarak kabul edilen borç senetleridir. Bu borç senetleri karşılığında tahvil ihraç eden ortaklık, tahvil sahiplerine belirli bir süre sonra borç aldığı miktarı iade etmek yükümlülüğü ile birlikte, borç ödeneceye kadar tahvil üzerinde belirlenen dönemsel bir faizi de ödemeyi taahhüt etmiş olur.

Türk Hukukunda, anonim ortaklıklar istedikleri miktarda tahvil çıkaramazlar. Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatı bunun için azami bir miktar ile sınırlandırmıştır. Bu konuda kanun koyucunun bir üst sınır belirlemesinin sebebi şüphesiz, anonim ortaklığın tahvil sahiplerine karşı yalnızca malvarlığı ile sorumlu olması sebebiyle tahvil sahibinin ortaklık karşısında korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Böylelikle, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde işlemesi hedeflenmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu sermaye piyasası araçları çıkarma usul ve şartlarını düzenleme yetkisini Sermaye Piyasası Kurul (“Kurul” veya “SPK.”)’una bırakmakla birlikte, Ser.PK.’da ve SPK. düzenlemelerinde hüküm bulunmayan hallerde şüphesiz TTK. hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle, ortaklığın uzun vadeli yatırımlara yönelik finansman sağlama yolu olan tahvil ihracının önşartlarını hem TTK. hükümleri açısından hem de Sermaye Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemeleri açısından incelenmesi gerekmektedir.

Tahvil çıkarmanın önşartları, iki farklı koşulu düzenleyen TTK. m. 421 ve 422 hükümlerinden yola çıkarak “önceki tahvil bedellerinin ödenmesi” ve “çıkarılacak tahvil miktarına ilişkin sınırlamalar” şeklinde iki ana başlık altında bu çalışmada incelenecektir. Kanun hükümlerini açıklayan veya bu hükümlere istisnalar getiren Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Tebliğ ve Bakanlar Kurulu Kararı gibi düzenlemeleri de yeri geldikçe alt başlıklar halinde incelenmiştir.

## II- TAHVİL ÇIKARMANIN ÖNŞARTLARI

### A. ÖNCEKİ TAHVİL BEDELLERİNİN ÖDENMİŞ OLMASI

Anonim ortaklıklar kural olarak birden çok tertipte tahvil çıkarabilir. Bu nedenle, tahvil ihracında, tahvil çıkarabileceği tavanın tümünü kullanmak zorunda değildir. İhtiyacına göre, sınır içinde kalmak kaydıyla daha az tutarda tahvil çıkarabilir. Bu şekilde gerçekleştirilen ilk tahvil ihracına “birinci tertip” tahvil denir. Birinci tertip tahvilin ihracından sonra tahvil çıkarma limiti dolmamışsa, ortaklık ihtiyacına göre bu sınır doluncaya kadar ikinci, üçüncü ve sınıra ulaşıncaya kadar diğer tertip tahviller çıkarabilir. Ortaklık bir tahvil tertibinin satış süresi içinde aynı tertipteki tahvilleri ayrı seriler halinde de satışa çıkarabilir. Bu halde gerekli izinler seri olarak değil ama tertip için alınır<sup>2</sup>.

Ortaklıklarda tahvil çıkarmaya ilişkin önceki tahvil bedellerinin ödenmiş olması şartı TTK. m. 421 hükmünde, “Çıkarılan tahvillerin bedelleri tamamen alınmadıkça ikramiyeli veya ikramiyesiz yenileri çıkarılamaz” şeklinde düzenlemiştir. Ancak hükmün nasıl yorumlanması gerektiği hususu öğretilerde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur<sup>3</sup>. Maddenin kenar başlığı “İkinci çıkarma” olmasına

<sup>2</sup> Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar), s. 410-411; Oğuz İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, Onikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001 (Kara Ticareti) s. 438-439.

<sup>3</sup> Japon ve Portekiz Kanunlarından ETK.’ya alınan ve oradan da arılaştırarak TTK.’ya aktarılan bu hüküm, kuşkusuz, Ticaret Kanununun öğretilerde en fazla eleştirilen maddelerinden birisidir. Hükmün ifadesine yönelik eleştiriler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ömer TEOMAN, Anonim Ortaklıklarda Yeniden Tahvil Çıkarmanın Önşartı, (TTK. 421) Üstüne Değişik Bir Yorum Denemesi, 30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.I, 1971-1982, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 30; Reha POROY/Turgut EREM, Türkiye’de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Tedbirler, Bölüm II, Hukuki Araştırma, Sermaye Piyasası Etüdü, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği, Ankara 1964, s. 131; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 410; Oğuz İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku, s. 438.

karşın önceki tahvil bedellerinin ödenmesine ilişkin şartın sadece ikinci çıkarmada değil; ancak genel olarak daha sonraki çıkarmalarda da aynen uygulanacağı hususunda öğretide görüş birliği vardır<sup>4</sup>.

Öğretide, Tekinalp, hükmün anlamına ilişkin görüşleri ikili bir ayırım yaparak ortaya koymuştur<sup>5</sup>. Birinci anlama göre, anonim ortaklığın elinde daha önceden çıkarılmış eski emisyonundan satılmamış tahvil olması halinde yeniden tahvil çıkarılamaz. Başka bir ifadeyle, ikinci tertip tahvil çıkarılabilmesi için, eskiden çıkarılmış olan tahvillerin tamamının satılmış olması gerekir<sup>6</sup>. Yoksa bu tahvillerden doğan ortaklık borcunun ödenmiş olması yani itfa edilmesi şart değildir<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1988, s. 1380; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 410; İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku, s. 438; Ömer TEOMAN, Anonim Ortaklıklarda Yeniden Tahvil Çıkarmanın Önşartı, (TTK. 421) Üstüne Değişik Bir Yorum Denemesi, s. 30; Ünal TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, Sevk ve İdare Dergisi, S.31, Mart 1971, s. 25.; POROY/EREM, s. 130; Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş Dokuzuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2003, (TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu)), s. 702; İsmail DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Genişletilmiş 4. Bası, Madde 420-815, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 1256; Gönen ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, Açıklamalı-İçtihatlı En son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Şirketleri Madde 223 – 556, C.II, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2007, s. 2454.

<sup>5</sup> TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 702.

<sup>6</sup> İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 410; İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku, s. 438; Ömer TEOMAN, Anonim Ortaklıklarda Yeniden Tahvil Çıkarmanın Önşartı, (TTK. 421) Üstüne Değişik Bir Yorum Denemesi, s. 30; Ünal TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, s. 25; POROY/EREM, s. 130; TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 702;

<sup>7</sup> Domaniç, maddeye bu şekilde anlam verilmesini yanlış ve yanıltıcı bulmaktadır. Domaniç'e göre, kanun açıkça "çkarılan tahvillerin bedelleri tamamen alınmadıkça, yenileri çıkarılamaz" şeklinde yazılmıştır. Tahvillerin alınıp satılmamasından söz edilmemiştir. Satılmayan tahvil varsa yeni tahvil çıkarılması evleviyet icabıdır. Kanun, çıkarılan (satılan değil) tahvillerin bedellerinin tamamen alınmasından, yani tahsilinden söz ettiğine göre, çıkarıldığı halde satılmayan tahvillerin varlığının yeni seri bir tahvile engel olması evleviyet icabı-

İkinci görüş ise, eski tertip tahvillerin anapara ve faizden oluşan anonim ortaklığın tahvil sahiplerine olan borcu tamamen ödenmeden yani birinci anlamdan farklı olarak tahviller tamamen itfa edilmeden<sup>8</sup> yeni tahvil çıkarılamaz<sup>9</sup>.

Tekinalp'e göre, birinci görüş kabul edilirse, yasağın gerekçesinin, elde önceki tertibe ait satılmamış tahviller varken, daha çekici nitelikte yeni tahviller çıkararak eski tahvillerin satılma şansının kapatılması olanağının ortaklığa verilmemesi olduğu söylene-

---

dr. Hayri **DOMANIÇ**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1988, s. 1382.

<sup>8</sup> Domaniç, maddeye bu şekilde anlam verilmesinin de imkânsız olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre bu anlam her ortaklığın sadece bir seri tahville borçlu olabileceği gibi ortaklık açısından faydası olmayan bir sonuca götürmektedir. Domaniç'e göre, TTK. m. 421'in amacı çeşitlidir. Kanun, krediye ihtiyacı olduğu gerekçesiyle yeniden tahvil çıkarmak isteyen ortaklığı, daha önceki tahvillerden satılmamış olanları satmaya ve bakiye bedellerini tahsile ve bu kanaldan ihtiyacını karşılamaya zorlamaktadır. Böylelikle, kanun hem ortaklığı yeni tahvil çıkarma masraflarından korumakta, hem de yeni tahvil sahiplerine eskilerine nazaran daha fazla menfaat sağlayarak eski tahvil sahiplerinin durumunu kötüleştirmemektedir.

TTK. m. 422 uyarınca, ortaklık ödemiş ve mevcudiyeti son bilanço ile tespit edilmiş sermayesi kadar tahvil çıkarabileceğinden, bu miktar tahvili bir veya daha fazla seride çıkarmakta serbesttir. Bir seri tahvil çıkarıldıktan sonra, bir seri tahvilin daha çıkarılabilmesi için, daha önceki seri tahvillerin tamamen satılmış, bedellerinin tamamen tahsil edilmiş ve bütün serilerde yer alan tahvillerin bedel toplamının da ödenmiş ve mevcudiyeti son bilanço ile anlaşılan sermaye miktarını aşmaması gerekir. **DOMANIÇ**, Şerh, s. 1382-1383.

<sup>9</sup> Arslanlı'ya göre, "*Anonim ortaklık tahvil çıkarmışsa, ikinci tertip tahvil ihrac edebilmek için, birinci tertip tahviller bedelinin tümünün tahsil edilmiş olması lazımdır. Lakin talep edildiği halde, istikrazın cüz'i bir kısmının, mesela birkaç tahvilin ödenmemiş olması ikinci tertip tahvil ihracına engel değildir*". Halil **ARSLANLI**, Anonim Ortaklıklar, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 265; Teoman'a göre, Arslanlı yanlış bir varsayımdan kalkmakta ve tahvillerin tümünün taahhüt edilmiş olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Hırş'den başlayarak Arslanlı'ya kadar gelen bu lafzi yorum benimsendiği takdirde, örneğin tek bir tahvilin satılmamış olması nedeni ile anonim ortaklıklar ikinci kez tahvil çıkaramayacaklardır. Tahvillerin tümünün taahhüdünü veya satılmasını beklemek bazen yıllar sürebilecek, bu nedenle örneğin bunların itfasına bile başlanamayacaktır. Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. **TEOMAN**, s. 31-32.

bilir<sup>10</sup>. İkinci görüşte ise Tekinalp'e göre, ortaklık satılmamış olan tahviller için borç altına girmediğine göre ve bu halde de çıkarılacak tahviller TTK. m. 422 hükmündeki üst sınırı aşamayacağına göre, ortada ne bir tehlike ne de korunan bir menfaat vardır<sup>11</sup>.

Öğreti, daha çok hükme birinci anlamı vermekle birlikte bu yorumu hizmet ettiği amacın belli olmadığı<sup>12</sup> ve bir mantığı bulunmadığı şeklinde eleştirmekten de geri kalmamıştır<sup>13</sup>.

Hükümün anlamına yönelik bütün bu tartışmalar, Sermaye Piyasası Hukukundaki düzenlemeler ile yukarıda değindiğimiz birinci görüş lehine ortadan kalkmıştır. Ser.PK. m. 13/f.5'e göre, "*çıkarılan tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetleri tamamen satılmadıkça veya satılmayanlar iptal edilmedikçe, aynı türden yeni tahvil veya sermaye piyasası aracı niteliğinde diğer borçlanma senetleri çıkarılamaz*"<sup>14</sup>. Ser.PK.'nın satılmayı esas aldığı görülmekte, satılmayan tahvillerin SPK.'ya bildirilip imha edilmeleri gerekmektedir. Bu iki olgudan biri gerçekleşmişse yeni tahvil çıkarılabilecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken başka bir husus, ihraç edilen tahvillerin satışı için belli bir sürenin belirlenmesiyle birlikte, bu süre sonunda satılmamış olan tahvillerin noter huzurunda iptal edilmesi mecburiyettir (Ser.PK. m. 13/f. 5). Ser.PK.'da kullanılan iptal edilme kelimesi, kıymetli evrakın iptalini (TTK. m. 563, 569,

<sup>10</sup> TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, s. 25; Benzer gerekçeler için bkz. POROY/EREM, s. 131.

<sup>11</sup> TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, s. 26.

<sup>12</sup> İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 410; İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku, s. 438.

<sup>13</sup> Maddeyi eleştiren Poroy ve Erem, esas sermayenin tamamen ödenmeden tahvil çıkarılmasına izin veren Fransız sistemini sert bulmakla beraber önermektedir. POROY/EREM, s. 131; İmregün ise, aynı nitelikte haklar sağlayan yenileri çıkarılmaz şeklinde maddenin anlaşılması gerektiği görüşündedir. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 410; İMREGÜN, Kara Ticareti Hukuku, s. 438. Kanımızca, bu anlayışın, maddedeki anlamsız ve amaçsızlığı kaldıracığı söylenemez.

<sup>14</sup> Ser.PK. m. 13'nin eski şekli, "*Çıkarılan tahviller tamamen satılmadıkça yeni tahvil çıkarılamaz*" hükmünü içermekteydi. TTK m. 421 gibi yoruma açık olan bu hüküm 3794 sayılı kanunda değiştirilmiştir (RG., T. 13.05.1992, S. 21227).

573 vd.) değil, satılamayan tahvillerin imha edilmelerini veya imha anlamında geçersiz ayılmalarını ifade eder<sup>15</sup>.

Sonuç olarak, daha önceden tahvil çıkarmış bir anonim ortaklığın yeni tertip tahvil ihraç edebilmesi için Ser.PK. uyarınca öncelikle daha önce çıkardığı tertibe ait satılamayan tahvilleri ya satması ya da iptal ettirmesi gerekir. Aksi halde, bu ortaklığın, yeni tertip tahvil çıkarması mümkün olmayacaktır.

## B. ÇIKARILACAK TAHVİL MİKTARINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Tahvil ihraç limitini belirleyen hükümler mevzuatımızda dağınık bir şekilde yer almaktadır. Tahvil ihracına ilişkin ana hükümler, TTK. m. 422 ve SPK. m. 13 hükümleridir. Bakanlar Kurulu, SPK. m. 13'ün verdiği yetki uyarınca gerektiğinde, TTK. m. 422'de belirlenmiş olan tahvil ihraç limitini artırabilir. Bakanlar Kurulu, bu yetkiye dayanarak "*Tahvil ve Diğer Sermaye Piyasası Aracı Niteliğindeki Diğer Borçlanma Senetlerine Dair Karar*"<sup>16</sup> ("Bakanlar Kurulu Kararı") ile halka açık olan ve olmayan anonim ortaklıkların ihraç edecekleri tahvillerin üst limitlerini belirli koşulların sağlanması halinde arttırmıştır.

Bu bakımdan, Türk Hukukunda çıkarılacak tahvil miktarına ilişkin sınırlamayı tespit ederken, bu bölümde öncelikle sınırın çerçevesini belirleyen Türk Ticaret Kanunu hükmünün ortaya koyduğu genel ilke incelenecektir. İkinci olarak, Sermaye Piyasası Mevzuatı kapsamındaki Sermaye Piyasası Kanununun 13. maddesi ve yukarıda belirtilen Bakanlar Kurulu Kararını tahvil çıkarma sınırına getirdikleri değişiklikler bakımından incelenecektir.

<sup>15</sup> TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu), s. 703.

<sup>16</sup> 27.01.1993 tarih ve 21478 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

## 1. Ticaret Kanununda Öngörülen Sınır

Türk Ticaret Kanununa göre, bir anonim ortaklık istediği miktarda tahvil çıkaramaz. Kenar başlığı, “*en çok miktar*” olan TTK. m. 422 hükmü uyarınca, “*anonim şirketlerin çıkaracakları tahviller, esas sermayenin ödenen ve tasdik olunmuş son bilançoya göre mevcudiyeti anlaşılan miktarını aşamaz*”. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu, ortaklığın tahvil ihracı yoluyla temin edeceği ödünç para toplamını, ortaklığın ödenmiş ve onaylanmış son bilançoya göre varlığı anlaşılan esas sermayesinin miktarı ile sınırlandırmıştır (TTK. m. 422). Böylelikle, Türk Ticaret Kanunu tahvil ihrac sınırına ilişkin olarak hem bir sınır hem de bir şart öngörmektedir. Bunların her ikisi de birbirine bağlıdır.

Öncelikle, ihrac edilecek tahvil ihrac sınırı ödenmiş sermaye kadar olabilir. Bu sınır tahvil çıkarabilmek için ortaklık sermayesinin tamamının ödenmesine de gerek olmadığını ortaya koymaktadır<sup>17</sup>. Türk Ticaret Kanunun hükümlerine tabi “*anonim ortaklıklar tarafından çıkarılacak tahvillerin azami miktarı hesaplanırken, genel kurulca onaylanmış son bilançoya göre, esas sermayenin ödenmiş ve mevcudiyeti anlaşılan miktarına, sermayeye kaydedilmiş olmadıkça kanuni ve ihtiyari yedek akçeler eklenmez*”<sup>18</sup>. Çünkü ortaklık, bunlar üzerinde ancak belirli şartlar altında tasarruf imkânına sahiptir<sup>19</sup> (TTK. m. 466).

Bu nedenle, “*tahvil ihracında azami ölçüt ödenmiş ve son bilanço tarihinde ortaklık malvarlığında mevcut sermaye olup, taahhüt edilmiş fakat ödenmemiş olan sermaye dikkate alınmaz*”<sup>20</sup>. Sermaye olarak ortaklığa devredilen alacakların ödenmiş sayılması için de ortaklığa fiilen ödenmiş ve ortaklık malvarlığına girmiş

<sup>17</sup> TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılmasında Usulü ve Bazı Problemler, s. 26.

<sup>18</sup> Y. 11. HD. 01.04.1974, E. 1246/K. 117 (ERİŞ, s. 2455; DOĞANAY, s. 1259 dpn. 9).

<sup>19</sup> İsmail DOĞANAY, Anonim Şirketlerin Tahvil Çıkarma Nedenleri ve Tahvil Çıkarılması Halinde, Çıkarılacak Tahvil Miktarına Esas Alınması Gereken Bilanço Acaba “Ara Bilanço” mu, Yoksa “Yıl Sonu” Bilançosu mudur?, s. 108.

<sup>20</sup> Y. 11. HD. T. 15.11.1976, E. 4015, K. 4916 (ERİŞ, s. 2458); Y. 11. HD. 20.11.1975, E. 4884/K. 6596 (ERİŞ, s. 2456; DOĞANAY, 1259).

olması veya bu alacak üzerinde ortaklık tarafından tasarruf edilebilmesi gerekmektedir<sup>21</sup> (TTK. m. 142). Bu nedenle anonim ortaklık, ödenmiş ve mevcut olan sermayesini aşan miktar için tahvil çıkarmak niyetinde ise, apel yolu ile geri kalan taahhütleri yerine getirtmesi<sup>22</sup> yani ortaklarına bakiye sermaye borçlarını hemen ödetmesi veya sermayesini artırma yoluna gitmesi gerekir<sup>23</sup>.

Ödenmiş sermaye kavramı, paradan başka aynı sermayeyi de kapsamaktadır. Ancak, aynı sermayenin ödenmiş sayılması için, bu sermayeyi oluşturan taşınır, taşınmaz ve hakların ihtilafsız olarak malvarlığına intikal etmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple, aynı sermaye olarak ödenen fakat gerek ortağın temerrüdü gerekse üçüncü kişilerin mülkiyet veya başka aynı haklar iddia etmeleri sebebiyle ortaklığın eline geçmemiş aynı sermaye ödenmiş sayılmaz ve tahvil ihraç limitinin belirlenmesinde hesaba katılmaz<sup>24</sup>.

Tahvil ihracına ilişkin Ticaret Kanunundaki şart ise bu miktarın varlığının, ortaklığın ödenmiş olan son bilançosuna göre anlaşılmasıdır. Başka bir ifadeyle, ortaklığın belli bir miktar tahvil ihraç edebilmesi için bu miktarın ödenmiş olması yetmez; aynı zamanda tahvil ihracı anında mevcut olması gerekir. Dolayısıyla, zaman içinde ortaklığın ödenmiş sermayesinde bir azalma meydana gelmişse, bu takdirde tahvil ihracına esas olacak miktar ödenmiş olan değil, mevcut olan sermayedir.

Ödenmiş sermayenin mevcudiyetini tespit edecek son bilançonun, ortaklığın yıllık malvarlığını ve durumunu açıklayıp ortaya koyan yıllık bilanço olabileceği gibi, ortaklığın faaliyetleri devam ederken yıl içinde düzenlenerek ortaklık genel kurulu tarafından tasdik edilen bir ara bilanço<sup>25</sup> (TTK. m. 457) olması da mümkündür.

<sup>21</sup> DOMANIÇ, Şerh 1378.

<sup>22</sup> Y. 11. HD. 20.11.1975, E. 4884/K. 6596 (ERİŞ, s. 2456; DOĞANAY, 1259).

<sup>23</sup> ARSLANLI, s. 264.

<sup>24</sup> DOMANIÇ, Şerh 1378.

<sup>25</sup> ARSLANLI, s. 263 dpn. 9; POROY/EREM, s. 131-132; DOMANIÇ, Anonim Şirketler, s. 1378; Fahiman TEKİL, Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Bası, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 466. Moroğlu'na göre, "bilanço" ile ifade edilen mutlaka yıllık bilanço değildir; ara bilanço veya ara bilanço niteliğindeki YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)



dür<sup>26</sup>. Hatta tahvil çıkarma günündeki durumu gösteren özel bir bilanço düzenleneceği gibi ortaklığın açılış bilançosunu esas almak da mümkündür<sup>27</sup>.

Bu nedenle, bir ortaklığın tahvil çıkarabilmesi için kurulundan itibaren bir bilanço yılının geçmesi şart değildir. Yıllık bilançonun onaylanmasından sonra yapılan ödemeler ile sermaye artırılması durumunda, bu miktarlardan da yararlanmak için genel kurulun toplantıya çağrılması ve ara bilançonun olağanüstü genel

---

üç aylık hesap özetlerinde öngörülen artışlarda son bilanço olarak nitelendirilebilir. Erdoğan **MOROĞLU**, Bankalar Kanununun Ödenmiş Sermaye Tanımının Kredi Hadleri ve Diğer Kanuni Hadler Yönünden Anlam ve Kapsamı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. IX, S. 3, s. 735-740; Aynı görüşte bkz. İsmail **DOĞANAY**, Anonim Şirketlerin Tahvil Çıkarma Nedenleri ve Tahvil Çıkarılması Halinde, Çıkarılacak Tahvil Miktarına Esas Alınması Gereken Bilanço Acaba "Ara Bilanço" mu, Yoksa "Yıl Sonu" Bilançosu mudur? Yargıtay Dergisi, C. II, S.4, s. 108-113. Bu anlayış yeni Bankalar Kanunu'nda ifadesini bulmuş ve Ser.PK.'da yansımıştır.

<sup>26</sup> Ödenen ve mevcudiyeti anlaşılan tasdik edilmiş olan bilançonun hangi bilanço olduğu meselesi ise, öğretide tartışma konusu olmuştur. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararı ile anonim ortaklığın tahvil ihraç edebilmeleri için esas alınacak bilançonun son bilanço olduğu uygulama ve öğretide şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konmuştur. Söz konusu kararda, ilk derece mahkemesi, tasdik olunan son bilançodan maksadın, şirketin mali yılı sonunda düzenlenen ve sorumluları ibra olunan bilanço olduğu, mali yıl ortasında sorumluları ibra edilmeyen bilançonun, kanunun aradığı tasdik edilmiş son bilanço sayılamayacağı gerekçesiyle ortaklığın talebini geri çevirmiştir. Kararın davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine Yargıtay şu kararı vermiştir: "*Bir anonim şirketin tahvil ihraç edebilmesi için mahkemenin kabul ettiği gibi, yıllık bilançosunu tanzim ve tasdik edilmiş olmasını beklemeye mahal yoktur. Sözü edilen 422. maddede tasdik olunan son bilanço esas tutulduğuna göre, yıl içinde şartlarını yerine getirerek, bilançosunu tanzim ve genel kuruluna tasdik ettiren bir anonim şirketin tahvil ihracı muamelesinin mücerret bilançosunun yılsonunda tanzim edilmediğine dayanılarak reddedilmesi ve bu suretle şirketin iktisaden güçlenmesinin önlenmesi doğru değildir*". Y. 11. HD. 20.11.1975, E. 4884/K. 6596 (**ERİŞ**, s. 2456; **DOĞANAY**, 1259); Ayrıca bkz. Ünal **TEKİNALP**, Yargıtay'ın Tahvil Çıkarılmasına İlişkin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXIII, S.11, s. 457-459.

<sup>27</sup> Akar **ÖÇAL**, Anonim Şirketin Tahvil İhraç Edebilmesi İçin Muayyen Bir Süre Faaliyette Bulunması Şart mıdır? İktisat ve Maliye Dergisi, 1989, S.8, s. 313-318; **DOMANIÇ**, Şerh s. 1379.

kurulda onaylanması gerekir<sup>28</sup>. Bir an için aksi bir yorum kabul edilirse, tahvil ihraç edecek ortaklığın belli bir süre faaliyette bulunmasının gerekeceğinden, yeni kurulan bir anonim ortaklığın tahvil çıkarması mümkün olmayacaktır<sup>29</sup>.

Ödenmiş ve mevcudiyeti son bilanço ile anlaşılan sermaye sınırı, birinci tertip tahvillerde olduğu gibi, sonraki tertip tahvillerde de aranır<sup>30</sup>. Bu durumda birinci tertip tahvil çıkarılırken TTK. m. 422 hükmündeki sınırın tamamı kullanılmışsa, ödenmiş ve mevcudiyeti bilanço ile sabit sermaye miktarı artmış olmadıkça, başka tahvil çıkarılamaz.

Birbirine bağlı olan bu sınır ve şartın sebebi, şüphesiz kanun koyucunun tahvil sahiplerini korumak istemesidir. Böylelikle kanun koyucu, azami bir tahvil ihraç limiti belirlemek suretiyle anonim ortaklıkların sınırsızca borçlanmasını önlemek istemiştir. Çünkü tahvillerin karşılığının ortaklıkça ödenmemesi durumunda tahvil sahipleri sadece ortaklığın malvarlığına başvurabileceklerdir.

Öğretide, bu şart ve sınırlar çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir<sup>31</sup>. Buna göre, ortaklığın malvarlığı ödenmiş veya bilanço-

<sup>28</sup> Ünal TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, s. 26; Ünal TEKİNALP, Yargıtay'ın Tahvil Çıkarılmasına İlişkin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, s. 457-459; TEKİNALP, Sermaye Piyasası, s. 62.

<sup>29</sup> Öcal, bu durumu muayyen bir süre değil, anonim ortaklık tarafından kısaltılması mümkün olan "*değişken bir süre*" şeklinde değerlendirmiştir. Anonim ortaklıkların tahvil ihraç edebilmesi için belirli bir süre faaliyette bulunması gerekip gerekmediğine ilişkin öğretilerdeki görüşler ve karşılaştırmalı hukuk hakkında daha geniş bilgi için bkz. Akar ÖCAL, Anonim Şirketin Tahvil İhraç Edebilmesi İçin Muayyen Bir Süre Faaliyette Bulunması Şart mıdır?, s. 318. Aynı görüşte bkz. Ünal TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, s. 26; Kemal ARAR, Kara Ticareti, Şirketler Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952, s. 247.

<sup>30</sup> ARSLANLI, s. 264; DOMANIÇ, Şerh, s. 1380.

<sup>31</sup> Tekinalp, ortaklık özsermayesinin onaylanmış son bilanço yerine daha uygun bir çözüm yolu olduğu görüşündedir. TEKİNALP, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, s. 26; Ayrıca bkz. ARSLANLI, s. 264, dpn. 13a; POROY/EREM, s. 130-131; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 297. Yazara göre ortaklık herhangi bir kayda tabi olmadıkça borç alabilir, yeter ki kendisine borç veren bulunsun. İmregün'e göre, "*küçük birikimlerini bu yolla değerlendire-* YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

da mevcudiyeti anlaşılan sermayeden ibaret değildir. Çünkü kanunun ifadesi nazara alındığında kanuni ve ihtiyari yedek akçeler tahvil ihraç limitinin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.

Tasarı'da ise öğretilerdeki eleştiriler göz önünde bulundurularak mevcut TTK. hükmünde daha farklı bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, TTK. m. 506 hükmünün, "(1) 504 ve 505 inci madde hükümlerine bağlı borçlanma senetlerinin toplam tutarı, sermaye ile bilançoda yer alan yedek akçelerin toplamını aşamaz; kanunların bilançoya konulmasına izin verdiği yeniden değerlendirme fonları da toplama katılır. Kanunlardaki istisnalar saklıdır.(2) Sermaye Piyasası Kanunu ile ilgili mevzuat hükümleri saklıdır" şeklindeki düzenlemesi ile borçlanma senetleri için genel borçlanma sınırı öngörmektedir ve Ser.PK.'da yer alan hükmü saklı tutmaktadır.

Gerçekten, TTK. m. 422 hükmüne göre, ancak ödenen ve son bilançoya göre mevcudiyeti anlaşılan miktara kadar tahvil çıkarılabilir. Dolayısıyla, taahhüt edilen ama henüz ödenmemiş olan veya zarar sonucunda sonradan azalan sermaye bu hesapta dikkate alınmaz. Ancak, öğretilerde ortaklığın gerçek durumunu yansıtmadığı için eleştirilen bu hüküm, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan Ser.PK., m. 13 hükmü, 93/3983 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve SPK.'nın Seri II, No. 22 Tebliği m. 11 hükmü ile daha gerçekçi bir ölçü belirlemiştir. Bu bakımdan, Tasarı'da Sermaye Piyasası Mevzuatında dağınık bir şekilde düzenlenen ilkeleri genel bir hüküm altında düzenlemesi yerinde olmuştur. Buna göre tahvil ihraç limiti, çıkarılmış veya ödenmiş sermayeye yedek akçeler ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun<sup>32</sup> eklenmesinden sonra varsa zararların

---

ren halkı, diğer alacaklılar ile bir tutmak doğru değildir. Tahvil sahipleri, en aşağı pay sahipleri kadar korunmalıdır. Çünkü tahvil diye mavi gök karlarını satın almak tehlikesi tahvil sahipleri için de vardır".

<sup>32</sup> Ayrıca bkz. Hüseyin ÜLGEN, Anonim Ortaklıklarda Yeniden Değerleme Fonunun Sermayeye Eklenmesi Yolu ile Sermaye Artırımında Bedelsiz Paylar Kimlere Tahsis Olunmak Gerekir? İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXXI, S.9, s. 361-370.

çıkarılması sonucu bulunan değere eşittir. Dolayısıyla, Tasarı'nın bu konudaki uygulamaya bir yenilik getirmediği söylenebilir<sup>33</sup>.

## 2. Sermaye Piyasası Mevzuatında Öngörülen Sınır

Ser.PK. 'da anonim ortaklıkların tahvil ve diğer borçlanma senetlerini çıkarma sınırları TTK.'nın sisteminden farklıdır. Ser.PK. 13. maddesinde, halka açık olan anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvillerin üst sınırını yeniden düzenleyerek daha da yükseltmiştir. Ser.PK. m. 13/f.1 hükmü esas olarak halka açık anonim ortaklıkların tahvil ihraç limitlerini düzenlemekle birlikte aynı maddenin 3. fıkrasında halka açık olmayan ortaklıkların da ihraç veya halka arz yoluyla tahvil çıkarabileceğine ve bunların TTK. m. 422 hükmüne tabi olacağına yer vermiştir.

### a. Sermaye Piyasası Kanunu m. 13

Ser.PK. m. 13/f.1 hükmüne göre, *“halka açık anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğinde diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarı, Kurula gönderilen bağımsız denetimden geçmiş son mali tabloda yer alan çıkarılmış sermaye veya ödenmiş sermaye ile genel kurulca onaylanan son mali tabloda görülen yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme artış fonunun toplamından, varsa zararların indirilmesinden sonra kalan miktarı geçemez”*.

Maddede açıkça belirtildiği üzere, TTK.'daki sınırlamaya ek olarak, yedek akçeler ve yeniden değerlendirme artış fonunu da eklenerek bulunan miktardan zararların düşülmesi yoluyla halka açık anonim ortaklıkların ihraç edecekleri tahvil miktarı sınırını öngörmüştür. Bu düzenleme, ortaklığın malvarlığını belirleme açısından daha gerçekçi olup, yukarıda değindiğimiz öğretilerdeki eleştirileri de bertaraf edecek niteliktedir.

<sup>33</sup> Aynı görüşte bkz. Serdar ACAR, Türkiye'de Anonim Şirket Tahvilleri Üzerine Bazı Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2008, S.71, s. 3695-3712, s. 3708.

Ancak, ilgili maddede halka açık olmayan anonim ortaklıkları ihraç edecekleri tahvillerin üst sınırını düzenlememiştir. Bunun yerine, TTK. m. 422'deki sınırların Bakanlar Kurulu tarafından artırılabilmesi konusunda Bakanlar Kurulu'nu yetkilendirmekle yetinilmiştir (Ser.PK. m. 13/f.3). Ayrıca Tebliğ'in "ihraç limiti" kenar başlığı taşıyan m. 11/f. 1 hükmünün "Borçlanma araçlarına ilişkin ihraç limiti ve katsayı, 14/1/1993 tarihli ve 93/3983 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda yer alan esaslar ve Kanun çerçevesinde tespit olunur" şeklindeki düzenlemesi ile Bakanlar Kurulu'nun bu konudaki yetkisi pekiştirilmiştir<sup>34</sup>.

Bu nedenle, tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin ihraç limitleri ile TTK. m. 422 hükmünde belirlenmiş olan, anonim ortaklıkların çıkarabilecekleri tahvil miktarına dair sınırlar gerektiğinde Bakanlar Kurulu tarafından genel olarak veya sektörler itibariyle artırılabilir (Ser.PK. m. 13/f. 3). Bakanlar Kurulunun sınırı belirlediği bu durumlarda anonim ortaklıkların başvurabilecekleri azami tahvil ihraç limiti, Bakanlar Kurulu'nun belirlemesi dikkate alınarak, yukarıdaki esaslara göre hesaplanan genel toplamdan, tedavülde bulunan tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin tutarı indirilmek suretiyle hesaplanır. Bakanlar Kurulu da 93/3983 sayılı kararı ile hem halka açık anonim ortaklıkların hem de halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz ederek veya halka arz etmesizin çıkaracakları tahvil limitlerini ve şartlarını belirlemiştir.

<sup>34</sup> İhraç limitinin hesaplanmasında, özel bağımsız denetime tabi tutulmuş ve Kurul'un sermaye piyasası araçları bir borsada işlem gören ortaklıklar için belirlediği finansal tablo ve raporlamaya ilişkin düzenlemelerine göre hazırlanmış finansal tablolar esas alınır. İhraç limitinin hesaplanmasına esas teşkil eden finansal tabloların Kurul'un bağımsız denetim standartları düzenlemeleri çerçevesinde bağımsız denetimden geçirilmiş olması halinde özel bağımsız denetim raporu istenmez (Tebliğ m. 11/f. 3). Ancak; ihraççıların, bağımsız denetimden geçmiş son finansal tablo döneminden sonra, limite esas teşkil eden bilanço kalemlerinde olumsuz yönde meydana gelen değişiklik sonucunda ihraç edilecek borçlanma araçlarının toplam tutarının ihraç limitinin üstünde kalması halinde ihraç limitleri, Kurul'un bağımsız denetim standartları düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanan özel anaçlı bağımsız denetim raporu düzenlenmek suretiyle tespit edilir (Tebliğ m. 11/f. 4).

## b. Katsayı Uygulaması

Sermaye Piyasası Kanununun 13. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, Bakanlar Kurulu Kararında anonim ortaklıkların ihraç edecekleri tahvillerin üst sınırını düzenlemiştir. Karar, halka açık olan ve halka açık olmayan anonim ortaklıkların çıkaracakları tahvillerin limitlerini ayrı ayrı düzenlemiştir.

Halka açık anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarı, Kurul'a gönderilen bağımsız denetimden geçmiş son mali tabloda yer alan, çıkarılmış sermaye veya ödenmiş sermaye ile genel kurulca onaylanan son mali tabloda görülen yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun toplamından, varsa zararların indirilmesinden sonra kalan miktarı geçemez. Buna göre, Karar uyarınca halka açık anonim ortaklıklar yine Ser.PK. m. 13 hükmünde belirlenen miktarda tahvil ihraç edebilir.

Ancak, halka açık anonim ortaklıkların Karar uyarınca belli koşulları yerine getirmeleri durumunda, tahvil ve diğer borçlanma senetlerine ilişkin bu sınır belli katsayılar oranında artırılabilir. Buna göre, halka açık anonim ortaklıklar, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenen standartlara uygun olarak hazırlanmış mali tablolarına göre ortaklığın son yılda net dönem karı elde etmiş olması; dönem karı gösteren son yıla ait mali tabloların bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olması; Sermaye Piyasası Kurulu'nca ortaklıkça öngörülen borçlanma miktarının onaylanmış olması halinde, Ser.PK. m. 13/f. 1 hükmünde ifadesini bulan tahvil ve diğer borçlanma senetleri toplam tutarının 6 katına kadar tahvil ihraç edebilir.

Son yıla ait mali tablolarına göre net dönem karı elde etmemiş olan halka açık anonim ortaklıklar, bu yıla ait mali tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olmak kaydıyla, Ser.PK. m. 13/f. 1 hükmünde belirlenen toplam tutarın 3 katına kadar tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerini Kurul tarafından onaylanmak kaydıyla halka arz

edebilirler. Son yıla ait mali tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmemiş halka açık anonim ortaklıklar ise, katsayı uygulamasından yararlanamazlar.

Halka açık olmayan anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarı, TTK. m. 422 hükmünde belirlenen miktarı aşamaz. Başka bir ifadeyle, Sermaye Piyasası Mevzuatı, halka açık olmayan anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil tutarını değiştirmemiştir. Ancak, tıpkı halka açık anonim ortaklıklarda olduğu gibi, halka açık olmayan anonim ortaklıklarda da tahvil ihraç limitini artıran bir katsayı belirlemiştir.

Buna göre halka açık olmayan anonim ortaklıklar, Sermaye Piyasası Kurulu'na belirlenen standartlara uygun olarak hazırlanmış son yıla ait mali tablolarına göre net dönem karı elde etmiş olması, son yıla ait mali tabloların bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olması ve Sermaye Piyasası Kurulu'na ortaklıkça öngörülen borçlanma miktarının onaylanmış olması halinde, Ser.PK. m. 13/f. 1 hükmü uyarınca TTK.'na göre çıkarabilecekleri tahvil miktarına ait sınırın 6 katına kadar tahvil ihraç edebilir.

Son yıla ait mali tablolarına göre net dönem karı elde etmemiş ve halka açılmamış anonim ortaklıklar, bu yıla ait mali tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olmak kaydıyla, yukarıda halka açık olmayan anonim ortaklıklar için belirlenmiş olan limitin yarısı kadar tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerini halka arz edebilirler. Son yıla ait mali tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmemiş halka açık olmayan anonim ortaklıklar katsayı uygulamasından yararlanamazlar.

## SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu 422. maddesine göre, ancak ödenen ve son bilançoya göre mevcudiyeti anlaşılan miktara kadar tahvil çıkarılabilir. Dolayısıyla, taahhüt edilen ama henüz ödenmemiş olan

veya zarar sonucunda sonradan azalan sermaye bu hesapta dikkate alınmaz. Ancak, öğretide ortaklığın gerçek durumunu yansıtmadığı için eleştirilen bu hüküm, Ser.PK., m. 13, 93/3983 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve SPK.'nın Seri II, No. 22 Tebliği m. 11 hükmü ile daha gerçekçi bir ölçü belirlemiştir. Buna göre tahvil ihraç limiti, çıkarılmış veya ödenmiş sermayeye yedek akçeler ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun eklenmesinden sonra varsa zararların çıkarılmasından sonra kalan miktar olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, Tasarı'nın bu konudaki uygulamaya bir yenilik getirmediği söylenebilir.

Türk Hukukunda mevcut düzenlemeler çerçevesinde artık, anonim ortaklıklar tahvil ihraç ederken, öğretide daha önceden eleştirildiği gibi fiilen ve hukuken ödenmiş sermayeleri ile sınırlı değildir. Tahvil ihraç limiti belirlenirken, yeniden değerlendirme değer artış fonu da dikkate alınacaktır. Halka açık anonim ortaklıklarda ise, bu miktar üzerine yedek akçeler de eklenecektir. Hatta, 1993 tarihli Bakanlar Kurulu Kararına göre de, tahvil ihraç limitinin belli şartlar dahilinde 3 ya da 6 katına kadar artırılması mümkündür.

Yapılan bu değişiklikler şüphesiz anonim ortaklıkların malvarlığının miktarının belirlenmesinde daha gerçekçi bir ölçü getirmekte ve ortaklıkların iktisadi açıdan güçlenmesine katkıda bulunmaktadır. Öte yandan, özellikle tahvil ihraç limitinin belli katsayılar dahilinde artırılması her ne kadar ortaklık yararına olacak ise de, bu durumda tahvil sahibinin haklarının ne olacağı üzerinde durulması gerekli olan bir husustur. Çünkü Türk Ticaret Kanununun 422. maddesindeki sınırlama tahvil sahiplerinin korunmasına yöneliktir.

## KAYNAKÇA

Serdar ACAR, Türkiye'de Anonim Şirket Tahvilleri Üzerine Bazı Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2008, S.71, s. 3695-3712



Kemal **ARAR**, Kara Ticareti, Şirketler Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952

Halil **ARSLANLI**, Anonim Ortaklıklar, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960

İsmail **DOĞANAY**, Anonim Şirketlerin Tahvil Çıkarma Nedenleri ve Tahvil Çıkarılması Halinde, Çıkarılacak Tahvil Miktarına Esas Alınması Gereken Bilanço Acaba “Ara Bilanço” mu, Yoksa “Yıl Sonu” Bilançosu mudur? Yargıtay Dergisi, C. II, S.4, s. 99-113

İsmail **DOĞANAY**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Genişletilmiş 4. Bası, Madde 420-815, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

Hayri **DOMANIÇ**, Anonim Şirketler, Bilimsel Kitaplar Yayınevi, İstanbul 1978.

Hayri **DOMANIÇ**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1988

Hayri **DOMANIÇ**, Tahvil Senetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1974, S.7, s. 311-356 (Tahvil Senetleri)

Gönen **ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler, Açıklamalı-İçtihatlı En son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Şirketleri Madde 223 – 556, C.II, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2007

Oğuz **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar)

Oğuz **İMREGÜN**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, Onikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001 (Kara Ticareti)

Erdoğan **MOROĞLU**, Bankalar Kanununun Ödenmiş Sermaye Tanımının Kredi Hadleri ve Diğer Kanuni Hadler Yönünden Anlam ve Kapsamı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. IX, S. 3, s. 735-740

Erdoğan **MOROĞLU**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005

Reha **POROY**/Turgut **EREM**, Türkiye’de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Tedbirler, Bölüm II, Hukuki Araştırma, Sermaye Piyasası Etüdü, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği, Ankara 1964

Reha **POROY**/Ünal **TEKİNALP**/Ersin **ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş Dokuzuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2003, (**TEKİNALP(Poroy/Çamoğlu)**)

Ömer **TEOMAN**, Anonim Ortaklıklarda Yeniden Tahvil Çıkarmanın Önşartı, (TTK. 421) Üstüne Değişik Bir Yorum Denemesi, 30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.I, 1971-1982, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 30-36

Fahiman **TEKİL**, Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Bası, Alkım Yayınları, İstanbul 1998

Ünal **TEKİNALP**, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul 1982 (Sermaye Piyasası)

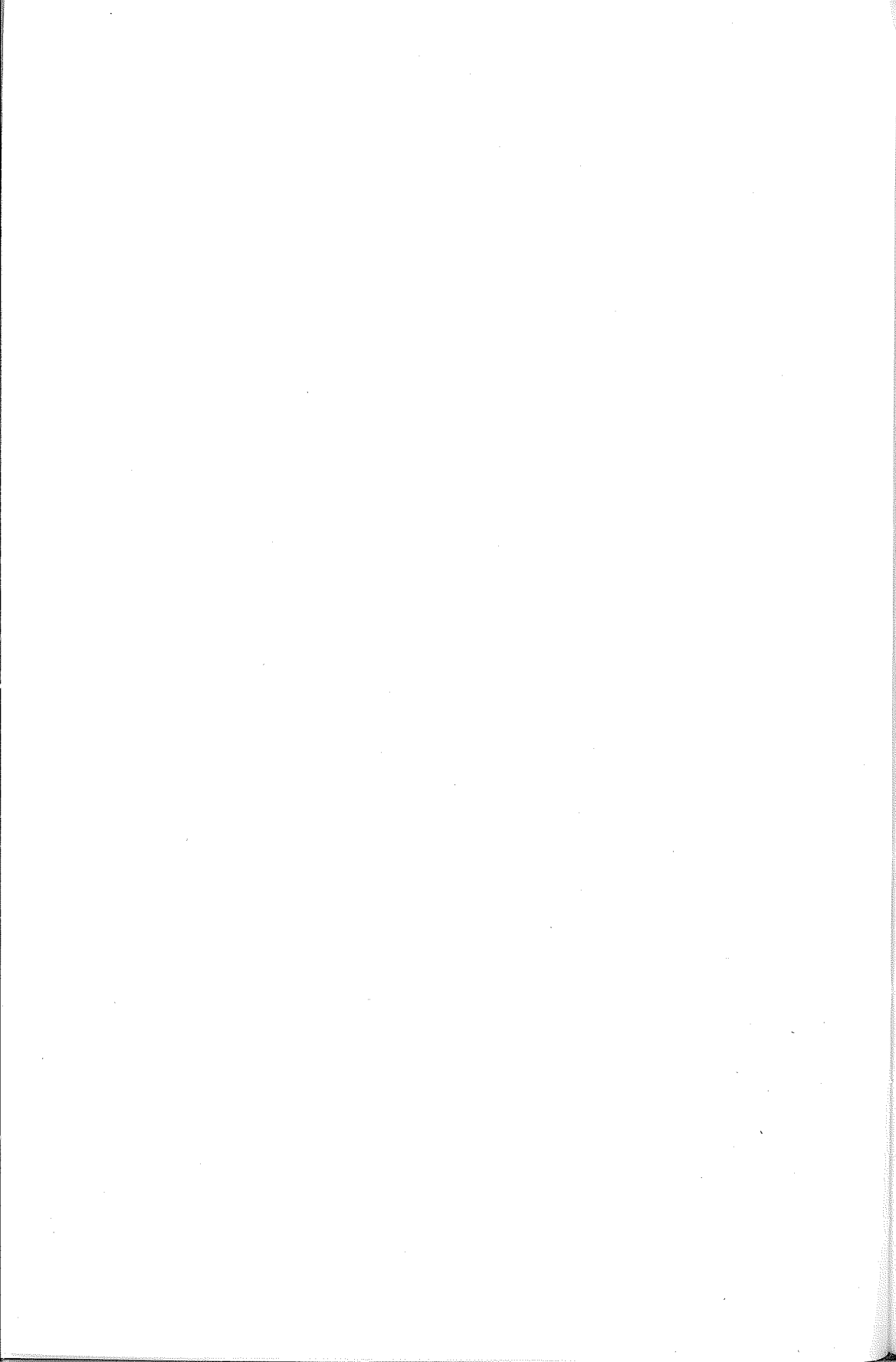
Ünal **TEKİNALP**, Tahvillerin Çıkarılması Usulü ve Bazı Problemler, Sevk ve İdare Dergisi, S.31, Mart 1971, s. 24-31

Ünal **TEKİNALP**, Yargıtay’ın Tahvil Çıkarılmasına İlişkin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXIII, S.11, s. 457-459.

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), [www.rega.com.tr](http://www.rega.com.tr)

[www.mevbank.com.tr](http://www.mevbank.com.tr), [www.spk.gov.tr](http://www.spk.gov.tr)

# KAMU HUKUKU



# ÇOCUĞUN İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ VE BİR MÜDAHALE: ANA BABANIN ÇOCUĞUN DİNİ EĞİTİMİNİ BELİRLEME HAKKI

Yard. Doç. Dr. Sevgi USTA<sup>1</sup>

“Aile insanın tezgâhıdır.”

Erdoğan Çalâk

## ÖZET

Türkiye’de din ve dini eğitim üzerine son yıllarda çeşitli tartışmalar gündemi sıklıkla işgal ediyor. Konu hem hukuki açıdan hem de uygulamada yaşanan sorunlar açısından oldukça önemli. Bu yazıda, çocuğun inanç özgürlüğü hakkı esas alınarak konuya bakılacaktır. Konu, temel sorun alanlarından biri olarak; yasal temsilcilerin çocuğun dini eğitimini belirleme hakkının çocuğun din ve vicdan özgürlüğüne etkisi ve devletin rolü temelinde tartışılacaktır. Bu çalışma konunun önemi ve çok boyutluluğu nedenleriyle, felsefi/etik, psikolojik, sosyolojik, hukuki ve siyasi boyutlarını da içeren disiplinlerarası bir tartışma ve çalışma daveti olarak da düşünülebilir.

## ABSTRACT

*In Turkey various discussions on religion and religious education often occupies the agenda in recent years. This subject is*

---

<sup>1</sup> İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi, e-posta: sevgiusta@istanbul.edu.tr

*very important both legally and in terms of problems experienced in practice. This article looks at the issue on the basis of the child's right to freedom of religion/belief. The subject will be discussed, as one of the basic problems, on the basis of the right to determine the child's religious education, which is connected to parental rights and of the role of the State. Due to the importance of the subject and of its multi-dimensional nature, this study can be considered as an invitation for interdisciplinary discussion and study that will include its the philosophical/ethical, psychological, sociological, legal and political dimensions.*

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk hakları, din, çocuğun inancını belirleme hakkı, inanç özgürlüğü, dini eğitim, kur'an kursları, yasal temsilcinin dini eğitim hakkı, velayet hakkı, dini cemaatler, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, insan hakları.

**Keywords:** *children rights, religion, the child's right to religious freedom, freedom of religion, religious education, Quran classes, the parents right to religious education, parental rights, parental authority, religious communities, UNCRC.*

\*\*\*

## 1. Giriş:

Türkiye'de çocuklarla ilgili olarak özellikle 1990'ların ikinci yarısından bu yana devam eden ve Avrupa Birliği sürecinde hız kazanan demokratikleşme sürecinde, 'Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi' başlığı altında verilen ders, zorunlu tutulmasıyla ve içeriğiyle gündemdedir. Söz konusu dersin zorunlu tutulması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de götürülmüştür<sup>2</sup>. 'Din Kültürü ve Ahlak

<sup>2</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; 9 Eylül 2007 /1448/04, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye Kararı

Bilgisi' dersine ilişkin tartışmaların bir boyutu da, velayet hakkına bağlı olarak ana babanın çocuğu genel eğitim hak ve göreviyle ilişkilidir. Zorunlu ilköğretim kapsamında, okullar çocuğu Milli Eğitim politikaları doğrultusunda hazırlanan müfredata göre öğretmenler aracılığı ile aynı zamanda bir vatandaş olmaya hazırlanmaktadır. 1982 Anayasası ile getirilen, "Din ve ahlâk eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması gereği", ana babanın genel eğitimin bir parçası olan dini eğitiminde yönlendirici olma yetkisini ve çocuğun inanç özgürlüğünü doğrudan ilgilendirmekte ve etkilemektedir (AYm.24/III-c.1). Bu hüküm devlet denetim ve gözetimindeki iki tür eğitimi düzenlemektedir. Birincisi; ilk ve ortaöğretimde "herkes" için zorunlu olan zorunlu din dersi; ikincisi ise; yasal temsilcinin isteğine bağlı olarak çocuğu yönlendireceği okul veya kurslardaki dini eğitim ve öğretimdir.<sup>3</sup> İsteğe bağlı dini eğitim ve öğretimde Devlet denetim ve gözetiminde açılan kurslara tek ve yaygın örnek; 22 Haziran 1965 tarih ve 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un ek 3.maddesine göre<sup>4</sup>; İlk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri dışında, Kur'an-ı Kerim ve mealini öğrenmek, hafızlık yapmak ve dini bilgiler almak isteyenlerden ilköğretimi bitirenler için açılan Kur'an kurslarıdır. Burada anılması gereken bir diğer isteğe bağlı okullardan olan, imam ve hatip yetiştirmek üzere açılan ancak zamanla dini eğitim veren okullara dönüşen imam hatip liseleridir.<sup>5</sup> Bu alanda gündeme gelen

<sup>3</sup> Gözler, Kemal, **Anayasa Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 8.Bası, Ekin Basım Yayını, Bursa, Şubat 2010,s.317 vd.

<sup>4</sup> RG. 02/07/1965 - 12038; Ek 3. madde 22/07/1999 tarih 4415 Sayılı Kanunla eklenmiştir

<sup>5</sup> 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu, ülke okulları arasındaki ikiliği ortadan kaldırmış, Türkiye'deki tüm okulların Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlanmasını öngörmüş ve o zamana kadarki tüm medrese ve okulları bu bakanlığa bağlamıştır. Bu Kanunun 3.maddesi, Milli Eğitim Bakanlığının yüksek din uzmanları yetiştirmek üzere, Darülfünun'da bir İlahiyat Fakültesi ve imamlık ve hitabet gibi dinsel hizmetleri yerine getirmekle görevli memurların yetiştirilmesi için de ayrı okullar kurmasını hükme bağlıyordu. Bugünkü imam hatip okullarının yasal dayanağını oluşturan Tevhidi Tedrisat Kanunu, görüldüğü üzere, insanlık ve hitabet gibi dinsel hizmetleri görmekle görevli memurların yetiştirilmesi için, yani birer meslek okulu biçiminde imam hatip okullarının kurulmasını öngör-

yeni bir konu ise, farklı şehirlerden bir grup velinin ilköğretim ya-şındaki çocuklarını türbanla okula alınmasında ısrar etmesidir.<sup>6</sup> Burada velayet hakkı ile ilköğretim zorunluluğu karşı karşıya gelmiştir. Söz konusu gerilim sonucunda zarar görenin, ilköğretim hakkı ve kişilik hakkı ihlal edilen çocuk olduğu açıktır.<sup>7</sup>

mekteydi. (...) Belirttiğimiz özellikleriyle bir devrim kanunu niteliğinde olan Tevhidi Tedrisat Kanunu zaman içinde amacından saptırılmış ve hatta başkalaştırılmış biçimde uygulanmaya başlanmıştır. Şöyle ki; bu Kanun'a dayanarak Cumhuriyet'in ilk yıllarında salt bu amaçla açılmıştır. Ama bir müddet sonra talep olmadığı için kapatılan bu okullar 1991-1952 yılından itibaren yeniden açılmaya başlanmış ve sayıları özellikle 1960'lı yılların sonuna doğru hızla arttırılmıştır. (...) Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kadroları giderek şişkinleşmiş ve imam hatip mezunlarına yer kalmamıştır. Bu durum karşısında, imam hatip lisesi mezunlarına, klasik liselerin fark derslerini de vermeden üniversitelere girme imkanı tanınmıştır. Böylece kuruluş amaçlarının tam aksime, imam hatip okulları meslek okulu niteliğinden çıkmış ve din eğitimi veren liseler haline gelmiştir. Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2003, s.53-54, dn.8

<sup>6</sup> 2010-2011 İlköğretim yılı başından itibaren aralıklarla gündeme gelen haberler için bakınız:

[http://www.netteyim.net/haber/Siyaset/ilkokula\\_basortulu\\_cocuk\\_gonderene\\_uy\\_ari-haberi-229764.html](http://www.netteyim.net/haber/Siyaset/ilkokula_basortulu_cocuk_gonderene_uy_ari-haberi-229764.html) (erişim tarihi: 3 Aralık 2010)

[http://www.haberx.com/ilkogretimde\\_turban\\_tartisiliyor\(17,n,10500652,848\).aspx](http://www.haberx.com/ilkogretimde_turban_tartisiliyor(17,n,10500652,848).aspx), (erişim tarihi: 3 Aralık 2010);

<http://haber.mynet.com/detay/guncel/ilkogretimde-turban-olayindan-hizbullah-cikti/538271> ; İlköğretime türbanla girmek istedi -Adana'da bir ilköğretim öğrencisi türbanla derse girmek istedi. Okul yönetimi öğrenciye izin vermedi. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25143004/> /erişim tarihi: 8 Şubat 2011; (<http://www.cnnturk.com/2011/turkiye/01/23/16.veliye.ilkogretimde.turban.sorusturmasi/604260.0/index.html>)/Erişim tarihi:8 Şubat 2011; Türbanlı olarak derse girmesine izin verilmeyen ilköğretim okulu öğrencisi 13 yaşındaki T.Y., okula gitmezken, babası Hüseyin T., Okul Müdürü H.İ. hakkında savcılığa suç duyurusunda bulundu.

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1024616&Date=20.10.2010&CategoryID=77-> Erişim tarihi: 8 Şubat 2011)

<sup>7</sup> İlköğretim çağındaki çocuklarını türbanlı olarak okula göndermekte ısrar eden ailelere TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanı Zafer Üskül'den uyarı geldi. Üskül, "Bu iş daha ileriye giderse, aile çocuğu baskı altına alıp öğrenim özgürlüğünü engelliyorsa devlet o çocuğu alır ve öğrenim görmesini sağlar" dedi. Adana, Konya ve Mersin'de ilköğretimde yaşanan türban ısrarını değerlendiren, velilerin "Bu çocuk okuyacak" sözünü anımsatan Üskül, şunları söyledi: "Doğru, bu çocuk okuyacak. İlköğretim zorunlu, mutlaka okula gidecek. Ancak



İnanç özgürlüğü, uluslararası insan hakları hukukunda en tartışmalı başlıklardan biri olarak kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Yetişkinlerinden farklı olarak çocuğun inanç özgürlüğü ise; çocuğu, ana babayı, devleti ve dini cemaatleri kapsamakta ve ilgilendirmekte; aynı zamanda hak ve çocukluk teorilerini de içermektedir.<sup>9</sup> Bu hak aynı zamanda; özel yaşamın gizliliği, kimliğin korunması, ifade özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, gerekli bilgilere erişim, kitle iletişim araçlarının rolü, alternatif bakım, din ve kültürün sürekliliği, eğitim hakkı ve eğitimin amaçları, azınlık ya da yerli halka mensup çocukların kültürel, dini ve dilsel hakları, özgürlükler ve dini özgürlüğün kısıtlanması, silahlı çatışma durumları ve vicdani red'le de ilişkilidir.<sup>10</sup> Bu konuda Türkiye'de yapılan akademik çalışmalar ise; çocuğun inanç özgürlüğünden çok, ana babanın velayet hak ve görevlerine bağlı olarak bu hakkın kimin tarafından, nasıl kullanılacağı ve zorunlu din dersi ve içeriği üzerine yoğunlaşan Avrupa

devletin koyduğu kurallara uyararak gidecek. 18 yaşını henüz doldurmamış çocuk ve gençlerin gittiği okullarda, ilköğretimde ve ortaöğretimde devlet düzeni kurmakla ve kurallar koymakla yetkilidir. Zaten anne babalara düşen yükümlülük de o kurallara uygun biçimde çocuklarını okula göndermektir. Bu konuda taviz verilemez. Taviz verilmesi demek o çocukların eğitim hakkının engellenmesi demektir. Aileler mevzuata karşı koymakta direnirlerse suç işliyorlar demektir. Valilerin görevlerini yapması gerekir .Bu iş daha ileriye giderse, aile çocuğu baskı altına alırsa çocuk aileden alınır. Bu yetkiler devletin elindedir. Tabii bunlar aşama aşama uygulanacak şeyler. İdare önce veliyi ikna etmeye çalışır. Şu anda yapılan bu. İkna olmazlarsa cezalar var. Çocuk aynı zamanda aile içinde baskı altındaysa ve öğrenim özgürlüğü engelleniyorsa devlet o çocuğu aileden alır ve öğrenim görmesini sağlar. "Milli Eğitim Bakanı Nimet Çubukçu da "İlkokullarımızda özellikle örtülü olarak eğitim görme talebiyle karşılaşmış olmamızı zamanlama açısından manidar buluyorum" dedi.

[http://www.netteyim.net/haber/Siyaset/ilkokula\\_basortulu\\_cocuk\\_gonderene\\_uyari-haberi-229764.html](http://www.netteyim.net/haber/Siyaset/ilkokula_basortulu_cocuk_gonderene_uyari-haberi-229764.html) (erişim tarihi:3 Aralık 2010);

[http://www.haberx.com/ilkogretimde\\_turban\\_tartisiliyor\(17,n,10500652,848\).aspx](http://www.haberx.com/ilkogretimde_turban_tartisiliyor(17,n,10500652,848).aspx), (erişim tarihi:3 Aralık 2010).

<sup>8</sup> Bu konuda bakınız ; Özenç, Berke, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, İstanbul, Şubat 2006, s.32 vd.

<sup>9</sup> Langlaude, Sylvie" Children and Religion under Article 14 UNCR: A Critical Analysis", **International Journal of Children's Rights** 16 (2008),s.476 vd.

<sup>10</sup> Hodgkin, Rachel / Newell, Peter, **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child** Fully revised edition, United Nations Children's Fund, 2002, s.188.

İnsan Hakları Mahkemesi kararları,<sup>11</sup> laiklik ilkesi ve din ve vicdan özgürlüğüyle bağlantılıdır.<sup>12</sup>

İnanç özgürlüğü, Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası gereği, iç hukukun bir parçası haline gelmiş olan ve doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunan başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, tarafı olduğumuz diğer insan ve çocuk hakları sözleşme ve belgelerinde düzenlenmiştir. Bu çalışma, çocuğun özerk bir birey olarak sahip olduğu inanç özgürlüğü hakkının kapsamını, niteliğini ve velayet hakkından kaynaklanan ana baba haklarını; uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan konuya ilişkin düzenlemeler ve anlayış ışığında, iç hukuk normları ve uygulamalar esas alınarak tartışmayı hedeflemektedir. Makale ayrıca, çocuğun

<sup>11</sup> Bu konuda bakınız; Özenç, s.40 vd.; Usal, Zeynep Oya, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Düzenlenen Eğitim Hakkı ve Zorunlu Din Dersleri", **Prof.Dr.Alin Naim İnan'a Armağan**, Şeçkin Yayınları, Ankara 2009, s.1305 vd.; Gül, İdil Işıl, "Eğitime Erişim:Eğitimde Ayrımcılık Yasağı ve Fırsat Eşitliği, **Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar, Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Derleyen:İpek Tüzün, Sabancı Üniversitesi Eğitimde Reform Girişimi Yayını, İstanbul 2009, s. 19 vd; Kaymakcan, Recep, **Yeni Ortaöğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programı İnceleme ve Değerlendirme Raporu; Üniversitesi Eğitimde Reform Girişimi Yayını, İstanbul Nisan 2007, Türkiye'de Din ve Eğitim: Değişim İhtiyacı, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi; Ortak İlkeler ve Öneriler**, Üniversitesi Eğitimde Reform Girişimi Yayını, İstanbul Eylül 2005 ; TBMM, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, **Amasya'da İki Okulda ve Bir Pansiyonda Dini Baskı yapıldığı İddiaları Hakkında Komisyon Raporu;** TBMM,İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, **İstanbul'da Bir Lisede Bir Öğrencinin Mezhebi Nedeniyle Ayrımcılığa Uğradığı ve Aşağılandığı İddiaları Hakkında Alt Komisyon Raporu;** Recep Kaymakcan, AIHM Kararı Nasıl Anlaşılmalı?, 2007 (5 Şubat 2011- Çevrimiçi [http://web.sakarya.edu.tr/~recepkyazilar/AIHM\\_DINDERSI\\_KAYMAKCAN\\_19102007\\_son.pdf](http://web.sakarya.edu.tr/~recepkyazilar/AIHM_DINDERSI_KAYMAKCAN_19102007_son.pdf) .

<sup>12</sup> Bu konuda bakınız; Gözler, s. 64 vd.; Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2006, s. 156; Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut **İdare Hukuku**, Cilt: I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006; Özbudun, Ergun **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 76 vd.; Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 81vd.; Gören, Zafer **Anayasa Hukukuna Giriş**, II.Bası,Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999; s. 438 vd.

inanç özgürlüğüne velayet aracılığı ile karışmanın hukuki sınırı olan “ölçülülük ilkesi”ne ilişkin sorunları tartışmayı ve bu ilkeye ilişkin öneriler ortaya koymayı amaçlamaktadır. Ancak, çocuğun inanç özgürlüğünün incelenmesinde önemli bir yere sahip olan zorunlu din dersi ve eğitime erişiminin engellenmesi konusu, başka bir çalışmaya konu edilmek üzere, bu makalede yer almayacaktır. Bu çerçevede çalışmada sırasıyla; kavram ve kapsam olarak inanç özgürlüğü, çocuğun inanç özgürlüğünün insan hakkı ve anayasal temel hak ve kişilik hakkı olarak hukuki niteliği ve kapsamı; çocuğun inancını belirleme özgürlüğü ve çocuğun inancının gerçekleştirilmesinde sınırlar yer alacaktır.

## 2. Kavram ve Kapsam Olarak İnanç Özgürlüğü:

İnanmak ruh sağlığının koşuludur,<sup>13</sup> insanın bu gerçekliği, hem dinlerin ortaya çıkmasını hem de bir inanç sistemini benimsemesine yol açmıştır.<sup>14</sup> İnanç özgürlüğü liberalizmin özünde olan bir kavramdır ve liberal felsefecilerin Aydınlanma'dan bu yana yaptıkları temel ahlaki tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Bu özgürlük aynı zamanda uluslararası hukukun en tartışmalı alanlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>15</sup> Uluslararası hukuk metinlerinde inanç özgürlüğü, temel özgürlüklerden biri olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlığı altında düzenlenmiştir. Dinin aynı zamanda düşünce ve vicdan özgürlüğü ile olan ilişkisi ve bütünlüğü de bu şekilde vurgulanmış olmaktadır. Bu belgelerde yer alan dinsel özgürlük; bir dine veya inanca sahip olma veya benimseme özgürlüğü ve din veya inancı açığa vurma özgürlüğü olarak ikili bir

<sup>13</sup> Paul Tiedemann, “Uluslararası İnsan Hakları bakış Açılarına Göre İnsan Onuru ve İnsan Hakları İlişkisi”, Çev. Yener Ünver, **Güncel Hukuk Aylık Dergi**, Kasım 2010- 11-83, s.49

<sup>14</sup> ”Tüm büyük dinlerin ahlaki temelleri, bilgi, insan sevgisi, acıların azaltılması, özgürlük ve sorumluluk taşıyacak güce erişmek idealleri üzerine kuruludur”. Fromm, Erich **Din ve Psikanaliz**, Arıtan Yayınevi, İstanbul 2004, s. 33.

<sup>15</sup> İnanç özgürlüğünün uluslararası hukuktaki gelişimi için bakınız: Öktem, Akif Emre **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yayınları, Ankara 2002; Özenç.

yapıya sahiptir.<sup>16</sup> Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak; bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü ve aynı zamanda inançsızlığı ve korunmasını içermektedir.<sup>17</sup>

Uluslararası hukuk ve iç hukukta, bu özgürlüğün din özgürlüğü başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen içeriği ve kapsamının din, inanç ve inançsızlığı kapsamaması, üzerinde durulmaya muhtaç bir konudur. Din, yerleşmiş bir kavram olarak semavi/kurumsallaşmış dinleri çağrıştırmakta ve ifade etmektedir.<sup>18</sup> Oysa inanç kavramı olarak daha geniştir. Sadece zekadan değil, ruh ve maddeden oluşan bir bütünlük olan ve doğanın 'anormal' varlığı olarak kabul edilen insanın bu konuda da özgürlük ihtiyacını karşı-

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız; Özenç; s. 17.

<sup>17</sup> İnanç özgürlüğünün kapsamında; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18.maddesine ilişkin yorumuna atıf yapılmaktadır Bu yorumda göre; din ve inanç kavramı geniş biçimde yorumlanması gereği belirtilmekte ve "tek tanrılı ya da çok tanrılı ya da ateist inançlarla birlikte herhangi bir din ya da inanç açıklamama hakkının korunması gereğine işaret etmiştir. Bu madde bu konuda herhangi bir sınırı kabul etmemektedir. Hiç kimse dinini ve inancını açıklamayı için zorlanamaz. Bu konu Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17.maddesinde belirtilen özel yaşamın korunması ilkesi tarafından güvence altına alınmıştır.( Human Rights Committee General Comment 22, HRI/GEN/1/Rev.2 p.35-36. Aynı zamanda "hiç kimsenin kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabii tutulamayacağı da bu hak kapsamındadır Bu yorumda din veya inanç değiştirme özgürlüğünden bahsedilmemektedir, açık olarak Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer verilmiştir

<sup>18</sup> Din kelimesinin çoğu Batı dilindeki karşılığı olan *religion*, Latince "religio" sözcüğünden gelmektedir. İznikli Hristiyan filozof Lactan Tius sözcüğün kökeninin "bağlanmak" anlamına gelen "religare" olduğunu söyler. İnsanların din yoluyla Tanrı'ya ve birbirlerine bağlanmayı deyimleyen "religio", St.Augustin'e göre saygı ve korku ile bağlılığı anlatır. Arapça'da din sözcüğün özde usul, adet ve tutulan yol anlamına gelir. İslam Kelamı'nda din, "Tanrı'nın koyduğu ve mensuplarını dünya ve ahrette kurtuluşa götüren inanış ve davranışlardan oluşan bir kurum" olarak ifade edilmektedir. Öktem, Niyazi /Türkbağ ,Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 39-40.

lamaktadır.<sup>19</sup> Bu tercihi destekleyecek tanım, ünlü psikanalist Erich Fromm tarafından yapılmıştır. Fromm inancın; bir şeye inanmanın getirdiği bir güven olduğunu ve düşünce ile duygunun işbirliği altında gelişen, kişisel deney sonucu ortaya çıktığını; yoksa belirli bir davranış biçimini onu koyandan ötürü doğrudan kabullenmek olmadığını ifade etmektedir.<sup>20</sup> Dini ise, “bir grup tarafından paylaşılan(kabul edilen) ve o grup bireylerine kendilerini adayabilecekleri bir hedef sunan ve onlara ortak bir davranış biçimi veren bir sistem” olarak tanımlamaktadır.<sup>21</sup> Değerli felsefeci Judi Krişnamurti’ye göre; “dindar insan bütünüyle, tam anlamıyla toplumu, kendini anlamakla ilgilenir.”<sup>22</sup> Bu tanımlara göre inanç kavramı ve dindarlık özünde öğrenme, muhakeme ve seçimi barındırmaktadır. Özgürlük de aynı unsurları özünde barındırdığı için, inanç özgürlüğü kavramı tercih edilmiştir.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> İnsan varlığındaki karşıtlıkları da yalnızca düşünerek değil, aynı zamanda yaşayarak, hissederek ve olay içinde davranmayı başararak aşabilir. Bu nedenle insana özgü bir düzen, zihinsel olduğu kadar aktif olarak gerçekleştirilebilecek duygusal öğeleri de içermek zorundadır. Ayrıca insanların kendilerini bir amaca, bir ideale ya da insanları aşan Tanrısal bir güce adanmak istekleri de, onlardaki bütünlükle birleşmek ve bir olmak ihtiyacının bir diğer kanıtıdır. Fromm, Erich *Din ve Psikanaliz*, Arıtan Yayınevi, İstanbul 2004, s.39-40.

<sup>20</sup> Fromm, s. 51.

<sup>21</sup> Fromm, s. 37.

<sup>22</sup> “Sefaletin, yoksulluğun, barışın olmamasının sorumlusu biziz, dindar insan Tanrıyı aramaz, Dindar insan toplumun kendisinin dönüşümü ile ilgilenir.” Krişnamurti, Judi, *Tanrı Üzerine*, Çeviren: Deniz Demirdöven, Toplu Eserleri, Ayna Yayınevi, Felsefe Dizisi, 2. Basım, İstanbul 2000, s. 52.

<sup>23</sup> Benzer görüş ve bu konudaki ayrıntılı açıklama için; Özenc, s.16 dn.13 (s.151); Din ve ibadet özgürlüğünün hem dışavurumla ilgili olduğu, ve inanç özgürlüğüne göre daha sınırlı olduğu görüşü için. Tanör, Bülent “İnanç ve Din Özgürlüğü”, *İnsan Hakları, COGITO*, Yapı Kredi Yayını, İstanbul 2000, s. 98.

### 3. Çocuğun İnanç Özgürlüğünün Hukuki Niteliği ve Medeni Hukuka Yansımaları:

Tarihsel olarak çocuğun inanç özgürlüğü hakkı da, yetişkinlerden farklı boyutlarıyla tartışma konusu olmuştur.<sup>24</sup> İnanç özgürlüğü birinci kuşak insan haklarıdır ve insan hakları, sadece insan olma özelliğine bağlı olup, yaşa bağlı değildir.<sup>25</sup> Bu özgürlük aynı zamanda Devlet tarafından garanti edilen anayasal temel haklardır ve klasik temel haklardan olan inanç özgürlüğü devlete (kamusal müdahalelere) karşı korunma ve savunma haklarını içerirler,

1982 Anayasası'nın "din ve vicdan hürriyeti" başlığı altında düzenlenen 24.maddesinin birinci fıkrasında, "Herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip" olduğu temel haklar arasında yer almıştır. Anayasada temel hak ve özgürlükleri kullanabilmek için özel bir erginlik yaşı öngörülmemiştir; dolayısıyla bu anayasal temel hakları bizzat kullanma ehliyeti ise çocukların da sahip olduğu ehliyettir.<sup>26</sup> Yukarıda adı geçen uluslararası yasalar genel olarak

<sup>24</sup> Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Save the Children, 1998, s. 155-156.

<sup>25</sup> İnanç özgürlüğü en geniş biçimiyle; Birleşmiş Milletler tarafından evrensel ölçekte adalet ve özgürlüğün ortak standartları olarak kabul edilen belge olan (1948) BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (m.18) yer almıştır RG. 27 Mayıs 1949 – 7217; sonra sırasıyla (1976) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde (m.18 RG.21.7.2003-25175.(Asıl)); (1976) BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (RG.11.08.2003-25196(Asıl) ; Birleşmiş Milletler Din Veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğü ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri(1981) de yer almıştır. A/RES/36/55,25 November -198125 11 1981 tarihli ve 33/55 sayılı kararı ile BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bildirinin Türkçe metni için bakınız: <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/215-219.pdf> Bildirge yirmi yıllık bir hazırlık sürecine sahiptir ve bu konuda en ayrıntılı hükümleri düzenlemektedir. Bildirinin hazırlık süreci için bakınız, Özenç, s. 22 vd.; (1966)Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını koruma altına almıştır. RG: 19 Mart 1954 - 8662.

<sup>26</sup> Serozan, Rona *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 39-40.; Karşılaştırınız.; bir temel hakkın sahibi olmakla doğrudan kişinin kendisinin kullanıp kullanamayacağı ise farklı konulardır. Medeni Kanun'daki medeni haklara sahip olma ehliyeti ile medeni hakları kullanma (eylem) ehliyetine paralel olarak temel haklara sahip olma ve temel hakları kullanabilme ehliyeti olarak ayrılmasını önermiştir. a.g.m, s.114. Çocuklar için temel hak ehliyetinin doğumla, *YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

inanç özgürlüğünü düzenlerken aynı maddelerde insanın çocukluk dönemine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Ortak özellikleri ana baba perspektifinden çocuğa dini eğitim verilmesinin düzenlenmiş olmasıdır. (EİHB m. 26/III; MSHUS m. 18/4; ESKHUS<sup>27</sup> m. 13./3; Bildiri m.5; AİHS Ek Protokol I m. 2.<sup>28</sup>). Çocuğun inanç özgürlüğünü düzenleyen son belge doğrudan çocukları ilgilendiren 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir (ÇHS).<sup>29</sup> Sözleşmenin 14. maddesinin hazırlanmasında Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki düzenleme temel alınmıştır ve "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlığı altında yer almaktadır.

temel hakları kullanma ehliyetinin rüşt yaşı ile başladığını kabul ederek temel hakların kullanımını çocuklar için sınırlandıran görüş eleştirilmiş ve çocuklar için böyle bir ayırımın yapılmasının anayasal dayanağının olmadığı ileri sürülmüştür.. Temel hakkın kullanımı hukuk düzeni tarafından korunan başka menfaatlerle çatışıyorsa bu çatışma temel hakların genel ilkelere göre sınırlandırılabilmesi çerçevesinde çözümlenmeli (...) Gören, Zafer, "Çocuğun Temel Hakları", **Anayasa Yargısı 15**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No.40, Ankara 1998, s. 111-182 (Yayınlanmış Bildiri), s. 114 den naklen. Gören bu görüşü aşırı görüş olarak nitelendirmektedir. s. 115.

<sup>27</sup> RG.11.08.2003-25196.

<sup>28</sup> Türkiye'nin ihtirazi kaydı şöyledir: "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarihi ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez RG. 22 Mayıs 1997-22996. "Bu çekincenin amacı yalnızca, bazı batılı ülkelerde olduğu gibi, laik eğitim yanında özel kuruluşlarca dinsel eğitime dayalı ikili bir sistemin kurulmasını önlemektir. Münci Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Ankara 1991, s. 137.

<sup>29</sup> RG.11 Aralık 1994 -22138. Türkiye Sözleşme'ye şu çekinceyle kabul etmiştir.; "Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin 17., 29. ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır". İrlanda, Hollanda ve Portekiz Türkiye'nin bu çekincesine itiraz etmiştir; (...) ve Türkiye'nin çekincesine; İrlanda Hükümeti, bu tür -ulusal hukukun genel ilkelerini çağırarak sorumluluklarını sınırlayan-çekincelerin, Sözleşmenin amaç ve hedefleriyle bağlılığı konusunda şüphe yaratılabilir olduğunu düşündüklerini açıklamıştır. Hollanda ve Portekiz (...) Türkiye'nin çekincesine; İrlanda'nın itirazına ek olarak; dahası bu tür çekincelerin uluslararası sözleşmeler hukukunun temelini zarar verdiğini ve taraf olmayı seçtikleri sözleşmelere amaç ve hedefleriyle, tüm tarafların saygı göstermek zorunluluğu devletlerin ortak çıkarına olduğunu beyan etmişlerdir.

Sözleşme bu madde ile çocuğun bağımsız olarak bir dine mensup olma hakkını kabul etmektedir.<sup>30</sup>

Anayasa’da herkes için tanınan “din ve vicdan özgürlüğü”, niteliği gereği yasal temsilci eliyle de kullanılamayacak olan, kişiye bağlı bir haktır.<sup>31</sup> Anayasa m.13’e göre, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlama da Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, bu bağlamda demokratik toplum düzeninin gereklerine ve “ölçülülük ilkesi”ne (keyfiyet yasağına) uygun olmalıdır.<sup>32</sup> Çocuklar ayırimsız olarak anayasal temel haklardan ölçülülük ilkesine uygun özel bir yaş sınırlaması olmadıkça yararlanırlar. Seyahat ve yerleşme özgürlüğü gibi haklar, çocuğun bedensel veya zihinsel yararlanma olanaksızlığı halinde ana babaları tarafından kullanılmaya elverişlidir. Bunun dışında çocuk tarafından bizzat kullanı-

<sup>30</sup> Sözleşme’nin bu hükmüne çeşitli ülkelerde çekince konmuş ve yorum beyanında bulunulmuştur: Afganistan, Bangladeş, Birleşik Arap Emirlikleri, Brunei Sultanlığı, Cezayir, Cibuti Hükümeti, Endonezya, Fas Krallığı, Irak Hükümeti, İran (İslam Cumhuriyeti Hükümeti, Katar, Kiribati Cumhuriyeti, Kuveyt, Malezya Hükümeti, Maldivler Cumhuriyeti, Mısır, Moritanya İslam Cumhuriyeti, Ürdün Haşimi Krallığı, Pakistan, Yemen, Suriye Arap Cumhuriyeti Sözleşme’yi İslam kanunları ve değerleri ışığında yorumlayacakları konusunda çekince koymuştur. Vatikan, Sözleşmeyi, özellikle çocuğun eğitim, din, örgütlenme ve gizlilik haklarıyla ilgili olarak ana babanın birincil ve vazgeçilemez haklarını korumanın bir yolu olarak yorumlamıştır. Belçika’nın maddeyi yorum beyanı; ÇHSnin 14.maddesinin 1. paragrafını MSHSnin 18.maddesi ve AİHS nin 9.maddesindeki ilgili hükümlere uyarınca; çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve inanç ve dinini seçme özgürlüğünü içerdiği biçimde yorumladığını açıklamıştır. Hollanda Krallığı, 14.maddeyi, MSHS nin 18.maddesiyle uyumlu gördüğünü ve bu maddenin çocuk yaşı veya olgunluğu bu seçimi yapabilme yeteneğini verir vermez çocuğun kendi seçimiyle bir din veya inanca sahip olma, kabul etme özgürlüğünü kapsadığı anlayışında olduğunu beyan etmiştir.

(<http://www.bayefsky.com/docs.php/area/reservations/node/2/treaty/crc/opt/0>) (Erişim tarihi; 12 Şubat 2011).

<sup>31</sup> Anayasal hakların çocuklar için kullanılabilmeleri için erginlik ya da fiil ehliyetini şart koşmak, çocuklar için bu hakları fiilen yok saymak anlamına gelir. Serozan, s.40.

<sup>32</sup> “Ölçülülük ilkesi” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; Serozan, s.41; Gözler, s.131 vd.; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 140; s. 92 vd.; Gören, (Anayasa); s. 375 vd.; Gören, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, 3.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1995.



lır.<sup>33</sup> İnanç özgürlüğü ise, düşünce, vicdan özgürlükleri gibi kişiye bağlıdır ve ancak kendileri tarafından kullanılabilirler: Yani başkaları tarafından temsil yoluyla kullanılması niteliği gereği, söz konusu olamaz. Ancak buna rağmen, çocuğun bağımsız bir dini özgürlük hakkına sahip olduğunu kabul etmek tek başına yeterli değildir; çocuk için dini özgürlük hakkının ne anlama geldiği, dahası pratikte bu hakkın nasıl ortaya çıktığını tartışmak gerekmektedir.<sup>34</sup>

Çocuğun toplumsallaşma süreci, önce ailede başlar. Çocuk toplumsal bir varlık halini alırken ilk önce, kendisini aile içerisindeki koşullara uydurur. Bu yüzden çocuk için aile ilk sosyal uyum okulu, toplumsallaştırıcı ilk unsur ve onun temel gereksinimlerine doyum sağlayan ilk topluluktur.<sup>35</sup> Sosyal bilimciler tarafından toplumsallaşma kavramı, çocuklara toplumları tarafından sunulan değer ve davranışları ve bunları nasıl öğrenecekleri ve yetişkin olarak kendilerinden ne beklenileceğinin bir yolu olarak tanımlanır. Bu şekilde ailesindeki değer ve davranışları görerek, duyarak ve öğrenerek kültürel aktarım sağlanmış olmaktadır.<sup>36</sup> Modern toplum öncesi din, çocuğun toplumsallaşmasında en önemli unsurlardan birisiyken, bugün de belli ölçülerde önemini korumakta, hatta modernleşme projelerinin başarısızlığı ölçüsünde giderek önem kazanır görünmektedir. Ancak, bu apaçık gerçeğe karşın ne Türk hukuk doktrininde ne de uluslararası çocuk hakları ve din eğitimi literatüründe çocukların doğdukları ve yetiştikleri aile çevresi ve dini cemaatlerin etkisini inceleyen araştırmaların bu öneme eşdeğer bir düzeyde olduğunu

<sup>33</sup> Serozan, s.43

<sup>34</sup> Langlaude, s.477

<sup>35</sup> Akyüz, Emine, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara 2000 , s.248.

<sup>36</sup> Langlaude, s. 477 vd; Yavuz, Kerim, "Çocukta Dini İnançın Varlığı ve Seçme Problemi", I. *İstanbul Çocuk Kurultayı Bildiriler Kitabı*, Derleyenler: Sevgi Usta/M.Ruhi Şirin, İstanbul Çocukları Vakfı Yayını, İstanbul 2000, s. 349 vd. Yavuz, İnsan çocukken inanmaya çok yatkın olduğundan yerine göre çok erkenden Allah kavramıyla, daha doğrusu kendi toplumunun dinsel yaşamıyla karşılaşacak ve zamanın akışı içinde kendine özgü bir Allah inancı geliştirecektir.

söylemek mümkündür. Bu alanda yapılan görece az sayıdaki karşılaştırmalı çalışmalardan birisi; Hıristiyanlık, İslam, Hinduzim, Sihizm gibi eski dinlerin olduğu kadar, Yahova Şahitleri, Mormonlar ve çeşitli post modern ya da *New Age* dinlerin de, söz konusu değer ve davranışları çocuklara aktarımında dinler arasında pek çok benzerlik olduğunu açık biçimde ortaya koymaktadır.<sup>37</sup> Bu çalışmaya göre, dindarlığın ana bileşenleri; dini inançlardan birine inanıyor olmak, kendi inancına göre davranmak ya da sadece belirli bir dini gelenekten gelen aile içinde doğmuş olmaktır. Bu dini gelenekler arasında birçok ortak unsur vardır. Bir çocuk dini inançları güçlü bir aile içinde büyüdüğünde, ana baba kendi inançlarını doğrudan ya da dolaylı yollarla çocuğa aktarır. Çocuk ailesi içinde yaşayarak ve ana babasını gözlemleyerek bu dini öğrenir; ana babası tarafından dine kabul ritüeli, seramoniler ve festivallere, dini hizmetlerin görüldüğü dini yapılara götürülür; böylece resmi olmayan eğitim aracılığı ile dini inanç çocuğa aktarılır. Genel olarak, belli bir ailede doğmuş olma gerçeği, tek başına belirli bir dini toplumun üyesi olmak için yeterlidir. Bazı çocuklar büyürken, içinde yetiştikleri inançtan uzaklaşır veya içinde yetiştikleri dinin uygulamalarını izlemeyi seçebilirler. Farklı dinlerin bazen farklı, hatta çelişik unsurları vurguladığı da kabul edilmelidir, Buna rağmen, dini topluluklar çocukların dini yaşamlarının önemli bir parçasıdır. Bu nedenle, çocukların aileleri ve dini topluluklarla ilişkisinin çocukların dini eğitimlerinin ve seçimlerinin önemli bir etkeni olarak kabul edilmelidir. Nitekim görece olarak çok az sayıda çocuğun ailelerinden ve içinde

<sup>37</sup> Jackson, R. & Nesbitt, E., **Hindu Children in Britain** (Stoke-on-Trent : Trentham Books, 1993; Levitt, M.A.S., **'Nice When They Are Young': Contemporary Christianity in Families and Schools** (Aldershot: Avebury/Ashgate, 1996); Palmer, S.J. & Hardman, C.E., **Children in New Religions** (New Brunswick: Rutgers University Press , 1999 ); Nesbitt, E., **The Religious Lives of Sikh Children: A Coventry Based Study** (Monograph Series, Community Religions Project, Department of Theology and Religious Studies, University of Leeds, 2000); Østberg, S., **Pakistani Children in Norway: Islamic Nurture in a Secular Context** (Monograph Series, Leeds: University of Leeds, Community Religions Project, 2003) Langlaude, s.477 dn. 9 dan naklen.

buldukları topluluktan ayrı bir dine mensup olduğu bilinmektedir. Dindar çocukların sosyolojik analizinden ortaya çıkan sonuç, çocukların kendilerinin dindar olmadıkları fakat dinsel bir inançla toplumsallaştırılmakta ve yetiştirilmekte olduğudur.<sup>38</sup> Özetle, dini bilgi ve değerlerin aktarılmasında örneğinde olduğu gibi, çocuğun doğduğu çevre onun nasıl toplumsallaşacağına da kural olarak bir göstergesidir. Çocuk yetiştiği çevre içindeki değer, davranış ve düşüncelerle büyümekte, dünya görüşünü ve yaşam anlayışını oluşturmaktadır. Hukuki olarak çocukların dini eğitim hakkının ana babaya bırakılması, aslında bu gerçekliğin kabulü anlamını taşımaktadır. Çocuğun inancının oluşmasında ana babanın ya da daha geniş bir ifade ile içine doğduğu aile ve çevresinin etkisi, inanç özgürlüğü hakkının hukuki çerçevesinin çizilmesinde ve devletin rolünün belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

### 3.1 İnanç Özgürlüğünün Medeni Hukuka Yansımaları

Ana babanın çocukla hukuki bağı, anayasadan kaynaklanmaktadır. “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları”nı düzenleyen 41.maddede aile esas alınmış ve çocuğa da bu birim içinde ana babası tarafından korunma ve bakım temelinde yer verilmiştir<sup>39</sup>. Bu madde aynı zamanda çocuğun ana babası tarafından yetiştirilme, korunma ve bakımının da anayasal dayanağıdır. Ana baba hakkı, çocuğun eğitimi ve yetişmesinde bir dizi karar almasını sağlayan velayet hakkına karşı gelen yetkileri içerir, Ancak bu yetkiler çocuğun herhangi bir yaşa bağlı olmaksızın kullandığı temel haklarıyla zaman zaman çatışabilir. Bu durumda Serozan’ın sorusu yerinde görünmektedir: Anayasa’nın 41. maddesinden türetilen Anayasal ana baba hakkı karşısında çocuğun anayasal temel haklarının du-

<sup>38</sup> Örneğin; Aldridge, A., **Religion in the Contemporary World: A Sociological Introduction** (Cambridge: Polity ,2000). Smith, G., **Children’s Perspectives on Believing and Belonging** (London: National Children’s Bureau for the Joseph Rowntree Foundation , 2005) Langlaude, s.477 dn. 10 dan naklen.

<sup>39</sup> Bu madde başlığı, 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Kanununun 4 üncü maddesi ile değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. RG. 13 Mayıs 2010- 27580.

rumu nedir?<sup>40</sup> Çocuğun anayasal temel hakkı olan inanç özgürlüğünün Medeni Kanun'a yansması çocuğun kişiliğine bağlı, devredilemez değerleri ifade eden kişilik hakkı(MKm.24-25) ile anayasal ana babalık hakkının yansması çocuk üzerinde ana babaya ait bir yüküm-hak olan velayet hakkıdır(MKm.346vd). Çocuğun inanç özgürlüğü hakkı karşısında; ana babanın velayet hakkı ile çocuğun kişilik hakkı karşı karşıya gelmektedir.

### 3.1.1. Çocuğun Maddi, Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı ve Kişilik Hakkı

Çocuğun kişilik hakkının Anayasal dayanağı, "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığı altında yer alan insanın yaşama, maddi manevi varlığını geliştirme temel hakkıdır(AYm.17/I). Madde gerekçesinde bu hakkın amacının; yaşama maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkının korunması olduğu ifade edilmektedir.<sup>41</sup> Kişinin yaşama hakkı, maddi manevi varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez, vazgeçilemez temel haklardandır. Bir Anayasa Mahkemesi Kararı'nda yer aldığı gibi (...) Gücsüzleri, güçlülere karşı koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece gerçek hukuk devletine ulaşacaktır.<sup>42</sup> Devletin kişi haklarına ilişkin bu ödevi, diğer özgürlüklerin, gerçekleştirilebilmesi ve kullanılabilmesinin de dayanağıdır ve aynı zamanda, insanın bedensel, ruhsal, zihinsel ve toplumsal gelişim dönemi olan çocukluğunda birinci değerde öneme sahiptir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi ışığında bütün anayasal hak ve özgürlükler salt devlete karşı dikey planda etkili haklar sayılmakla kalmayarak aynı zamanda yatay bir etki saçarak özel hukuk ilişki-

<sup>40</sup> Serozan, s. 35.

<sup>41</sup> Akad, Mehmet / Dinçkol,Abdullah, 1982 Anayasası Madde Gereçeli ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s.89 vd.

<sup>42</sup> E.1990/27, K.: 1991/2, T: 17/171991 Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 27, C:1, s. 137-138, Akad/Dinçkol, s. 93.

ler alanında da doğrudan geçerli olabilecektir. Yani kişilik hakları anayasa ile özel hukukun başlıca kesişme alanıdır.<sup>43</sup> Çocuğun inanç özgürlüğü de, insanın bedensel, ruhsal ve düşünsel varlıklarının bütününe kapsayan kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerindedir.<sup>44</sup> Kişilik hakkı, kişinin kişi olması sebebiyle sahip bulunduğu ve kişiliğine ayrılmaz biçimde bağlı haktır. Bu sebeple, ilke olarak devredilemez, mirasçılara geçmez, kişinin ölümüyle son bulur. Öte yandan kişilik hakkı, kişiye bağlı hak niteliğinde olduğundan, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yasal temsilcinin katılımı olmaksızın kullanılabilir. Kişi, kişilik hakkıyla bölünemez ve dokunulamaz bir varlık olarak onuru ve özgürlüğüyle hukuk düzenine dahil olmaktadır.<sup>45</sup> Medeni Kanun'a göre kişilik kavramının iki işlevi vardır. Birinci işlevi; kişilik değeri kapsamındaki hak ve özgürlükleri yasaya aykırı sınırlandırılmalarına karşı korurken(MKm.23) ikincisi; kişilik değerlerinin üçüncü kişilere karşı korunmasını sağlamaktır (MK m. 24).

Ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide her iki taraf da eşit hak süjesi olarak yer alır; diğer bir ifadeyle, çocuğun kişilik hakkı, baş-

<sup>43</sup> Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 9.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s.132-133; Helvacı, Serap **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınevi, İstanbul 2001,s. 29; Hafizoğulları,Zeki, "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı ve Kişilik Hakkının Korunması", **AÜHFED**, 1997, C: 46, S. 14, s. 4; Helvacı, Serap, **Kişilik İşlemi Hakları**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İÜ.Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1993. Ayrıca bakınız: Gören, Zafer, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi" **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001, Ankara 2001, s.3-33

<sup>44</sup> Kişilik hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 133 vd; Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt:II, Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 93 vd.; Hatemi, Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 87 vd.; Arpacı, Abdülkadir, **Kişiler Hukuku(Gerçek Kişiler)** Beta Basım Yayım, İstanbul 2000.

<sup>45</sup> Andreas Meili, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht** (Hrsg., Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1-456, 2. Auflage, Basel 2002, Art.28 N 5; İmamoğlu, Hülya "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt : 54, Sayı: 2, Ankara, 2005, s. 184 den naklen.

langıçtan itibaren ana babanın kişilik hakkı ile eşdeğerdedir.<sup>46</sup> Ancak çocuğun korunmaya muhtaç ve özel haklarla güçlendirilmesi gereken bir varlık olduğu bilincinin gelişmesiyle birlikte, çocukla ilgili her alanda ve özellikle velayet ilişkisinde çocuğun yararının gözetilmesi temel düşünce olmuştur.<sup>47</sup> Öte yandan çocuğun kişiliğine verilen önemin artması ve çocuğun kişiliğinin daha güçlü korunması ihtiyacı sonucunda çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi gereği, velayeti yönlendiren ve ana babanın çocukla ilgili karar verme yetkisini sınırlayan bağımsız bir ilke haline gelmiştir.<sup>48</sup> Bu anlamıyla kişilik hakkı çocuğun özerkliği(bağımsızlığı) teorileriyle ilişkilidir. Özerklik konusunu da kişilik hakkının varlığıyla ilgili anahtar kavram olarak düşünmek gerekir. Çocukların genel olarak düşünüldüğünden daha fazla özerk davranabilme yeteneği olduğundan; çocukların kapasiteleri hakkında gerçekçi olmayan görüşleri eleştiren ve ana babanın müdahalesinin gerekli olduğunu ve bu nedenle yetişkinlik ve çocukluk arasındaki sınırların tekrar belirlenmesi gereğini ileri süren bir dizi teori vardır.<sup>49</sup>

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında, çocuğun inanç özgürlüğü hakkını kullanmasında ana baba veya vasinin rolünü, "çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde kullanması ve çocuğa yol gösterme'yle sınırlamıştır. Bu fıkra Sözleşme'nin ana babanın yönlendiriciliğini düzenleyen 5. maddesinden alınarak- ana babanın velayetten doğan hakları ile çocuğun hakları arasında bir denge kurma isteği ile- eklenmiştir. Böylece Sözleşme ile odağın çocuğun özerkliği üzerine olması ge-

<sup>46</sup> İmamoğlu, s. 192 dipnot 72'de sayılan yazarlar (Hegnauer, aArt.273 N 6; Brauchli, s. 136; Tschümperlin, s.40vd.); Öztan, Bilge, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara 2004, s.629-630.

<sup>47</sup> İmamoğlu, s.192 (dn. 70) den naklen.

<sup>48</sup> İmamoğlu s.192 den naklen

<sup>49</sup> Bakınız; Langlaude, s. 479; Yine bakınız; Campbell, T.D., "The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult", in P. Alston, S. Parker, & J. Seymour, (eds.), **Children, Rights, and the Law** (Oxford : Clarendon Press, 1992. 1992; Schapir, T., "Childhood and Personhood", Arizona Law Review 2003 (45), 575 - 594. 2003: 576.) Langlaude, s. 479 dipnot, 15, 16, 17 den dan naklen

reğini açık olarak ortaya konmuştur.<sup>50</sup> Bu anlayış çocukluk teorileri içinde yer alan, çocukların kişisel özerkliklerini ana babalarına karşı arttırmayı amaçlayan, çocukların reşit olmadan önce ana babaları karşısında daha fazla bağımsızlığa sahip olmaları gerektiğini ileri süren “ana babalara karşı haklar” kategorisiyle örtüşmektedir.<sup>51-52</sup>

### 3.1.2. Velayet Hakkı ve Vesayet Hukuku Açısından Çocuğun Dini Eğitimi

Bu çerçevede velayet hakkı ise; özünde ve daha baştan çocuğun özerk ve onurlu kişiliğiyle, onun üstün yararıyla ve devletin gözetim yetkisiyle sınırlıdır ve son amacı da çocuk olgunlaştıkça kendini gereksiz hale getirmek ve ortadan kaldırmaktır.<sup>53</sup> Velayet hakkına bağlanan zorunlu bir sonuç ana babanın çocuğun bakım ve

<sup>50</sup> Sözleşmenin hazırlık çalışmalarından anlaşılan 14(2)nin, ana baba haklarına ciddi bir sınırlamayla hazırlandığıdır. Komiteye göre 5.madde sadece ana babanın bakış açısından uygulanmamalı, ana babaya çok fazla vurgu yapmak çocuğun yararına aykırı olabilir, ayrıca çocuklar kendi haklarını kullanmaya tam yetkili özerk bireyler olarak kabul edilmeliler. Komite çocuğun gelişen kapasitelerine saygıyı da oldukça dar yorumlamıştır. Yönlendirme ve rehberlik genç insanların haklarını kullanmaları için kapasitelerini arttırmalı ve yön vermek ana babanın çocuklarına bir din ve ahlaki eğitim sağlamakla eşdeğer değildir. İnanç özgürlüğü, çocuğun gelişimine bağlı sorumluluğu olmalı, ana baba otoritesine bağlanmamalıdır. S. Langlaude, s.482.

<sup>51</sup> Franklin, Bob, **Çocuk Hakları**, Derleyen: Bob Franklin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993,, s.32; Çocuk hakları başlığı altında yeni bir sınıflama olarak refah hakları, koruyucu hakları, yetişkin hakları ve ana babalara karşı haklar olarak dört ayrı hak kategorisi Freeman tarafından ortaya konmuştur. The Rights and Wrongs of Children, s.40-52, Franklin, s. 30 dn. 84 den naklen.

<sup>52</sup> Ancak ana babalara karşı hakların iki sınırından da söz edilmektedir. Bu tür haklar her zaman karar alma iktidarının basitçe ana babalardan çocuklara devredilmesini ifade etmez. Çocuklar seçimlerinin kabulü için mahkemeye başvurmak zorunda kalabilirler. İkinci olarak hepsi bir aile olduğu için ana babanınki gibi çocuğun da özerkliği sınırlıdır. Topluluk yaşamı her zaman isteklerimizi yapamayacağımızı ya da çatışan istek ve niyetlerin sonucu olarak ortaya çıkan her tartışmayı kazanamayacağımızı gösterir; bir topluluk ve işbirliği yaşamı uzlaşmayı herkes için bir zorunluluk haline getirebilir. Franklin, age., s. 32-33

<sup>53</sup> Serozan, s. 44.; İmamoğlu, s.191 den naklen (Hegnauer, N 25.02, N 25.03; Tschümperlin, s.49)

eğitiminden sorumlu olmasıdır. Eğitimin en genel anlamda amacı, çocuğun bedensel, zihinsel ve ruhsal bakımdan sağlıklı ve dengeli biçimde gelişmesine dolayısıyla güvenliğinin gerçekleştirilmesine özen göstermektir (MK.m340). Eğitimin kapsamına genel ve mesleki eğitimi yanında çocuğun ruh sağlığının önemli bir parçası olarak görülen ‘dini eğitimi’ de girmektedir.<sup>54</sup> Çocuğun dini eğitiminde yönlendirici olma hakkı velayet hakkına bağlı bir sonuç olarak ana ve babaya ait kılınmıştır(MK.m.341/I). Çocuğa dini eğitim verilip verilmeyeceği; verilecekse dini eğitiminin hangi dine/inanca göre verileceğinin belirlenmesi ve bu seçilen dine/inanca uygun eğitim verilmesi unsurlarını içermektedir. Çocuğun dini eğitimi belirleme /yönlendirme hakkı velayet hakkına sahip olan ana babaya aittir ve çocuğa verilecek dini eğitimi ve nasıl verileceğini belirleme unsurlarını içerir (MKm.341/I).

MK.335 ve 336.madde hükümleri gereği, velayet evlilik süresi boyunca ana baba tarafından birlikte/ortaklaşa kullanılır. İsviçre Medeni Kanununun kabul ettiği sistem ise, ana ve babanın bu konudaki özgürlüklerini sınırlayacak her türlü sözleşmenin geçersiz olduğudur.<sup>55</sup> Aynı şekilde Türk Hukukunda da aynı esas benimsenmiştir(AYm.24 ve MK.m.341/f.2) Çocuğa nasıl bir anlayış verileceğini belirleme konusunda aralarında anlaşmaları gerekecektir.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> İnanmak, Ruhsal Bütünlüğün Korunması Hakkı çerçevesinde, ruh sağlığının koşuludur. Tredemann, Paul “Uluslararası İnsan Hakları Bakış Açılımlarına Göre İnsan Onuru ve İnsan Hakları İlişkisi”, Çeviren:Yener Ünver, **Güncel Hukuki Aylık Hukuk Dergisi**, Kasım 2010 ,11-83, s.49.

<sup>55</sup> Ana babanın dinlerinin farklı olması durumunda daha fazla önem kazanan ve çocuğun dini eğitimi için, eşlerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler tarafları bağlamamakla birlikte, uyulmaması MK.m.117’ye göre evliliğin iptaline ya da MK 134.1. gereğince boşanmaya sebep olabilir. EGGER, age.Art 277, N.3;s.94; Hegnauer age Art 277,N.24; Özlü, Hakkı, **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması**, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s.37, dn.120den naklen

<sup>56</sup> Eskiden Kilise Hukukuna göre, Hıristiyan bir baba ile Hıristiyan olmayan bir anadan doğan veya Hıristiyan olmayan bir babadan ve Hıristiyan bir anadan doğan çocukların eğitilecekleri dini terbiye ana-babalarının aralarında yapacakları sözleşmeye göre belirleniyordu ve çok defa kız çocuk anaya erkek çocuk babaya tabii oluyordu. Bu gelenek biçiminde yerleşmiştir. İslam Hukuku böyle bir sözleşme anlayışı kabul edilmemiştir. İslam Hukukunda doğan bütün çocuklar *YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*



Uluslararası hukukta eşler çocuğun yetiştirilmesinde dinsel konularda da eşit hak ve sorumluluğa sahiptir. Eşlerin anlaşamaması halinde ise herhangi bir yönlendirmeye yer vermemiştir.<sup>57</sup> Türk Medeni Kanunu'un genel nitelikteki 195. maddesine göre, eşlerin anlaşamamaları halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir (MK.m.195/II). Çocukla ana babanın menfaatinin çatışması nedeni ile çocuğun dava sırasında kayyım ile temsili söz konusu olacaktır (MKm.426.2).

Çocuk, ana ve babadan sadece birinin velâyeti altında bulunuyorsa çocuğun dini eğitimi belirleme hakkı velâyet hakkına sahip olan tarafa ait olacaktır.<sup>58</sup> Bu durumda diğer tarafın müdahale hakkı olup olmadığı konusunda ağırlıklı görüş velayete sahip olmayan tarafın hakkı olmadığı yönündedir.<sup>59</sup> Yargıtay, 1978 yılında verdiği bir kararında bu görüşü destekler görünmektedir: söz konusu karara göre, velayet hangi tarafa verilmişse çocuğun dini eğitimi de ona aittir. Yargıtay ayrıca velayet hakkına sahip olan ebeveynin kendi dinini telkin etmesini ve çocuğa o yolda terbiye vermesinin, velayetin kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacağına" karar vermiştir.<sup>60</sup> Ancak bu konuda farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Örneğin Çetiner'e göre, burada ölçü çocuğun sağlığı olmasıdır; çocuğun ruhi, bedeni ve fikri sağlığını etkilemediği sürece

---

Müslüman kabul edilmiştir. Baktır Çetiner, Selma, *Velayet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 57.

<sup>57</sup> Van Bueren, s.156, dn.45den naklen.

<sup>58</sup> Akyüz, Emine, "Velayet ve Çocuğun Korunması", *Prof.Dr.Alin Naim İnan'a Armağan*, Şeçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 126

<sup>59</sup> Akıntürk, (Aile), s. 407. Bu görüşü destekleyen İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre; velayet kendisinde olan eşin ölümünden sonra sezgin çocuk hayatta olan ana veya babasına verilirken bu ana babanın farklı dinde olup olmadığı ve çocuğa baskı yapma ihtimalinin bulunup bulunmadığına dikkat edilmesi gerektiği, eğer farklı dinde ve baskı bir ebeveyn ise çocuğun velayetinin verilmemesi gerektiği yolundadır. Hegnauer, s.326; Baktır Çetiner, s. 67, dn. 67 den naklen.

<sup>60</sup> Y. 2. HD. 27.12.1978, 8661/9031 *Ankara Barosu Dergisi*, 1979, sayı: 12, s. 180.

ona her iki dinin de öğretilmesinde bir sakınca yoktur.<sup>61</sup> Çocuğun yararına kabul edilen çocuğun yaşamında dinsel, dilsel ve kültürel sürekliliğin sağlanmasına olabildiğince dikkat edilmesidir (ÇHSm.20/3).<sup>62</sup> Boşanmış eşlerin farklı dinlerde olmaları halinde çocuğun velayetinin bir tarafa verilmesine ilişkin kararlarında çocuğun hali hazırdaki dininin göz önünde bulundurulması bu sürekliliğin sağlanmasının bir yoludur. Evlilik birliğinin sona ermesinde de, özellikle ana ve babanın farklı dinlerden olması hali ise, yeni Medeni Kanun'a göre evliliği sona erdiren nedenler, velayetin kime bırakılacağına karar verilmesi, kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun yararı ve görüşünün dikkate alınması zorunluluğu nedeniyle değerlendirilmiş olması gerekmektedir. (ÇHSm.3, m. 12; MK.m. 339/1)<sup>63</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ana ve babanın çocuklarını kendi dini ve felsefi inançlarına göre yönlendirme hakkına

<sup>61</sup> Çetiner'in sorduğu önemli sorular bulunmaktadır. Buna göre, velayet kendisinde olmayan taraf kişisel ilişkisi sırasında kendi dinini öğretemeyecek midir? Mahkeme kişisel ilişkileri düzenlerken, tarafların dini bayramlarını göz önüne almayacak mıdır? Ölçü çocuğun sağlığı olmalıdır. çocuğun ruhi, bedeni ve fikri sağlığını etkilemediği sürece ona her iki dinin de öğretilmesinde bir sakınca yoktur. Aksi takdirde bir evlilik birliğinin sona ermesinde iki çocuktan birinin anaya birinin babaya verilmesi halinde kardeşler de farklı dinlerden olacaktır. Baktır Çetiner, age., s. 66. İngiliz Mahkemeleri farklı dinlerden ana babaların her ikisinin dininin de çocuğa öğretilebileceğini belirtmişlerdir. Black-Bridge, s. 299 Baktır Çetiner s. 66 dn. 185'den naklen. İngiliz Çocuk Kanunu'na göre; çocuğun isteği belirlenirken, çocuğun ana babasının istismarından ve baskısından korumak amacıyla ,çocuğun isteği uzmanlar tarafından hazırlanan raporla tespit edilmektedir. Çetiner, s.66.

<sup>62</sup> Çetiner, s.67

<sup>63</sup> RG. 1 Şubat 2001 - 24305: Avrupa Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Sözleşme (2000), Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuğun görüşünün alınmasına dair ilkesini düzenleyen 12.maddesinin uygulanmasını esas alınmak üzere hazırlanmıştır. Türkiye, Sözleşmeyi, boşanma davaları, ayrılık davaları. çocukların velayetine ilişkin davalar,ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin hukuk davalarında uygulayacağını beyan etmiştir. Bu konuda bakınız: Aytaç, Mehlika, "Çocuğun Yargısal Süreçte Görüşlerini İfade Etme ve Katılım Hakkı Yönünden Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi", *Adalet Dergisi*, 11.Sayı, Adalet Bakanlığı Yayını, Nisan 2002, s. 14vd.

eğitim hakkı çerçevesinde yer vermiştir. Bu hakkın dayanağı da, özellikle *Valsamis* adıyla anılan kararında vurgulandığı gibi; “ana babaların çocuklarını her zaman aydınlatabilme, öğütler verebilme, eğitici olarak çocukları üzerinde doğal ana babalık fonksiyonlarını uygulayabilir ve onları kendi dini ve felsefi kanaatleri doğrultusunda yönlendirebilme hakkıdır<sup>64</sup>. Kişisel ilişkinin düzenlenmesiyle ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yansıyan Hoffmann ve Manoussakis davaları önemlidir: Hoffmann davasında, Yehova Şahidi olan başvuru, boşanma sonucu mahkeme kararıyla çocuğun velayetine sahip olmuştur. Yerel Mahkeme uzman psikologların velayetin annede kalması yönündeki görüşlerini ele almıştır. Babanın bu karara karşı itirazı, çocukların Yehova Şahitliği inancına bağlı olarak yetiştirilmelerinin, bu inancın bazı özellikleri gereği, onların toplumsal yaşama katılmalarında sorunlar çıkaracağı savına odaklanmıştır. Yerel mahkeme bu görüşü kabul etmemiş, Yehova Şahitliği’nin Avusturya’da yasaklanmamış bir din olduğunun altını çizerek, başvuruçunun bu dine bağlı olmasının velayet konusunda bir tercih nedeni olamayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, alt derece mahkemelerinin çocukların gelecekleri ve refahı üzerinde yeterince durmadıklarını vurgulayarak babanın savları doğrultusunda karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkemece, başvuruçunun üyesi olduğu “din” esas alınarak karar verilmiştir. AİHM bu durumun ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu belirterek Sözleşme’nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>65</sup> Yakın tarihli bir başka kararında AİHM, Yehova Şahitliği’nin baskıcı, yasaklayıcı olduğu savıyla bu dini üyesi olan anneye velayetin verilmemesini, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14.maddeyle bağlantılı olarak, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8.maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Yerel mahkemenin kararında Yehova Şahitliği’ne ilişkin çok genel birkaç ifadeye yer verdiğini ve bunlara dayanarak kararını oluşturduğunu, başvuruçunun istemine karşın söz konusu dini çocukların gelişimi ve yetiştirilmesi üzerindeki olumsuz etkisini araştırarak bir bilirkişi raporu hazırlanmadığını

<sup>64</sup> *Valsamis v. Greece*, 74/1995/580/666, 18 Aralık 1996.

<sup>65</sup> *Hoffmann v. Avusturya*, 23 Haziran 1993, 12875/87, S 10-36.

saptayan AİHM varsayımlara dayanarak yapılan gerekçelendirmeyi yetersiz bulmuştur.<sup>66</sup>

Üzerinde pek durulmayan bir konu da, vesayet altındaki çocuklar açısından dini eğitimidir. Türk Medeni Kanunu'nun 445. maddesi uyarınca, vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki küçüğün "bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür" ve bu konuda ana ve babanın yetkilerine sahiptir (MKm.445). Bu hükme göre çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı vasinindir. Ancak bu hüküm tartışmaya açıktır ve açılmalıdır. Çocuğun yararına aykırı olmadıkça ana babası ile kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı vesayet altına alınan çocuk için de geçerli olacaktır. Bu ilke ve çocuğun ana babasının yanına veya yetiştiği çevreye dönme ihtimali olan yerleştirmelerde çocuğun yetişmesindeki değerlerin sürekliliği esası dikkate alınmalıdır.<sup>67</sup> Aynı zamanda vasinin belirlenmesinde de bu ilke dikkate alınmalıdır (yerleştirmelerde süreklilik esası ÇHSm.20/III). 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasal ilke halini alan "yararına aykırı olmadıkça ana babası ile kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı"nın (AY m.41/III) bu açıdan da dikkate alınması gerekir.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Manoussakis v. Yunanistan, 26 Eylül 1996, 18748/91, S 40-44.

<sup>67</sup> Her ne kadar çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı velayet hakkına bağlı ise de, doktrinde bir görüş velayet hakkı elinden alınmış ana babanın da, eğer çocuğun menfaati gerektiriyorsa, bu hakka sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle çocuğun İMK m.310 gereğince koruyucu aile yanına verilmesi halinde dahi, 16 yaşından küçük çocuğun dini eğitimini velisinin vereceğini ve koruyucu ailenin de, velinin talimatları doğrultusunda bu eğitimi vermeye devam edeceklerini ifade eder. Hegnauer-BK Art 277 N.10; Elçin Grassinger, Gülçin Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.36 dn.103 den naklen.; Koruyucu aileye yerleştirilen çocukların dini eğitimi konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız; Özdemir Uluç, Fatma, **Psiko Sosyal ve Hukuksal Açından Koruyucu Aile Bakımı**, Atila Kitabevi, Ankara 1997, s.111; Usta Sayita, Sevgi, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 84.

<sup>68</sup> RG. 13 Mayıs 2010-27580.

Her durumda çocuğa dini eğitim verilmesine ilişkin olarak ana babanın çocuğun dini eğitimini belirleme kararı ve bu kararın uygulanmasının sınırını velayet hakkının amacı belirler. Ana babanın karar ve uygulamalarının çocuğun yararına olmadığı hallerde, çocuğun kişilik hakkının ihlal edilmesi söz konusu olur ve koşulları varsa velayet hakkının kaldırılması da mümkündür (MK m. 348 vd).<sup>69</sup>

**3.1.4. Çocuğun Dini Eğitiminin Belirlenmesi, Verilmesi ve Üçüncü Kişilerin Dini Eğitim Vermesinde Tek Örnek Olarak Kur'an Kursları Örneği;** Medeni Kanun'da çocuğun dini eğitiminin amacı ve kapsamı maddede yer almamıştır. Çocuğun dini eğitiminin amacı ve sınırının, çocuğun gelişmekte olan bağımsız kişiliği ile velayet hak ve görevinin amaç ve kapsamıyla ilişkili olduğu kabul edilmelidir. Doktrinde ana ve babanın bu maddenin uygulanışıyla ilgili olarak çocuklarını dini eğitimden uzak bir şekilde, yani herhangi bir dini inanç eğitimi vermeksizin yetiştirme hakkına sahip olup olmadıkları tartışılmıştır. Ağırlıklı olan görüşe göre, dini eğitimle ilgili madde hükmünün mutlaka çocuğa bir dini eğitim verilmesini ifade etmemektedir, ana baba çocuğa dini eğitim verip vermemekte serbesttir.<sup>70</sup> Farklı bir yaklaşıma göre ise; ana ve babanın çocuğu dini eğitim vermeksizin yetiştirme hakkı olmadığı, çocuğa dini bir eğitim verme zorunluluğu olduğu yönündedir.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Bu konuda bakınız; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 330.

<sup>70</sup> Elçin Grassinger, s. 37; Elçin Grassinger, ana babanın çocuğa mutlaka bir dini eğitim vermesi biçiminde anlaşılmasının laik sisteme, Anayasanın 58. maddesine, ÇHS nin 14. maddesindeki din özgürlüğüne ve AİHSnin 9. maddede hükümleri ile çatışacağını ifade etmiştir. ;Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper, **Türk Özel Hukuku**, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.330; Akyüz, (Velâyet), s. 126; Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, **Aile Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 279; **Turhan**, Nedim; Ana-Babamın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana-Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2001, C. 27, S. 3, s. 346.; Çelik, Cemil, "Velayetin Kaldırılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 54 Sa. 1, s. 264-265.

<sup>71</sup> Bu görüş için, Akıntürk, Turgut, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, Cilt:2, 10. Bası, İstanbul 2006, s. 426, s. 426; Berki, Şakir, **Velayetin Küçüğün Şahsı**

Ana baba belirledikleri dini eğitimin verilmesi konusunda, üçüncü kişilerle anlaşabilirler, sözleşme de yapabilirler. Bu durum hakkın kötüye kullanılması sayılmayacaktır. Eğitimi verecek kişi ana babanın verdiği yetkinin dışına çıkamaz. Çocuğun dini eğitim hak ve görevi, düşünce ve inanç özgürlüğü ile ilgili olduğundan ana baba sözleşmeden her zaman dönebilirler; kararlarında serbestlik vardır.<sup>72</sup>

Bu hakkın dayanağı Anayasa'nın 24.maddesinin 3.fikrasında düzenlenen; zorunlu din dersi dışında çocukların yasal temsilcisinin talebine bağlı olan isteğe bağlı dini eğitimidir. İsteğe bağlı dini eğitim ve öğretimin içeriği konusunda ve eğitimin verileceği kurum ve kuruluşlarla ilgili bir kısıtlama yoktur, Bu eğitim özel okul ve kurslarda verilebilir.<sup>73</sup> Ancak devletin denetim ve gözetiminde yapılma zorunlulukları vardır. Anayasaya göre; yasal temsilciler, çocuğun dini eğitimini kendileri verebilecekleri gibi, devlet denetim ve gözetimindeki kurs ve okullar aracılığı ile de verebilirler.

Bu uygulamaya ilişkin - İmam Hatip Liseleri dışındaki- tek örnek Kur'an kurslarıdır. 22/06/1965 tarih ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a gö-

---

ve Malları Bakımından Şümulü, Ankara 1970, s. 228; Bir başka görüş: Anayasanın din ve vicdan hürriyeti başlığı altındaki 24. maddesinde; din ve ahlâk eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı belirtildikten sonra, bunun dışındaki eğitim ve öğretimin kişilerin isteğine, küçüklerin de yasal temsilcisinin talebine bağlı olacağı belirtilmektedir. Ancak yasal temsilciye dini eğitim vermesi zorunluluğu getirilmemiştir. Aynı şekilde gerek Eski Medeni Kanunda gerek Yeni Medeni Kanunda dini eğitim verme zorunluluğunu içeren bir hüküm yer almamaktadır. Medeni Kanun'da çocuğun dini eğitimini belirleme hakkının ana ve babaya ait olduğu açıklanmaktadır. Bununla beraber dini eğitimin verilmemesinin çocuğun ruhsal gelişimi üzerinde menfi olarak etkili olması halinde, çocuğun korunması açısından hâkim, Yeni Medeni Kanunun 346. maddesi gereğince ana babayı uyarabileceği gibi, öğüt de verebilecektir. Burada artık din ve vicdan özgürlüğü değil, çocuğun sağlıklı gelişimi ön plana çıkmaktadır. Çelik, s.264-265

<sup>72</sup> EGGER, age Art 277, N.2, s. 93, Özlü's. 37 den naklen

<sup>73</sup> Gözler,Kemal, "1982 Anayasasına Göre Din Eğitimi ve Öğretimi", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.317-334. ([www.anayasa.gen.tr/din-egitimi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/din-egitimi.htm), Konuluş Tarihi: 13.11.2010).

re,<sup>74</sup> ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri dışında, Kur'an-ı Kerim ve mealini öğrenmek, hafızlık yapmak ve dini bilgiler almak isteyenlerden ilköğretimi bitirenler için, Diyanet İşleri Başkanlığınca Kur'an kursları açılır. Bu kurslar Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde olacaktır, Bu hükümlerle İslam dini alanında isteğe bağlı eğitim imkanı tanınmış ve düzenlemiştir. Diyanet İşleri Başkanlığı, Kur'an Kursları ile Öğrenci Yurt ve Pansiyonları Yönetmeliği' ile diğer hususlar düzenlenmiştir.<sup>75</sup> Yönetmeliğe göre, iki ay ve haftada beş günü aşmayacak yaz Kur'an kursları, kurs bulunmayan ya da ihtiyaca cevap vermeyen yerlerde camilerde kur'an kurslarının açılabilir (m.32,33). Kur'an kurslarına katılan öğrenciler için yatılı yurt ve pansiyonlar da açılabilir ve yurt ve pansiyon yönetimi ise çocukla ilgili kararlarda etkili durumda görünmektedir. Evcil çıkma ve izni düzenleyen 42.maddeye göre, öğrenciler velilerinin yazılı isteği üzerine, kursa dönüşlerinde evde kaldıklarına dair imzalı bir belgeyi yurt veya pansiyon yönetimine vermeleri şartıyla cumartesi, pazar veya resmi tatil günlerinde, yurt veya pansiyonun bulunduğu yerdeki akrabasının yanına evcil çıkabilirler. Öğrenciler, velilerinin yazılı izni olmaksızın geceyi hiçbir şekilde yurt veya pansiyon dışında geçiremezler. Aksine hareket edenlerin, velilerine en kısa zamanda haber verilmek suretiyle yurt veya pansiyonla ilişkileri kesilebilir. Sosyal, kültürel ve sportif faaliyetler için öğrencilere yurt veya pansiyon görevlisinin gözetiminde izin verilebilir (ayrıca, m.40/h.). Yönetmelikte dikkati çeken bir diğer düzenleme, yurt veya pansiyonlara öncelikli olarak öğrenci olarak kabul edilecek çocuklara ilişkindir (m.38). Öncelik sırasına göre; öksüz ve yetim olanlar, fakir olanlar, anne ve babaları yurt dışında olanlar, mahrumiyet bölgesinde olup devam edeceği türde Kur'an kursu bulunmayan yerlerden gelenler, mahrumiyet bölgesi dışında olup devam edeceği türde Kur'an kursu bulunmayan yerlerden gelenler. Bu çocuklar, velayet altında olmayan ya da ana baba gözetim ve denetiminde olmayan çocuklarla, sosyo ekonomik olarak

<sup>74</sup> RG. 02/07/1965- 12038

<sup>75</sup> RG. 03/03/2000- 23982.

güç durumdaki ailelerin çocuklarıdır ve yatılı Kur'an kurslarında öncelik, sosyo ekonomik ve psikolojik olarak desteğe ihtiyacı olan çocuk ve/ya ailelere yöneliktir. Bu durumdaki çocukların korunması ve temsiline ilişkin görev Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na aittir. Aynı zamanda, Çocuk Esirgeme Kurumu ve/ya aile veya çocuk mahkemelerinin gözetimi altında olması gereken çocuklardır (AYm.61; ÇHS m.20, MKm.346 vd., SHÇEKK<sup>76</sup>, Çocuk Koruma Kanunu<sup>77</sup>, Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun<sup>78</sup>).

Kur'an kurslarında dini eğitimi düzenleyen bu maddenin, "temel eğitim yıllarında laik eğitimi kesintisiz olarak ve bir bütünlük içerisinde tamamlamamış çocuklara dinsel eğitim verilmesinin öngörüldüğü, bu nedenlerle düzenlemenin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 42., 138. ve 174.maddelerine aykırı olduğu" iddiası ile Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>79</sup>. Mahkeme'nin başvuru çoğunlukla red kararında dayandığı esas; ülkemizde eğitim ve öğretim birliği esasının geçerli olduğu, Anayasa'nın 42. maddesi genel olarak eğitim ve öğrenim hakkını düzenlerken, 24. maddesi din ve ahlak eğitim ve öğretimini düzenleyen madde hükümlerine ilişkin yorumudur. "(...) Anayasa'nın 24. maddesinin gerekçesinde ve Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1998 günlü, K:1998/52 sayılı kararında da belirtildiği gibi, din eğitim ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasının öngörülmesi ile eğitim ve öğretim özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesinin amaçlandığı

<sup>76</sup> RG. 27/5/1983 - 18059.

<sup>77</sup> RG.15/07/2005 -25876 .

<sup>78</sup> RG.18/01/2003- 24997.

<sup>79</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından Ek Madde 3'ün birinci fıkrasının üçüncü tuncesindeki, "ilköğretimin 5. sınıfını bitirenler için tatillerde ve Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde yaz Kur'an kursları açılır" ibaresini ile "Kur'an kurslarının açılış, eğitim öğretim ve denetimleri ile bu kurslarda okuyan öğrencilerin barındığı yurt veya pansiyonların açılış ve çalışmalarına dair hususların yönetmelikle düzenleneceği" öngören hükmün, Anayasa'nın başlangıç ile 2., 42., 138 ve 174. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu iddiayı oyçokluğu ile reddetmiştir. 8.10.2009 Karar günlü 2005/16 Karar ve 2009/139 sayılı kararı RG.19.03.2010-27526.



anlaşılmaktadır. (...) Dinler hakkında yansız ve tanıtıcı bilgiler vermek ve ahlaki değerleri benimsetmek amacıyla din kültürü ve ahlak öğretimi dersleri ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına alınmış, bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi ise, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de yasal temsilcilerinin iznine bağlı tutulmuştur. (...) Başbakanlığa bağlı Anayasal bir kuruluş olan ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde faaliyet gösterecek yaz Kur'an Kurslarını açacak olan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen "İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek" görevleri yerine getireceği belirtilmiştir. (...) "Din eğitiminde büyüklerden farklı olarak küçüklerin gelişim psikolojileri büyük önem taşır. Dini kavramların bazılarının soyut olması, küçüklerin din eğitiminde zihinsel gelişim basamaklarının dikkate alınmasını zorunlu kılar. İtiraz konusu kural, küçüklerin zihinsel gelişim basamaklarına uygun olarak somut kavramlar döneminden çıkararak soyut kavramları da anlama olgunluğuna eriştiği düşünülen beşinci sınıflı bitirenler için, zorunlu temel eğitimlerini de aksatmayacak şekilde sadece okulların yaz tatilinde Milli Eğitim Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde yaz Kur'an kurslarının açılmasını öngörmektedir. Buna göre, Kur'an kurslarının, sekiz yıllık zorunlu ve kesintisiz laik eğitim ve öğretim faaliyetini engellemesinin sözkonusu olmadığı açıktır.<sup>80</sup>"

<sup>80</sup> Anayasa'nın Başlangıç'ında lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu, 24. maddesinde herkesin din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğu, 42. maddesinde eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, 138. maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin Mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organların ve idarenin Mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve yerine getirilmesini geciktiremeyeceği öngörülmüş, 174. maddesinde de eğitim ve öğretim birliği esasını getiren Tevhidi Tedrisat Kanunu'nun da korunması gereken

Gözler, Anayasada yaş konusunda bir sınırlama olmadığından; 12 yaşının altındaki çocukların kur'an kurslarına gidememelerine ilişkin sınırlamanın hem din özgürlüğüne hem de eğitim hak ve özgürlüğüne kanunla yapılmış bir sınırlama olduğunu ileri sürmektedir. Bu sınırlamanın Anayasaya uygun olması için 13.maddede öngörülen şartlardan biri olan ölçülülük ilkesine göre; bu sınırlama tedbirinin gerekli olmasını, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaçla orantılı olmasının gereğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu sınırlamanın öncelikle amacını ortaya koymak gereklidir. Ancak demokratik, laik bir hukuk devletinde ana babaların çocuklarına daha küçük yaşta dini eğitim verebilecekleri, dini eğitimin niteliği gereği daha küçük yaşta başladığını, bu nedenle getirilen yaş sınırlamasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir.<sup>81</sup>

Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararına da konu olmuştur. Kur'an kurslarına 12 yaşından küçük çocuğunun gidememesine karşı "Çiftçi" adıyla anılan başvuruda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumu dikkate değerdir: Mahkeme tarafından, Kur'an kurslarına katılmak için zorunlu olan ilköğretimi bitirmiş olma koşulu incelenmiştir. Başvurucu bu koşulun ayırıcılık ilkesini düzenlen 14.maddeyle bağlantılı olarak, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9.maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüş, Mahkeme ise başvuruyu, Sözleşmeye Ek 1. Protokol'ün 2.maddesinde yer alan, "Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir" hükmü açısından ele almıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; kanunla getirilen ilköğretimi bitirmiş olma koşulu Kur'an kurslarına katılmak isteyen çocukların ilköğretim aracılığıyla belli bir olgunluğa erişmiş olmalarını sağlamayı amaçlamaktadır ve ana babaların çocuklarına yol gösterme ya da onları

---

inkılap yasalarından olduğu belirtilmiş ve bu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu şekilde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı vurgulanmıştır".

<sup>81</sup> Gözler, s. 68-69; Gözler; (1982 Anayasasına Göre...), s.317-334.

dinsel ya da felsefi inançları doğrultusunda yönlendirme haklarına aykırılık oluşturmamaktadır. Mahkeme ayrıca, getirilen bu koşulu karşılayamayan öğrencilerin ilköğretim sırasında verilen din derslerine katılma olanağına sahip olduklarını not etmiştir. Mahkemeye göre, yapılan yasal düzenleme bir sistematik telkin amacından çok, pek çok konuda merak duyulan bir yaşta ve ayrıca Kur'an eğitimi derslerinden kolayca etkilenebilecek olan küçükleri olası sistematik telkinlerden korumak amacı gütmektedir.<sup>82</sup>

#### 4. Çocuğun “İnancını Seçme Hakkı” Yerine “İnancını Belirleme Hakkı”

“Tanrı ya da gerçeklik, yalnızca düşünce sona erdiğinde keşfedilebilir.”<sup>83</sup>

J. Krişnamurti

Çocuğun içine doğduğu çevredeki öğrendiği değerleri aktarım yolu ile benimsemesinde, özgür iradesinden bahsetmek mümkün olabilecek midir? Liberal hukukun üzerine temellendiği insanın doğuştan özgür olduğu ve özgürlük; tanımı gereği birden çok ihtimal arasından özgür iradesi ile seçim yapabilmeyi ifade etmektedir.<sup>84</sup> Özgürlük özünde seçimi barındırır, insana iradi olarak seçim şansı tanınmaması, ya da devletin pozitif yükümlülüğü olarak, bunun fiili koşullarının oluşturulmaması halinde, özgürlüğün hukuken tanınmış olması yeterli olmaz.<sup>85</sup> Bu özgürlük, çocuğun ana babasının dinini/ inancını veya inançsızlığını iradi olarak kabulünü, benimsemesini veya benimsememesini ya da başka bir din seçmeyi

<sup>82</sup> Özenç, s. 45-46.; AİHM, Çiftçi v. Türkiye, 17 Haziran 2004, 71860/01, <http://echr.coe.int/Eng/Judgements.htm>

<sup>83</sup> Krişnamurti, s. 18.

<sup>84</sup> Bu konuda bakınız; Rivers, Theodore John, **Law and the Limits of Freedom, A Philosophical Exposition of Their Relationship**, Principium Book Publishers New York, 1984.

<sup>85</sup> Devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri konusunda bakınız; Gören, (Anayasa) s. 391.

içermektedir. Bu nedenle çocuğun başka bir din seçme veya dinini değiştirme anlamını da içeren çocuğun dinini/inancını seçme yeri- ne, dinini/inancını belirleme özgürlüğü hakkı denmesi bu konudaki karmaşayı ve baştan konunun tartışılmasının reddedilmesini engel- leyecektir.

Çocuğun inancını belirleme hakkı yukarıda bahsedildiği gibi, çocuğun kendi anlayış ve yaşam biçimini oluşturmasında ne kadar özgür olduğu, çocuğun nasıl toplumsallaştığı ile yakından ilgiliydi. Çocuğun içine doğduğu ortamla olan etkileşimi, inanç özgürlüğü- nün yetişkinin inanç özgürlüğünden farklı bir temele sahip olduğu gerçeğini yansıtır ve özerklik temeline dayanmaktan çok, ana baba ve dini cemaat arasındaki ilişki üzerine kuruludur.<sup>86</sup> Bu gerçeklik “topla seç” anlayışını savunan bazı yazarlarca; çocuklara farklı dinleri anlatmadıkları için çocukların gelecekteki seçimlerini ve tüm seçenekleri engellediği, ana babaları tarafından beyinlerinin yıkandığı iddia edilmiştir<sup>87</sup>. Langlaude’nin de isabetle belirttiği gibi, gerçekte çocuklar dini “toplayıp seçmezler”, birinin içinde yetişirler. Çocukların belli bir yaşa geldiğinde kendi seçimlerini yapacakları doğrudur, bu da inancını belirleme özgürlüğünün çocu- ğun yaşıyla ilgili olduğu anlamını taşır<sup>88</sup>.

Çocukların kendilerinin dinlerini belirleme hakkının varlığı üzerine uluslararası standartlar vardır, ancak konu kesin değildir ve tartışmalıdır<sup>89</sup>. Çocuğun kendi dinini belirleme hakkı, Çocuk Hakla-

<sup>86</sup> Langlaude, s. 480.

<sup>87</sup> Feinberg, Joel, “The Child’s Right to an Open Future”, in W. Aiken, and H. LaFollette, (eds.), **Whose Child? Children’s Rights, Parental Authority and State Power** (Totowa, N.J.: Littlefield, Adams, 1980); White, John, **The Aims of Education Restated** (London : Routledge & Kegan Paul, 1982); LaFollette, Hugh, LaFollette, H., “Freedom of Religion and Children”, **Public Affairs Quarterly** 1989 ( 3 ), 75 – 87.

<sup>88</sup> Langlaude, s.480.

<sup>89</sup> Bu konuda bakınız; Van Bueren, s.156-158.; Din Veya İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildirinin 5.maddesinde çocuk ve ana babanın hakları üzerine özel maddeler yer almaktadır/içermektedir), fakat madde sadece ana baba /velayet perspektifinden bir bakı- şa sahiptir. Bildirge, taslak çalışması sırasında, özel olarak bu ihmale/atlamaya vurgu yapılmış olmasına rağmen, çocukların kendi hakları üzerine odaklanmayı *YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

rı Sözleşmesinin taslak aşamasında sonradan ortaya çıkmıştır. Bu maddenin taslağında, çocukların kendi seçtikleri din veya inanca sahip olma ve kabul etme hakkı açık olarak garanti edilmiştir<sup>90</sup>. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında, özellikle çocuğun dinini belirleme veya değiştirme hakkı üzerinde önemli tartışmalar olmuş ve çeşitli ülkelerce çekinceler konmuştur.<sup>91</sup>

14. madde metni, her ne kadar çocuğun kendi seçimiyle bir din veya inancı kabul etme veya sahip olma hakkı ve din veya inancını değiştirme hakkını gönderme yapmıyor olsa da, Çocuk Hakları Komitesi, maddenin çocuğun dinini seçme ve değiştirme hakkını kapsadığı görüşündedir. Komite, çocuğun kendi seçimiyle dinini seçme hakkına sahip olduğunu, bu seçimin çocuğun kendi özgür isteği ile olması gereğini ve seçimlerinin, Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen çocuğun görüşünün alınması/katılım haklarıyla yakından ilgili olduğunu da belirtmiştir.<sup>92</sup> Bu anlayışın be-

---

ihmal etmiştir. Bildirge, sadece ana baba veya yasal vasilerin kendi din ve inançlarına göre aile içi yaşamı düzenleyebilme hakkına sahip olduklarını ilan etmiş/beyan etmiştir Draft art.7 E/CN.4/WG.I/WP.2. (Bueren, s.156)

<sup>90</sup> Bu madde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin "herkes için" bu hakkı garanti eden 18(4) bendinden alınmıştır, Ancak farklı dinler arasındaki uygulama farklılıklarından kaynaklanan nedenlerle 18.maddenin kelimesi kelimesine almak üzerinde bir uzlaşmaya varmak mümkün olamamıştır

.Gerçekte, ulusal hukuklarına göre, hali hazırda çocukların bu hakka sahip olduğu çok sayıda devlet vardır. İsviçre, 16 yaşının üstündeki çocukların kendileri için uygun bulduğu dini seçmelerine izin vermektedir. Aynı uygulamalar Finlandiya 15 yaşının üstündeki çocuklar için. V.B. s.158, dn.60, Norveç.

<sup>91</sup> Bir çok devlette çocuklar, ilahi bir hukuk konusu olarak ana babalarının dinini izledikleri, bundan dolayı kendi seçimlerini yapmadıkları gerçeğine dikkat çekilmiştir. Örneğin Fas, İslam Hukukuna göre çocuğun kendi dinin, seçme hakkına sahip olmadığını, çocuğun babasının dinini izlemesinin onun yararına olduğunu kabul edildiğini belirtmiştir. Bu anlayış Bangladeş tarafından desteklenmiştir. Çocukların dinlerini değiştirmelerinin tamamıyla karşısında olduklarını beyan etmiştir. Bueren, s. 157. dn. 50-51 de atflar. Ayrıca; The UN Convention on the Rights of the Child, A Guide to the "Travaux Préparatoires" Sharon Detrick (deit and compiled) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1992.

<sup>92</sup> Finlandiya, çocuğun çocuğun yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerinin dikkate alınması hakkını kapsayan, ifade özgürlüğünün dini olaylara da uygulanabilir olduğu konusunda görüşünü belirtmiştir

nimsenmesiyle ifade özgürlüğü, Sözleşmenin genel ilkelerinden olan ve çocuğun kendisinin doğrudan etkileyen olaylardaki görüşünün alınmasını düzenleyen 12. maddesi ile zenginleştirilerek, dini vakaları da kapsayan çocuğun etkileyen tüm olaylara uygulanır. Bu anlayış, Sözleşmeye taraf devletlerin, çocukların dinlerini seçmesini de kapsayan, görüşlerinin dikkate alınmasında ödevi olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>93</sup> Uluslararası hukuk çocukların kendi seçimleriyle bir dine sahip olmaları konusunda herhangi bir yaş sınırı öngörmemiştir. Bu konuda çocuğun yaşı ve olgunluğu önemli bir kriter olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nda, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda yer verilen, "on altı yaşını dolduran çocuk dinini seçmekte özgürdür" hükmü benimsenmemiştir ve dini seçme özgürlüğü kural olarak ergin olmaya bağlanmıştır (MKm.341/son fıkra). Seçme özgürlüğü ergin olmaya bağlandığı için, evlenme ve mahkeme kararıyla erken yaşta reşit olma hallerinde çocuk daha erken dinini seçme özgürlüğüne sahip olacaktır (MKm.11/son, m.12). Ancak çocuk reşit olduğunda velayet de sona erdiğinden, bu fıkra gereksizdir. Reşit kişi akıl zayıflığı dışında bir sebeple kısıtlanırsa, ana baba yasal temsilci olarak atandıklarında aslolan velayettir; ancak bu durumda da sınırlı ehliyetsiz kişiler kişiliğe bağlı haklarını tek başlarına kullanabilirler (MKm.16/II). Dinini seçmek kişiye bağlı haklardan olduğundan, bu konuda ana baba yetkili değildir. Anayasanın 24. maddesinin 2. fıkrasına göre, "(...) dini eğitim ve öğretim ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de yasal temsilcilerinin talebine bağlıdır." Anayasanın burada küçükten kastı reşit olmayanlardır. Halbuki bu Berki'nin de belirttiği gibi, sezgin olmayan küçükler şeklinde olmalıydı. Olayların anlam ve sonuçlarını kavrayabilen bir kişinin din konusunda da özgür olması gerekir. Berki,

<sup>93</sup> Bueren, a.g.e, s. 157: Bununla beraber Sözleşmenin Genel Kurul tarafından kabul edilmesinden sonra maddenin bu yorumuna çekinceler konmuştur. İran, "İslami görüş ve değerlere aykırılık teşkil edecek herhangi bir madde üzerinde çekinceleri olacağını beyan etti, Ürdün, 14.maddenin müdahalesinin "çocuğun dinini seçme değil, uygulama hakkına sahip olmasını" istediğini kaydetti. Ceza-yir, İslamın devlet dini olduğu ve çocuğun dininin babasının diniyle aynı olması gerektiğini" de vurgulamıştır. Van B. S. 157, dn.58.

mevzuatın mümeyyiz küçüğe üniversite öğretimi yapacak kadar düşünce ve eğitim özgürlüğü verdiğini, ancak bu eğitim özgürlüğünün din eğitimi sahasında Anayasa ve Medeni Kanun'daki hükümler karşısında önemini kaybettiğini belirtmiştir<sup>94</sup>.

Türk Medeni Kanunu yapılırken örnek alınan Medeni Kanunlarda, çocuğa din özgürlüğü erginlik yaşından önce tanınmakta, on yaşından başlayarak da dini eğitim konusundaki görüşleri alınarak ana babanın hakları sınırlandırılmaktadır<sup>95</sup>. Örneğin, Alman Medeni Kanunu'na göre, çocuk on yaşını tamamlayınca din ve mezhebi konusunda söz söyleme hakkına sahiptir. Çocuk 12 yaşını doldurunca da, bu konuda, rızası alınacaktır. Dini rüşt, on dört yaşın tamamlanmasıyla elde edilir. Norveç Anayasası'nda yaşlar belirlenmiştir. Norveç Kilisesine katılma veya ayrılma konusunda 12 yaşındaki çocuğun görüşlerinin dikkate alınacağı düzenlenmiştir<sup>96</sup>. Avusturya'da 14 yaşının üstündeki çocuklar, kendi seçimleriyle bir dini benimsemeye hak kazanırlar.<sup>97</sup>

### 5. Çocuğun İnanç Özgürlüğünün Gerçekleştirilmesinde Sınırlar ve Sonuç:

İnanç özgürlüğü'nün, uluslararası hukukta ve anayasal normların doğrudan uygulanabilir olup olmadıkları ya da hukuk kuralları olarak nitelikleri, tartışılması gereken birinci konudur. Anayasal temel ilkeler ve haklar sadece birey ile devlet arasında dikey doğrultuda bir ilişki kurmakla kalmazlar; aynı zamanda yatay doğrultuda özel kişiler arasındaki ilişkilerde de geçerli nesnel değer yargıları içerirler. Anayasa'nın 11 ve 138 maddelerinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve önceliği ilkesinin bir uzantısı olarak bu hakların kullanılmasını devlet engelleyemeyeceği gibi özel hukuk kişileri de engelleyemeyecektir. Ancak anayasal kuralların bir zayıflığı, doğrudan uygulanamamaları, yasa kuralları aracılığıyla, yasaların yo-

<sup>94</sup> Baktır, s.69-70; Berki, s. 243.

<sup>95</sup> Akyüz, (Velayet), s. 127 .

<sup>96</sup> Van Bueren, s. 159.

<sup>97</sup> Van Bueren, s. 166 dipnot 68 den naklen/UN Doc.E/CN.4/1988/43 Add.1.

rumu ve boşluk doldurma yoluyla uygulanabilir olmalarıdır. Bu bağlamda Anayasa'nın yatay plandaki etkisi de ancak dolaylı olabilir. Ancak, anayasa kuralları tek başına yaptırımsız kurallardır ve hukuk sistemimizde yargıç anayasaya aykırı hukuk kuralını uygulamaktan kaçınmaz; yorum veya kıyas yoluyla Anayasaya aykırılığın varlığını düşündüğü hallerde ise, ilgili hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak zorundadır<sup>98</sup>.

Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası'na göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bunlar hakkında, Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır.<sup>99</sup> Bu Sözleşmeler, özellikleri gereği anlaşmaya taraf devletlere anlaşmanın ge-

<sup>98</sup> İnanç özgürlüğü açısından Anayasa m. 24 /III'e konan hüküm velayet hakkına da bir müdahale teşkil etmektedir .Serozan, s. 38-39; Akyüz (Velayet) s.126-127.

<sup>99</sup> RG.22 Mayıs 2004- 25469: Anayasa madde 90 /son hükmünün yorumu için bakınız: **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son)**, Ulusal Toplantı, Ankara 5 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004. Kemal, (**Türk Anayasa ..**) s. 251; Döner, Ayhan "Anayasa'nın 90. Maddesi Karşısında Uyarma ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek", **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Erzincan 2007, (Erişim tarihi; 9Şubat 2011 )

<http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-1-8.pdf>; Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte uluslararası andlaşmaların Türk hukukundaki hiyerarşik yeri konusunda bkz., Bilir, Faruk, Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, **SÜHFD**, C.13, S.1, Yıl:2005, s. 77 vd.; Eren,Abdurrahman , 1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi, **AÜEHFD**, C.VIII, S. 3-4, 2004, s. 47 vd.; AY'nın bu hükmünün uygulanmasında örnek bir karar için: Ankara 5. İdare Mahkemesi 29.06.2004 tarih ve E:2003/1796, K:2006/1212 sayılı kararıyla kınama cezasına karşı açılan davayı esastan inceleyerek dava konusu işlemi iptal etmiştir. AYm90/son hükmüne atıfla Ankara 5. İdare Mahkemesinin 29.06.2004 tarih ve E.2003/1796, K.2006/1212 sayılı kararı (Yayınlanmamış Karar). Ankara 5. İdare Mahkemesinin aynı yöndeki 29.06.2004 tarih ve E.2003/1796, K.2006/1212 sayılı kararı için bkz., <http://www.egitimsen.org.tr/index.php?yazi=472> (Erişim Tarihi: 24.02.2007).



reklerine uyma yükümlülüğü; doğrudan uygulama (*self executive*) özelliği taşımayan hükümleri için, iç hukukta uyum yasaları çıkarma ve uygulamayı anlaşılmaya uydurma yükümlülüğünü içerir; uymama halinde anlaşmanın kendi yaptırımları ile uluslararası diğer hukuki, ekonomik veya politik yaptırımlar söz konusu olabilir. Bu konuda Serozan'ın açık olarak ifade ettiği gibi; "Sözleşmeler anayasal temel hak ve bağlantılarla bağlantılı oldukları ölçüde, bu anlaşmaların kuralları aynı zamanda bu temel hak ve ilkelerin yorumunu da yönlendirirler (...). Hiçbir yargıç, ulusal anayasa kuralını devleti uluslararası taahhütlerine aykırılık eden bir devlet konumuna düşürecek biçimde uluslararası sözleşmeye uymayan yönde yorumlayamaz."<sup>100</sup> Bu arada Anayasa'ya yorum yoluyla nüfuz edebildikleri ölçüde belirli bir ulusal yasanın anayasaya aykırı hale geldiğini, gündeme ve Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülebilirler.<sup>101</sup>

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun bağımsız olarak, kendi isteği ile bir inanca sahip olma, benimseme özgürlüğü hakkının uygulanabilirliği hakkında, Anayasa m. 90/son son cümlesine göre, Sözleşme'nin bu hükmü doğrudan uygulanabilir mi? Türk Çocuk Hukuku Doktrini, Serozan dışında, çocukla ilgili konularda ÇHS nin ilgili maddelerine atıf yapmış ancak, uygulanabilirlik koşulları hakkında tartışma başlatmamıştır<sup>102</sup> Serozan'a göre, Anayasaya eklenen 90/son fıkrası gereği, insan hakları bu arada çocuk

<sup>100</sup> Uluslararası insan haklarına saygılı bir hukuk devleti anlayışını benimseyen (Anayasa m. 2) ve olağanüstü hal rejiminde bile uluslararası sözleşmelere uyulmasını öngören (m. 15) bir anayasa çerçevesinde, olağan durumlarda temel hakların tanınmasında uluslararası sözleşmelere uymazlık edemez. Bu durumda uluslararası anlaşma kurallarının hiç değilse dolaylı yoldan; hem anayasal hem de ulusal yasa kurallarının yorumlanmasına yön verirler. Serozan, s. 45-46.

<sup>101</sup> Örneğin; nüfus kaydında din hanesine yer verilmesini öngören yasal düzenlemeyi daha önce anayasaya aykırı bulmamış olan Anayasa Mahkemesi, bu özgürlük bugün ÇHS ne göre yorumlandığında aynı yasal düzenlemeyi pekala Anayasa'ya aykırı bulabilir. Gelecekte anayasal düşünce, inanç ve gösteri özgürlüklerinin uluslararası anlaşma ışığında yeni boyutların benzer değişimlere yol açacağı söylenebilir. Serozan, s. 47-48.

<sup>102</sup> Akyüz, (Velayet), s.126; Akyüz (:Çocuk), s. 159; Baktır Çetiner, s. 69; Elçin Grassinger, s. 38 .

hakları konusundaki anlaşma eski tarihli bile olsa, ulusal kuraldan önce uygulanır. “Anayasal ve sözleşmesel düzeyde anılıp tanınan çocuk haklarının, hem devlet hem özel kişiler için bağlayıcı olduğu, pozitif hukukun yürüyen parçası oluşturduğu kesindir.”<sup>103</sup>

Medeni Kanun, esas olarak ana baba perspektifinden çocuğun dini eğitimini düzenlemekle beraber, ana babaya, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanımakta; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmasını düzenleyen hüküm, velayet’in çocuğun yaşı ve olgunluğuyla giderek azalan etkisine de açık olarak vurgu yapmaktadır(MK.m.339/son). Ana baba, çocuğun dini eğitimini belirleme ve uygulamasında da bu hükmü esas alacaktır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 14.2 hükmü, bu konuda yol göstericidir. Ana baba veya yasal temsilcilerinin, çocuğu kendi din ve inançları doğrultusunda yetiştirme ve eğitim verme özgürlüğünden ve buna devletin saygı gösterme yükümlülüğünü belirtirken, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de çocuğun inanç özgürlüğü açık olarak ortaya konmakta ve ana babanın özgürlüklerinden değil, haklarından ve ödevlerinden söz etmektedir. Devletin “(...) çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine saygı göstermesini (...)” istemektedir. Ancak, bu hakkı fiilen kullanacak olan çocuğun kendisidir, ana baba-

<sup>103</sup> Benzer görüş için: 1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlerin yalnız kişi devlet ilişkilerinde değil, kişilerarası ilişkilerde de uygulanabileceğini öngörerek, uygulama alanını genişletmiştir. Bu durumda hakim kişilerarası uyumsuzluklarda Anayasa hükümlerinin getirdiği düzenlemelerin lafzı ve ruhu ile de bağlı olacaktır. Hakim bu hükümleri ya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir uyumsuzluğu çözüme bağlarken temel hak ve hürriyetlerden esinlenerek uygular. Helvacı, s. 29.; Serozan, aynı zamanda bu hakların yaşama geçirilebilirliği (cebren icrası) nın güçlüğünü de ifade etmektedir. “Çoğunlukla programatik düzeyde kalan ve normatif gücü eksik olan bu çerçeve kurallarda anılmış hakların güncelleştirilebilmeleri için özel bir yasal transformatöre, açıkçası uyum ve uygulama yasalarına ama ondan da önemlisi, haklara sahip çıkıp onlara işlerlik kazandırma bilincinin kökleşmesine gereksinim vardır.” s.48 vd. İdarenin işlemlerinin Uluslararası Sözleşmelere aykırılıktan ötürü sıkça iptal edilebilmesi ise; idari işlemleri sebep, konu ve amaç yönünden genel olarak hukuka aykırılık nedeniyle iptale elverişli geniş kapsamlı ulusal yasal transformatörlere ve uluslararası insan haklarına saygı gösterme bilincine sahip olmasındandır. Serozan, s. 49.

lar sadece yön gösterebilirler, ama bu yön gösterme çocuğun gelişen yeteneklerine uyum içinde olmalı ve Sözleşmenin bütününe uyacak biçimde gerçekleşmelidir. Medeni Kanun'un 339 ve 340.maddeleriyle düzenlenen; "ana babanın, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkanı tanımak ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmak ve bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamakla ve korumakla yükümlü olması" hükümleri çerçevesinde; kişiliğine saygı gösterilmesini, düşüncesinin dikkate alınmasını, çok yönlü gelişiminin desteklenmesini, yeteneklerine ve eğilimlerine uygun eğitim sağlanmasını talep edebilecektir.<sup>104</sup> Vurgulanmasında ayrıca yarar vardır; ne Çocuk Hakları Sözleşmesi, ne Anayasa ne de Medeni Kanun'da düzenlenmiş bulunan, ana babanın çocuğun din eğitimi belirleme ve uygulama hakkı mutlak niteliktedir.<sup>105</sup> Çocuk, kendi dünya anlayışı ve yaşam tarzını oluşturabilmesi için; yukarıdaki söz konusu hükümler çerçevesinde; kişiliğine saygı gösterilmesi, olgunluğu ölçüsünde yaşamını düzenleme serbestisi tanınması, düşüncesinin dikkate alınması, çok yönlü gelişiminin desteklenmesini ve eğilimlerine uygun ortam sağlanmasını bekleyecektir. Aksi halde, çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin genel hükümler uygulama yeri bulacaktır (AYm. 41/son , MKm.346vd.).<sup>106</sup>

Anayasayla kurulan ve Medeni Kanun'da karşılığı olan, ana babanın isteğine bağlı eğitime ilişkin olarak; Kur'an kursları ve dini eğitim veren okullara dönüşen imam hatip liseleri uygulaması dışında 'yasal' dini eğitim imkanı yoktur. Türkiye inanç özgürlüğü hakkının uygulamasını, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye koyduğu çekince ile Lozan Antlaşması çerçevesinde değerlendirmektedir. Ancak Lozan Antlaşması'na tabii azınlık konumundaki cemaatlerle bu Antlaşmaya tabii olmayan cemaatler ve İslam içinde Sünni olmayan mezheplere mensup olmayanların isteğe bağlı dini eğitim

<sup>104</sup> İmamoğlu, s.192, ( dn.76 da anılan yazarlar) den naklen.

<sup>105</sup> Akyüz, (Çocuğun...), s.254; Bu konuda bakınız Oğuzman/Dural, s.279; Özlü s. 38-39.

<sup>106</sup> Bu konuda bakınız; İmamoğlu, s. 183 vd; Elçin Grassinger, s. Oğuzman/Dural, s. 279.

alma imkanları ise farklı düzenleme ve uygulama tabiidir.<sup>107</sup> Gözler'in de ifade ettiği gibi "(...) Diğer din mensubu ana-babaların, hatta İslam içinde Sünni olmayan mezheplere mensup olan ana-babaların, kendi din veya mezhepleri doğrultusunda çocuklarının din eğitimi almalarını sağlamak için "yaz Kur'an kursları" imkânı dahi yoktur.<sup>108</sup> Bu anlayış ve uygulama okullardaki din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin içeriği ilgili olarak Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye Kararı'na konu olmuştur. Başvuru, adı geçen ders kapsamında "Sünni İslam açısından eğitim yapıldığı, Alevilik ile ilgili bilgi verilmediği, devletin tarafsız, nesnel bir program uygulamadığı şikayetine dayanmıştır. Mahkeme; Alevi inancına sahip topluluğun Türk nüfusundaki oranının çok büyük olmasına rağmen, öğrencilerin Alevi inancının itikat veya ibadet unsurları hakkında eğitim almamasını" ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>109</sup>

Özellikle uluslararası hukuk ve literatürde, çocuğun inancının şekillenmesinde ana baba ve devletin yanında dini cemaatlerin işlevi ve rolünün önemi belirtilmektedir. Anayasa'da yer almasına rağmen, Türkiye'de Kur'an kursları dışında okul ve kurslar aracılığı ile farklı din ve mezheplerin ve dini eğitim hakkı verme hakkına ilişkin düzenleme yapılmaması, eşitlik ilkesine, laiklik ilkesine ve inanç özgürlüğüne aykırılık teşkil eden ayrımcı bir düzenleme ve uygulamadır. Aynı zamanda tartışmaya açılması gereken önemli bir başka konu devlet aracılığı ile bir dinin öğretiliyor olmasıyla ilgilidir. İdare Anayasal ilke ve hükümlerle bağlıdır. Bu durumda soru-

<sup>107</sup> İstanbul'da yaşayan Ermeni, Rum ve Musevi çocukların yaşadıkları koşullar ve karşılaştıkları zorlukların tespit edilmesi, ilgili yasa ve mevzuatla önerilerin yer aldığı azınlık konumundaki çocuklar komisyonu raporu için bakınız; Usta Sayita/ Şirin, İstanbul Çocuk Raporu, s. 645 vd. Usta Sayita/ Şirin, İstanbul Çocuk Raporu, s. 645 vd.

<sup>108</sup> Gözler, (1982 Anayasası'na...); Maddenin TBMM Görüşmelerinde yaş sınırının kaldırılması için öneriler verilmiş ve maddenin kabul edilen hali üzerinde tartışmalar olmuştur. Bunun için bakınız: TBMM, Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem 1. Yasama Yılı 37. Birleşim 22/Temmuz /1999.

<sup>109</sup> Bakınız yukarıda dipnot 2.

labilecek soru, devlet tarafından verilmekte olan dini eğitim ve içeriğinin, örneğin cinsiyet ayrımcılığını besliyor olması gibi, anayasal ilkelere aykırılık teşkil ediyor olması halinde idarenin sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacak mıdır?

Son olarak; İnanç özgürlüğüne ilişkin uluslararası ve ulusal mevzuat ve literatürde öne çıkan vurgu din veya inançtır. Dindarlık üzerinden özgürlük hakkı ve kapsamı düzenlenmiş ve her aşamada çeşitli tartışma ve uzlaşmazlıklara konu olmuştur. 21.yy’da dine yapılan bu vurgu dikkat çekicidir. Krişnamurti’nin ifade ettiği gibi, “(...)Günümüzde dış güvenliğe daha çok gereksinim duyulan bir zamanda, iç güvenliğe ulaşma arzusunun olduğu açıktır.“ İnsanın kendi kişisel güvenliğini sağlayamama kaygısı, kendini güçlü hissetmek için, evreni kapsayan bir güce ihtiyacını daha da gerekli kılmaktadır.

Çocuğun inanç özgürlüğü açısından bakıldığında ise çocuğun özgür biçimde kendi dünya görüşü ve yaşam tarzını oluşturmasından bahsetmek ne kadar gerçekçi olabilir? Öncelikle sorulması gereken soru, çocuğu yetiştiren ana babanın kendi inancını nasıl oluşturduğu ve nasıl aktardığıdır. Dindar ailede yetişen bir çocukla, bir dini, inancı benimsememiş ailede yetişen çocuğun din/inanç özgürlüğünü seçme/kullanması arasında bir fark bulunmakta mıdır? Özgür seçim bağlamında biri diğerinden daha değerli değildir ve temelde niteliksel bir fark olduğunu söylemek güçtür; eğer bir farktan söz edilebilecekse, bu aktarımın sonucuna ilişkindir. Bir diğer önemli soru da, çocuğun dini eğitiminde, ana babasının yönlendiriciliği veya belirleme hakkıyla korunmak istenen yararın kimin yararı olduğudur. Korunan veya korunuyor olması gereken yarar, çocuğun bağımsızlığını kazanıncaya kadar, “sevgi dolu” bir ortamda maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesinin gereğidir. Bir başka deyişle burada korunan, ana babanın, devletin değil; öncelikle çocuğun yararlarıdır. Ana babalık ise doğal, psikolojik, ahlaki, toplumsal ve yasal bir bağ olarak çocuğun yetişmesini sağlamak ve bildiğini uygun araç ve yöntemle aktarmaktır. İnanç özgürlüğünde devlete biçilen rol ise, çocuğun yaşam, maddi, manevi varlığının korunması ve gelişiminin sağlanmasında çocuktan yana

hakem olmak ve aynı zamanda ayırimsız tüm çocukların kendi dünya görüşünü, yaşam tarzını, inancını oluşturabilmesi için nesnel bilgiye ve hizmete erişimlerini sağlamaktır. Sonuçta her çocuk özgür iradesi ile kendi seçimini yapabilme ya da kendi inancını oluşturabilme donanımına sahip olabilmelidir.

### KAYNAKÇA

Akad, Mehmet / Dinçkol, Abdullah, **1982 Anayasası Madde Gerekçeli ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, Alkım Yayınları, İstanbul 1998,

Akıntürk, Turgut, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, Cilt:2, 10.Bası, İstanbul 2006, s. 426, s. 426.; Berki, **Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şumulü**, Ankara 1970,

Akyüz, Emine, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara 2000

Akyüz, Emine, "Velayet ve Çocuğun Korunması", Prof.Dr.Alin Naim İnan'a Armağan, Şeçkin Yayınları, Ankara 2009,

Arpacı, Abdülkadir, **Kişiler Hukuku(Gerçek Kişiler)** Beta Basım Yayım, İstanbul 2000.

Aytaç, Mehlika, "Çocuğun Yargısal Süreçte Görüşlerini İfade Etme ve Katılım Hakkı Yönünden Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi", **Adalet Dergisi**, 11.Sayı, Adalet Bakanlığı Yayımı, Nisan 2002, s. 14vd

Baktır Çetiner, Selma, **Velayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001

Berke Özenç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, İstanbul, Şubat 2006

Berki, Şakir, “Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümulü”, Ankara 1970

Çelik, Cemil, “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54 Sa.1.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M.Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt:II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006

Elçin Grassinger, Gülçin Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009

Franklin, Bob, Çocuk Hakları, Derleyen: Bob Franklin, Ayrintı Yayınları, İstanbul 1993.

Fromm, Erich, Din ve Psikanaliz, Arıtan Yayınevi, İstanbul 2004.

Gören, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, II.Bası,Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999.

Gözler, Kemal Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 8.Bası, Ekin Basım Yayını, Bursa, Şubat 2010.

Gözler, Kemal , “1982 Anayasasına Göre Din Eğitim ve Öğretimi”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.317-334.

Gören, Zafer, “Çocuğun Temel Hakları”, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No.40, Ankara 1998, s.111-182 (Yayınlanmış Bildiri)

Gören, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, 3.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1995

Gören, Zafer, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi” Özel Hukuk ve

**Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001, Ankara 2001**

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2003, s. 53-54

Hafizoğulları,Zeki, “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakkı ve Kişilik Hakkının Korunması”, **AÜHFD**, 1997, C: 46, S. 14, s. 4

Hatemi, Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001

Helvacı, Serap, **Kişilik İşlemi Hakları**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İÜ.Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1993

Helvacı, Serap **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınevi, İstanbul 2001

Hodgkin, Rachel / Newell,Peter **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child Fully revised edition**, United Nations Children’s Fund , 2002

Krişnamurti, Judi, **Tanrı Üzerine**, Çeviren:Deniz Demirdöven, Toplu Eserleri, Ayna Yayınevi, Felsefe Dizisi, 2. Basım, İstanbul 2000

İl Han Özay, **Günüşiğinde Yönetim**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004

İmamoğlu, Hülya “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 54, Sayı: 2, Ankara, 2005

Langlaude, Sylvie” **Children and Religion under Article 14 UNCRC: A Critical Analysis**”, **International Journal of Children’s Rights** 16 (2008), s. 476

Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, **Aile Hukuku**, 3.Bası, İstanbul 2001

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 9.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009



Öktem, Akif Emre, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yayınları, Ankara 2002

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004

Öktem,/Niyazi Türkbağ ,Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul 2009

Özdemir Uluç, Fatma, **Psiko Sosyal ve Hukuksal Açıdan Koruyucu Aile Bakımı**, Atila Kitabevi, Ankara 1997

Öztan, Bilge, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara 2004

Rivers, Theodore John, **Law and the Limits of Freedom, A Philosophical Exposition of Their Relationship**, Principium Book Publishers New York, 1984

Serozan, Rona **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009

The UN Convention on the Rights of the Child, **A Guide to the "Travaux Préparatoires"** Sharon Detrick(deit and compiled) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1992

Tanör, Bülent, " İnanç ve Din Özgürlüğü", **İnsan Hakları, COĞİTO**, Yapır Kredi Yayını, İstanbul 2000, s.

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8.Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2006

Turhan, Nedim; "Ana-Babanın Çocuklarına Karşı, Çocukların Ana-Babaya Karşı Olan Hak ve Yükümlülükleri ve Ehliyet Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2001

Tredemann, Paul "Uluslararası İnsan Hakları Bakış Açıklarına Göre İnsan Onuru ve İnsan Hakları İlişkisi", Çeviren: Yener Ünver, **Güncel Hukuki Aylık Hukuk Dergisi**, Kasım 2010, 11-83

Usta Sayita, Sevgi, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile(Kişi) Yanına Yerleştirilmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996Öztlü, Hakkı, **Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması**, Adil Yayınevi, Ankara 2002

Van Bueren, Geraldine, **The International Law on the Rights of the Child** ( The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Save the Children, 1998

Yavuz, Kerim, “Çocukta Dini İnançın Varlığı ve Seçme Problemi”, **I. İstanbul Çocuk Kurultayı Bildiriler Kitabı**, Derleyenler: Sevgi Usta/M.Ruhi Şirin, İstanbul Çocukları Vakfı Yayını, İstanbul 2000.

# FROM THE STATE-CENTRIC TO DUAL GLOBALIST: A PARADIGM SHIFT IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

Yard. Doç. Dr. İlhami ALKAN OLSSON\*

## ÖZET

Uluslararası ekonomik hukukunun 2. Dünya Savaşı sonrası temelleri atılan niteliği, rolü ve işlevi, 2000'li yıllara doğru yeniden belirlenmiştir. Makale, 1970'li yılların ikinci yarısında gerçekleşen bir paradigma değişimi ile ortaya çıkan ekonomi hukukunun söz konusu yeniden tanımlanmasını incelemektedir. Minimalist devlet ve piyasa ekonomisine vurgu yapan neo-liberal ideolojinin yükselişi ile, 1980'ler sonu ermeden, 1945'ler sonrasına egemen olan devlet-merkeci paradigma ortadan kaybolmuştur. Yerine, bu çalışmada "küreselci" olarak tanımlanan ikili bir paradigma egemen hale gelmiştir. Bu değişim, ulus-devletten çokuluslu şirketlere ve uluslararası ekonomi ve finans kuruluşlarına ekonomik ve düzenleme gücü transferi ile sonuçlanmıştır. Bu makale, uluslararası ekonomik hukukunda yaşanan bu paradigma değişimine konu olan paradigmalardan karakterlerini analiz ederken, söz konusu değişimin genel olarak uluslararası hukukun özel olarak da uluslararası ekonomik hukukunun normatif gelişimi üzerindeki olası etkilerini tartışmaktadır.

---

\* Ph.D. Assistant Professor at the Department of International Relations, Faculty of Political Science, Istanbul University, e-mail: [ilhami@istanbul.edu.tr](mailto:ilhami@istanbul.edu.tr)

## **ABSTARCT**

*The nature, role and characteristics of international economic law from 1944 to the 2000s have been re-defined. The article examines this re-definition by means of describing a paradigm shift, which took place in the second half of the 1970s. By the end of the 1980s, with the rise of neo-liberal ideology and its emphasis on the minimalist state and market economy, the state-centric' paradigm vanished from sight. Instead a new dual paradigm, labelled here "globalist", became the dominant paradigm. This shift has resulted in the transfer of economic and regulatory power from state to MNEs and international economic institutions. This article examines this paradigm shift in international economic law and analyses the characteristics of each paradigm with a view to understand the nature and direction of the paradigm shift and its possible impacts on the normative development of international law in general and international economic law in particular.*

**Anahtar Kelimeler:** paradigma değişimi, devlet-merkezcilik, uluslararası ekonomi hukuku, egemenci hukuk, çokuluslu şirketler

**Keywords:** *paradigm shift, state-centrism, international economic law, hegemonic law, multinational enterprises*

\*\*\*

## **INTRODUCTION**

The article sets up two alternative paradigms in international economic law and sketches out a paradigm shift; from the 'state-centric' to a dual 'globalist' paradigm. Its focus is on the key features of each paradigm. The first paradigm, labelled the "state-  
*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

centric” paradigm in this article, occurred in the post-World War II period, reached its highest point in the 1970s, then replaced by a dual ‘globalist’ paradigm in the 1980s. The article begins by outlining the central features of the state-centric paradigm. It then portrays the paradigm shift taking place in the 1980s. Lastly, the article examines the dual ‘globalist’ paradigm, which consists of two sub-paradigms: “non-state actors” and “hegemonic state”.

However, some preliminary remarks are required before starting to explain the paradigms. In the first place, the objective of conceptualising and stylising these two paradigms as ideal-types is to show how each of them captures the central aspects of a particular understanding of societal development such as the role of the state. Otherwise, none of these paradigms is meant to be conceived in unitary terms. Although they display distinctive and often contrasting characteristics, in many instances there is no absolute dichotomy between state-centric and globalist approaches. Moreover these paradigms are not necessarily successive stages of an ahistorical and straight-forward societal development.

Part I of this article describes the “state-centric” developmental model, which was a leading paradigm in the post-war period until the 1980s and examines two distinctive sources of this leading paradigm, namely developing and developed country models. Part II illustrates a paradigm shift took place in the beginning of the 1980s, following globalisation of the international economy and the decay of the socialist system. The state-centric paradigm, whose emphasis was on national economic growth and state-controlled development, was replaced by the globalist paradigm involved pro-market and anti-state policies such as economic liberalisation, deregulation and privatisation, promoted by a politicised intervention of international economic institutions. Part III investigates the dual globalist paradigm, which involves two sub-paradigms, namely ‘non-state actors’ and ‘hegemonic state’. While the former is based on the increasing normative impact of non-state actors on formal international law-making as well as the non-state normative developments entailing both the concepts of the multiplicity of law-

making and self-regulation, the latter founded on the increasing institutionalisation of neo-liberal ideas associated with globalisation through a multilateral rule-based framework.

## I. THE “STATE-CENTRIC” PARADIGM<sup>1</sup>

It is commonplace to say that modern international law has been a state-centric system. In international law and international relations, state-centrism is a key concept in understanding not only the basic characteristics of international legal and political order, but also the nature of the recent changes within that order. State-centrism may mean many different and sometimes contrasting

---

<sup>1</sup> As the concept ‘paradigm’ is central in the present article, it is crucial to look a little closer on how this concept is understood and used here as an analytical category. A paradigm can be interpreted as representing a way of seeing something. In that sense, paradigm is closely related to the widely used concept of discourse. There are many uses and interpretations of this concept, but Foucault has defined discourse as the structure, in which the ‘truth’ is made and defined in a specific context and time (Foucault, Michael. (1976). *The History of Sexuality. An introduction Volume 1*. London: Penguin Books). In the same line of reasoning discourse can be seen as a complex and continuous struggle over the definition and meaning of problems where the dominant ideas sorts out or defines what is normal, wrong, valuable or worthless and creates a general consensus over an ongoing economic, social or political process. Thus, what the concept captures is that people (including academics) live and experience within discourse in the sense that discourses impose frameworks, which limit what can be experienced or “what the meaning of experience can encompass, and thereby influence what can be said and done” (Purvis, Trevor and Hunt, Alan (1993). *Discourse, Ideology, Discourse, Ideology, Discourse, Ideology. The British Journal of Sociology* 44(3), 485) Thus, discourse, likewise paradigm, as is interpreted here, is also understood to have this exclusive or monopolistic character. However, law cannot merely be reduced to a discourse. Law is more of a practice. On the intimate connection of discourse and practice, Foucault argued that madness, sexuality and criminality do not exist in a pure unmediated form, but they are produced by various techniques and procedures. Practices are created by and persist through the discourse, and discourse is generated and works through the power relations within and between the practices (Foucault, Michael (1977) *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. London: Penguin Books). Recognising both the discursive and practical characteristics of law, this article understands the word of paradigm as a notion that includes both discourse and practice.

things. Susan Marks remarks that state-centrism has a descriptive and a normative dimension. Counterpoising the 'state' to 'non-state', the descriptive dimension refers to "a preoccupation with states to the exclusion of non-state actors" while the normative dimension claims that "international law is too preoccupied with states, and should pay more attention to non-state actors".<sup>2</sup> Sure enough however, whatever meaning might be, state-centrism is increasingly used as a derogatory concept either to express disapproval or too often to naturalise the new neo-liberal world order and delegitimise its legal/political alternatives.

There can be found two specific sources for the establishment of the state-centrism as a leading paradigm in international economic law in the aftermath of the Second World War. These are (i) the creation of an international economy among the members of the Western alliance under the US leadership based on the free market and free trade philosophy; and (ii) the international bargaining process between developing and industrialised countries involving the re-distribution of international economic power and resources following decolonisation.

No doubt, the centrality of the state and international organisations was the most important common feature of both sources. Yet, in the former occurrence, the state and international organisations assumed a role of rebuilding devastated national economies of mainly industrialised capitalist European countries and creating a compatible 'embedded'<sup>3</sup> liberal economic order in the context of the Cold War. Whereas in the latter, the role of the state was to lead to the development of Third World countries through restructuring of international economic and legal order by way of acquiring fi-

---

<sup>2</sup> Marks, Susan (2006). State-centrism, International Law, and the Anxieties of Influence. *Leiden Journal of International Law*, 19, 341.

<sup>3</sup> Ruggie coined the concept of "embedded liberalism" to refer to the post-war Keynesian consensus of welfare state. See, Ruggie, John Gerard (1982). *International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*. International Organization, 36.

nancial and technological transfer; this too in the context of the Cold War.

Until the end of the Second World War, economic issues were essentially seen as a matter of domestic regulation. The bilateral trade agreements between states were virtually the only basis for the regulation of international economy. In the immediate post-war period, however, the involvement in the restructuring of the ruined national economies of “free”, i.e., non-communist, European countries as well as that of Japan was a vitally important for the US both politically and economically. The aim was twofold: (i) to increase the American power by allowing its capital to be invested abroad, expanding its economy on a world wide scale, which necessitated the dismantlement of the barriers that had been erected during the long history of protectionism;<sup>4</sup> and (ii) to create a post-war consensus on international economic liberalism by linking it with the restructuring of ‘West’ European countries through Keynesian macroeconomic policies and the welfare state. The multilateral Bretton Woods system, set up in 1944, has been the institutional outcome of this process, established on three pillars: the IMF, the World Bank and later the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).<sup>5</sup>

The second main source of the state-centric paradigm in international economic law is shaped by the context of the historical moment, i.e. decolonisation process and the Cold War. The emergence of new nations, mostly former colonies -a heterogeneous and impoverished group of nations, rendered the composition of international relations more complex. Although Western states retained their dominant position in the Security Council due to the veto

---

<sup>4</sup> Cassese, Antonio (2001). *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 398.

<sup>5</sup> Unlike the IMF and the WB, which were established in the end of the Bretton Woods Conference in 1944, the GATT was not founded as an organisation, nonetheless over the years an organisational structure evolved. On the subject, see for instance, Jackson, John, H. (1997). *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press: Cambridge, 2<sup>nd</sup> ed., in particular chapter 2.



power, the majority in the UN General Assembly shifted from the Western states to an alliance between the bloc of socialist and the newly independent countries.<sup>6</sup>

“Third Worldism”<sup>7</sup> emerged in the post-1945 conjuncture of decolonisation, national liberalisation and the Cold War and reached its peak during first half of the 1970s centring on the call for the New International Economic Order (NIEO). As a newly independent and/or developing country ideology, Third Worldism can be defined as a mixture of socialism, explicitly state-led developmentalism through import substitute industrialisation strategies and anti-Western nationalism in the wider context of decolonisation and the Cold War.<sup>8</sup> One of the major features of this approach was the exclusion of non-state entities from the ongoing international bargaining process. MNEs, for instance, were viewed exclusively as agents of their home state, and even worse, they were seen as the prime vehicle of maintaining developing countries in a subordinate

---

<sup>6</sup> Admittedly, the terms of “newly independent countries”, “developing countries” and the “Third World countries” do not always include the same countries. Nor is there a consensus on the definition of these terms. Still, all these three terms are in this study used interchangeably, for the reason that likewise the South-North division, all three terms sufficiently indicate the uneven power relations between countries and the concentration of economic, political and military power in the so-called industrialised “Western” states.

<sup>7</sup> The term “Third World” has been used in the context of international law to conceptualise at least four different phenomena: first, as an ideological category (non-alignment during the Cold War); second, to describe a political/geographical content (relatively distinctive demographic, economic and political characteristics); third, ex-colonial countries; and fourth, a set of associations which describes ‘backwardness’. According to Rajogopal, the first three conceptions of the term Third World are premised on the idea of national sovereignty whereas the fourth one is essentially unconnected to the idea of ‘nation-state’ and ‘independence’. This concept in the fourth meaning allows us to critique the hierarchical ordering of globalisation on both state and non-state levels even under the conditions of late capitalism and rapid globalisation (Rajogopal, Balakrishnan (2003). *International Law From Below*. Cambridge/New York: Cambridge University Press).

<sup>8</sup> Rist, Gilbert (2002). *The History of Development: From Western Origins to Global Faith*. London: Zed Publishing, 140.

stage of underdevelopment.<sup>9</sup> The emphasis was clearly on state and state sovereignty. On the domestic arena, a strong and centralised nation-state was considered as a necessary vehicle for the achievement of industrialisation. Likewise, in international economic law states were seen as the prime and only legitimate actors. Nonetheless, Third Worldism also attached great importance to form alliance, which would make it possible to act collectively under the umbrella of various regional and international forms of political and economic co-operation, such as the non-alignment movement and the United Nations.<sup>10</sup> The central idea was that the process of a true independence would only be achieved when the Third World countries attain economic independence, which could be more effectively carried out on a regional and transnational level.<sup>11</sup> In other words, in the Third Worldist approach, the emphasis was both on sovereign territorial nation-states that guided the national development and on international/transnational cooperation in order to transform the centre-periphery relations to reach an equitable sharing of global resources.<sup>12</sup>

Thus, in consideration of strong opposition from the industrialised capitalist countries to a substantial change in international economic order, which would put their vital interests at stake, developing countries had to invent new legal strategies other than the

---

<sup>9</sup> Waelde, Thomas, W. (1995). A Requiem for the 'New International Economic Order'. *The Internet Journal of the Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy* 1, 11. available at

<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol1/vol1-2.html>.

<sup>10</sup> Berger, Mark, T. (2004). After the Third World? History, Destiny and the Fate of Third Worldism . 25 *Third World Quarterly* 25(1), 12.

<sup>11</sup> Nkrumah, the Ghanaian President,, who was overthrown by the army in 1966, developed these ideas in the African context. See, Nkrumah, Kwame (1965). *Neo-Colonialism: The Last Stage of Imperialism*, London: Nelson

<sup>12</sup> The concepts of "international resource planning and management" and "common heritage of mankind", assumed a central role in the 'transnationalism' that the Third Worldism embraced. See Mann-Borgese, Elisabeth (1981). *The International Seabed Authority as Prototype for Future International Resource Management Institutions*. Dupuy, R. J. (ed.). *The New International Economic Order*, The Hague Workshop, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

'traditional' law making methods in order to impose obligations on the industrialised capitalist countries. Since the United Nations (UN) principle of the sovereign equality of all its members entails the acceptance of the one state-one vote principle, the so-called Third World countries tried to use the majority's voting power in the UN General Assembly to create a new law-making mechanism. According to this new 'legal strategy', the concept of general *consensus* rather than the traditional concept of *consent* should be the basis of international obligation, which would empower the UN General Assembly with a quasi-legislative competence. The adoption of the "Declaration on the Establishment of a New International Economic Order",<sup>13</sup> "Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order",<sup>14</sup> the subsequent "Charter of Economic Rights and Duties",<sup>15</sup> and the "Declaration on the Right of Development"<sup>16</sup> are the most important examples of such attempts that aimed to change the asymmetrical international economic power relations between 'North' and 'South'.

To sum up, in the developed country model, state centrism grew as a part of Keynesian global planning and welfare state while in the Third World model it established itself as a part of the state-led developmental ideology and economic nationalism. The latter also favoured a national and jointly formed and equally represented regional and transnational economic planning and highly regulated international economic system.

---

<sup>13</sup> UNGA Res. 3201 (S-VI) of 1 May 1974

<sup>14</sup> UNGA Res. 3202 (S-VI) of 1 May 1974

<sup>15</sup> UNGA Res. 3281 (XXIX) of 12 December 1974

<sup>16</sup> UNGA Res. 41/128 of December 1986

## II. A PARADIGM SHIFT<sup>17</sup>

Following globalisation of the international economy and the collapse of the socialist system in the 1980s, international relations and the world economy went through far-reaching transformations. Globalisation had by the 1980s led to the breakdown of national economic development strategies and paved the way for the rise of neo-liberal policies and ideologies. This shift resulted in the abrupt disappearance of the NIEO and the progressive replacement of the Keynesian welfare model of the state-centrism by the ideological underpinnings of the dual globalist paradigm. In contrast to the emphasis on national economic growth and state-controlled development, the globalist paradigm involved policies such as economic liberalisation, deregulation, i.e., the removal of trade barriers, government interference in financial and capital markets as well as privatisation of state-owned enterprises. These neo-liberal policies have been promoted by a politicised intervention of international economic institutions and incorporated a pro-market, anti-state emphasis as in the example of 'conditionality' of loans to developing countries from the World Bank and IMF.<sup>18</sup> By the 1980s, developing countries uniformly adopted this new approach to development, which meant a shift from the central role of the state basing the societal development on welfare goals to the neo-liberal principles that emphasised the importance of the market forces. The most important reason for this shift in approach to Third World development was the necessity for developing countries to obtain financial assistance from the IMF and the World Bank due to the deep

---

<sup>17</sup> The concept of "paradigm shift" in this article refers to the occurrences of significant changes or transformations from one fundamental set of assumptions. The shift is often driven by an agent of change and a shift frequently entails major discontinuities. As it is well known, in 1962 Thomas Kuhn argued that scientific advancement is not evolutionary, but rather is a "series of peaceful interludes punctuated by intellectually violent revolutions", and in those revolutions "one conceptual world view is replaced by another" (Kuhn Thomas (1996). *The Structure of Scientific Revolution*, University of Chicago: Illinois, 10).

<sup>18</sup> Pender, John (2001). From 'Structural Adjustment' to 'Comprehensive Development Framework': Conditionality Transformed. *Third World Quarterly* 22(3), 399.

economic crisis and huge debt problem they were struggling with in the end of the 1970s. These economic problems included budgetary, inflationary, and debt servicing burdens. The resources that were made available by the IMF and the World Bank to combat these severe payments problems were made conditional through the adoption of the Structural Adjustment Program (SAP). The conditionality linked to the SAP basically entailed:

- (i) The liberalisation of trade and financial systems and the reduction of trade and investment barriers, opening the economies to the world market;
- (ii) Deregulation, which removed the state influence on macro-economic decision making;
- (iii) The privatisation of public owned enterprises;
- (iv) The withdrawal of all subsidies; and
- (v) The protection of property rights protecting investors from expropriation of private property.

Thus, SAP generally called for the elimination of state intervention in the economy and the regulation of individual nation-states over the activities of international capital within their territories.

Between 1978 and 1992 more than 70 developing countries undertook 566 stabilisation and structural adjustment programmes imposed by the IMF and the World Bank.<sup>19</sup> Developing countries adjusted themselves to these new conditions to varying degree, depending on diverse factors specific to each country's population, history, culture, geo-political location and then existing level of capital/technological accumulation. This has resulted in an increased economic and developmental differentiation between different groups of developing countries resulting in increasingly contradictory agendas of these countries. Especially some East Asian countries performed well in this rather dramatic restructuring of the

---

<sup>19</sup> <http://www.imf.org/external/np/pdr/cond/2001/eng/collab/comment.pdf>

world economy. As a consequence this has led to a decreasing incentive for these countries to stick together to promote the same development and goals within the international organisations and forums.

### III. THE DUAL “GLOBALIST” PARADIGM

The dual “globalist” paradigm is based upon two assertions. On the one hand, the recognition of the rise of non-state actors in international economic law, policy, decision-making and implementation processes. On the other hand, the increasing institutionalisation of neo-liberal ideas associated with globalisation through a multilateral rule-based framework that has substantial authority over national governments of developing countries. The basic premises of the former assertion, which this article refers to as “non-state actor” paradigm, are: (i) the decline of sovereignty; (ii) the growing authority of private entities as a result of deregulation, economic liberalisation and privatisation; (iii) the increasing normative impact of non-state actors on formal international law-making; and (iv) the emergence of informal normative structures. The non-state normative developments entail both the concepts of the multiplicity of law-making (legal pluralism) and self-regulation.

Conversely, the second assertion involves seemingly an opposite nonetheless complementary direction: a greater legalisation and institutionalisation in international economy to regulate the behaviour of actors more deeply through institutional rules, often in the ‘hard’ form, as the evolution of GATT/WTO dispute settlement procedures exemplifies. The basic premises of this assertion, which is labelled in this article as “hegemonic state paradigm” refers to (i) the restructuring of developing countries to ensure that they operate under the discipline of international capital to deliver the tasks such as an improved long-term investment climate and better protection

of private property rights<sup>20</sup> and (ii) the diminishing of the political influence on the outcome of the proceedings by disciplining the international liberal trade market in the interests of not only the most powerful states, but the global capitalist market as a whole.

The “non-state actor” and “hegemonic state” sub-paradigms compose together the “dual-globalist” paradigm, which has become the leading model since the 1980s, during which the neo-liberal<sup>21</sup> restructuring of international economy and politics, commonly referred as globalisation, has taken place. The central claim of this new paradigm has been that in order to continue to be relevant international economic law should reflect the dynamic nature of international relations. Therefore, this article interprets the paradigm shift from state-centric to globalist as a power shift in the sense of the enhanced bargaining power on part of the industrialised countries.

While more will be said below, the factors that have led to a shift from the state-centric to the dual global paradigm can briefly be listed here as follows: (i) the collapse of the socialist bloc, which also resulted in the diminishing bargaining power of developing countries (they could no longer rely on diplomatic manoeuvres by playing off East against West); (ii) the withdrawal of some state apparatus from previously deemed public activities; (iii) the opening of national markets to international investors (deregulation, privatisation and liberalisation of national economies); (iv) technological progress; and finally (v) the inadequacy of formal law-

---

<sup>20</sup> Gill, Stephan (2000). The Constitution of global capitalism., paper presented at the Panel: *The Capitalist World, Past and Present* at the International Studies Association Annual Convention, Los Angeles.

Available at <http://www.theglobalste.ac.ukp>.

<sup>21</sup> “Neo-liberalism” as is understood in this article, basically refers to a particular ideology which asserts that the *market* is the core institution of modern societies and that both domestic and international politics and policy-making are (and *should be*) primarily concerned with making markets work well. See, Soedeberg, Susanne & Menz, Georg & Cerny, Philip, G. (eds.). (2006). *Internalizing Globalization: The Rise of Neoliberalism and The Decline of National Varieties of Capitalism*, Basingstoke: Palgrave MacMillan.

making bodies to regulate all new spheres as well as trans-sovereign problems, such as refugee flows, terrorism, disease, and environmental degradation, which demand both flexibility and speed.

### 3.1. THE “NON-STATE ACTOR” PARADIGM

It is increasingly claimed that our world has now become globalised. As perceived by some scholars, a revolutionary shift has taken place since the 1980s from a state-dominated to a market-dominated international economy, which has resulted in the re-definition of international public sphere. This is also conceived as signalling a paradigm shift in international law making from a sovereignty-based international legal system to an ‘informal’, ‘trans-national’ and ‘non-state’ legal order. According to this line of understanding, this development corresponds mainly with the globalisation of international economy and the increasing foreign direct investments (FDI) made by MNEs, bolstered by the developments in information and communication technologies, as well as the improvements in transport that have facilitated border-crossing exchange of goods and service. Consequently, the proponents of globalisation claim, the nation-state has lost its position to be in command of over economic activities, which has led to an open and truly global economy characterised by unrestricted trade, financial flows, and international activities of multinational enterprises. It is further argued that the integration of the world economy has unavoidably shifted the balance of power away from states towards markets, and as a result, non-state actors have taken on authoritative roles in this emerging new (economic) order. In a similar vein, the globalisation of liberalism and privatisation of government activities have increased the reliance on market mechanisms, which has resulted in the relocation of regulatory functions from public to private authority. As a consequence, according to this line of argument, the distinction between international public and private sphere, national and international, and local and global has blurred.



It can indeed be observed an increasing tendency among scholars to extend the use of the concepts of 'law' and 'regulation' as something that can *and should* reside outside the 'traditional' international public sphere. Cutler, for instance, holds that state-based, positivist international law and public notions of authority are being combined with or, in some cases, superseded by non-state law, informal normative structures, and private economic power and authority as a new transnational legal order takes shape.<sup>22</sup> It is also asserted that MNEs and global business associations have alone assumed the roles that traditionally belonged to the international public authority. These developments have been conceptualized with the term of "global private governance", which basically refers to commercial arbitration, rating agencies, and other types of private regimes.<sup>23</sup>

The recurring reason offered for this modification is the changing international reality, which has created a disjunction between "formalistic and legalistic" structures of international law combined with the new world that has developed in the globalisation process, in which state and law has become detached and the public/private distinction has eroded. In the words of Lipschutz and Fogel, "Today, the state monopoly over regulation is well past its twentieth-century apogee. The "fluidization" of regulatory space is a feature arising from globalization, the declining authority of the state, and the growing tendency of individuals and organizations to act outside traditional rules and frameworks".<sup>24</sup> Questioning the basic premises of 'traditional' international law, which is a system based on sovereign states, many writers conclude that there is a need to recognise that the basic rules and rule makers of "the

---

<sup>22</sup> Cutler, Claire, A. (2003). *Private Power and Global Authority*. UK: Cambridge University Press, 1.

<sup>23</sup> Ruggie, John, Gerard (2004). Reconstituting the Global Public Domain. *European Journal of International Relations*. 10(4), 502.

<sup>24</sup> Lipschutz, Ronnie, D. & Fogel, Cathleen (2002). Regulation for the rest of us? Global civil society and the privatization of transnational regulation. Hall, R. B. & Biersteker, T., J. (eds.). *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, UK: Cambridge University Press, 122.

game” have changed. According to Flood, for instance, in this ‘new age’, which demands fast, flexible and often unaccustomed solutions, soft law has become the law of globalisation.<sup>25</sup> As may be expected, in this emerging legal order the concept of soft law is also to be redefined. Accordingly, soft law in the non-state actors paradigm does not refer to the rules with ‘soft obligation’ that governs inter-state relations, but to “regimes that rely primarily on the participation and resources of nongovernmental actors in the construction, operation, and implementation of a governance arrangement”.<sup>26</sup>

Even though there is no uniformity in the definition of such a non-state law regimes, the exclusion of state authority from the norm creating and implementation processes appears to be the common characteristic. According to Cutler, these emerging sources of law “do not emanate from public, state authority, but rather from privatized, non-state authority”.<sup>27</sup> It is claimed that the private international regimes, which are created by enterprises and business associations in the interactions among themselves as well as between their customers. The two most named examples of these emerging non-state authorities are the so-called ‘new’ *lex mercatoria* (or Merchant Law) and the international standards of “corporate social responsibility” (CSR). *Lex mercatoria*, which is seen as “the

---

<sup>25</sup> Flood, J. (2002). Capital markets, globalisation and global elites. Likosky, M. (ed.). *Transnational Legal Process*. UK: Butterworths, 116. In this paper, soft law refers to both (i) treaty provisions with vague obligations or weak commands, which are formally binding but lack the required normative content to create *enforceable* rights and obligations and (ii) legally non-binding instruments, such as recommendations and resolutions of international organisations, declarations and ‘final acts’ of international conferences. On the subject, see among others, Francioni, F. (1996). International ‘Soft Law’. Lowe, A. V. & Fitzmaurice, M. (eds.). *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, New York: Cambridge University Press and Shelton, Dinah (2003). *Commitment and Compliance*, New York: Oxford University Press.

<sup>26</sup> Kirton, J., J. & Trebilcock, M. J. (eds.). (2004). *Hard Choices, Soft Law*. UK: Ashgate, 4.

<sup>27</sup> Cutler. *supra* note 22, 22.

most successful example of global law without a state” by Teubner,<sup>28</sup> refers to “customary practices of merchants that transcended local custom or law and which came to be recognized by national courts”.<sup>29</sup> According to its proponents, *lex mercatoria* is (i) transnational, (ii) spontaneous, (iii) created by the trade community without reference to a particular national system of law (self-regulation), and (iv) a self-applying legal system beyond national laws (i.e., autonomous).<sup>30</sup>

The international standards of CSR refers to the voluntary ethical behaviour of a company towards society, human and workers’ rights, environmental protection, community involvement, and supplier relations. Unlike, *lex mercatoria*, the CSR is mainly driven by a regulatory impulse, heightened by increasing public pressure, consumer awareness and other dynamics, which force companies to self-regulate in the absence of external international norms to deal with the ‘backlash of globalisation’ in the above mentioned areas, which is therefore seen as an example of a “top-down” model of self-regulation. CSR, at least as it is understood today, is a relative-

---

<sup>28</sup> Teubner, Gunther (1997). *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. Teubner, G. (ed.) *Global Law Without a State*, UK&USA: Dartmouth, 7.

<sup>29</sup> Braithwaite, J. & Drahos P. (2002). *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, UK: Earthscan, 46.

<sup>30</sup> It would not be an exaggeration to say that the last few decades have seen an explosion of interest in the origin of the so-called ‘new’ *lex mercatoria*. Some writers confidently assume that the historical origins of the ‘new’ *lex mercatoria* can be traced back to the need of merchants in the medieval feudal societies to have a common law regulating the trade as they belonged to different cities, ethnic groups with different trading cultures, rules and commercial practices. It is claimed that a body of law directed to create a common trade and conflict resolution rules in order to secure and improve inter-societal trade environment emerged sometime during the Middle Age (See for instance, Epstein, R., A. (2004-2005). *Reflection on the historical Origins and Economic Structure of the Law Merchant*. *Chicago Journal of International Law*. 5(2). We are solemnly assured by these scholars that by the end of the 11<sup>th</sup> century, the Law Merchant, much of which derived from the Roman law of sale, came to govern most commercial transaction in Europe, providing a uniform set of standards across large number of locations (Milgrom, P. R. & North, D. C & Weingats, B. R. (1990). *The Role of Institutions in the Revival of Trade*. *Economics and Politics* 2(1), 5).

ly new form of regulation. The scope and ever-growing magnitude of corporate social responsibility can be explained by the restructuring of state-market relations that have characterised the contemporary era of globalisation and economic liberalisation, promoting self-regulatory and non-binding approaches to business regulation.

Associated with the prevailing ideology of neo-liberalism, deformalisation has occurred mainly in the forms of market deregulation (reduced state intervention into economic affairs), decentralisation of norm-making (privatisation of law and legal pluralism), and the emergence of a multilayered and transnational economic governance. The most salient outcome of this process has been the emergence of “informal soft law”, whose defining features are claimed to be flexible, discretionary, ad-hoc, voluntary, non-binding and unenforceable rules. Indeed, the whole rationality of the economic globalisation discourse can be characterised by an informal/softer vocabulary that includes ‘governance’, ‘market’, ‘efficiency’, ‘flexibility’, ‘voluntary standards’, ‘customer orientation’, ‘speed’ and ‘self-regulation’. To sum up, the “non-state actor” paradigm, as it is understood here, mainly refers to a perception of global situation, which assumes: (i) the decline of the nation-state, (ii) the rise of non-state actors as a new source of authority, (iii) the multiplicity of international norm making, (iv) formal/informal soft law and (self-) regulation, and finally, (iv) the belief in the supremacy of free-market and the transforming power of market forces (and technology).

### 3.2. THE “HEGEMONIC STATE” PARADIGM

As outlined roughly in the previous section, since the 1980s we have been witnessing a turn from government, formal international legislation, legal rules, public authority and institutions to governance, informal norm-like acts of private entities, private authority, and private (or hybrid) regimes. However, this period has also witnessed a parallel and complementary tendency of *legalisation*, which consists of *re-regulation* and the hardening of existing (soft) law and institutions in different areas of law. In the words of

Blake, "the language of deregulation has obscured (this) quieter truth".<sup>31</sup> Regardless of the overriding voice of deregulation and the dominant position of the discursive arguments for the virtue of the self-regulating market system, there have been more multilateral agreements and multilateral institutions addressing more areas of policy than ever before".<sup>32</sup> Indeed some writers even remark the "rejuvenation of international law"<sup>33</sup> and observe "a move to law in international relations".<sup>34</sup> This increased "legalisation", characterised primarily a proliferation of bilateral trade and investment treaties as well as the so-called international regimes dealing with particular issue areas - especially the WTO system -, can be understood as incorporating strategies, which seek to "expand the power of capital in the long term through bilateral and multilateral and quasi-legal agreements, and the constitutionalisation of neo-liberal policies, rules and standards by international economic institutions", in brief, the strategies that seek to establish a framework for a "new constitutionalism" and create a "disciplinary neoliberalism".<sup>35</sup>

Indeed, the post-1980s has witnessed a proliferation of bilateral trade and investment agreements.<sup>36</sup> The total number of international investment agreements reached about 5,500 at the end of

---

<sup>31</sup> Blake, J. D. (2002). Remarks to "The Internationalization of Legal Relations. *American Society of International Law Proceedings*. 96, 146.

<sup>32</sup> Raustiala, K. (2000). Sovereignty and Multilateralism. *Chicago Journal of International Law*. 1(2), 431.

<sup>33</sup> Simpson, G. (2000). The Situation on the International Legal Theory Front: The Power of Rules and the Rule of Power. *European Journal of International Law*. 11(2), 439.

<sup>34</sup> Goldstein, J. & Kahler, M. & Keohane, R. O. & Slaughter, A. (2000). Introduction: Legalization and World Politics. *International Organization*. 54, 3.

<sup>35</sup> Gill. *supra* note 20, 14.

<sup>36</sup> A bilateral treaty in the area of the promotion and protection of foreign investment is defined by Muchlinski as follows: "legally binding international instrument between two states, whereby each states promises, on a reciprocal basis, to observe the standards of treatment laid down by the treaty in its dealings with investors from the other contracting state" (Muchlinski, P. T. (2007). *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford: OUP, 617).

2005, of which 2,495 have been “bilateral investment treaties” and 2, 758 “double taxation treaties”.<sup>37</sup> Moreover, although a growing number of bilateral investment agreements and free trade agreements are concluded between developing economies, most of these agreements have still been concluded between a developed and a developing country, imposing binding constraints on the macroeconomic, trade and investment policies of the developing countries.<sup>38</sup> Especially the US has busily engaged in drawing developing countries into highly uneven bilateral bargaining processes over which the developing countries have little control. The most fundamental US strategy “has been to act tough on bilateral negotiations to set frameworks for subsequent multilateral negotiation”, as in the case of TRIPS agreement, and “never go directly to seeking a multilateral agreement in the way weaker states regularly do”.<sup>39</sup> These agreements usually require state parties to comply with a number of key provisions, most of them centred on the principle of non-discrimination and most favoured-nation status, which binds a country to apply to the treaty contracting state party any lower rate of import duties that it may later grant to imports from some other country.<sup>40</sup> In addition, they embody substantive constraints on state

<sup>37</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2006*, p. 26, available at [http://www.realinstitutoelcano.org/materiales/docs/WorldInvestmentReport2006\\_en.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/materiales/docs/WorldInvestmentReport2006_en.pdf)

<sup>38</sup> Peterson, L. E. (2004). *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*. Canada: International Institute for Sustainable Development, 6. According to the World Investment Report 2006, at the end of 2005, the number of “South-South” bilateral investment agreements represented 26% of the total number of such agreements and developing countries have been party to 75% of all bilateral investment treaties (UNCTAD, *World Investment Report 2006*, 228).

<sup>39</sup> Braithwaite & Drahos. *supra* note 29, 198.

<sup>40</sup> The most-favoured-nation (MFN) clauses have become a significant instrument of economic liberalisation in the investment and trade areas. A MFN clause may cover a list of specified products only, or specific concessions yielded to certain foreign countries. Alternatively, it may cover all advantages, privileges, immunities, or other favourable treatment granted to any third country whatever. The clause is intended to provide each signatory with the assurance that the advantages obtained will not be attenuated or wiped out by a subsequent agreement concluded between one of the partners and a third country. It guarantees the *YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

parties including protection from expropriations and nationalisations.<sup>41</sup> Also, these agreements typically provide an arbitration clause whereby foreign investors are entitled to submit disputes to binding investment arbitration in order to depoliticise' investment disputes. The arbitration rules of the Washington-based International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) are most commonly referred to in these agreements.<sup>42</sup> As Braithwaite and Drahos have famously stated: "Bilateralism is like cooking an elephant and rabbit stew. However you mix the ingredients, it ends up tasting like elephant. Multilateralism is the only prospect for constraining the elephant by rules under which it agrees to submit to binding arbitration".<sup>43</sup>

On the other hand, even though multilateralism is generally preferred by less powerful states for the reason that multilateralism and international institutions may exert a constraint on the role of power in determining outcomes through binding commitments on market openness and trade rules, the rules of the bargaining process however often play a decisive role in the outcomes. As Steinberg points out, "bargaining power in international organisations is derived from substantive and procedural legal endowments. Decision-making rules determine voting or agenda setting power, which shapes outcomes".<sup>44</sup> Therefore, multilateralism does not always ensure transparency nor provides protection against the asymmetries of power and influence. Without a doubt, in the post-1980s period, multilateral institutions, especially the WTO, the IMF and

---

parties against discriminatory treatment in favour of a competitor. See <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>

<sup>41</sup> Ssneiderman, D. (2000). Investment Rules and New Constitutionalism. *Law and Contemporary Problems*. 63, 101.

<sup>42</sup> Parra, A. (1997). Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 12, 297.

<sup>43</sup> Braithwaite & Drahos. *supra* note 29, 194.

<sup>44</sup> Steinberg, R., H. (2002). In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO. *International Organization*. 56(2), 342.

the WB have promoted a framework for global capitalism and sustained the process of creating a market discipline. On the one hand they endorse globalisation process by making rules, which national governments have to comply with. The WTO agreements, for instance, place extensive legal obligations on states to ensure that their national economic regulations conform to WTO standards, covering matters ranging from intellectual property rights, treatment of foreign investors to corporate taxation.<sup>45</sup> On the other hand, international financial organisations oblige developing country governments to adopt the policies of neo-liberal macroeconomic management mainly in the forms of 'structural adjustment lending programme' and 'macroeconomic stabilization programme', in return for financial aid. The latter is also known as 'conditionality', which is often criticised for undermining the government authorities' ownership of policies as well as for the negative implication on social rights and human rights.

It is a common knowledge that the decision-making authority in the most prominent and powerful institutions of "global economic governance", in particular in the IMF, the WB, the WTO, and the World Intellectual Property Organization (WIPO), continues to be disproportionately accorded to the US, the EU and Japan. Whereas developing countries have had comparatively little influence on the outcomes in the standard-setting process of these institutions mainly due to the continued use of webs of economic coercion and incentives by the US, EU and Japan. However, this should not be understood as if these institutions are merely tools that powerful states to impose rules on 'peripheral' states and co-ordinate inter-'central' state bargains. As Cammack holds, these organisations are seeking to define and exercise a relatively autonomous role in order to be able to deal with the contradictions that a global capitalist

---

<sup>45</sup> Picciotto, S. (2005). The WTO's Appellate Body: Legal Formalism as a Legitimation of Global Governance. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions* 18(3), 477.



system generates and which cannot be addressed at national level alone, not even by the most powerful states.<sup>46</sup>

All things considered, the “hegemonic state” paradigm<sup>47</sup> in this study basically refers to the institutionalisation of neo-liberal economic ideas through both (i) bilateral and multilateral treaties backed by a few powerful states, notably the US, and (ii) the rules and practices of multilateral institutions controlled essentially by the same powerful states. It is important however to note that the concept of ‘hegemony’ here does not simply indicate the dominant position of one or a few powerful states due to their economic and military supremacy. Broader than state dominance; it refers to a consensual order rather than merely a form of dominance. As Cox remarks, a hegemonic system is “based on a coherent conjunction or fit between a configuration of material power, the prevalent col-

---

<sup>46</sup> Cammack, P. (2005). *The Governance of Global Capitalism: A New Materialist Perspective*. Wilkinson, R. (ed.). *The Global Governance Reader*, London & New York: Routledge, 157.

<sup>47</sup> It is important to note that the concepts of “hegemonic international law” (HIL) and “hegemonic state paradigm”, as is understood and used here, are not one and the same thing. HIL refers to a more comprehensive and fundamental restructuring of international law and relations, which also incorporates *most* aspects of the “hegemonic state paradigm”. The contemporary HIL refers to the US disengagement from international law in many issue areas either in the form of unilateralism and withdrawal from multilateralism, as in the cases of International Criminal Court, the Kyoto Protocol, and the “war against terrorism” in Afghanistan and Iraq. HIL therefore entails policies, which undermine the role of international law as a regulatory (thus, restrictive) apparatus for the hegemonic power(s). Nonetheless, HIL does not involve a total disengagement from law. Because international law and its institutions do not only constrain power, but also magnify it. The HIL model therefore also aims at “designing a new generation of international institutions and redesigning old ones,” (Slaughter 2000: 224) as in the cases of the acceptance and enforcement of WTO-based Agreements on TRIMs and TRIPS, near-defining power on the terms of the IMF conditionality. This is where the concept of “hegemonic state paradigm” comes into view. However, as pointed out above, it is important to note that although both HIL and “hegemonic state paradigm” assault the principle of sovereign equality and envisage the recognition of an asymmetrical power relation, the latter should not be reduced simply to one state’s policy preference but should be seen as the restructuring of international economy in the interest of the global capitalist system as a whole.

lective image of world order (including certain norms) and a set of institutions which administer the order with a certain semblance of universality”.<sup>48</sup>

To sum up, it has shown in this section that in the recent process of globalisation, seeking to reinforce the global hegemony of capital, deregulation in various forms has been widely used to restructure the legal and political frames of the market-state relationships at national and international level. This section however has argued that the rise of neo-liberalism in the post-1980 period has not only involved a process of deregulation and economic liberalisation, but also re-regulation and increasing legalisation of international economic relations through mainly the international economic institutions-based multilateralism as well as inter-state bilateral trade and investment agreements, which aimed to create a free market constitution and constitutional market discipline at the global level.

## CONCLUSION

It has been argued in this article that in the post-war period the leading paradigm in international economic law was “state-centric”. While the process of decolonisation gave rise to the developing country model of state-centrism, the second source that involves the need for reconstruction of the national economies, brought about the European type of welfare state model; a combination of liberal democracy and capitalism, which sees government intervention in the economy as necessary for the stability and development. In both variations of the state-centric paradigm, the nation-state was seen as the primary and legitimate institution of policy creation, enactment, and enforcement and the only agent in economic development through public sector and planned investment. This entailed a relatively segregated and self-sustained na-

---

<sup>48</sup> Cox, R. W. (1981). Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory. *Millennium: Journal of International Studies*. 10(2), 139.

tional economy in the sense that the major part of economic activity had to take place domestically.

However, during the 1980s, the state-centric paradigm was, as a result of diverse factors that occurred in international relations and economy, replaced by a dual 'globalist' paradigm, which consists of two sub-paradigms, namely the "non-state actor" and the "hegemonic state". The factors that were most influential on the replacement of paradigm were (i) the end of the Cold War, (ii) the globalisation process (iii) the reconfiguration of the roles of the nation-state in line with the (neo) liberal ideology, (iv) the growing role of international economic institutions, especially that of the WTO, the IMF and the World Bank, and (v) the reordering of state-market relations and the expanding activities of non-state entities on the international scene.

Neo-liberal approach to the economy typically involves the policies of market deregulation, state decentralisation, and reduced state intervention in economic affairs. Its two central elements are the self-regulating market, i.e., a categorical belief in market performance as the governing mechanism for allocating goods and services and the rejection of state interference in economy, in particular state regulation. On the other hand, the actual practices of neo-liberal globalisation have showed that the transformation of international economic relations in the last few decades has not only entailed de-regulation, informal and voluntary normative development corresponding to the rising authority of non-state actors as rule makers and the emergence of a multilayered governance, but also an increasing legalisation, in the forms of re-regulation and hard law development. In other words, the shift from state-centred economic development and regulation to market-based mechanisms should not be conceived as an overall conversion from 'public' to 'private'. For, this shift entails not a definitive rolling back of state intervention, but it should rather be interpreted as the political, economical and institutional re-organisation of the role of the state. Thus, even though free markets and deregulation are presented by the neo-liberal ideology as a way to exclude state involvement in

economic regulation, the process of globalisation has entailed both deregulation and re-regulation.

## REFERENCES

BERGER, Mark, T. 2004. "After the Third World? History, Destiny and the Fate of Third Worldism" **Third World Quarterly** 25 (1)

BLAKE, Jonathan, D.. 2002. "Remarks to "The Internationalization of Legal Relations", **American Society of International Law Proceedings** 96

BRAITHWAITE, John and Drahos, Peter. 2001. **Global Business Regulation**. The UK: Cambridge University Press

BRAITHWAITE, John and Drahos Peter. 2002. **Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?**, UK: Earthscan

CAMMACK, Paul. 2005. "The Governance of Global Capitalism: A New Materialist Perspective" in Wilkinson, Rorden (ed.), **The Global Governance Reader**, London & New York: Routledge

CASSESE, Antonio. 2001. **International Law**, Oxford: Oxford University Press

COX, Robert, W. 1981. "Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory", **Millennium: Journal of International Studies**, 10 ( 2)

CUTLER, Claire, A., Haufler, Virginia, and Porter, Tony (eds.). 1999. **Private Authority and International Affairs**, New York: State University of New York Press

CUTLER, Claire, A. 2003. **Private Power and Global Authority**, UK: Cambridge University Press

FLOOD, J. 2002. "Capital markets, globalisation and global elites" in Likosky, Michael (ed.), **Transnational Legal Process**. UK: Butterworths

GILL, Stephan. 2000. "The Constitution of global capitalism", paper presented at the Panel: **The Capitalist World, Past and Present** at the International Studies Association Annual Convention, Los Angeles.

Available at <http://www.theglobalste.ac.ukp>

GOLDSTEIN, Judith; Kahler, Miles, Keohane, Robert, O., and Slaughter, Anne-Marie. 2000. "Introduction: Legalization and World Politics" 54 **International Organization**

KIRTON, John, J. and Trebilcock, Michael, John. (eds.). 2004. **Hard Choices, Soft Law**. UK: Ashgate

LIPSCHUTZ, Ronnie, D. and Fogel, Cathleen. 2002. "Regulation for the rest of us?" Global civil society and the privatization of transnational regulation" in Hall, Rodney, Bruce and Biersteker, Thomas, J. (eds.), **The Emergence of Private Authority in Global Governance**, UK: Cambridge University Press

MARKS, Susan. 2006. "State-centrism, International Law, and the Anxieties of Influence". 19 **Leiden Journal of International Law**

PARRA, Antonio. 1997. "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", 12 **IC-SID Review – Foreign Investment Law Journal**

PENDER, John. 2001. "From 'Structural Adjustment' to 'Comprehensive Development Framework': Conditionality Transformed?", **Third World Quarterly**, 22 (3)

PETERSON, Luke Eric. 2004. **Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making**, Canada: International Institute for Sustainable Development

PICCIOTTO, Sol. 2005. "The WTO's Appellate Body: Legal Formalism as a Legitimation of Global Governance", **Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions**, 18 (3)

RAUSTIALA, Kal. 2000. "Sovereignty and Multilateralism", **Chicago Journal of International Law**, 1(2)

RIST, Gilbert 2002. **The History of Development: From Western Origins to Global Faith**. London: Zed Publishing

RUGGIE, John, Gerard 2004. "Reconstituting the Global Public Domain". **European Journal of International Relations** 10 (4)

SCHNEIDERMAN, David. 2000. "Investment Rules and New Constitutionalism", 63 **Law and Contemporary Problems**

SIMPSON, Gerry. 2000. "The Situation on the International Legal Theory Front: The Power of Rules and the Rule of Power", **European Journal of International Law**, 11 (2)

SLAUGHTER, Anne-Marie. 2000. "Building Global Democracy", 1 **Chicago Journal of International Law**

STEINBERG, Richard, H.. 2002. "In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO", **International Organization** 56 (2)

TEUBNER, Gunther. 1997. "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in Teubner, Gunther (ed.) **Global Law Without a State**, UK&USA: Dartmouth

WAEDELDE, Thomas, W. 1995. "A Requiem for the 'New International Economic Order'", **The Internet Journal of the Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy** 1, available at <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol1/vol1-2.html>

# DIE EINFÜHRUNG DER VERFASSUNGSBESCHWERDE ALS NEUES RECHT IN DER TÜRKEI: EINE BESSERSTELLUNG ZUM SCHUTZ DER GRUND- UND FREIHEITSRECHTE?

Araş. Gör. Saniye ÖCAL<sup>1</sup>

## ÖZET

Bu Makalede, Türk hukukuna 2010 yılındaki Anayasa reformu ile giren Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı ele alınmıştır. Yazar, bireysel başvuru yoluyla Türk vatandaşlarının ve dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin hangi açılardan pozitif kazanım elde ettiğini irdelemiştir. Bu noktada, bireysel başvuru hakkının daha iyi anlaşılması bakımından Alman hukukunda mevcut bulunan bireysel başvuru (Verfassungsbeschwerde) modeli tanıtılmıştır.

## ABSTRACT

*This article deals with the introduction of the constitutional complaint in 2010 by the constitutional reform in Turkey. It indicates the advantages which this procedure can mean for the Turkish individuals in future. Besides, the complaint procedure already to be found in Germany serves as a model. The author will point*

---

<sup>1</sup> Saniye Öcal, geb. Utangaç ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht, Rechtstheorie am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Fisahn an der Juristischen Fakultät in Bielefeld. Sie promoviert zu Fragen im türkischen Verfassungsrecht im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, E-mail: saniye.utangac@uni-bielefeld.de

*also the advantages for the Turkish Government in the context of the European convention of human rights.*

**Anahtar Kelimeler:** 2010 Anayasa reformu, bireysel hak arama özgürlüğü, genişletilmiş demokratik hak aramaları, genişletilmiş hukuk devleti anlayışı, Avrupa'da insan hakları anlayışı, Anayasa m. 148, bireysel başvuru hakkı.

**Keywords:** *Constitutional reform in Turkey in 2010, Constitutional complaint procedure for the individuals in Turkey, democracy, rule of law, European Convention on Human Rights, article 148 Turkish Constitution.*

\*\*\*

## **I. Die Verankerung der Verfassungsbeschwerde in das türkische Rechtssystem**

In Deutschland ist die Verfassungsbeschwerde ein außerordentlicher Rechtsbehelf, mit dem Personen vor einem Verfassungsgericht eine Verletzung ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte durch Akte der Staatsgewalt geltend machen können.

Die Verfassungsbeschwerde gibt es sowohl auf Bundesebene - als Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe - als auch in einigen Ländern vor dem Landesverfassungsgericht (Staatsgerichtshof, Verfassungsgerichtshof).<sup>2</sup> Erstere Verfahren haben dabei die praktisch weitaus größere Bedeutung erlangt. Die vor allem in diesen Verfahren vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Rechtsprechung zu den Grundrechten aus Art. 1 bis Art. 19 Grundgesetz (GG) und den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genann-

<sup>2</sup> B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Heidelberg 2008, § 34 Rn. 1116 ff.; C. Creifelds, Rechtswörterbuch, 15. Aufl., München 1999, S. 1384.



ten grundrechtsgleichen Rechten hatte und hat entscheidenden Einfluss auf die Rechtspraxis und die Fortbildung des Rechts in nahezu allen Lebensbereichen.<sup>3</sup>

Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in Deutschland war bereits in der letztlich nicht in Kraft getretenen Paulskirchenverfassung von 1849 vorgesehen. Realisiert wurde sie dann erstmals 1919 in Bayern durch die sogenannte Bamberger Verfassung. Hier bestimmte Art. 93 I der Verfassung: *"Jeder Staatsangehörige und jede juristische Person, die in Bayern ihren Sitz hat, haben das Recht der Beschwerden an den Staatsgerichtshof, wenn sie glauben, durch die Tätigkeit einer Behörde in ihrem Recht unter Verletzung dieser Verfassung geschädigt zu sein. Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn vorher ohne Erfolg beim Ministerium Abhilfe nachgesucht worden oder der Rechtsweg erschöpft ist."* Ein Hauptkritikpunkt dieser Verfassungsbeschwerde war es, dass sie sich nur gegen behördliche Einzelakte richtete, was fehlte war die Verfassungsbeschwerde auch gegen Akte des Gesetzgebers. Dieser Rechtsbehelf gewann allerdings nach dem zweiten Weltkrieg Eingang in die Verfassung des Freistaates Bayern, die im Jahre 1946 verabschiedet wurde. Diesem Vorbild folgte das Land Hessen, welches mit der Verfassung von 1946 einen entsprechenden Rechtsbehelf in die Landesverfassung einfuhrte. Als es um die Schaffung eines Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland ging, wurde im Parlamentarischen Rat die Übernahme dieser Vorbilder auf Bundesebene beraten, allerdings nicht in die Praxis umgesetzt. Erst mit dem „Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)“ (Bundesverfassungsgerichtsgesetz/BVerfGG) vom 12. März 1951, welches zuletzt am 11. August 1993 neu bekannt gemacht wurde, wurde die Verfassungsbeschwerde einfachrechtlich, also außerhalb des Grundgesetzes, eingeführt. In das Grundgesetz selbst eingefügt - und damit einer einfachen Gesetzesänderung entzogen - wurde die Verfassungsbeschwerde erst durch das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. Ja-

<sup>3</sup> B. Pieroth/B. Schlink (a. a. O.), § 34 Rn. 1116.

nuar 1969<sup>4</sup> (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Anstoß hierzu war die Einführung des Widerstandsrechts in Art. 20 Abs. 4 GG, das als Gegengewicht zu den Änderungen im Rahmen der Notstandsverfassung gedacht war. Verletzungen desselben sollten fortan auch die Verfassungsbeschwerde eröffnen. Anlässlich dieser Ergänzung wurde der bisher nur einfachrechtlich geregelte Rechtsbehelf in der Verfassung selbst verankert. Die Verfassungsbeschwerde ist in Deutschland der einzige Weg, auf dem der Einzelne ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht einleiten kann. Sie ergänzt den durch Art 19 IV GG garantierten Individualrechtsschutz: „*Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben ...*“. Der Absatz garantiert damit den lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz. Er steht im engen Zusammenhang mit der Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland und wird als dessen Krönung, als Schlussstein in dessen Gewölbe bezeichnet.<sup>5</sup>

Das Verfassungsgericht der Republik Türkei ist eines der ältesten Verfassungsgerichte in Europa. Es ist durch die Verfassung von 1961 in das türkische Rechtssystem eingeführt worden. Die wichtigsten Verfahrensarten sind die abstrakte und die konkrete Normenkontrolle.<sup>6</sup> Das türkische Verfassungsrecht kannte bislang die Verfassungsbeschwerde als „Individualbeschwerdeverfahren“ von anderen Ländern. Insbesondere das Beschwerdeverfahren in Deutschland diente in der Vergangenheit oft als Modell für die Einführung einer Verfassungsbeschwerde in der Türkei.<sup>7</sup> In Recht-

<sup>4</sup> Bundesgesetzblatt I, S. 97.

<sup>5</sup> B. Pieroth/B. Schlink (a. a. O.), § 34 Rn. 1117 sowie § 26 Rn. 1006 m.w.N. Vgl. auch BVerfGE 88, 123; 93, 99 (107); 97, 169 (185).

<sup>6</sup> Vgl. hierzu bereits die Erläuterungen von E.E. Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik in: Die Staatsverfassungen der Welt in Einzelausgaben (Herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg). Bd. 7, Frankfurt am Main/Berlin 1966, S. 182 ff.

<sup>7</sup> H. Uçman/M.R. Karsli, Anayasa Sikayeti ve AIHM Sempozyumu üzerine Notlar unter: [http://www.dpud.org/index.php?option=com\\_content&view=article](http://www.dpud.org/index.php?option=com_content&view=article) YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

sprechung und Lehre waren früh kontroverse Diskussionen über das Für und Wider der Einführung dieses Rechtsbehelfs entfacht. Das türkische Verfassungsgericht ist ähnlich überlastet wie das Bundesverfassungsgericht. Während die Überlastung des BVerfG eine Folge der Verfassungsbeschwerde ist, ist die Überlastung des türkischen Verfassungsgerichts eine Folge der Normenkontrolle.<sup>8</sup> Es wurde lange darüber spekuliert, ob die Einführung einer Verfassungsbeschwerde in die türkische Rechtsordnung zu einer Entlastung der Gerichte führen könnte. Bereits im Jahre 2005 hat das türkische Verfassungsgericht einen Entwurf über eine Verfassungsänderung vorgelegt, in dem sie unter anderem die Einführung der Verfassungsbeschwerde vorgeschlagen hatte.<sup>9</sup> Nun ist dieser Vorschlag umgesetzt worden: Das am 19. September 2010 durch die türkische Regierung durch Volkswahlen verabschiedete Reformpaket hat zu weitreichenden Veränderungen in der türkischen Verfassung geführt. Sie umfasst insgesamt 26 Artikel der türkischen Verfassung, die zum Teil auch zu „inhaltlichen“ Änderungen geführt hat.<sup>10</sup> Es dürfte nicht falsch sein, festzustellen, dass diese Neuerungen der Verfassung zum Teil eine ganz neue Rechtsrichtung gegeben haben. Neben Änderungen des Justizwesens, die nicht nur die Richterschaft, sondern insbesondere auch das Militär betreffen, ist insbesondere die Verankerung der Verfassungsbeschwerde als ganz neuer Rechtsbehelf für den türkischen Bürger zu nennen.<sup>11</sup> Wenn-

---

(11.02.2011); A. Künnecke, Verfassungsbeschwerde als neues Recht der Türken unter:

<http://www.tagesschau.de/ausland/referendumtuerkei102.html> (14.02.2011).

<sup>8</sup> Näheres dazu vgl.: F. Sağlam, Die Diskussion über die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei in: O. Depenheuer, I. Doğan/O. Can (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Grundrechtsstandard-Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre, Bd. 4, S. 33 (34); H. Uçman/M.R. Karsli (a. a. O.).

<sup>9</sup> Zu dieser Entwicklung vgl. F. Sağlam (a. a. O.), S. 33 f.

<sup>10</sup> I. Kilic, Iste Anayasa Paketinin Madde Madde Analize unter: <http://www.odatv.com/n.php?=-ist-anayasa-paketinin-made-made-analize.de> (2.3.2011)

<sup>11</sup> Vgl. die Diskussion „Verfassungsbeschwerde als neues Recht der Türken“ unter:

gleich es etwas „verfrüht“ erscheint, über die Besserstellung bzw. Erfahrungen des Beschwerderechts eine Bilanz zu ziehen - zumal nach den hier vorliegenden Recherchen noch kein Individualbeschwerdeverfahren Eingang in die Gerichtssäle gefunden haben - kann doch im Hinblick auf die Erfahrungen des Individualbeschwerdeverfahrens in anderen Ländern - hier soll Deutschland als Vorbild dienen - abgewogen werden, ob für den türkischen Bürger ein Mehrwert dadurch entstanden ist, dass er nun durch die Verletzung seiner Grund- und Freiheitsrechte das Verfassungsgericht anrufen kann. Der Aufsatz versucht, einen Überblick über die Vorteile der Verfassungsbeschwerde am Menschen orientiert zu geben. Möglicherweise - auch das will die Autorin aufzeigen - dient das Verfahrensrecht auch dem türkischen Staat als Indikator zu mehr Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.<sup>12</sup> Die deutsche Gerichtsbarkeit hat seit Einführung der Verfassungsbeschwerde mit der dynamischen Rechtsentwicklung dieses Rechtsinstituts eine einzigartige starke Verfassungesgerichtsbarkeit eingerichtet mit der der Vorrang der Verfassung allgemein durchgesetzt werden kann. Die Verfassungsbeschwerde ist seitdem die zahlenmäßig „bedeutendste“ Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts und drückt sich in ca. 96% aller anhängigen Verfahren aus. Derzeit werden jährlich ca. 6000 Verfassungsbeschwerden erhoben. Dabei liegt die Erfolgsquote bei etwa 2%.<sup>13</sup> Die nun in der türkischen Verfassung verankerte Verfassungsbeschwerde ist in Art. 148 der türkischen Verfassung (tV) umfassend geregelt und lautet wie folgt:

*Abs. 1: „Das Verfassungsgericht überprüft die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, der Rechtsverordnungen mit*

<http://www.tagesschau.de/ausland/referendumtuerkei102.html> (11.02.2011).

<sup>12</sup> Vgl. dazu die Berichterstattung von *B. Pekdas* über die im Rahmen einer Tischkonferenz in Izmir stattfindende Debatte über das Für und Wider der Einführung der Verfassungsbeschwerde unter: „Anayasa Sikayet AIHM’ye Basvuru Hakkini Bloke Etmemeli“;

<http://www.referandum.org/haber.asp?id=2518959> (02.03.2011).

<sup>13</sup> *B. Pieroth/B. Schlink* (a. a. O.), § 34 Rn. 1117 und 1118. Vgl. dazu auch die Erläuterungen bei *P. Schlink*, NJW 1984, S. 89 ff.

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

*Gesetzeskraft und der Geschäftsordnung der Großen Nationalversammlung der Türkei und entscheidet über Verfassungsbeschwerden ...“.*

Abs. 2: *„Jeder kann mit der Behauptung das Verfassungsgericht anrufen, dass eines der durch die Verfassung geschützten Grundrechte und -Freiheiten, das auch in den Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention fällt, durch die öffentliche Gewalt verletzt worden sei. Voraussetzung für den Antrag ist die Ausschöpfung der ordentlichen Rechtswege“.*

Abs. 3: *„Die Prüfung der Verfassungsbeschwerde umfasst nicht die Gegenstände, die im ordentlichen Rechtswege zu prüfen wären“.*

Abs. 4: *„Verfahren und Grundsätze der Verfassungsbeschwerde werden durch Gesetz geregelt“.<sup>14</sup>*

## **II. Mehr Grundrechtsschutz durch die Einführung der Verfassungsbeschwerde?**

Die in der Türkei vom türkischen Bürger bis zur Verfassungsreform (und noch) möglichen Rechtsbehelfe zur Überprüfung der Verletzung seiner Grund- und Freiheitsrechte durch staatliche Organe fanden bislang mittelbar in Form der abstrakten und konkreten Normenkontrolle statt. Bei einer Normenkontrolle wird die Norm in ihrer Allgemeinheit überprüft. In dieser Funktion umfasst die Norm eine Vielzahl von Fällen. Eine abstrakte Normenkontrolle (*soyut norm denetimi oder iptal davası*), die in der türkischen Verfassung als „Anfechtungsklage“ bezeichnet wird, liegt vor, wenn generell Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordneten Normen überprüft werden, d.h. wenn unabhängig und losgelöst von einem konkreten Rechtsstreit das Verhältnis von Normen zueinander untersucht wird, Art. 150 tV. Sie ist dasjenige Verfahren, in dem der Antragsbefugte unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall der angegriffenen Norm und ohne in eigener Per-

---

<sup>14</sup> C. Rumpf, Die Verfassung der Republik Türkei (Übersetzung). Abrufbar unter: <http://www.tuerkei-recht.de/Verfassung.pdf>.

son betroffen zu sein, gesetzgeberische Akte angreift.<sup>15</sup> Im Rahmen dieses Rechtsbehelfs können die betreffenden Gesetzgebungsakte unmittelbar nach ihrer Verkündung auf Antrag des Präsidenten der Republik, der Fraktionen der Regierungspartei und der größten Oppositionspartei sowie eine Anzahl von mindestens einem Fünftel der Gesamtzahl der Mitglieder der Großen Nationalversammlung der Türkei mit der Behauptung der formellen oder materiellen Verfassung von Gesetzen, Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft, der Geschäftsordnung der Großen Nationalversammlung der Türkei oder bestimmter Artikel und Vorschriften von diesen Klage vor dem Verfassungsgericht erheben, vgl. Art. 150 tV. Dagegen wird im konkreten Normenkontrollverfahren (*somut norm denetimi*) aufgrund einer Vorlage (*def'i yolu*) eines Gerichts im Rahmen eines dort anhängigen Verfahrens die Verfassungsmäßigkeit eines gesetzgeberischen Aktes überprüft, der in dem betreffenden Verfahren entscheidungserheblich ist (Art. 152 tV).<sup>16</sup> Das vorliegende Gericht muss gewichtige Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Gesetzes haben und dies auch begründen.<sup>17</sup> Mit dem Normenkontrollverfahren kann damit eine Gesetzesnorm für die meisten Fälle, die in ihren Geltungsbereich fallen, als verfassungsmäßig betrachtet werden. Allerdings ist es auch wahrscheinlich, dass dieselbe Norm bei ihrer Konkretisierung auf einen Fall eine Grundrechtsverletzung darstellt. Denn die Gesetzesvorschrift ist nicht immer deckungsgleich mit dem allgemein formulierten Normtext.<sup>18</sup> Das Normenkontrollverfahren ist damit ein Rechtsbehelf, mit dem sich Personen nur mittelbar - eben über die Vorlage durch die Gerichte - gegen Akte der Staatsgewalt wehren können, d.h., die Möglichkeit für „Jedermann“, die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes „direkt und unmittelbar“ wegen

<sup>15</sup> Ausführlich dazu C. Rumpf, Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtsprechung, S. 129 (132).

<sup>16</sup> C. Rumpf, Einführung in das türkische Recht, München 2004, S. 54, Rn. 92.

<sup>17</sup> C. Rumpf (a. a. O.), S. 54, Rn. 92.

<sup>18</sup> F. Müller, Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts-Sonderdruck aus der Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, München und Wien, S. 144 ff.; F. Sağlam (a. a. O.), S. 33 f.

Verletzung seiner von der ihm durch das türkische Verfassungsrecht eingeräumten Grund- und Freiheitsrechte durch das Verfassungsgericht zu erwirken, ist nur über einen Umweg möglich. Hinzu kommt, dass das Normenkontrollverfahren den Schutz der Grundrechte nicht umfassend zu garantieren vermag. Der besondere Gehalt der Grundrechte für die Bürger bleibt im Rahmen von Normenkontrollverfahren eher im Hintergrund und gewährleistet damit im Falle einer Grundrechtsverletzung keinen effektiven Schutz. Hier nun setzt das Konstrukt der Verfassungsbeschwerde ein, dass das Grundrecht in diesem Fall schützt, während der Normtext unberührt bleibt. Die Verfassungsbeschwerde ist ihrem Wesen nach ein zusätzlicher, signifikanter Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat mit dem Zweck, dass alle Akte der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt auf ihre „Grundrechtmäßigkeit“ hin nachprüfbar sind.<sup>19</sup> Im Gesamtsystem der verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten ist die Verfassungsbeschwerde Ausdruck der besonderen Bedeutung, die das deutsche Grundgesetz - und nunmehr auch das türkische Rechtssystem - den Grund- und Freiheitsrechten für die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens beimisst. Damit kommt der Verfassungsbeschwerde eine doppelte Funktion zu: Sie wird einmal dem Bürger zur Gewährleistung seiner individuellen Grundrechte eingeräumt und dient zum anderen der Konkretisierung und Rechtsfortbildung des objektiven Verfassungsrechts, welches wiederum den Gehalt und den Wert eines demokratischen Rechtsstaates ohne weiteres aufzuwerten geeignet ist.<sup>20</sup> Prozessual ist sie als außerordentlicher Rechtsbehelf ausgestaltet. Obwohl als „Jedermanns-Recht“ begründet und als verfahrensrechtlicher „Schlussstein“ der Rechtsstaatlichkeit benannt, bestehen hohe Zulässigkeitschürden. Eine Verfassungsbeschwerde ist (auch) nach der türkischen Verfassungsordnung nur subsidiär und unter wesentlich engeren Voraussetzun-

<sup>19</sup> A. Katz, Staatsrecht, Heidelberg 2007, S. 268, Rn. 535; C. Creifelds (a. a. O.), S. 1384.

<sup>20</sup> A. Katz (a. a. O.), S. 268, Rn. 535.

gen zulässig als die allgemeinen Rechtsmittel.<sup>21</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 148 Abs. II S. 2 tV der ausdrücklich bestimmt, dass Voraussetzung für den Antrag die „Ausschöpfung“ der ordentlichen Rechtswege ist. Der Vorteil für den Bürger liegt gegenüber dem Normenkontrollverfahren hauptsächlich darin, dass die Schutzmaßstäbe für die Grundrechte, namentlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Erfordernisse eines demokratischen Staates und die Wesensgehaltsgarantie einen weiteren Anwendungsbereich haben als im Normenkontrollverfahren. Die Schutzmaßstäbe zeigen ihre effektive Schutzwirkung erst bei ihrer Anwendung in einem konkreten Fall. Das bis zur Verfassungsreform fehlende „Verfassungsbeschwerdeverfahren“ mag daher mit ein Grund dafür gewesen zu sein, dass das türkische Verfassungsgericht bei seinen Entscheidungen im Gegensatz zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht die Schutzmaßstäbe für Grundrechte (bislang) wesentlich weniger und nahezu ohne konkreten Inhalt benützt hat.<sup>22</sup> Wie bereits angedeutet, bleiben im Normenkontrollverfahren die Anwendung der Schutzmaßstäbe der Grund- und Freiheitsrechte eine abstrakte Aussage.

Mit Blick auf die Grundrechtsgeltung zwischen Privatpersonen, die sog. „Drittwirkung der Grundrechte“<sup>23</sup>, könnte die Einführung der Verfassungsbeschwerde einen weiteren Mehrwert für die türkischen Staatsbürger bekommen haben. Entsprechend der historischen Entwicklung kommt der Komponente der Grundrechte, die als Bürger-Staat gerichtetes, vertikales Abwehrrecht skizziert werden kann, nach wie vor die maßgebliche Bedeutung zu, vgl. nur

<sup>21</sup> Nach deutschem Recht vgl. bereits BVerfGE 33, 247 (258); Vgl. auch die Ausführungen bei *A. Katz* (a. a. O., Fn. 13), S. 268, Rn. 535; Für das türkische Recht vgl. *H. Uçman/M.R. Karsli* (a. a. O.).

<sup>22</sup> *F. Sağlam* (a. a. O.), S. 37.

<sup>23</sup> Ausführlich dazu *B. Pieroth/B. Schlink* (a. a. O.), § 5 Rn. 173 ff. sowie die Linie der Rechtsprechung der BVerfGE 7, 198 (205 f.), 73, 261 (269), die die unmittelbare Drittwirkung generell ablehnen aber über das „Wertsystem der Grundrechte“, die auch zwischen Privatpersonen Gültigkeit haben soll, eine mittelbare Drittwirkung im Einzelfall annehmen.



Art. 1 III GG. Daraus könnte geschlussfolgert werden, dass nur die öffentliche Hand als Grundrechtsadressat in Betracht kommt. Gleichwohl muss der Frage nachgegangen werden, ob die Grundrechte über den Wortlaut hinaus nicht auch „soziale und wirtschaftliche Gewalten“ wie beispielsweise Wirtschaftsverbände, Gewerkschaften bzw. sogar „Jedermann“, also auch Privatpersonen im Privatrechtsverkehr, zu binden vermögen (horizontale Stoßrichtung).<sup>24</sup> Den Hintergrund dieser Betrachtung liefert die Tatsache, dass die Grundrechte längst über ihren Status als Abwehrrechte hinaus die zusätzliche wichtige Komponente beinhalten, allgemeine Wertmaßstäbe für alle Rechtsbereiche aufzustellen.<sup>25</sup> Durch die Ausstrahlung der Grundrechte auch auf andere Bereiche, wie etwa das Zivilrecht, könnte sich die Wirkungskraft der Grundrechte umfassend entfalten. Denkbar ist beispielsweise, dass nichtstaatliche „Machtentfaltung“ etwa durch Verbände oder Konzerne freiheitsbedrohende Wirkungen verursachen.<sup>26</sup> Dann kann sich die berechnete Frage auf tun, ob und wenn ja, in welcher Art und Weise auch Privatpersonen Grundrechtsadressaten sein können, Grundrechte infolgedessen also auch auf das Privatrechtsverhältnis ausstrahlen. Im deutschen Verfassungsrecht liegt eine Grundrechtsbindung unter „Privatpersonen“ jedenfalls ausdrücklich in Art. 9 III GG vor, der die Koalitionsfreiheit umfasst und bestimmt: *„Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.“* Wenngleich hinsichtlich aller übrigen Grund-

<sup>24</sup> A. Katz (a. a. O.), S. 305, Rn. 613.

<sup>25</sup> B. Pieroth/B. Schlink (a. a. O.), § 5 Rn. 173 ff.; BVerfGE 7, 198 (205 f.), 73, 261 (269).

<sup>26</sup> A. Katz (a. a. O.), S. 268, Rn. 535.

rechtsvorschriften stark umstritten ist<sup>27</sup>, ob und in welchem Umfang eine Grundrechtsgeltung zwischen Dritten im Privatrechtsverhältnis anzuerkennen ist oder nicht, erkennen die ganz herrschende Meinung in der Literatur<sup>28</sup> und das BVerfG<sup>29</sup> an, dass die Grundrechtsbestimmungen als Elemente objektiver Wertordnung einen mittelbaren Einfluss auf das Privatrecht haben. Das BVerfG betont, dass die Zivilgerichte die Ausstrahlungswirkung der in den Grundrechten manifestierten Wertentscheidungen im Bereich des Zivilrechts hinreichend zu beachten haben, das Zivilrecht ist deshalb im „Lichte der Grundrechte“ auszulegen. Die Entwicklung im deutschen Verfassungsrecht zeigt, dass die Drittwirkung mit der Verfassungsbeschwerde erzielt, fortentwickelt und erweitert werden kann.<sup>30</sup> Auch im türkischen Verfassungstext zeigt sich eine Tendenz zur Grundrechtsbindung unter Privatpersonen. So heißt es in Art. 11 tV: *„Die Verfassungsvorschriften sind rechtliche Grundregeln, welche die Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung, die Verwaltungsbehörden und übrigen Organisationen und Personen binden.“* Obwohl die Drittwirkung im türkischen Verfassungsrecht bereits seit 1961 ein Thema ist, konnte sie bislang weder in der Dogmatik noch in der tatsächlichen Anwendung Fortschritte erzielen. Dies veranschaulicht schon die von Sabuncu ins Feld geführten Ansätze im Rahmen seiner Erörterungen zur 1982er Verfassungsreform: *„In Bezug auf die „Drittwirkung“ wollen wir ganz kurz darauf hindeuten, dass die Grundrechtsnormen beider Verfassungen zwar in erster Linie für den Staat, aber auch für „Dritte“ bindend sind. Artikel 8 der 1961'er und Artikel 11 der Verfassung von 1982 drücken das beinahe wörtlich gleich aus: „Die Verfassungsvorschriften sind recht-*

<sup>27</sup> Eine Übersicht zu den verschiedenen Ansichten liefert J. Schwabe, Drittwirkung und kein Ende, NJW 1973, 229 f.; Vgl. auch die Ausführungen bei J. Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 ff.

<sup>28</sup> A. Katz (a. a. O.), S. 307, Rn. 535 m.w.N.

<sup>29</sup> BVerfGE 7, 198 (207); 42, 163 (186); 73, 261 (268 f.).

<sup>30</sup> Vgl. hierzu eingehend auch die Ausführungen bei A. Guckelberger, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, Heft 12, S. 1553 f.; F. Sağlam (a. a. O.), S. 37.

liche Grundregeln, welche die Organe der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung, die Verwaltungsbehörden und sonstigen Organisationen und Personen binden“ (1982). Im türkischen Recht wird im allgemeinen neben der „mittelbaren“ auch die „unmittelbare“ Drittwirkung anerkannt“.<sup>31</sup> Möglicherweise verhilft nun die Einführung der Verfassungsbeschwerde zur weiteren Etablierung und Durchsetzung der Drittwirkung von Grundrechten.<sup>32</sup> Dazu allerdings bedarf es einiger Zeit und Übung mit dem neuen Rechtsbehelf. Insbesondere sind nun die Gerichte angehalten, anhand der Rechtsprechungsfälle die Verfassungsbeschwerde am Menschen orientiert auch mit Blick auf die Drittwirkung ständig fortzuentwickeln. Nur so kann sich auch ein intensiver dogmatischer Diskussionsaustausch in der Rechtslehre begründen, der am Ende eine in Fragen der Drittwirkung „herrschende Meinung“ hervorbringen geeignet ist und zur tatsächlichen Umsetzung der Drittwirkung auch im Privatrechtsbereich führen kann. Danach wäre es zum Beispiel möglich, dass der Gleichheitssatz auch im Verkehr zwischen den Bürgern untereinander als Prinzip zu beachten ist. Die dann soweit entwickelte Drittwirkung könnte direkt über das Verfassungsrecht und die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Entscheidungen in Individualbeschwerdeverfahren sich auch auf das Zivilrecht ausstrahlen. So könnten Grundrechte etwa bei der Interpretation von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln des Zivilrechts nicht außer acht gelassen werden. In Deutschland wird es etwa als zulässig erachtet, für die Beurteilung, wann ein Aufruf zum Boykott gegen die guten Sitten verstößt, auch auf das in Art. 5 GG garantierte Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit, oder bei der Verwertung persönlicher Aufzeichnungen, z.B. im Strafverfahren oder im Eheprozeß, auf den Schutz der Intimsphäre - damit freilich ist etwa die Menschenwür-

<sup>31</sup> Y. Sabuncu, Grundrechte und -freiheiten in der neuen Verfassung der Türkei, AÜSBFD, Bd. 40, Ankara 1985, S. 155 (Fn.1); Dazu auch B. Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayinlari, Istanbul 1978, S. 252-282.

<sup>32</sup> So auch F. Sağlam (a. a. O.), S. 38 f.

de, die freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 1, 2 GG gemeint - abzustellen.<sup>33</sup>

Auf völkerrechtlicher Ebene ist zu erwarten, dass die vor dem EGMR erhobenen Klagen der Individualbeschwerde nach Art. 34 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) deutlich reduziert werden können, weil nun das türkische Verfassungsgericht als Letztinstanz selber in der Position ist, Grundrechtsverletzungen von Personen direkt zu überprüfen. So kann das Verfassungsgericht den Weg der Individualbeschwerde vor dem EGMR verhindern, weil es dem türkischen Bürger jetzt selbst mit dem Rechtsmittel der Verfassungsbeschwerde Abhilfe schaffen kann. Nur wenn der Bürger auch hier erfolglos ist und damit die letzte Hürde des innerstaatlichen Rechtsbehelfs hinter sich lässt, ist nach dem Subsidiaritätsgrundsatz der EMRK<sup>34</sup> der Weg zum EGMR eröffnet. Der Vergleich zwischen Ländern mit und ohne der Verfassungsbeschwerde beweist, dass die Verfassungsbeschwerde eindeutig die Klageerhebung vor dem EGMR reduziert: Länder wie Italien, Frankreich und eben die Türkei (ohne Verfassungsbeschwerde) verzeichneten zwischen den Jahren 1999 und 2005 zwischen 344 (Frankreich), 764 (Türkei) und 1170 (Italien) Klageverfahren vor dem EGMR. Im Vergleich dazu wurden im selben Zeitraum für Länder mit der Verfassungsbeschwerde, Klageverfahren zwischen 19 (Spanien), 47 (Deutschland) und 91 (Österreich) gezählt.<sup>35</sup> Die Differenz ist also nicht unerheblich und zeigt, dass der Verfassungsbeschwerde eine Filterfunktion zukommen kann. Darin ist also ein weiterer und nicht zu unterschätzender Vorteil durch die Einführung der Verfassungsbeschwerde gegeben. Darauf deutet wohl auch der Wortlaut des Art. 148 Abs. 2 tV hin, wenn es dort heißt, dass „... jeder ... mit der Behauptung das Verfassungsgericht anrufen (kann), dass eines der durch die Verfassung geschütz-

<sup>33</sup> C. Creifelds (a.a.O.), S. 327-328; B. Pieroth/B. Schlink (a. a. O.), § 5 Rn. 177 ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Dazu J. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., Bonn 2006, Art. 2 Rn. 18 m.w.N.

<sup>35</sup> F. Sağlam (a. a. O.), S. 38.

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

ten Grundrechte und -Freiheiten, das auch in den Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention fällt, durch die öffentliche Gewalt verletzt worden sei. "Wenngleich der Bezug zur Menschenrechtskonvention wohl aus dem politischen Blickwinkel heraus Eingang in die Verfassung gefunden hat, nämlich das Image der Türkei als eines der meistverklagten Mitgliedstaaten vor dem Straßburger Gerichtshof zu relativieren, ist die Klausel generell zu begrüßen. Denn dadurch - dass ist jedenfalls zu hoffen - ist jeder Rechtsanwender gehalten, Art. 148 tV in enger Verbindung mit den in der EMRK verbürgten Grund- und Freiheitsrechte auszulegen. Bedauerlicherweise ist die Anrufung des türkischen Verfassungsgerichts auf die Grund- und Freiheitsrechte der im Rahmen der europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Rechte begrenzt. Hierin ist eine nur halbherzige Gewährung der Verfassungsbeschwerde zu sehen, weil der Gesetzgeber hier bewusst den Weg für Rechtsschutzlücken im Individualbeschwerdeverfahren geebnet hat. Der Bürger wird also nicht in allen Bereichen der Grund- und Freiheitsrechte die Verfassungsbeschwerde erheben können. Hinzukommen (wohl) erhebliche praktische Anwendungsprobleme, da jeder, der die Verfassungsbeschwerde erheben will, zunächst für sich erforschen muss, ob sein durch die öffentliche Gewalt verletztes Grundrecht mit dem in der Menschenrechtskonvention verbürgten Grundrechte kompatibel ist. Dies wiederum setzt intensive Fachkenntnisse im juristischen Bereich voraus, so dass der türkische Bürger für die Einlegung der Verfassungsbeschwerde auf einen Rechtsanwalt nicht verzichten können. Selbst der Rechtsanwalt wird möglicherweise über Gebühr mit dieser doch rechtsvergleichenden Analyse einer ganz anderen Herausforderung gegenüberstehen, die in vielen Fällen wohl nur mit akribischem Scharfsinn und feinsten dogmatischer Arbeit sowie einiger Übung bewältigt werden kann.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Zu ähnlichen Befürchtungen allerdings nur im Ansatz vgl. I. Kilic (a.a.O.) sowie die Berichterstattung von S. Pekdas (a.a.O.). Jeweils ohne Seitenangaben.

### III. Zusammenfassung

Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei hat gezeigt, dass viele Vorteile mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde verbunden sind, wenngleich noch die tatsächliche Umsetzung und der Umgang mit der Verfassungsbeschwerde durch die öffentliche Gewalt noch abzuwarten ist. Allen voran hat sie einen unschätzbaren Wert für das türkische Volk, das durch die Verfassungsbeschwerde die Möglichkeit bekommen hat, „aktiv am Verfassungsleben teilzunehmen.“<sup>37</sup> Dies und auch die Mitwirkung der Bürger „an der Verwirklichung der Demokratie“ ist eine echte Chance für den Rechtsstaat Türkei, der Verfassung eine weitere, am Menschen orientierte Richtung zu geben und an dieser zu wachsen. Auch der türkische Staat kann durch den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde erheblich profitieren. Denn bei entsprechender Anwendung des Beschwerdeverfahrens - insbesondere wenn die Gerichte auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beachten und seine Entscheidungen im Lichte der Entscheidungen in Straßburg fällen - kann eine erhebliche Reduktion der Individualbeschwerden vor dem EGMR erzielt werden. Damit kann der Verfassungsbeschwerde – wie dies auch etwa in Deutschland der Fall ist - eine Filterfunktion zukommen. Die Aufnahme der Verfassungsbeschwerde ist daher zu Recht in der breiten Bevölkerung der Türkei, aber auch in Rechtsprechung und Rechtslehre, ja selbst in Europa überaus positiv beurteilt worden. Bei Etablierung und der rechtlich-dynamischen Rechtsfortbildung wird sie daher der Besserstellung und Aufwertung der Grund- und Freiheitsrechte dienen. Bedauerlicherweise ist die Anrufung des Verfassungsgericht auf die in der EMRK verbürgten Grundrechte begrenzt. Wie sich das im Einzelnen auswirkt hat etwas mit der tatsächlichen Umsetzung dieser neuen Rechtsmaterie zu tun. Es bleibt demnach abzuwarten, wie die Rechtsanwender mit diesem außerordentlichen Rechtsbehelf umgehen werden.

---

<sup>37</sup> C. Gusy, Verfassungsbeschwerde in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Bd. I. Mohr Siebeck 2001, S. 564 ff.; F. Sağlam (a. a. O.), S. 39.

### Literaturverzeichnis

- *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Heidelberg 2008.

- *C. Creifelds*, Rechtswörterbuch, 15. Aufl., München 1999.

- *E.E. Hirsch*, Die Verfassung der Türkischen Republik in: Die Staatsverfassungen der Welt in Einzelausgaben (Herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg). Bd. 7, Frankfurt am Main/Berlin 1966, S. 182 ff.

- *H. Uçman/M.R. Karsli*, Anayasa Sikayeti ve AIHM Sempozyumu üzerine Notlar unter:

[http://www.dpud.org/index.php?option=com\\_content&view=article](http://www.dpud.org/index.php?option=com_content&view=article) (11.02.2011).

- *A. Künnecke*, Verfassungsbeschwerde als neues Recht der Türken unter:

<http://www.tagesschau.de/ausland/referendumtuerkei102.html> (14.02.2011).

- *F. Sağlam*, Die Diskussion über die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei in: *O. Depenheuer, I. Doğan/O. Can (Hrsg.)*, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Grundrechtsstandard-Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre, Bd. 4, S. 33 f.

- *I. Kilic*, Iste Anayasa Paketinin Madde Madde Analize unter: <http://www.odatv.com/n.php?ist-anayasa-paketinin-made-made-analize.de> (2.3.2011).

- „Verfassungsbeschwerde als neues Recht der Türken“ unter: <http://www.tagesschau.de/ausland/referendumtuerkei102.html> (11.02.2011).

- *B. Pekdas*: „Anayasa Sikayet AIHMýe Basvuru Hakkini Bloke Etmemeli“, <http://www.referandum.org/haber.asp?id=2518959> (2.3.2011).

- *P. Schlink*, Zur Erfolgsquote der Verfassungsbeschwerde, NJW 1984, S. 89 ff.

- *C. Rumpf*, Die Verfassung der Republik Türkei (Übersetzung). Abrufbar unter: <http://www.tuerkei-recht.de/Verfassung.pdf>.

- *C. Rumpf*, *Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtsprechung*, Ankara 1995, S. 129 ff

- *C. Rumpf*, Einführung in das türkische Recht, München 2004.

- *F. Müller*, Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts-Sonderdruck aus der Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, München und Wien 1972.

- *A. Katz*, Staatsrecht, Heidelberg 2007.

- *J. Schwabe*, Drittwirkung und kein Ende, NJW 1973, 229 f.

- *J. Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 ff.

- *A. Guckelberger*, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, JuS 2003, Heft 12, S. 1553 f.

- *Y. Sabuncu*, *Grundrechte und -Freiheiten in der neuen Verfassung der Türkei*, AÜSBFD, Bd. 40, Ankara 1985, S. 155ff.

- *B. Tanör*, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yayinlari, Istanbul 1978, S. 252-282.

- *J. Meyer-Ladewig*, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Aufl., Bonn 2006.

- *C. Gusy*, Verfassungsbeschwerde in: *P. Badura/H. Dreier (Hrsg.)*, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Bd. I. Mohr Siebeck 2001, S. 564 ff.



## THE IMPACTS OF THE LISBON TREATY ON THE ENERGY CHARTER TREATY: CAN POTENTIAL CONFLICTS BE PREVENTED?

Özge VARİŞ\*

### ÖZET

Avrupa Birliği'nde uluslararası antlaşmalar ve Avrupa Birliği hukukunun uygulanması uzun zamandır tartışılmakta olan bir konu. Her ne kadar pek çok kararında Avrupa Adalet Divanı, uluslararası antlaşmaların, Avrupa Birliği hukukundan öncelikli ve üstün olmayacağını vurgulasa da Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte, değişen yetki dağılımıyla birlikte pek çok yeni alanın Birlik üyesi ülkelerin tasarruf yetkisinde mi yoksa Avrupa Birliği'nin münhasır yetkisinde mi kaldığı hukuksal bir sorun olarak ortaya çıktı. Bu alanlardan biri de yabancı yatırımlar, iki taraflı veya çok taraflı yatırım antlaşmalarının hukuki konumu olarak ön plana çıktı. Avrupa Parlamentosu'nun bu konu üzerine çalışmalarına başlaması ve Avrupa Adalet Divanı'nın "*AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. Ve Macaristan*" davasında aldığı karar, konu üzerine olan tartışmaları alevlendirdi.

Enerji Şartı Antlaşması ise yabancı yatırımlar ve çok taraflı yatırım antlaşmaları içinde Avrupa Birliği açısından pek çok milletlerarası antlaşmadan farklı bir konumda; zira hem Avrupa Birliği üyesi ülkelerin hem de Avrupa Birliği'nin Enerji Şartı Antlaşması'na taraf olması, onu pek çok uluslararası antlaşmadan farklı kılı-

---

\* LL.B at Yeditepe University Faculty of Law; LL.M at University of Amsterdam School of Law, Trainee Lawyer of the Istanbul Bar, e-mail: ozgevaris@gmail.com

yor. Ayrıca Enerji Şartı Antlaşmasının kendi uyuşmazlık çözüm mekanizması seçeneklerini sunması, birçok alana dair düzenlemeler getirmesi Avrupa Birliği hukuku ve uluslararası antlaşmaların uygulanması açısından kendine has önemli bir örnek olduğunun da kanıtı niteliğinde.

Bu makale, Lizbon Antlaşması sonrasında Enerji Şartı Antlaşması ile Avrupa Birliği hukuku arasında doğabilecek olası uyuşmazlıkları irdelemeye çalışacaktır.

### **ABSTRACT**

*The application of European Union law and the conflict between European Union law and international law is a controversial issue. In many cases the European Court of Justice stated that European law could not be applicable in international dispute settlement processes and it is the only authority for the interpretation of EU law.*

*Another controversial issue is the international investment treaties between European Union member states and third countries and between European Union member states. Before the Lisbon Treaty, the European Union claimed that those investment treaties fell under the competence of the European Union and that member states had to annul them. After the Lisbon Treaty, the status of the foreign direct investment under European Union law became more complicated because article 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union clearly made the European Union a player in the game. However, the nature of this competence has not been clearly determined. In July, 2010, the Commission announced a new policy for international investments and draft regulations; "Towards a comprehensive European international investment policy", "establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and*

third countries”.<sup>1</sup> The Commission basically pointed out that foreign direct investments and bilateral investment treaties fall within the policy areas of exclusive competence of the European Union.

While all those developments were happening and debates were going on regarding European Union law, the “AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary”<sup>2</sup> arbitration award was published. This caused a renewed interest in the position of European Union law within the international law legal order and its consequences for investments in European Union member states. An example of where a conflict between EU and international law may rise is the Energy Charter Treaty as both the European Union and its member states are parties and moreover, as the Energy Charter Treaty has its own dispute settlement rules.

This article will examine the possible conflict between European Union law and the Energy Charter Treaty rules after the coming into force of the Lisbon Treaty.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> J. Kleinheisterkamp, “Dawn for New BIT Generation?-The New European Investment Policy”, Kluwer Arbitration Blog, published December, 23, 2010. Full text of the article can be found;

[http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/12/23/the-dawn-of-a-new-bit-generation-%e2%80%93-the-new-european-investment-policy/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29](http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/12/23/the-dawn-of-a-new-bit-generation-%e2%80%93-the-new-european-investment-policy/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29) (last visited on 28<sup>th</sup> December, 2010, 2.44pm)

<sup>2</sup> AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary, ICSID Case No.ARB/07/22, full text of the award can be found: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Investor-State\\_Disputes/Award\\_-\\_AES\\_vs\\_Hungary.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Award_-_AES_vs_Hungary.pdf) (last visited on 28<sup>th</sup> December, 2010, 15.15pm.)

<sup>3</sup> This article is the revised version of the LL.M thesis named “Impacts of the Lisbon Treaty on Energy Charter Treaty Rules; Potential Conflicts Between European Union Law and Energy Charter Treaty Rules”. I wish to state my special thanks to Professor H. Kabaalioglu and research assistant Ömer Bağcı for courage me to revise my thesis as an article and my thesis supervisors Dr. R.H van Ooik and Dr. H.E. Kjos for never stop to teach and help me every stages of thesis preparation. I wish to express my gratitude to my parents Ms. L.Varış (LL.B) and Mr. M.E. Varış (LL.B) and my brother Mr. C.Varış. I am appreciate

**Anahtar Kelimeler:** Enerji Şartı Antlaşması, Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği Hukuku'nda uluslararası hukukun yeri, iki taraflı yatırım antlaşmaları, çok taraflı yatırım antlaşmaları

*Keywords:* Energy Charter Treaty, Lisbon Treaty, International and European Law in European Law Legal Order, Multilateral Investment Treaties, Bilateral Investment Treaties, international investments, International Investment Disputes.

\*\*\*

### Introduction

The collapse of the Soviet Union signaled the start of the new era started for the entire world. New states tried to develop democracy and political stability in their countries. Technological and medical developments have entailed a rapid increase in both human population and life span. These developments have caused a higher energy demand in western countries. Thus, today energy demand and the use of energy sources are interrelated and important issues that influence political changes in several countries.

The increased demand of energy was one of the reasons that pushed the European Union and European states to establish friendly relationships with their newly independent neighbors which have energy sources. With the entering into force of *the Treaty of the European Union and Treaty on the Functioning of the European Union* (hereinafter the Lisbon Treaty)<sup>4</sup>, the European Union (herei-

---

my friends Ms. P. Yıldırım (LL.M) and Mr. K. Badji (LL.M) for their help and kindness during thesis my thesis.

<sup>4</sup> Full text of the treaties can be found and downloaded from the official web-site EU Bookshop; [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC08115](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC08115) (last visited on August 3<sup>rd</sup> 2010)

nafter the EU) and its Member States are facing several changes. An increased number of competences are shared between the EU and the Member States or have become the exclusive competence of the Union. One of the new but unclear competences of the EU is in the area of investments. Before the Lisbon Treaty, the EU and its member states had several problems negotiating bilateral investment treaties (hereinafter the BITs) or disputes which were arising from the BITs. Sometimes these disputes were about the incompatibility between EU law and international law, or sometimes they were about the overlapping authorities of, on the one hand, the European Court of Justice judgment authority<sup>5</sup> and the arbitrations tribunal on the other hand.

But the entry into force of the Lisbon Treaty raises new legal challenges: what will happen to bilateral or multilateral agreements that have already been ratified by the Member States? Are these treaties still valid? What happens if a dispute arises based on one of these treaties and especially if it has an arbitration clause? More questions can be added to these but one of the most important questions is: what will happen if there is a multilateral investment treaty to which both the EU and the Member States are parties? From the multilateral investment treaties aspect, the Energy Charter Treaty (hereinafter the ECT or the Charter or the Treaty) can be the most significant example for the potential conflict with EU law first because energy is the most acute issue for our modern world and the EU, moreover because the ECT is the first multilateral investment treaty on the protection and promotion of investments which also covers all the main issues.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> The most well-known dispute was *Eastern Sugar Industry v. the Czech Republic*. For the clear summary and the interpretation of the dispute can be found; "Energy Charter Treaty and the European Union: Is the Conflict Inevitable?", G. Coop, *Journal of the Energy & Natural Resources Law*, Vol 27 No: 3, 2009, pg: 408- 411.

<sup>6</sup> The Energy Charter Reader's Guide, pg: 20, for the full text of the document please see:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/ECT\\_Guide\\_ENG.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf) (last visited on 10th of August, 2010).

This thesis examines the potential points of conflict of the institutional mechanisms of the Energy Charter Treaty, its trade provisions, its investment and dispute settlement systems and EU law after the Lisbon Treaty. This thesis also tries to provide possible solutions to potential conflicts. Therefore, we will not in this paper deal with the environmental and energy efficiency aspects, the provisions about transit, and other miscellaneous provisions such as the cooperation with non-member states. This thesis will focus on relationship between the Lisbon Treaty and these parts of the ECT and the relation will be discussed in various different aspects. In terms of methodology, we will provide the main information about the relevant parts of the ECT and then show the impacts of the Lisbon Treaty on these provisions in practice.

The thesis is structured as follows: we give first information on the historical background of the ECT, then the institutional structure of the ECT will be analyzed. In the third part, provisions on commerce will be discussed and the fourth part will explain the investment provisions, while section five will describe the dispute settlement mechanisms of the ECT. The last section will focus on the relationship between these parts of the ECT and the EU.

## **1. General Overview & Historical Background of the Energy Charter Treaty**

In June 1990, the then Dutch Prime Minister Ruud Lubbers suggested setting up a European Energy Community during the meeting of the European Communities (hereinafter the EC) in Dublin. His main aims were firstly, to give political support to the democratic process and administrative structures in the former Soviet Union members; and secondly, to help solving the energy crisis.<sup>7</sup> In practice, legally binding treaty helped to promote security and stability in the energy sector of the member states. More clearly, the

---

<sup>7</sup> J.Dore & R. De Bauw, "The Energy Charter Treaty: Origins, Aims and Prospects", The Royal Institute of International Affairs, Chameleon Press, 1995, pg: 2.

Energy Charter Treaty is a “binding international law document which imposes obligations on states to reduce energy consumption in all sectors of the economy.”<sup>8</sup> In August 1990, the Gulf War started and this crisis showed the need of a deeper cooperation on energy between the East and West. The then President of the European Commission, Jaques Delors, prepared a proposal on the content of the ECT.<sup>9</sup> In November 1990, the EC decided to discuss this issue within various international conferences and the EC ministers agreed on inviting all related and the important players of the energy sector worldwide, such as the United States, Japan and the members of the Organization for Economic Co-Operation and Development (hereinafter the OECD).<sup>10</sup> In 1991, the European Commission sought to establish a long term European Energy Network/Community. The first step was undertaken for a European Energy Charter but many non-member states of the European Communities also applied for participation. On the other hand, some EC member states insisted that the Charter’s scope should be restricted to the European framework. After this dispute was solved, the Charter was signed on 17 December 1991 in The Hague with the participation of forty eight countries.

The 1991 version of the Charter was a political document, in other words it was just a basic protocol to express expectations about general cooperation. This was contrary to the position of the European Council, which had requested a legally binding and more detailed document.<sup>11</sup> On 7-11 June 1994 negotiations about Energy Charter Treaty were concluded in accordance with the European Council’s wishes and on 17 December 1994, fifty countries fully participated in the ECT.<sup>12</sup> The ECT entered into force in 1998. Ac-

---

<sup>8</sup> A. J. Bradbrook, “Significance of the Energy Charter Treaty”, Applied Energy, Volume 64, 1999, pg: 251

<sup>9</sup> Ibid 2, pg: 3

<sup>10</sup> C. Bamberger, J. Linehan & T. Walde “The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase”, Energy Law In Europe, Oxford University Press 2000, s. 1.

<sup>11</sup> Ibid. 1 pg 5

<sup>12</sup> The Russian declared that she will not ratify the ECT on 20.08.2009. From the article: A.K.Kilavuz, “Enerji Sarti Anslamasi Cercevesinde Anlasmazliklarin

ording to the document the member states agreed on achieving these common aims:

“• *To provide open energy markets, and to secure and diversify energy supply;*

• *To stimulate cross-border investment and trade in the energy sector;*

• *To assist countries in economic transition in the development of their energy strategies and of an appropriate institutional and legal framework for energy, and in the improvement and modernisation of their energy industries.*”<sup>13</sup>

In 2004, the ECT review process ended and became consistent with World Trade Organization (hereinafter the WTO) rules.

The Article 2 of the ECT expresses the purpose of the Treaty that “*is to establish legal framework in order to promote long-term co-operation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Energy Charter. It is a milestone in international energy co-operation.*”<sup>14</sup>

Although the main aim of the ECT is to create a legally binding document for political and economical stability in the energy sector, according to many experts the ECT still is a political document which establishes principles without a constraining effect.<sup>15</sup> This approach is supported in Article 18<sup>16</sup> of the ECT and the ECT Readers’ Guide<sup>17</sup> which explicitly provide that member states are

---

Cozumu” (Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Journal of Gazi University Faculty of Law), Vol. XIII, No:1-2, 2009, pg: 182 (Article is only available in Turkish, due to this reason translation was done Ozge VARİŞ)

<sup>13</sup> Supra footnote 3; pg: 9

<sup>14</sup> Ibid 8

<sup>15</sup> Supra footnote: 2, pg: 4

<sup>16</sup> For the full text of the Article please see Annexes.

<sup>17</sup> For the full text of the document please see:

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*



free to establish their own energy policies and are allowed to use their sovereign right in accordance to the ECT obligations.

Contrary to this approach, the EU insisted the ECT should be legally binding and should state a precise set of rules regarding its implementation in the national legislations of the member countries.<sup>18</sup>

In many aspects, if the EU is the creator of the ECT, the ECT is the one of the most important monument of the EU in a post-Soviet world. And today, as many scholars accepted; the ECT is a mixed agreement under the EU law and a remarkable example of multilateral investment agreement under the international law.

Consequently, the ECT is an important and unique treaty which is related with the energy sector not just because of the co-operation it establishes in the energy sector, but also because it includes trade, investment protection, dispute settlement, energy transits, energy efficiency and legal transparency. Today, the ECT has fifty-three signatories, and constitutes the backbone of the Energy Charter Organization (hereinafter the ECTO), which Secretariat is located in Brussels, Belgium.<sup>19</sup>

## **2. Institutional Structure of the Energy Charter Treaty**

Part VII (Articles 34 to 37) of the ECT includes the provisions about the institutions and structure of the Treaty. This section of the thesis will underline the possible institutional conflicts that may arise between the ECT and the Lisbon Treaty especially with regard to the voting rights of the individual members of the EU and the EU as a member of the ECTO.

---

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/ECT\\_Guide\\_ENG.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf)

<sup>18</sup> Supra footnote: 2, pg: 5

<sup>19</sup> Information is taken from the Energy Charter Treaty Secretariat official webpage; <http://www.encharter.org/index.php?id=28&L=0> , on 26<sup>th</sup> of May, 2010, 9.52pm

The Article 34 sets up the main structure and principles of the Energy Charter Conference, the main body of the ECTO, and which duties are to:

- “• Carry out the duties assigned to it by the ECT;
- Keep under review and facilitate the implementation of the principles of the ECT;
- Consider the budget of the Secretariat;
- Encourage cooperative efforts;
- Approve amendments to the Treaty;
- Appoint the Secretary General.”<sup>20</sup>

The Energy Charter Conference has three regular sub-bodies (the Energy Efficiency Group, the Investment Group and the Trade Group) and two non-regular schedule bodies (the Budget Committee and the Legal Advisory Committee).

Voting rights of the Contracting Parties (hereinafter the CP) in the Energy Charter Conference is contained in the Article 37. Although it depends on the subject matter, as a general rule decisions should be taken by a three-fourths majority of the CP's which are represented during the voting. Article 37 paragraph 1 gives the list for decisions which shall be taken by consensus and these subject matters are *numerus clausus*.

Each CP has a right to vote at the meetings which it is represented, except for what paragraph 7 of the Article 36 provides. According to the latter, a Regional Economic Integration Organization (herein after the REIO) shall have as many voting rights as its member states when these members and the REIO are both members of the ECT. However, the REIOs cannot exercise their right to vote when their member states exercise their own rights.

According to Article 34 paragraph 4, the Energy Charter Conference performs its duties in coordination with the Secretariat.

<sup>20</sup> Ibid 3; pg: 59

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

The Energy Charter Secretariat, in Brussels, is established by Article 35. It composed of the Secretary General and a small number of staff. The Secretary General is appointed by the Energy Charter Conference for maximum five years. The duties of the Secretariat are as follow:

- *To prepare the meetings of the Charter Conference and its auxiliary bodies;*
- *To monitor and review the obligations of member countries under the ECT;*
- *To give advice on all matters related to the Treaty; and*
- *To establish and develop contacts with interested non-members.*<sup>21</sup>

The last provision of this part is about the funding principles. Article 37 provides that each member state of the ECT shall contribute to the budget according to their capacity. Calculation of the contribution and percentages are detailed in Annex B of the ECT.

Apart from the Part VII of the ECT, Article 47 deals with the withdrawal. All member countries can withdraw from the ECT at anytime five years after its entry into force in their domestic law and a one year period after the withdrawal notification.<sup>22</sup>

From the EU and EU member states perspective, the Lisbon Treaty provides the EU with international legal personality and the European Economic Communities do not exist anymore. Thus, the EU took the place of the EEC and can exercise its rights under the ECT. However some member states are still contracting party of the ECT and can still enjoy the benefits of the ECT. To avoid conflicts between the EU and its member states, an easy solution would seem to be the withdrawal of all EU member states from the ECT. But it does not seem possible because states rejected to stop signing or negotiating the BITs in the past. And since the ECT is a

---

<sup>21</sup> Ibid 3; pg: 60

<sup>22</sup> Withdrawal cannot be effected to application of the investment provisions of the ECT by host state and by the investors.

kind of multilateral investment agreement<sup>23</sup>, member states possibly cannot accept to withdraw from the ECT. Another friendlier solution would be the exclusive competence of the EU when it comes to the use of voting rights for shared competences, while member states would retain their own competence in other areas.<sup>24</sup>

We have shown that the ECT has its own institutional structure and that each contracting party has a right to vote in the meetings, exception to this rules are the REIOs. And every member has the right to vote and withdrawal from the membership.

### 3. Commerce in the Energy Charter Treaty

Part II of the ECT is dealing with trade related issues. The trade rules of the ECT cover energy trade, tariff duties, trade in nuclear materials, competition rules, technology and research, transits and access to capital.<sup>25</sup> The trade rules of the ECT are based on provisions of the ECT and the World Trade Organization's rules in the General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter the GATT).<sup>26</sup> But not all the GATT rules are applicable to the ECT. With the "Trade Amendment"<sup>27</sup> the ECT rules accommodate the WTO rules. According to the Trade Amendment, if the WTO bodies decide that an area also relates to the ECT trade rules, this decision shall be accepted automatically by the ECT without further

---

<sup>23</sup> For supporting this idea please read; G. Coop, "Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol 27 No 3, pg: 404-419

<sup>24</sup> For more information on European Union competences, please see: P.Craig & G. De Burca, "EU Law; Text, Cases and Materials", Oxford University Press, 4th Edition, 2008, pg: 89

<sup>25</sup> *Ibid* 4; pg: 40-47

<sup>26</sup> L.Brazell, "Draft Energy Charter Treaty: Trade, Competition, Investment and Environment", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1994, pg: 299-341

<sup>27</sup> "Trade Amendment to the ECT" was signed on April,2004 and modify the ECT commerce rules to GATT. For further information please see: <http://www.encharter.org/index.php?id=26> (Last visited on 18th of August 2010)

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

proceedings by the ECT Conference. And this makes accommodation of the WTO rules and the ECT rules easier.

According to trade provisions of the ECT and Trade Amendment, almost all GATT provisions are applicable to the ECT, except two main listed rules:

• *Annex W(A) lists WTO rules that are not applicable;*

• *Annex W(B) contains special rules and modifications of the WTO provisions applicable under the ECT as amended.*<sup>28</sup>

Before the Trade Amendment, the ECT was only applicable to energy materials and products. However, the Trade Amendment now provides that the ECT is applicable to the all energy related equipments.<sup>29</sup> The listed equipments can be accessed by the investors in a non-discriminatory manner.

The Trade Amendment also brought about a change in the tariffs area. Because of the some contracting parties of the ECT are not member of the WTO, WTO tariff rules gained a soft law character<sup>30</sup>. Since this non - WTO member contracting states cannot increase the tariff duties more than average applied levels.<sup>31</sup>

Article 5 of the ECT deals with trade related investment measures and refers to the WTO Trade Related Investment Measures Agreement (hereinafter the TRIM). TRIM rules cover governmental measures, mandatory rules under domestic law or administrative practices and their conditions for application to the

---

<sup>28</sup> Ibid 3; pg: 14

<sup>29</sup> Those equipments listed under the Annex EQ1 of the ECT, for the full list, please see:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/document1158668600.pdf#page=165](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/document1158668600.pdf#page=165) (last visited 19<sup>th</sup> of August 2010)

<sup>30</sup> For more arguments about soft law character of the ECT, please see: M. K. Omalu, "Nafta and the Energy Charter Treaty: Compliance with Implementation and Effectiveness of the International Investment Agreements", Kluwer Law International, Nafta Law and Policy Series, Volume 5

<sup>31</sup> Ibid 3; pg: 16

“Foreign Direct Investments” (hereinafter the FDI) or pre-requirements to obtain the advantages in other investment areas.<sup>32</sup>

Regarding competition, Article 6 of the ECT is very clear: contracting parties keep their sovereignty. Each contracting party is free to apply domestic competition rules. Based on request, each contracting party should provide technical assistance and competition information, except for confidential business information.<sup>33</sup>

From an EU perspective, the ECT trade provisions are directly related with the EU’s competence areas. The EU is a member of the WTO and this membership minimizes any inconsistency or possible conflict of trade rules of the ECT and the EU law.

To sum up, trade rules of the ECT are based on the WTO rules and the ECT provisions. The Trade Amendment of the ECT tried to remove all possible inconsistencies. Except the listed rules in the Annex of the ECT, all GATT provisions are applicable. Especially, the rules on tariff duties gained “*soft law*” character. “*Soft law*” character of the WTO rules help to limit their actions of non - WTO member the ECT contracting parties on tariffs. And for the EU, commerce rules of the ECT are not such of an issue because the EU is also a member of the WTO.

#### 4. Investment under the Energy Charter Treaty

The investment chapter is, to me, the most interesting part of the ECT. These provisions are the most used ones in the disputes arising from the ECT or related to it. The main goal of the investment part is to encourage and to promote investments in the energy markets of the member states. Therefore, the ECT brought about many obligations and rights for the investors. This section of the

---

<sup>32</sup> Ibid 3; pg: 16.

<sup>33</sup> In the original text, Article 6 (6) provides as follow: “*Nothing in this Article shall require the provision of information by a Contracting Party contrary to its laws regarding disclosure of information, confidentiality or business secrecy.*”  
YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

thesis will help to understand the possible conflicts between the ECT and the Lisbon Treaty from investment perspective.

The provisions about investments and investors are included in Part III of the Energy Charter Treaty, from Articles 10 to Article 17 to which must be added the definitions given in Articles 1(6) and Article 1(7).<sup>34</sup> These definitions are broad and provide a substantive protection of investors. The content of these provisions correspond to those usually found in the BITs.

This section of our thesis aims at clarifying the definitions of, on the one hand, investment and investor, and the rights and obligations of the latter on the other. Therefore, we will first give the definitions of the investment and investor after which the rights and obligations of the investors and host states will be briefly explained.

The definition of the term investment is given in Article 1(6) of the ECT.<sup>35</sup> This Article covers every kind of investments but limitations are based on *ratio temporis* and nationality.<sup>36</sup> These issues are clearly explaining in the Understanding to the Final Act of the European Energy Charter Conference document (hereinafter the UFA).<sup>37</sup>

The second paragraph of Article 1(6) determines the *ratio temporis*. In accordance with this Article, the ECT covers all the investments whether existing at or made after the entry into force of the Treaty for the Contracting State. The date as of which the investments are covered by the ECT is referred to as the "Effective Date": it is when the Treaty became binding for the Contracting

---

<sup>34</sup> For the full article please see Annexes

<sup>35</sup> Information is taken from the Energy Charter Treaty Secretariat official webpage; <http://www.encharter.org/index.php?id=28&L=0> , on 26<sup>th</sup> of May, 2010, 9.52 pm.

<sup>36</sup> In the Article 1(6) nationality limitation is expressed "... owned or control directly or indirectly..." this issue will discuss in the "Investor's definition" part

<sup>37</sup> For the relevant parts please see the Energy Charter Organization official website: <http://www.encharter.org/index.php?id=1&L=0> (last visited on 26th of May, 2010)

State. Although the Treaty is rather clear, some controversy remains about the precise meaning of the “Effective Date”, and some authors interpret it as the date the Treaty binds the Contracting state internationally.<sup>38</sup> However according to Article 45(2), the Effective Date is the date of signature, and all the contracting parties have the obligation to implement the ECT provisions to their domestic law.<sup>39</sup>

The last paragraph of Article 1(6) refers to “an economic activity in the Energy Sector”, which raises the question of the notion of “economic activity”. The most suitable way to clarify this paragraph is interpreting it in a manner consistent with the whole Article 1(6). In the Reader’s Guide of the ECT<sup>40</sup> the following explanation is given: “the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of energy materials and products”. The UFA Rules Number 2 also provides a list. Another issue is what type or what degree of economic activities are covered by the ECT? This question has been tested in many disputes. In *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Latvia*<sup>41</sup>, the arbitration tribunal decided to include in the definition all activities related to the energy sector association. In doctrine, this interpretation has been criticized especially as it could be seen to exclude non-landed investments.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> E. Gaillard, “Investments & Investors Covered by the Energy Charter Treaty”, from the book “Investment Arbitration & the Energy Charter Treaty”, edited by C. Ribeiro, Juris Net LLC, 2006: chapter 2, pg: 63.

<sup>39</sup> “Effective Date” issue discussed in practice: *Petrobat Ltd.v. Kyrgyzstan* (Arbitration Institute of the SCC – Case n. 126/2003), for the full text of the Award: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/Petrobart.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Petrobart.pdf) (last visited on 22/06/2010).

<sup>40</sup> “The Energy Charter Treaty Reader’s Guide”, available at: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/ECT\\_Guide\\_ENG.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf) (last visited on 22/06/2010): pg: 21

<sup>41</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Latvia*, Arbitration Institute of the SCC - Case n. 118/2001, pg: 10, parag: 2.2

<sup>42</sup> *Supra* footnote 35, pg: 64, and T.Walde



The definition of investor under the ECT is provided in Article 1(7).<sup>43</sup> The definition refers mainly to natural or legal people who are making investments under the ECT and who have the citizenship of one of the Contracting States. Citizenship is determined in accordance with the domestic laws of the investor's home State. The ECT also covers investors who are permanently residing in the Contracting state.

Determination of the citizenship for legal entities is not as easy as for natural persons. For legal entities, the ECT does not cover any restrictions like the place of the main seat theory (*siège social*) or nationality of board of directors. The only criterion is that nationality should be in accordance with the law applicable in the Contracting state.<sup>44</sup>

About the nationality of the investor two problems can possibly arise. First, if the legal entity brings a claim under the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*<sup>45</sup> (hereinafter the ICSID Convention), the latter provides that a legal entity should be a national of the other signatory state of the Convention under the Article 25(2) (b).<sup>46</sup> This first problem is solved by Article 26(7) of the ECT which states that a legal entity would enjoy the benefits as a nation-

---

<sup>43</sup> For the full text of the article please see Annexes

<sup>44</sup> R. Dolzer & C. Schreuer, "Principles of International Investment Law", Oxford University Press, 2008, pg: 49

<sup>45</sup> For the full text of the "*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* ", please see the official web-site of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID); [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf) (last visited on 4<sup>th</sup> August, 2010)

<sup>46</sup> ICSID Convention entered into effect on April 10, 2006. Article 25(2)(b) provides that "any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention."

al of other Contracting state of the ICSID Convention, in accordance with the ICSID Additional Facility Rules. That means that if the investor is not a national of an ICSID member state but the host state is member of the ICSID, then the investor has opportunity to enjoy ICSID Additional Facility Rules.

The second problem concerns the “denial of the benefits clause” of Article 17(1) of the ECT. The denial of benefits clause provides a chance for the state party to deny the benefits of the Treaty based on the economic connection of the investor with the state of which it enjoys the nationality.<sup>47</sup> The clause was at issue in *Plama v. Bulgaria*.<sup>48</sup> In this case the claimant Plama Ltd. enjoyed the nationality of Cyprus and the claimant started to use Cyprus nationality during the arbitration proceeding, Bulgaria invoked the denial of the benefits clause. Bulgaria argued that the claimant did not have any essential business activities in Cyprus and that it was managed by the citizens of other states which were not party to the ECT. The tribunal decided denial of the benefits clause could not be used by the tribunal without the request of host state. The claim of the host state is mandatory to apply denial of benefits clause. Additionally, exercise of that right could not have retroactive effect, it operates prospectively.<sup>49</sup>

All investment rules covered by the ECT shall be based on the sovereignty of the member countries. This means that all member states are free to adopt rules about energy sector as long as they respect the main rules of the ECT.

The main principles of the ECT that relate to investments are: the most favourite nation (Article 10 paragraph 2), fair and equal

---

<sup>47</sup> Ibid 26; pg: 55

<sup>48</sup> *Plama Consortium Ltd. (Cyprus) v. Bulgaria*, ICSID Case n. ARB/03/24, full text of the Award:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/Plama\\_Bulgaria\\_Award.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Plama_Bulgaria_Award.pdf) (last visited on 21/06/2010)

<sup>49</sup> Ibid: 26. Full text of the Decision on Jurisdiction:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/Plama.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Plama.pdf) (last visited 22/06/2010). Emphasize on parag: 161-162

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

treatment (Article 10, paragraph 3), expropriation (Article 13), compensation for losses (Article 12), key personnel (Article 11), transfer of rights and subrogation (Article 14 and Article 15) and national treatment (Article 10 paragraph 1) and non-discrimination (Article 10).<sup>50</sup> We will only focus on the non-discrimination principle because due to the single and free market principles of the EU, this principle is the most arbitrary one.

The main rationale of the ECT and its investment treatment provisions is to create an equal, stable, and favorable environment for investors. According to the official resources of the ECT<sup>51</sup>, all the other treatment principles in international law and investment law are valid and applicable for the ECT investments, as well. But the ECT did not explicitly name these principles.

Reason for not expressing all kinds of treatment principles is, Article 10 of the ECT is really detailed and clearly forbids all practices that go against these treatment principles. Moreover, 10(7) pertaining to the principle of non-discrimination is seen as more powerful and effective principle by covering the other principles.<sup>52</sup>

The principle of non-discrimination covers both the establishment of investments and the post-establishment period. During the establishment of the investment all contracting parties should provide a favorable investment environment to other member states investors for the all kinds of investment activities, and as good as the investors who are national of the host states or other nationals of the states who are not party of the ECT. This principle also does

---

<sup>50</sup> The ECT and the ECT Readers' Guide did not give an specific information about the treatment principles without the non-discrimination but for mainly two reasons other principles could be accepted; first reason is all of these principles can be found in all BITs and one of the aim of the ECT is collect all the main principles which can be covered all BITs, second reason is all these principles are found in the WTO agreements and the ECT rules are accommodate with the WTO rules.

<sup>51</sup> "Official Resources" refers to the main treaty documents and the readers' guide.

<sup>52</sup> Ibid 3; pg: 23

not allow to the host states to give individual privileges or exceptions, except in these circumstances;

• *The practice in other international investment treaties and taxation matters (Article 21) 7;*

• *A Supplementary Treaty will deal with the modalities of the application of the principle*

*of non-discrimination in Article 10(8);*

• *The protection of intellectual property rights are governed by the relevant international agreements (Article 10 (10)).*<sup>53</sup>

During the post-establishment period, an investor can use the non-discrimination principle in order to enjoy equal rights with domestic investors or competitors.<sup>54</sup>

One of the main objectives of the EU is to create a Single Market and economic integration. To achieve the internal market, the EU treaties include four free movement types: free movement of goods, of services, of persons and of capitals.<sup>55</sup> All EU members, in accordance with their accession agreements, should allow all free movements for all EU citizens without any discrimination. Although all the EU member states are not contracting parties of the ECT, in accordance of Article 25 of the ECT, all EU member states' investors can enjoy the rights of the ECT.<sup>56</sup> Even though all EU member states nationals enjoy the rights and benefits of the ECT, non-EU nationals who are nationals of other contracting parties of the ECT are not allowed to enjoy all the rights and benefits of the Lisbon Treaty or EU law. This seems unfair and against the

<sup>53</sup> Ibid 3; pg: 24

<sup>54</sup> This issue is still arbitrary and unclear. For further information please see the "Blue Book" which is prepared in every year by the Energy Charter Secretariat and Energy Charter Investment Group.

<sup>55</sup> Related provisions in the Lisbon Treaty are under the "Internal Market" part of the TFEU; from the Article 26 till 29 and from the Article 45 till the Article 67

<sup>56</sup> From the Understanding of the ECT, pg: 32 (available at:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf); Last visited on August 15<sup>th</sup> 2010)

YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)

principle of non-discrimination but Article 25 of the ECT also brings about a solution to this issue and states, “Economic Integration Agreements” cannot oblige to extend the most favoured nation treatment. The original language of Article 25 only refers to the most favoured nation treatment but the ECT does not explicitly say this treatment in Article 10. For this reason, “the most favoured nation treatment” is not only principle to apply within context of Article 25. Also, in the interpretation all similar kinds of treatments (which are written above) and principle of non-discrimination are also covered under the Article 25.

To sum up, the ECT introduces many benefits and rights in order to achieve an effective cooperation in the energy market. From an EU perspective, the principle of non-discrimination seems opened for discussion because first of all EU member states are not contracting parties of the ECT (but they can enjoy the rights and benefits of the ECT). Secondly, all contracting parties are not members of the EU, thus these states are not allowed to enjoy all rights and benefits of the EU law and single market aims of the EU because of the Article 25 of the ECT.

### **5. Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty**

Part V of the ECT is about dispute settlement. The ECT established mechanisms for investment, trade, transit, competition and environmental disputes. Article 26 is about investor-state disputes and Article 27 is about state-state disputes. For some of the disputes, for instance trade and competition disputes, special provisions are provided. As stated in the introduction, since the dispute settlement section of this article does not discuss environmental and transit dispute settlements, we have decided not to address these two topics as well.<sup>57</sup> Dispute settlement under the ECT will

---

<sup>57</sup> Provisions about environmental aspects of the ECT can be found in article 19. For full text of the article please see pg: 64-66:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf) (last visited on March 3<sup>rd</sup> 2011)

thus be explained as follow: we will first discuss investment disputes, we will then address trade disputes, and at the end competition dispute will be explained briefly.

### 5.1. Investment Disputes

Articles 26 to 28 are applicable to the investment dispute settlement under the ECT. Until today almost twenty-four disputes were solved with investment dispute settlement mechanisms of the ECT.<sup>58</sup>

#### a) Investor-State Disputes

In the normal arbitration procedure, parties usually have to consent to solve their disputes before an arbitration tribunal. But according to Article 26(3) of the ECT each contracting party explicitly gives an unconditional consent to international arbitration and an investor accepts this principle when investing in accordance with the ECT.<sup>59</sup> This unconditional consent has two exceptions: first 'if the investor submitted the dispute in other dispute resolution forum before the international arbitration'; and second when 'contracting parties which are listed in Annex IA do not give unconditional consent to international arbitration for the disputes which are arising from the obligations from the last part of the Article 10 paragraph 1.'<sup>60</sup> Article 26 provides a direct right for the foreign investor to sue the host state in case the investor alleges a breach of the host State's obligations contained in Part III. This

<sup>58</sup> For the full list of the disputes please see:

<http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0> (last visited on August 19<sup>th</sup> 2010)

<sup>59</sup> K.Hober, "Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty", *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, No.1, 2010, pg: 163 and also for official explanation please see:

<http://www.encharter.org/index.php?id=323&L=0> (last visited on August 19<sup>th</sup> 2010)

<sup>60</sup> *Ibid* 3; pg: 53

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

right is based on other BITs but it has some limitations. Three main criteria should be fulfilled for relying on this right:

a) The main title of Part III is “Investment Promotion and Protection”, which means that foreign investors may only sue in case of an alleged breach under Part III. In other words, arbitration cannot be used for other parts of the ECT.<sup>61</sup>

b) The second criterion is about the parties of the dispute: the claimant must qualify as a foreign investor under the ECT and the host state must be a party to the ECT. The details of the definition of the investor were explained above.

c) The last criterion is about the place of the investment. The investment should be within the territory of the respondent host state.<sup>62</sup>

Rules on attribution applicable to the host state are provided in Articles 22 and 23 of the ECT. In accordance with these provisions, attribution to sub-national entities (local/regional authorities) is possible, but the breach should be the consequence of these entities.<sup>63</sup>

The disputes can be solved by the institutions that are stated in Article 26(2) which gives three options for the parties: the host states’ courts or administrative tribunals, previously agreed dispute settlement mechanisms and international arbitration.<sup>64</sup> Exceptions are set out in Article 26(3). The first exception is that parties to the dispute can exclude the possibility that arbitration institution will act as an “*appeal instance for their own courts*”<sup>65</sup>. The second ex-

---

<sup>61</sup> Ibid 3: pg: 52

<sup>62</sup> Supra footnote 57

<sup>63</sup> This is a kind of reflection of the “piercing the corporate veil theory”. For further explanation please see: R.Happ, “Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty”, *Transnational Dispute Management.com*, Volume 2, Issue 1, January 2005, pg: 25-28

<sup>64</sup> Ibid 3; page: 51 & 52

<sup>65</sup> For the full text of the article 26(3) please see annexes

ception is that the parties can also exclude claims under specific contracts.<sup>66</sup>

According to Article 26(6), applicable law to the merits of the disputes corresponds to the provisions of the ECT and applicable rules and principles of international law. The Vienna Convention on the Law of the Treaties<sup>67</sup> can also be used as a reference. The ECT does not establish a hierarchy over other applicable sources, and this gives flexibility to arbitrators. In some cases, tribunals have applied international law instead of the ECT.<sup>68</sup>

Article 26(8) of the ECT states that the arbitration awards are final and binding upon the parties.

#### b) State-State Dispute

Article 27 provides a dispute settlement mechanism for state-state disputes under the ECT. Articles 27(2) and 28<sup>69</sup> provide some limits to the scope of this mechanism.

As part of this dispute settlement procedure, and prior to any actual arbitration, parties should try to solve the dispute amicably within a reasonable period. If the parties cannot solve their problem in a diplomatic manner, the dispute should be solved in front of an

---

<sup>66</sup> L. Gouiffès, “The Dispute Settlement Mechanism of the Energy Charter Treaty”, from the book “Investment Arbitration & the Energy Charter Treaty”, edited by C. Ribeiro, Juris Net LLC, 2006: chapter 1, pg: 23

<sup>67</sup> For the full text of the Vienna Convention of the Law of the Treaties please see official web- page of the United Nations:

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)  
(last visited on August 6<sup>th</sup> 2010)

<sup>68</sup> Ibid 51., pg:24 In the Nykomb Synergetics Techonolgy Holding AB v. the Republic of the Latvia (SCC Case No: 118/2001) dispute tribunal preferred to apply customary international law instead of the article 22 of the ECT. For the full text of the award please visit:

[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/Nykomb.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Nykomb.pdf)

<sup>69</sup> For the full text of the provisions please see annexes

*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*



ad hoc tribunal in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules unless there is consent to the contrary between parties.<sup>70</sup>

## 5.2. Trade Disputes

Article 29 deals with the disputes arising from the commercial provisions of the ECT. This provision derogates from the state-state dispute mechanism which is defined in Article 27. Article 29 provides a dispute settlement mechanism under the WTO rules if at least one party of the dispute is a member of the WTO. If the both parties are members of the WTO, this dispute may be solved in the WTO forums.<sup>71</sup> Since Article 29 is a substitute of Article 27,<sup>72</sup> contracting parties have the opportunity to select one forum (WTO forum or the forums which are defined in the Article 27), which therefore makes Article 29 a kind of *forum shopping clause*.<sup>73</sup>

There are two main differences between these dispute settlement mechanisms:

*“The panel’s report is subject to adoption by the Charter Conference acting by a vote of 3/4 of those present, but in the WTO model the panel reports adopted unless rejected by the consensus.*

*• There is no appellate body under the ECT rules.”<sup>74</sup>*

The panellists are selected from the people who served as panellists in WTO before. And the ECT panel should take into account the WTO rules, as well as the international law and the ECT rules.

---

<sup>70</sup> Ibid 3; pg: 55

<sup>71</sup> The obligation for solving disputes if both parties are WTO members, helps to prevent parallel dispute settlement procedure about same dispute.

<sup>72</sup> In this part the state-state dispute mechanism under the Article 27 cannot be explained again because it was explained under the investment disputes.

<sup>73</sup> For more information on the “forum shopping”, please read: R. Dolzer & C. Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Oxford University Press, 2008

<sup>74</sup> Ibid 4; pg: 57 and also Ibid 3; pg: 56

### 5.3. Competition Disputes

This mechanism is explained quite clearly in Article 6. According to Article 6(2), each member state is free to apply their domestic competition rules. And the disputes that may arise because of competition issues can be solved by consulting and informing the other state about the procedure. This is why competition dispute settlement mechanism is the lightest mechanism when compared with the above-mentioned mechanisms.

If a member state believes the competition procedure of a contracting party may cause problem, he/she can notify the related contracting state or can search diplomatic ways to solve it. Those are the only ways to solve competition disputes, no other ways are allowed by the ECT.<sup>75</sup>

To sum up, the ECT brings solutions to several kinds of disputes may arise. Investment disputes can be seen as the most remarkable and effective dispute settlement mechanisms. Especially investor-host state disputes are useful since there are applied by the member states and the investors. There are some differences regarding trade disputes settlement forums which could be solved by the WTO panel rules. The competition dispute settlement mechanism is the lighter one because it does not offer any enforcement procedure, it only includes diplomatic solutions. The dispute settlement provisions of the ECT are really detailed and well-developed.

## 6. The European Union and the Energy Charter Treaty

The problems between the EU law and the ECT may arise in many different areas, such as the voting and the membership of the ECT, application of the trade related provisions, overlapping of the

---

<sup>75</sup> The Article 6, paragraph 7 refers the Article 27 but it is not directly refers to dispute settlement mechanism under the Article 27. The Article 6(7) only refers the interpretation and implementation procedures of the solutions.

jurisdictions, overlapping the EU law. All of these potential conflicts are based on discussion about the status of the ECT under EU law. In this section of our study, we aim at defining the status of the ECT and we will try to solve the possible conflicts arising from the EU law.

From an EU law perspective, the ECT is a mixed agreement which means that both the EU and its member states are contracting parties to this agreement.<sup>76</sup> From an international law perspective, the ECT is a good example of a multilateral investment treaty.<sup>77</sup> Since the EU created the ECT, they are deeply interlinked.

This close and profound relation between EU and the ECT can cause problems. First category of problems is the voting procedure as already explained in the third section of our study. Article 36(7) of the ECT provides that both the EU, as a REIO, and its member states have voting rights. Two solutions could solve the voting procedure problems. One of them could be that EU member states withdrawing from the ECT. Moreover the European Court of Justice has supported this idea with its judgment about the multilateral investment agreements or BITs.<sup>78</sup> But in practice this solution is not realistic because EU member states do not want to give up their competences about signing ECT kind of agreements. Another solution could be for member states to give up their voting rights only in EU's exclusive competence areas.<sup>79</sup>

A second category of problems seems to rise from the commerce rules of the ECT and EU law. However, as we already said in the "Commerce in the ECT" section, these rules are accommodated with EU law mainly because of EU's membership of WTO and because of Article 3(1)e read in conjunction with Articles 206 and 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union (herein after TFEU) which give exclusive competence to the EU

---

<sup>76</sup> Ibid 21; pg: 197-198

<sup>77</sup> Ibid 20; pg: 406

<sup>78</sup> Ibid 20; pg: 412-413

<sup>79</sup> Ibid 21; pg: 198, paragraph 2

with regard to a common commercial policy. Both exclusive competence and WTO membership allow the EU to apply the ECT commerce rules and the EU law in harmony. Additionally, according to Trade Amendment of the ECT, changes on WTO rules are automatically applicable on the ECT rules and this makes inconsistency risk lower.

A third category of problems concerns negotiating and signing BITs or multilateral investment treaties or basically being a contracting party to the ECT. With the Lisbon Treaty, intra-EU BITs and extra-EU BITs are differentiated. The Commission initiated legal actions against member states to prevent an increase in the number of BITs, and an application of EU law in the arbitrations.<sup>80</sup> To prevent this inconsistency, the Commission announced on 30 June 2007 that intra-EU BITs should be terminated but the Member States did not come close to do that.<sup>81</sup> About the extra-EU BITs, different from previous EEC treaties, the Treaty of Lisbon deals with fundamental changes on the EU foreign direct investment (hereinafter the FDI). According to Article 206 of the TFEU, the foreign direct investment issue does not fall under the free movement of capital. Rather, this issue falls under “Common Commercial Policy” and “a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council; establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between member states and third countries” has just been announced to the public on 7 July, 2010. Until then, the draft regulation, the status and the scope of EU’s competence was unclear. Some scholars claimed that this is a shared competence of the EU.<sup>82</sup> According to this view, the

---

<sup>80</sup> “Iron Rhine Case ” can be good example for this. For further information; I. Van Bladel, “The Iron Rhine Case: On the Right Legal Track?”, *Hague Justice Journal*, Volume 1, No:1, 2006

<sup>81</sup> A. Van Aaken, “Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection”, University of St. Gallen Law School; Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No: 2008-1, pg: 31

<sup>82</sup> J. Guimmon, “It’s Time for an EU Investment Promotion Agency”, *Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, No:20, 4, March, 2010

Member States and the EU have a shared competence on FDI.<sup>83</sup> Contrary to this view, some scholars claimed, due to the decision procedure and the wording of the TFEU, that FDI is the exclusive competence of the EU.<sup>84</sup> The proposal regulation deals with this competence issue and states that the TFEU gave the EU exclusive competence over both intra-EU BITs and extra-EU BITs.<sup>85</sup> According to the proposal, valid BITs will be re-negotiated by the parties but they will not be withdrawn. The aim of the re-negotiation is to make these BITs consistent with EU law.<sup>86</sup> The investments which are still protected by the various BITs will continue to be protected by the same BITs. Based on the draft regulation, the new trend in the investment area is an exclusive competence of the EU, including the ECT since it is a multilateral investment treaty.

A last category of problems is about dispute settlement provisions and processes in the ECT. In this situation, the applicable law in arbitration proceedings is open to discussion and the European Court of Justice (hereinafter the ECJ) and arbitration tribunals' judgment authority could be overlapped. Since the ECT is a mixed

---

<sup>83</sup> For further information on competences of the EU, please see: P.Craig & G. De Burca, "EU Law; Text, Cases and Materials", Oxford University Press, 4th Edition, 2008, pg: 89

<sup>84</sup> Especially, Steve Woolcock support this view, for further information please see: S. Woolcock, "EU Trade and Investment Policy-making After the Lisbon Treaty", the article can be found from the web-site:

[http://www.ceps.eu/system/files/article/2010/02/22-25-Woolcock\\_0.pdf](http://www.ceps.eu/system/files/article/2010/02/22-25-Woolcock_0.pdf)

(last visited on July 7<sup>th</sup> 2010)

<sup>85</sup>In the "Explanatory Memorandum" part, paragraph 3, stated:"...from the perspective of the EU's exclusive competence on foreign direct investment." "Proposal for a Regulation establishing transitional arrangements for bilateral investment", full text of the proposal for regulation please see: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)

(last visited on July 7<sup>th</sup> 2010)

<sup>86</sup>A. Emch, "News from Luxemburg- Is the New EU Investment Law Taking A Shape?", The Journal of the World Investment & Trade, 03/12/2008, pg: 506, Chapter II. Also "Questions & Answers; Commission launches comprehensive European international investment policy", 7, July, 2010. Official web-site of the European Commission: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=590> (last visited on July 8<sup>th</sup> 2010), Q: 2

agreement in EU law, this makes the ECT an integral part of EU law. Therefore, the ECT is binding all the institutions and all member states of the EU. Although according to Article 216(2) TFEU agreements concluded by the Union are binding for all the institutions of the Union and on its Member States, ECJ's case-law shows that the court does favor direct effect or supremacy of international treaties or their specific provisions, especially when there is an inconsistency between EU law and international treaty provisions or international law.<sup>87</sup> All of these make application of dispute settlement provisions of the ECT arbitrary when one party of the dispute is an EU member state.

When one analyses the problem of the applicable law, *Eastern Sugar BV v. Czech Republic* case can be a good example<sup>88</sup>. In this case, Czech Republic claimed the Czech Republic–Netherlands BIT was implicitly terminated after the accession of the Czech Republic to the EU and the *acquis communautaire* is the applicable law in this dispute. The arbitration tribunal did not accept this argument and decided “*Free movement of capital and protection of the investment are different, but complementary things. If the EU*

<sup>87</sup> About the direct effect of the international treaties please see; *Hermès International (a partnership limited by shares) v FHT Marketing Choice BV*”, Case No: C-53/96, for the full text of the decision please see: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0053:EN:HTML>

And about the supremacy of the international law under the EU law please see: *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, Case no:Joined Cases C-405/05 & C-415/05; for the judgement please see:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0402:EN:HTML> (last visited on July 10<sup>th</sup> 2010)

However, the Court has recently ruled differently, and its position regarding international agreements producing less of an obligation on the parties, but even regarding int. Agreements such as the WTO agreement is very different. Please look at *Chalmers' European Union Law*, 2nd ed., p. 652 and onwards.

<sup>88</sup> “*Eastern Sugar BV. v. Czech Republic*”, Ad Hoc Arbitration under UNCITRAL Rules, Award on 27, March, 2007. In this case respondent Czech Republic tried to support claims based on EU law. For the full text of the award, please see: [http://www.iisd.org/pdf/2007/itn\\_eastern\\_sugar.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_eastern_sugar.pdf) (last visited on July 10<sup>th</sup> 2010)

*Treaty gives more rights than BIT, then all EU parties (...) may claim those rights. If the BIT gives rights to the Netherlands that it does not give other EU countries, it will be for those other countries and investors to claim their equal rights.*"<sup>89</sup> But this interpretation of the tribunal is not enough to solve the problem because in the *Costa v. E.N.E.L* case<sup>90</sup>, the ECJ explicitly stated the supremacy of EU law. With regard to this judgement, member states cannot apply any law or any judgments that are contrary to EU law. A good solution to this issue can be applying EU law as the applicable law of the arbitration tribunal. However, in the *Commission of the European Communities v. Ireland* case (hereinafter the *Mox Plant* case),<sup>91</sup> the ECJ clearly stated that it is the only forum that has the authority to interpret EU law and consequently to determine whether a member State has complied with EU law. The *Mox Plant* judgment meant closing the doors to using EU law as the applicable law by the arbitration tribunals, as well as the dispute settlement mechanisms of the ECT regarding disputes between states of which one is a Member State of the EU.

At this point the solution can be found in the basic principle of international law; "*pacta sunt servanda*". Omalu suggested that, although the ECT has a soft law character, some provisions can be used based on the "*pacta sunt servanda*" principle.<sup>92</sup> It seems a good and possible solution but the ECT sets out the applicable laws for dispute settlements and EU law is not one of them. Moreover, the *Mox Plant* decision of the ECJ defined EU law as *sui generis* because of its unique features. This view of ECJ impli-

---

<sup>89</sup> Supra footnote: 74

<sup>90</sup> *Costa v. E.N.E.L* Case; 6-64 For the full text of the judgment please see: [http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61964J0006&lg=en](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61964J0006&lg=en) (last visited on 18<sup>th</sup> of August 2010)

<sup>91</sup> "*Commission of the European Communities v. Ireland*", Case No: C-459/03, for the full text of the judgment please see: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0459:EN:HTML>

<sup>92</sup> M. K. Omalu, "Nafta and the Energy Charter Treaty: Compliance with Implementation and Effectiveness of the International Investment Agreements", *Kluwer Law International, Nafta Law and Policy Series, Volume 5, 1997*, pg: 76

citly rejects the idea that EU law could be considered as a part of international law. Since the ECJ declared itself, in the Mox Plant case, the only authority allowed interpret EU law, in accordance with Article 267(a) TFEU, that feature distinguishes EU law from international law. So, EU law cannot be one of the options to the applicable under the ECT.

Another problem about the dispute settlement is that the ECT's and the EU's jurisdiction authority are overlapping between the ECJ and the dispute settlement mechanisms offered by the ECT. As explained above, the Mox Plant decision is an obstacle for the application of EU law in the arbitration procedures or other dispute settlement mechanism of the ECT. Therefore, allowing the ECJ to solve the disputes can be an option but this is not possible because of the ECJ is not one of the dispute settlement authority stated in the ECT.<sup>93</sup> One way to prevent problems that could arise during dispute settlements or enforcement of the award would be to allow the EU and its institutions to give "*amicus curiae*" briefs to future arbitration tribunals whenever there are potential contradictions with EU law. The Commission could be the one EU institution that gives the "*amicus curiae*" briefs. Using and taking into account of the "*amicus curiae*" briefs depends on the tribunal but it seems to the most easy and useful way.

All of the above mostly relates to investment dispute settlement mechanisms. On the other hand, trade dispute settlement and competition dispute settlement mechanisms do not cause problems because the latter are based on diplomatic ways while the former are based on the well developed WTO dispute settlement mechanisms.

Consequently, the ECT and the EU law can be incompatible on three matters. The first one is about voting process, fortunately the mixed agreement nature of the ECT and its clear provisions

---

<sup>93</sup> Although, *forum selection clause* or other similar options may give opportunity for selecting ECJ as dispute settlement body, according to clear provisions of ECT, parties should chose one of the opportunities which are stated in ECT.



help to solve this issue. The second one is about the fact that some of the EU member states are also contracting parties to the ECT. But after the Lisbon Treaty, they do not have competence for signing or being party to the investment treaties. The regulation proposal on “*establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*” answers all questions on this issue. The last problem is about dispute settlement mechanisms. This problem can be divided into two sub-problems: (i) the inconsistencies arising from the applicable law and (ii) the overlapping jurisdictional authority between the ECJ and the arbitration tribunals. Both sub-problems can be solved by giving an “*amicus curiae*” power about possible conflicts between EU law and international law to the arbitration tribunals.

As a result, in any issue there is no total accommodation between EU law and the ECT rules but on the other hand there is no lack of accommodation, either.

### Conclusion

The post-Cold War era obliged the EU to reassess its energy cooperation and to negotiate the Energy Charter Treaty. This thesis aimed at giving information about selected chapters (institutional structure, trade, investment, dispute settlement) of the ECT and tried to explain potential conflict issues with EU law.

The main goal for the EU was to create a legally binding framework that could allow long term stability in the energy market.

The fifty-three contracting parties have right to vote in the Energy Charter Conference meetings. This rule has an exception under the Article 36(7). Article 47 deals with withdrawal: all member countries can withdraw of the ECT in anytime after the five years after enter into the force and delay one year after the withdrawal notification.

Third section of the thesis gave a short information about trade rules of the ECT. These rules are the least arbitrary rules of the ECT because their harmonization with the WTO rules (especially with the GATT) is well designed.

Section four dealt with the ECT's investment provisions. They define the terms investment and investor, and also the rights of the investors and host states. The principle of the non-discrimination is the only treatment principle which explicitly written in the ECT. But it does not mean that other treatment rules, like the most favorable nation, fair and equitable treatment, national treatment are not part of the ECT. Moreover, the application of the principle of non-discrimination is arbitrary from an EU law perspective because the main goal of the EU is to create a single market and within the internal market preventing the discrimination between EU nationals. According to Article 25 of the ECT, EU is not obliged to extend all benefits of the EU treaties to non-EU member states but all EU member states are allowed to enjoy the benefits of the ECT.

Another important chapter of the ECT is about dispute settlement. This thesis just covered investment, trade and competition dispute settlement mechanisms because they are the most related with the EU. According to the ECT each contracting party accepted its international arbitration mechanisms. Investment disputes are divided between investor-host state disputes and state-state disputes. The applicable laws to these disputes are international law and the ECT rules without any hierarchy between them.

Article 29 establishes dispute settlement mechanisms for trade disputes and gives jurisdictional authority to the WTO forum. But the dispute settlement mechanism in Article 27 is also applicable. Competition law mechanism is lighter than the other two because it uses diplomatic ways rather than international forums, whether the WTO forums or the arbitration institutions.

When the ECT's legal system is compared with the EU's, in four main points. The first one relates to the voting rights. Because of the EU and some EU member states are both contracting parties  
*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

to the ECT, enjoying the voting rights and membership could be problem. The solution comes from the fact that the ECT is a mixed agreement in EU law and from article 36(7) which explains how they can share voting rights. The second point is about trade rules. This is not a potential conflict issue because Articles 206 and 207 of the TFEU give competence to EU and also the EU is a member of the WTO. These two points make EU law and the ECT trade rules in harmony. The third one point being a contracting party of the ECT. A proposal regulation of the European Parliament and of the Council; establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between member states and third countries” has just been announced to the public on 7 July, 2010. According to this regulation, all kinds of investments are exclusive competence of the EU. With the regard of the multilateral investment treaty character of the ECT, the ECT would become exclusive competence area of the EU. The fourth point is about the dispute settlement of the ECT. As written above, in two points the ECT and the EU law cannot totally harmonize. One of them is about the applicable law other point is about overlapping the jurisdictional authority between ECJ and the ECT dispute settlement forum. In spite of the suggestions the best way to solve this problem is *amicus curiae* briefs which are given by the Commission.

Consequently, the ECT and the EU have some potential conflict points but none of them are impossible to solve.

## ANNEXES

### Annex A: Energy Charter Treaty Provisions

#### ARTICLE 1

##### DEFINITIONS

As used in this Treaty:

(1) "Charter" means the European Energy Charter adopted in the Concluding Document of the Hague Conference on the European Energy Charter signed at The Hague on 17 December 1991; signature of the Concluding Document is considered to be signature of the Charter.

(2) "Contracting Party" means a state or Regional Economic Integration Organization which has consented to be bound by this Treaty and for which the Treaty is in force.

(3) "Regional Economic Integration Organization" means an organization constituted by states to which they have transferred competence over certain matters a number of which are governed by this Treaty, including the authority to take decisions binding on them in respect of those matters.

(4) "Energy Materials and Products", based on the Harmonized System of the Customs Co-operation Council and the Combined Nomenclature of the European Communities, means the items included in Annex EM.

(5) "Economic Activity in the Energy Sector" means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises.

(6) "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

(c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

(d) Intellectual Property;

(e) Returns;

(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector. A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term "Investment" includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the "Effective Date") provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date. "Investment" refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as "Charter efficiency projects" and so notified to the Secretariat.

(7) "Investor" means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

(b) with respect to a "third state", a natural person, company or other organization which fulfils, *mutatis mutandis*, the conditions specified in subparagraph (a) for a Contracting Party.

(8) "Make Investments" or "Making of Investments" means establishing new Investments, acquiring all or part of existing Investments or moving into different fields of Investment activity.

(9) "Returns" means the amounts derived from or associated with an Investment, irrespective of the form in which they are paid, including profits, dividends, interest, capital gains, royalty payments, management, technical assistance or other fees and payments in kind.

(10) "Area" means with respect to a state that is a Contracting Party:

(a) the territory under its sovereignty, it being understood that territory includes land, internal waters and the territorial sea; and

(b) subject to and in accordance with the international law of the sea: the sea, sea-bed and its subsoil with regard to which that Contracting Party exercises sovereign rights and jurisdiction.

With respect to a Regional Economic Integration Organization which is a Contracting Party, Area means the Areas of the member states of such Organization, under the provisions contained in the agreement establishing that Organization.

(11) (a) "GATT" means "GATT 1947" or "GATT 1994", or both of them where both are applicable.

(b) "GATT 1947" means the General Agreement on Tariffs and Trade, dated 30 October 1947, annexed to the Final Act Adopted at the Conclusion of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, as subsequently rectified, amended or modified.

(c) "GATT 1994" means the General Agreement on Tariffs and Trade as specified in Annex 1A of the Agreement Establishing the World Trade Organization, as subsequently rectified, amended or modified. A party to the Agreement Establishing the World Trade Organization is considered to be a party to GATT 1994.

(d) "Related Instruments" means, as appropriate:

(i) agreements, arrangements or other legal instruments, including decisions, declarations and understandings, concluded under the auspices of GATT 1947 as subsequently rectified, amended or modified; or

(ii) the Agreement Establishing the World Trade Organization including its Annex 1 (except GATT 1994), its Annexes 2, 3 and 4, and the decisions, declarations and understandings related thereto, as subsequently rectified, amended or modified.

(12) “Intellectual Property” includes copyrights and related rights, trademarks, geographical indications, industrial designs, patents, layout designs of integrated circuits and the protection of undisclosed information.

(13) (a) “Energy Charter Protocol” or “Protocol” means a treaty, the negotiation of which is authorized and the text of which is adopted by the Charter Conference, which is entered into by two or more Contracting Parties in order to complement, supplement, extend or amplify the provisions of this Treaty with respect to any specific sector or category of activity within the scope of this Treaty, or to areas of co-operation pursuant to Title III of the Charter.

(b) “Energy Charter Declaration” or “Declaration” means a non-binding instrument, the negotiation of which is authorized and the text of which is approved by the Charter Conference, which is entered into by two or more Contracting Parties to complement or supplement the provisions of this Treaty.

(14) “Freely Convertible Currency” means a currency which is widely traded in international foreign exchange markets and widely used in international transactions.

## ***ARTICLE 10***

### ***PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS***

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such In-

vestments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations.

Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

(2) Each Contracting Party shall endeavour to accord to Investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph.

(3) For the purposes of this Article, "Treatment" means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.

(4) A supplementary treaty shall, subject to conditions to be laid down therein, oblige each party thereto to accord to Investors of other parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3).

That treaty shall be open for signature by the states and Regional Economic Integration Organizations which have signed or acceded to this Treaty. Negotiations towards the supplementary treaty shall commence not later than 1 January 1995, with a view to concluding it by 1 January 1998.

(5) Each Contracting Party shall, as regards the Making of Investments in its Area,

endeavour to:

(a) limit to the minimum the exceptions to the Treatment described in paragraph (3);

(b) progressively remove existing restrictions affecting Investors of other Contracting Parties.

(6) (a) A Contracting Party may, as regards the Making of Investments in its Area, at any time declare voluntarily to the Charter Conference, through the



Secretariat, its intention not to introduce new exceptions to the Treatment described in paragraph (3).

(b) A Contracting Party may, furthermore, at any time make a voluntary commitment to accord to Investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in some or all Economic Activities in the Energy Sector in its Area, the Treatment described in paragraph (3). Such commitments shall be notified to the Secretariat and listed in Annex VC and shall be binding under this Treaty.

(7) Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors or of the Investors of any other Contracting Party or any third state and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable.

(8) The modalities of application of paragraph (7) in relation to programmes under which a Contracting Party provides grants or other financial assistance, or enters into contracts, for energy technology research and development, shall be reserved for the supplementary treaty described in paragraph (4). Each Contracting Party shall through the Secretariat keep the Charter Conference informed of the modalities it applies to the programmes described in this paragraph.

(9) Each state or Regional Economic Integration Organization which signs or accedes to this Treaty shall, on the date it signs the Treaty or deposits its instrument of accession, submit to the Secretariat a report summarizing all laws, regulations or other measures relevant to:

- (a) exceptions to paragraph (2); or
- (b) the programmes referred to in paragraph (8).

A Contracting Party shall keep its report up to date by promptly submitting amendments to the Secretariat. The Charter Conference shall review these reports periodically.

In respect of subparagraph (a) the report may designate parts of the energy sector in which a Contracting Party accords to Investors of other Contracting Parties the Treatment described in paragraph (3).

In respect of subparagraph (b) the review by the Charter Conference may consider the effects of such programmes on competition and Investments.

(10) Notwithstanding any other provision of this Article, the treatment described in paragraphs (3) and (7) shall not apply to the protection of Intellectual Property; instead, the treatment shall be as specified in the corresponding provisions of the applicable international agreements for the protection of Intellectual Property rights to which the respective Contracting Parties are parties.

(11) For the purposes of Article 26, the application by a Contracting Party of a trade-related investment measure as described in Article 5(1) and (2) to an Investment of an Investor of another Contracting Party existing at the time of such application shall, subject to Article 5(3) and (4), be considered a breach of an obligation of the former Contracting Party under this Part.

(12) Each Contracting Party shall ensure that its domestic law provides effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights with respect to Investments, investment agreements, and investment authorizations.

## ***ARTICLE 26***

### ***SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN***

### ***INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY***

(1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

(2) If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

(a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute; 42

(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or (c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

(3) (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

(b) (i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph (2)(a) or (b).

(ii) For the sake of transparency, each Contracting Party that is listed in Annex ID shall provide a written statement of its policies, practices and conditions in this regard to the Secretariat no later than the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval in accordance with Article 39 or the deposit of its instrument of accession in accordance with Article 41.

(c) A Contracting Party listed in Annex IA does not give such unconditional consent with respect to a dispute arising under the last sentence of Article 10(1).

(4) In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:

(a) (i) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the "ICSID Convention"), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or

(ii) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention referred to in subparagraph (a)(i), under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre (hereinafter referred to as the "Additional Facility Rules"), if the Contracting Party of the Investor or the Contracting Party party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention; (b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the Unit-

ed Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or

(c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

(5) (a) The consent given in paragraph (3) together with the written consent of the investor given pursuant to paragraph (4) shall be considered to satisfy the requirement for:

(i) written consent of the parties to a dispute for purposes of Chapter II of the ICSID Convention and for purposes of the Additional Facility Rules;

(ii) an “agreement in writing” for purposes of article II of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958 (hereinafter referred to as the “New York Convention”); and

(iii) “the parties to a contract [to] have agreed in writing” for the purposes of article 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules.

(b) Any arbitration under this Article shall at the request of any party to the dispute be held in a state that is a party to the New York Convention.

Claims submitted to arbitration hereunder shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for the purposes of article I of that Convention.

(6) A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

(7) An Investor other than a natural person which has the nationality of a Contracting Party party to the dispute on the date of the consent in writing referred to in paragraph (4) and which, before a dispute between it and that Contracting Party arises, is controlled by Investors of another Contracting Party, shall for the purpose of article 25(2)(b) of the ICSID Convention be treated as a “national of another Contracting State” and shall for the purpose of article 1(6) of the Additional Facility Rules be treated as a “national of another State”.

(8) The awards of arbitration, which may include an award of interest, shall be final and binding upon the parties to the dispute. An award of arbitration

concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party shall provide that the Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and shall make provision for the effective enforcement in its Area of such awards.

## **ARTICLE 27**

### **SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN CONTRACTING PARTIES**

(1) Contracting Parties shall endeavour to settle disputes concerning the application or interpretation of this Treaty through diplomatic channels.

(2) If a dispute has not been settled in accordance with paragraph (1) within a reasonable period of time, either party thereto may, except as otherwise provided in this Treaty or agreed in writing by the Contracting Parties, and except as concerns the application or interpretation of Article 6 or Article 19 or, for Contracting Parties listed in Annex IA, the last sentence of Article 10(1), upon written notice to the other party to the dispute submit the matter to an ad hoc tribunal under this Article.

(3) Such an ad hoc arbitral tribunal shall be constituted as follows:

(a) The Contracting Party instituting the proceedings shall appoint one member of the tribunal and inform the other Contracting Party to the dispute of its appointment within 30 days of receipt of the notice referred to in paragraph (2) by the other Contracting Party;

(b) Within 60 days of the receipt of the written notice referred to in paragraph (2), the other Contracting Party party to the dispute shall appoint one member. If the appointment is not made within the time limit prescribed, the Contracting Party having instituted the proceedings may, within 90 days of the receipt of the written notice referred to in paragraph (2), request that the appointment be made in accordance with subparagraph (d);

(c) A third member, who may not be a national or citizen of a Contracting Party party to the dispute, shall be appointed by the Contracting Parties parties to the dispute. That member shall be the President of the tribunal. If, within 150 days of the receipt of the notice referred to in paragraph (2), the Contracting

Parties are unable to agree on the appointment of a third member, that appointment shall be made, in accordance with subparagraph (d), at the request of either Contracting Party submitted within 180 days of the receipt of that notice;

(d) Appointments requested to be made in accordance with this paragraph shall be made by the Secretary-General of the Permanent Court of International Arbitration within 30 days of the receipt of a request to do so. If the Secretary-General is prevented from discharging this task, the appointments shall be made by the First Secretary of the Bureau. If the latter, in turn, is prevented from discharging this task, the appointments shall be made by the most senior Deputy;

(e) Appointments made in accordance with subparagraphs (a) to (d) shall be made with regard to the qualifications and experience, particularly in matters covered by this Treaty, of the members to be appointed;

(f) In the absence of an agreement to the contrary between the Contracting Parties, the Arbitration Rules of UNCITRAL shall govern, except to the extent modified by the Contracting Parties parties to the dispute or by the arbitrators. The tribunal shall take its decisions by a majority vote of its members;

(g) The tribunal shall decide the dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law;

(h) The arbitral award shall be final and binding upon the Contracting Parties parties to the dispute;

(i) Where, in making an award, a tribunal finds that a measure of a regional or local government or authority within the Area of a Contracting Party listed in Part I of Annex P is not in conformity with this Treaty, either party to the dispute may invoke the provisions of Part II of Annex P;

(j) The expenses of the tribunal, including the remuneration of its members, shall be borne in equal shares by the Contracting Parties parties to the dispute. The tribunal may, however, at its discretion direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Contracting Parties parties to the dispute;

(k) Unless the Contracting Parties parties to the dispute agree otherwise, the tribunal shall sit in The Hague, and use the premises and facilities of the Permanent Court of Arbitration;

(l) A copy of the award shall be deposited with the Secretariat which shall make it generally available.

**ARTICLE 28**

**NON-APPLICATION OF ARTICLE 27 TO CERTAIN DISPUTES**

A dispute between Contracting Parties with respect to the application or interpretation of Article 5 or 29 shall not be settled under Article 27 unless the Contracting Parties parties to the dispute so agree.

**ARTICLE 47**

**WITHDRAWAL**

(1) At any time after five years from the date on which this Treaty has entered into force for a Contracting Party, that Contracting Party may give written notification to the Depository of its withdrawal from the Treaty.

(2) Any such withdrawal shall take effect upon the expiry of one year after the date of the receipt of the notification by the Depository, or on such later date as may be specified in the notification of withdrawal.

(3) The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date.

(4) All Protocols to which a Contracting Party is party shall cease to be in force for that Contracting Party on the effective date of its withdrawal from this Treaty.

**Annex B: The Lisbon Treaty Related Provisions**

**Article 206**

**(ex Article 131 TEC)**

By establishing a customs union in accordance with Articles 28 to 32, the Union shall contribute, in the common interest, to the harmonious development

of world trade, the progressive abolition of restrictions on international trade and on foreign direct investment, and the lowering of customs and other barriers.

### *Article 207*

#### *(ex Article 133 TEC)*

1. The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action.

2. The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt the measures defining the framework for implementing the common commercial policy.

3. Where agreements with one or more third countries or international organisations need to be negotiated and concluded, Article 218 shall apply, subject to the special provisions of this Article.

The Commission shall make recommendations to the Council, which shall authorise it to open the necessary negotiations. The Council and the Commission shall be responsible for ensuring that the agreements negotiated are compatible with internal Union policies and rules.

The Commission shall conduct these negotiations in consultation with a special committee appointed by the Council to assist the Commission in this task and within the framework of such directives as the Council may issue to it. The Commission shall report regularly to the special committee and to the European Parliament on the progress of negotiations.

4. For the negotiation and conclusion of the agreements referred to in paragraph 3, the Council shall act by a qualified majority.



For the negotiation and conclusion of agreements in the fields of trade in services and the commercial aspects of intellectual property, as well as foreign direct investment, the Council shall act unanimously where such agreements include provisions for which unanimity is required for the adoption of internal rules.

The Council shall also act unanimously for the negotiation and conclusion of agreements:

(a) in the field of trade in cultural and audiovisual services, where these agreements risk prejudicing the Union's cultural and linguistic diversity;

(b) in the field of trade in social, education and health services, where these agreements risk seriously disturbing the national organisation of such services and prejudicing the responsibility of Member States to deliver them.

5. The negotiation and conclusion of international agreements in the field of transport shall be subject to Title VI of Part Three and to Article 218.

6. The exercise of the competences conferred by this Article in the field of the common commercial policy shall not affect the delimitation of competences between the Union and the Member States, and shall not lead to harmonisation of legislative or regulatory provisions of the Member States in so far as the Treaties exclude such harmonisation.

#### *Article 344*

(ex Article 292 TEC)

Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein.

#### **Annex C: ICSID Convention Related Provisions**

#### *Article 67*

This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which

is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention.

## BIBLIOGRAPHY

### International Treaties

1. Energy Charter Treaty
2. Treaty of the European Union & Treaty on the Functioning of the European Union
3. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
4. World Trade Organization Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes
5. General Agreement on Tariffs and Trade
6. Agreement on Trade-Related Investment Measures
7. Vienna Convention of Law of the Treaties

### Awards & Cases

1. **Arbitration Awards**
  - Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Latvia (Arbitration Institute of the SCC - Case no:118/2001)
  - Plama Consortium Ltd. (Cyprus) v. Bulgaria (ICSID - Case no: ARB/03/24)
  - Eastern Sugar BV v. Czech Republic (Arbitration Institute of the SCC - Case no: 088/ 2004)

- Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland ("MOX Plant Case") (Permanent court of Arbitration – 2003)

- Belgium v. Netherlands ("Iron Rhine Arbitration") (Permanent court of Arbitration – 2005)

- AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/22)

## 2. European Court of Justice Cases

- Costa v. E.N.E.L Case (Case No: 6-64)

- Commission of the European Communities v. Ireland (Case No: C-459/03)

- Hermès International v FHT Marketing Choice BV" (Case No: C-53/96)

- Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (Case No: Joined Cases C-402-05 P & C-415/05 P)

## Books

1. J.Dore & R. De Bauw, "The Energy Charter Treaty: Origins, Aims and Prospects", The Royal Institute of International Affairs, Chameleon Press, 1995

2. P.Craig & G. De Burca, "EU Law; Text, Cases and Materials", Oxford University Press, 4th Edition, 2008

3. M. K. Omalu, "Nafta and the Energy Charter Treaty: Compliance with Implementation and Effectiveness of the International Investment Agreements", Kluwer Law International, Nafta Law and Policy Series, Volume 5

4. "Investment Arbitration & the Energy Charter Treaty", edited by C. Ribeiro, Juris Net LLC, 2006

5. R. Dozer & C. Schreuer, "Principles of International Investment Law", Oxford University Press, 2008

### Articles

1. G. Coop, "Energy Charter Treaty and the European Union: Is the Conflict Inevitable?", *Journal of the Energy & Natural Resources Law*, Vol 27 No: 3, 2009

2. L.Brazell, "Draft Energy Charter Treaty: Trade, Competition, Investment and Environment", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1994

3. E. Gaillard, "Investments & Investors Covered by the Energy Charter Treaty", from the book "Investment Arbitration & the Energy Charter Treaty", edited by C. Ribeiro, Juris Net LLC, 2006: chapter 2

4. K.Hober, "Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty", *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, No.1, 2010

5. R.Happ, "Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty", *Transnational Dispute Management.com*, Volume 2, Issue 1, January 2005

6. L. Gouiffés, "The Dispute Settlement Mechanism of the Energy Charter Treaty", from the book "Investment Arbitration & the Energy Charter Treaty", edited by C. Ribeiro, Juris Net LLC, 2006: chapter 1

7. A. Van Aaken, "Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection", University of St. Gallen Law School; Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No: 2008-1

8. I. Van Bladel, "The Iron Rhine Case: On the Right Legal Track?", *Hague Justice Journal*, Volume 1, No:1, 2006

9. J. Guimmon, "It's Time for an EU Investment Promotion Agency", *Perspectives on topical foreign direct investment*  
*YÜHFD Cilt: VII Sayı: 1 (2010)*

issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No:20, 4, March, 2010

10. S. Woolcock, "EU Trade and Investment Policy-making After the Lisbon Treaty",  
([http://www.ceps.eu/system/files/article/2010/02/22-25-Woolcock\\_0.pdf](http://www.ceps.eu/system/files/article/2010/02/22-25-Woolcock_0.pdf))

11. A. Emch, "News from Luxemburg- Is the New EU Investment Law Taking A Shape?", *The Journal of the World Investment & Trade*, 03/12/2008

12. J. Kleinheisterkamp, "Dawn for New BIT Generation?-The New European Investment Policy", *Kluwer Arbitration Blog*, published December, 23, 2010.  
([http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/12/23/the-dawn-of-a-new-bit-generation-%e2%80%93-the-new-european-investment-policy/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29](http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/12/23/the-dawn-of-a-new-bit-generation-%e2%80%93-the-new-european-investment-policy/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29))

### Online Sources

1. Official web-site of the Energy Charter Treaty:  
<http://www.encharter.org/index.php?id=1&L=0> (Last visited on August 20<sup>th</sup> 2010)

2. Official web-site of the European Parliament:  
[http://www.europarl.europa.eu/news/public/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/public/default_en.htm) (Last visited on August 23<sup>rd</sup> 2010)

3. Official web-site of the European Commission:  
[http://ec.europa.eu/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/index_en.htm) (Last visited on August 23<sup>rd</sup> 2010)

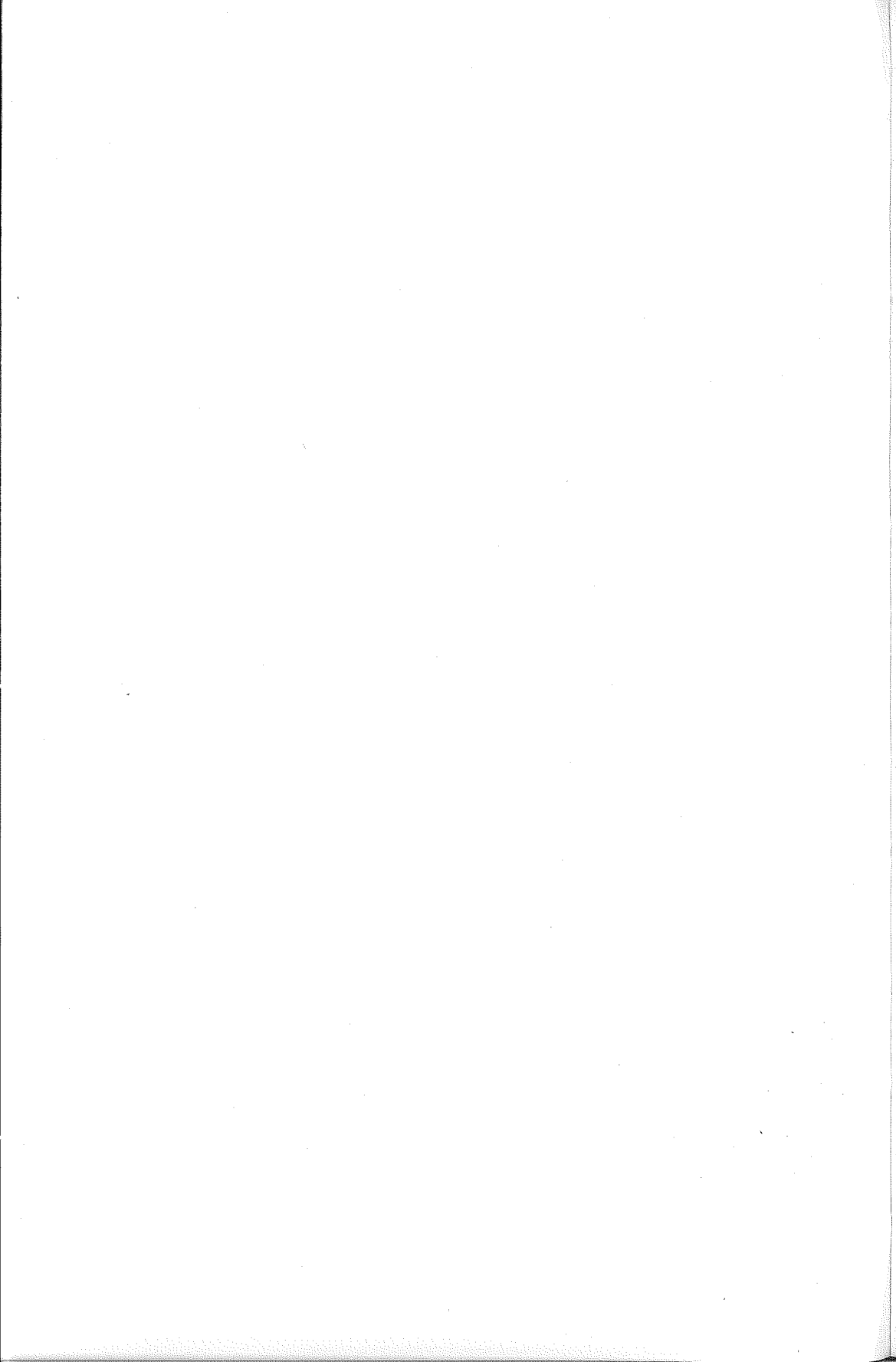
4. Official web-site of the European Court of Justice:  
[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6) (Last visited on August 19<sup>th</sup> 2010)

5. Official web-site of the World Trade Organization:  
<http://www.wto.org> (Last visited on August 18<sup>th</sup> 2010)

6. Official web-site of the International Center for Settlement of Investment Disputes:  
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (Last visited on August 20<sup>th</sup> 2010)
7. Official web-site of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: <http://www.sccinstitute.com> (Last visited on August 23<sup>rd</sup> 2010)
8. Official web-site of the Permanent Court of Arbitration:  
[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=363](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=363) (Last visited on August 21<sup>st</sup> 2010)
9. The Energy Charter Readers' Guide:  
[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/ECT\\_Guide\\_ENG.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf) (Last visited on August 24<sup>th</sup> 2010)
10. The Energy Charter Treaty and the Related Documents:  
[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf) (Last visited on August 24<sup>th</sup> 2010)
11. European Union Book Shop:  
[http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewApplication-DisplayCachedWelcomePage](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewApplication-DisplayCachedWelcomePage) (Last visited on August 21<sup>st</sup> 2010)
12. Euro Lex (official web-site of the European Union for online versions of the European Union Legislations): <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> (Last visited on August 20<sup>th</sup> 2010)
13. Official web-site of the Turkish Ministry of Foreign Affairs: <http://www.mfa.gov.tr/default.en.mfa> (Last visited on July 5<sup>th</sup> 2010)
14. Kluwer Arbitration Blog:  
<http://kluwerarbitrationblog.com> (Last visited on August 21<sup>st</sup> 2010)
15. Transnational Dispute Settlement Management:  
<http://www.transnational-dispute-management.com> (Last visited on August 17<sup>th</sup> 2010)

### **Other Sources**

1. P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer, "The Oxford handbook of international investment law", Oxford University Press, 2008 (available at University of Amsterdam, Law Library, Oudemanhuispoort 4, 1000 BA, Amsterdam, The Netherlands)





## KADINLARA YÖNELİK POZİTİF AYRIMCILIK BAĞLAMINDA SEÇİM KOTASI

Şafak EFENDİOĞLU\*

*“Bir sosyal topluluk, bir millet, kadın ve erkek denilen iki tür insandan oluşur. Kabil midir ki, bir kitlenin bir parçasını geliştirelim diğerine müsamaha edelim de kitlenin bütünü ilerletebilmiş olsun.”*



### ÖZET

Kadın- erkek eşitsizliği toplumun her alanına yansıdığı gibi siyasette de kadın temsilindeki eşitsizlik hala küresel bir sorundur. Dünya genelindeki bu soruna yönelik olarak sosyal ve siyasal çalışmalara rağmen kadın temsil oranı hala yüzde yirmiyi bulamamıştır. Bu makalenin amacı kadınların siyasetteki varlığını artırmaya ve fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik olarak geliştirilen pozitif ayrımcılık seçeneklerinden seçim kotası uygulamalarını analiz edebilmektir. Dünya genelinde kota uygulamaları sayesinde kadın temsili oranında belirli bir artışın sağlanabilmesine rağmen Türkiye’de kota düzenlemelerinin gerçekçi bir siyasi sistemle uygulamaya konulmadığı görülmekte ve kadının konumu sadece siyasi temsil açısından değil diğer toplumsal verilerde de düşüş göstermektedir.

---

\* Siyasal Bilimci, Yüksek Lisans: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: safakefendioglu@hotmail.com.

Makale de Türkiye’de kadın temsili konusundaki eksiklik, güncel verilerle örneklendirilerek eleştirel analizi yapılmıştır ve ülkemizde kota uygulamalarının devlet politikalarına yansıtılması, yasal olarak güvence altına alınması genel talebi ile makale sonlanmaktadır.

### **ABSTRACT**

*Gender inequality reflects in all areas of society such as women’s political representation is still a global problem. Despite social and political efforts worldwide to address this problem, women’s representation rate still could not reach to twenty percent. The purpose of this article is to analyze the quota selection, that is, practice of positive discrimination options, which increase the presence of women in politics and ensures equal opportunity. In spite of the increase in a particular rate of female representation by quota regulations around the world, it is seen that the quota regulations do not apply in Turkey since it has not been practiced with a realistic political system and the position of women has not only decreased in terms of political representation but also decreased in the other social data. In this article, I made a critical analysis of current data about the lack of women’s representation in Turkey and it concludes by general demand of quota implementations that reflects in the policies of the state.*

**Anahtar Kelimeler:** Kota, kadınlar için seçim kotaları, kadın kotası türleri, kota sistemleri, kadın-erkek eşitliği, pozitif ayrımcılık, kadın hakları, siyasi temsil, seçim sistemleri, kadın temsili.

**Keywords:** *Quota, electoral quotas for women, types of gender quotas, quota systems, gender equality, positive discrimination, women rights, political representation, electoral systems, women representation.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Geçtiğimiz yüzyılın başlarında başlayan kadının siyasal hayata katılımı sürecinden 1990'lı yıllara gelinceye kadar, kadınlar seçilme hakkından etkin yararlanamamıştır. Doksanlı yıllarda bir çok ülke tarafından kabul edilen pozitif ayrımcılık ve kota uygulamaları bu durağan süreci hareketlendirmiş, küresel bir hareket olarak kadın temsil oranını artırmayı başarmıştır.

Kota ile kadına siyasal hayatta sağlanabilecek fırsat eşitliği; sadece ülkelerin iç düzenlemelerinde değil, uluslararası antlaşmalarda da yer almıştır. Devletler'in kadının siyasal hayata etkin katılımını sağlamak için gerekli önlemleri alması bu antlaşmaların tavsiye kararlarında ve önerilerinde kaydedilmektedir. Dünya üzerinde birçok siyasi parti, yasal bir düzenlemeye gerek olmaksızın gönüllü olarak kota düzenlemesi yapıp, etkin sonuç almaktadır. Kadının siyasette temsili, sadece devlet ve siyasi parti politikalarına bırakılmayıp sivil toplum örgütleriyle de desteklenmektedir. Bu örgütler, uluslararası konferanslarda aktif rol oynayarak lobicik faaliyeti yürütüp ve seçimlerde kadın adayların kampanyalarında destek vermektedir.

Türkiye'de, taraf olunan uluslararası sözleşmelere ve Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan yasalarına rağmen, siyaset hala kadın erkek eşitsizliğinin en belirgin olduğu alanlardan biri olarak Türk demokrasisinin yirmibirinci yüzyılda geldiği seviyeyi gözler önüne sermektedir. Türk Sivil Toplum Kuruluşları bu konuda yoğun çaba harcasada, kadının siyasette eşit temsilini sağlayacak seçim kotası için yasal bir düzenleme hala yapılmamıştır.

## 1. KOTA UYGULAMALARI

### 1.1. KADIN VE ERKEK EŞİTLİĞİ İÇİN POLİTİKA SEÇENEKLERİ

Farklı kültürel değerler ve inançları yansıtan kadın temsiline artırmak için, dünya çapında üç farklı düzenleme politikası mümkündür;<sup>1</sup>

1-Retorik stratejiler: Parti tabanını değiştirmek isteyen liderler ve parti ileri gelenleri tarafından değiştirilmesi istenen görüşlere, tabana yönelik olarak parti program tüzük ve konuşmalarında olumlu olarak yer vermesidir. Sadece sembolik destek olmaktan öteye gitmeyecek olan bu girişimler, olumlu bir kamuoyu yaratmada etkili olabilir.

2-Olumlu Eylem Politikaları: Dezavantajlı grupların başvuru oranlarını yükseltmek ve var olan dengesizlikleri düzeltmek amacıyla bu gruplara yönelik olarak eğitim, danışma ve finansal yardımda bulunulmasıdır. Olumlu eylem politikaları siyasi partilerin adayları arasındaki fırsat eşitsizliği gibi sivil toplu örgütlerinin de daha az avantajlı gruba yönelik politikaları olabilir. Türkiye’de, Ka-der (Kadın Adayları Destekleme ve Eğitim Derneği) bu konuda toplumsal bir açığı kapatmaktadır. Geçtiğimiz 2007 genel ve 2009 yerel seçimlerinde kadın adayları siyasal görüşlerine göre ayırt etmeksizin seçim kampanyalarına destek vermiş ve halen siyaset okulu ile kadın adayların eğitim süreçlerine destek vermektedir.

3-Pozitif Ayrımcılık Stratejileri: Belli bir gruba yönelik olarak zorunlu seçim kotası uygulanmasıdır. Kotalar; siyasal azınlıklara (örneğin kadınlar) yönelik uygulanabildiği gibi tarihi dezavantajlı gruplara sonuç ve sonuçların eşitliğini gerçekleştirebilmek için en azından geçici bir süre uygulanması gerekir. Keza kota uygulaması göstermiştir ki çok az yükselme eğilimi gösteren bu grupların siyasi temsil oranı, kota uygulamaları ile ivme yakalamıştır.

<sup>1</sup> Norris, 2000, sy:2.

### Bölgesel Ortalamalara göre Ulusal Mecliste Kadın Parlamenter Oranı

	Meclis %	Üst Meclis ya da Senato %	Her İki Meclis Bir arada %
İskandinav Ülkeleri	42.1	---	---
Amerika Kıtası	22.2	21.7	22.1
Avrupa - AGİT üyesi ülkeler İskandinav Ülkeleri Dahil	21.9	19.8	21.4
Avrupa - AGİT üyesi ülkeler İskandinav Ülkeleri Hariç	19.9	19.8	19.9
Asya	18.7	16.4	18.5
Alt-Sahra Afrika	18.4	20.4	18.8
Pasifik	13.2	32,6	15.3
Arap Ülkeleri	10.1	7.6	9.5

Kaynak : <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm> (Mayıs 2010)

Siyasette kadın temsili kota uygulamalarından önce çok sınırlı oranda kalmış ve artış gösterememiştir. Elliden fazla ülkenin kota düzenlemesi getirmesiyle ancak dünya genelinde % 18,4 oranına yükselmiştir. Bu oran Kuzey Avrupa ülkelerinde % 40 düzeylerine çıkarken, Ruanda örneğinde görebileceğimiz gibi kota düzenlemelerinin etkisiyle yasama meclisinde kadın parlamenter oranı % 56,3 seviyesine yükselmiş ve yıllardır kadın temsili ile listelerin başında yer alan İsveç'i yerinden etmiştir.<sup>2</sup>

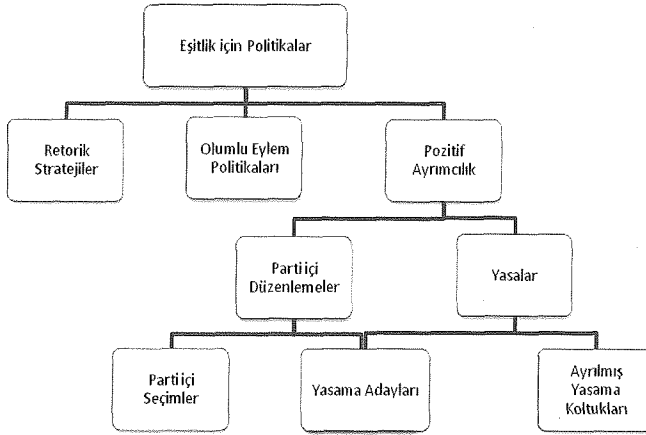
Siyasette kota belli bir grubun -örneğin kadınların- bir oran ya da sayıda temsili sağlamak üzere kurulur; genellikle en asgari oranda örneğin; yüzde 20, 30, 40.<sup>3</sup> İki cinsinde temsilini güvenceye almak için her cinsiyet için en fazla %60 oranı belirlenebilir. Dahlerup'a göre azınlığın kritik temsil oranı en az % 30-40 dır.

<sup>2</sup> <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm> (Mayıs-2010)

<sup>3</sup> <http://www.quotaproject.org/faq.cfm> (Mayıs-2010)

Kadın temsiliinde, toplumun kültürel, dini ve ekonomik sosyal etkenlerinin çok büyük rol oynadığı göze çarpmaktadır; bu yapıdan doğan baskı ve önyargıları kaldırmak için herhangi bir düzenleme getirilmeden, kadın temsiliinin artabileceğini ummak yetersiz kalmaktadır, artış çok uzun yıllara yayılacak ve hak edilen orana çıkabilmesi belki yüzyılı bulacaktır.

Kotanın uygulanışı her ülkenin dinamiklerine, siyasi sisteme ve seçim sistemine bağlı olarak çeşitlilik göstermektedir. Seçim sisteminin kota sonucuna etkisinin büyük olmasıyla beraber; kotasının, seçimin hangi kısmında uygulanacağı da önemli olacaktır. Batı Avrupa'da parti kotaları tercih edilirken, Afrika ülkeleri ve Arap dünyasında ayrılmış koltuklar ve Latin Amerika'da da yasama kotası uygulamaları daha çok görülmektedir. Fakat kota uygulamalarının sadece ulusal politikalarla değil uluslararası düzenlemelerle de önemi vurgulanmıştır; BM dördüncü Dünya Kadın toplantısında kabul edilen 1995 Pekin Bildirgesi ve Eylem Platformunda 'Kadınların siyasi partilere ve parlamentolara katılımını artırmaya yönelik kotalar getirilmesi, önlemler alınması (66 a ve 81 b)' yer almıştır.



Kaynak: Norris, 2000, sy:25.

## 1.2. KOTA TÜRLERİ

Günümüzde uygulanan kota çeşitleri şunlardır; <sup>4</sup>

### 1.2.1. Siyasi Parti Kotaları

Partilerin yasal bir zorunluluk olmadan gönüllü olarak, parti adayları ve seçilmiş olan partililer arasında daha fazla kadın adaya yer verilmesi amacıyla, parti içi düzenlemeler gerçekleştiren kotalardır. 1970'lerde sosyalist partilerin uygulamaları ile birlikte Batı Avrupa'da ortaya çıkmış ve daha sonra diğer siyasal partilerinde benimsemeleri ile halen en çok kullanılan kota cinsidir. Pek çok siyasi parti, kısa listelerle (aday listesi) belirli oranda ya da sayıda adayı garanti altına alabilmek için bu sistemi uygular.

Avusturya'da Yeşiller Partisi, seçim listesindeki adayların en az %50'sinin kadın olmasını kabul etmiştir. İsveç'te, ilk kez 1972'de Merkez Partisi ve Sosyal Demokrat Parti tarafından kadın kotası uygulanmaya başlanmış ve ardından diğer partilerde bu sistemi benimsemişler, 1980'lere gelindiğinde birçok parti %40 kadın kotasını uygulamaya sokmuştur. Şu anda İsveç'te partiler tarafından -fermuar liste- (zippering) uygulaması yapılmaktadır. Buna göre seçim listelerinde her iki adaydan biri kadın olmak zorundadır.

### 1.2.2. Yasama Kotaları

Mecliste belli oranda bir siyasal azınlığın temsil edilmesi istendiği durumunda uygulanan bir kota sistemidir. Anayasa ya da seçim yasası ile düzenlenip (genellikle yüzde 50 ile 25 arasında) oranın belirlenebileceği gibi, parti içi düzenlemelerle de yasama da temsil edecek azınlık oranı tespit edilebilir. Genellikle gelişmekte olan ülkelerde görülen bu sistemin çıkışı 1990'lara rastlamaktadır.

Fransa bu kotayı uygulayan ilk ülkedir. 1982'de millet meclisi, bir yasa geçirerek 'adayların % 75'den fazlası aynı cinsiyette olamaz' maddesi koyar. Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edilen bu hüküm, 2000 yılında Anayasa'ya konarak sorun çözü-

<sup>4</sup> <http://www.quotaproject.org/aboutProject.cfm> (Mayıs 2010)

müştür. Bu düzenlemeyle listede, cinsiyetler arasında eşitlik getirilir ve kadın-erkek eşitliğini sağlamada başarısız olan partilerin kamu fonundan yararlanmasına engel olunarak mali olarak cezalandırılır.

*Yasama Kotaları (Ulusal meclis için);*

Afrika	Asya	Doğu Avrupa
Angola: %30	Çin: % 22	Ermenistan: %15
Burundi : % 30	Endonezya: %30	Bosna-Hersek: %30
Liberya: %30	Kuzey Kore: %20	Kosova: %30
Moritanya: %25	Güney Kore: %30-50	Kırgızistan: %30
Nijer: %10	Nepal: %5	Makedonya: %30
		Sırbistan: %30
		Özbekistan: %30
Latin Amerika	Orta Doğu	Batı Avrupa
Arjantin: % 30	Irak: % 25	Belçika: % 50
Bolivya: % 30	Filistin: % 20	Fransa: % 50
Brezilya: % 30		İtalya: %50
Kolombiya: % 30		Portekiz: % 33
Kosta-Rika: % 40		İspanya: % 40
Dominik Cumhuriyeti: % 33		
Guyana: % 33		
Honduras: % 30		
Meksika: % 30		
Panama: % 30		
Paraguay: % 20		
Peru: % 30		
Venezüella: %30		

Kaynak :Krook, 2009, sy:349

### 1.2.3. Ayrılmış koltuklar

Kadınlara mecliste kesin sandalye sağlayan önlemlerdir ve genellikle Afrika, Asya ve Ortadoğu ülkelerinde görülür. Kadın temsil oranının çok düşük olduğu ülkelere benimsenen bu önlem reformu, yasalarla gerçekleştirilirken (anayasa ya da seçim yasası ile) kadın adaylar için ayrı bir bölge ya da adayı olduğu partinin oy oranına göre taksim edilmiş koltuklar sayesinde kadınlar için ayrı



bir seçim rolü oluşturulur.<sup>5</sup> Böylelikle anayasa ve seçim yasasına dayanılarak kesin bir sayı ya da koltuk oranı ayrılmış olur.

Bu kota sistemiyle bazı ülkeler de sadece kadınlar için değil, etnik, dini ve dilsel azınlıklar içinde ayrılmış koltuklar sistemi uygulanmaktadır. Bu sistemin dezavantajı olarak kotanın siyasal azınlık için başlangıç noktası olarak değil tavan oran olarak görülmesidir.

Krook, ayrılmış koltuklar sisteminin siyasal azınlığa sandalye kazandırmaktan ziyade farklı amaçlarla benimsenebileceğini aktarırken sakıncalarından şöyle bahsetmektedir; "Ayrılmış koltukların benimsenmesi bazen ulusal bağlamda sömürge yönetimini uzatma çabalarını dahi içerebilir; yeni ya da mevcut rejime ulusal ve uluslararası meşrutiyet kazandırmak, ihtilafın tarafı olarak yeni siyasi kimlikler yaratmak, potansiyel koalisyon ortakları ile işbirliği kurmak ve meclis iktidar partisinin tabanını güçlendirmek gibi amaçlarla oluşturulmuş olabilir. Bir çok feminist, bu sisteme karşı çıkmaktadır çünkü kadın seçmenlerin oyunu kazanmayı hedeflerken parti statükosunu değiştirmeyecek –ataerkil- kadınların seçilmesini desteklerler."<sup>6</sup>

Hindistan'ın yerel meclisleri için ayrılmış koltuklar sistemi (%33) uygulansada bu sistem tartışılmaktadır ve ulusal meclise de kadın kotası konulması teklifi sürekli reddedilmektedir. Hindistan'da yerel mecliste bu kotayla gelmiş kadınlara –vekil kadınlar- denilmektedir. Çünkü, kocalarının yerine toplantılarda yer alırlar. Seçilen kadının partinin içinde, ya da siyasal kurumlarda kendi kullanacağı bir gücü olmadığı sürece kota kadının sembolik bir temsilinden öteye geçemeyecektir.<sup>7</sup>

Yerel meclislerinde ayrılmış koltuk sistemini uygulayan Bangladeş'te 330 sandalyenin 30'u, Eritre'de 105 sandalyenin 10'u, Tanzania'da 255 sandalyenin 15'i kadınlara ayrılmıştır.

<sup>5</sup> Krook, 2009, sy:6.

<sup>6</sup> Krook, 2009, sy:348.

<sup>7</sup> Krook, 2003, sy:25.

*Ayrılmış Koltuklar (Ulusal Meclis);*

Afrika	Asya	Ortadoğu
Burkina Faso: % 6	Bangladeş: % 13	Afganistan: % 27
Cibuti: % 10	Hindistan: % 4	Mısır: % 8
Eritre: % 30	Pakistan: % 18	Ürdün: % 5
Kenya: % 30	Filipinler: % 10	Fas: % 9
Ruanda: % 30	Tayvan: % 10-25	
Somali: % 12		
Sudan: % 13		
Tanzanya: % 30		
Uganda: % 18		

Kaynak: Krook ,2009, sy:349.

### 1.3. KOTA KAYNAKLARI

Kota uygulaması üç farklı kaynakla öngörülmüş olabilir<sup>8</sup>;

1. Kota anayasa ile düzenlemiştir; Burkina Faso, Nepal , Filipinler, Uganda uygulayan ülkeler olarak örnek verilebilir.

2. Kota ülkenin seçim yarası ile düzenlemiştir. Örnek olarak bir çok Latin Amerika ülkeleri, Belçika, Bosna-Hersek, Slovenya, Fransa verilebilir.

3. Partiler tarafından gönüllü olarak siyasi parti tüzüğü ile düzenlenmiştir. Uygulayan ülkelere örnek olarak İsveç, Norveç ve Almanya verilebilir. Bir çok ülkede bu sistem görölse de, bu ülkelerdeki sadece birkaç siyasi parti tarafından uygulanmaktadır. Eğer yönetimdeki parti uyguluyorsa etkisinin daha büyük olacağı kesindir.

### 1.4. KOTA SİSTEMLERİ

Dahlerup'a göre kota sistemleri iki ana kola ayrılmaktadır; ilki kota sisteminin kimin tarafından zorunlu kılındığı ve diğer ayırırda kotanın hedefinin nasıl bir seçilme ve adaylık sürecini hedeflediğidir.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> <http://www.quotaproject.org/aboutProject.cfm> (Mayıs-2010)

<sup>9</sup> Dahlerup, 2006, sy.19-21.

Aşağıdaki şekilde görüldüğü gibi, ilk sütunda; kotanın kaynağı üzerinde durulmuştur; ‘Anayasal’, ‘Seçim Kanunu’ ya da ‘Partilerin gönüllü düzenlemeleriyle’ kotalar düzenlenmektedir;

İkinci sütunda, (ilk hedef olarak) aday adaylarının belirli bir çoğunluğunun kadın olması istenen aday bulma sürecinde ortaya çıkar. Çoğulcu seçim sistemlerinde görülen bir kotadır. İngiliz İşçi Partisi bazı seçimlerinde kısa liste şeklinde bu evre de kota uygulamaktadır.

Üçüncü basamakta, kadın adayların tüm adaylar içerisinde belirli bir yüzde ile aday olmaları sağlanır. Partilerin aday kotası olabileceği gibi yasalarla da düzenlenmiş kotalar olabilir. Aday kotası, bir adayın kesinlikle sandalye kazanabileceği anlamına gelmez. Bunun için ayrıca ikinci bir kota olarak listelerdeki kadın adayların yerleşimini belirleyen kotalar konulabilir. (Örneğin Arjantin’de uygulanan ikili kota sistemi)

Dördüncü olarak, seçilenlerinin belirli bir sayısı veya oranının kadın olması için getirilmiş bir sistemdir. Ayrılmış koltuklar kota sistemi bu sınıfa girmektedir; genellikle anayasa ya da yasalarla düzenlenirler.

#### *Kota hangi seviye’de uygulanır?*

<i>Zorunluluk</i>	<i>Aday Adayları</i>	<i>Adaylar</i>	<i>Seçilmişler</i>
Yasal Kotalar (Anayasal veya Seçim Kanunları)	Ön seçim	Aday Kotaları	Ayrılmış Koltuklar
Gönüllü Parti Kotaları	Potansiyel Aday kotası (Kısa liste)	Aday Kotaları	Ayrılmış Koltuklar

Kaynak: <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm> (Mayıs-2010)

## 1.5. KOTA UYGULAMALARININ OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

Elli ülke ve dünyanın belli başlı siyasi partileri tarafından uygulanan seçim kotalarının aleyhinde ve lehinde pek çok görüş ortaya konulmuştur;

### 1.5.1. Kota Uygulamasının Olumsuz Yönleri

Dahlerup'a göre kota uygulamalarının olumsuz yönlerini şunlardır<sup>10</sup>;

- Kotalar 'herkes için fırsat eşitliği' ilkesine aykırıdır, çünkü kadınlara öncelik verir.

- Kotalar antidemokratiktir, çünkü oy verenler kimi seçeceklerine karar verebilmelidir.

- Kotalar antidemokratiktir çünkü parti üyeleri, parti listesinde partiyi temsilen kimlerin seçileceğine karar verebilmelidir.

- Kotalar, siyasilerin niteliklerinden dolayı değil de cinsiyetlerinden dolayı seçildiğini ve yetenekli birçok adayın dışarıda bıraktığına işaret eder.

- Birçok kadın –sadece- kadın oldukları için seçilmek istemezler.

- Parti tarafından benimsenen kotalar, parti içi organizasyonlarda önemli çatışmalara neden olur.

### 1.5.2. Kota Uygulamasının Olumlu Yönleri

Olumlu yorumlar şunlardır<sup>11</sup>;

- Kadın kotaları ayrımcılık oluşturmaz fakat siyasi koltukları adil paylaşımını önleyen fiili engelleri telafi eder.

- Kotalar, bir komite veya bir meclisteki kadın oranının yükselterek sembolik kadın olma stresini azaltır.

- Kadınlara vatandaş olarak eşit temsil hakkını verir.

<sup>10</sup> Dahlerup, 2005, sy:144.

<sup>11</sup> Dahlerup, 2005, sy:144.

- Kadınların deneyimine siyasi yaşamda ihtiyaç vardır.
- Seçim temsille ilgilidir, eğitimsel niteliklerle ilgili değildir.
- Kadınlar erkekler kadar niteliğe sahiptir ancak kadınların nitelikleri erkek egemen siyasal sistemde indirgenip, küçültülür.
- Kotalar siyasi partilerin adaylarını kontrol etse de oy vereni kontrol etmez yani seçmenin haklarını çığnemez.
- Kota uygulamaya başlama çatışma yaratabilir ama bu sadece geçici olabilir.

## 1.6. KOTA UYGULAMASININ ETKİSİ

Kota, uygulandığı siyasi ortamda geçerli olan seçim sistemine uyumlu, açık ve net bir şekilde ortaya konulmuş ve yürürlüğe konulmasında geçerli bir irade söz konusuysa siyasal azınlığın temsil oranının çok hızlı ve önemli şekilde artırma sürecine başlayacaktır.

Seçim kotası ile seçilen kadınların siyasal yaşamdaki etkinliğini belirleyecek olan da parti içi demokrasi ve siyasal kültürdür. Kota kadın önündeki tüm bariyerleri geçmesini sağlayamaz, ekonomik sosyal birçok dezavantajla başa çıkmak durumundadır. Kotaların da etkin kullanımını sağlayacak sosyal çalışmalar ve tedbirler yerinde olacaktır. Kadın adayların, adaylık ücretinden başlayarak, seçim kampanyaları süresince destekleyici ekonomik kararlar alınabilir.

Kota sistemi nispi temsil seçim sistemi ile daha sorunsuz olarak hayata geçebilmektedir. Fakat diğer seçim sistemlerinde de kota uygulaması yapılmaktadır (Örneğin İngiltere’de çoğulcu seçim sistemiyle kota uygulanmaktadır.)

## 2. TÜRKİYE’DE KADININ SİYASETTEKİ ROLÜ

Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulmasının ardından demokratik, çağdaş laik bir toplumu hedefleyen Atatürk’ün öncülüğünde bir dizi değişiklik yapılarak, kadınlara 1930’da belediye seçimlerinde seçme, 1933’te çıkarılan Köy Kanunu’yla muhtar seçme ve köy

heyetine seçilme, 5 Aralık 1934'te Anayasa'da yapılan bir değişiklikle de milletvekili seçme ve seçilme hakları tanınmıştır.

1935 seçimlerinde 18 kadın meclise girerek % 4, 5 temsil oranı yakalanmıştır. Avrupa'nın bir çok ülkesinde henüz kadının seçme ve seçilme hakkının bulunmadığı bir coğrafyada Kurtuluş Savaşı'nın ağır yükünü henüz sırtından atamamış bir ülke olarak bunu başarmak önemlidir. Fakat Türkiye sürdürülebilir bir kalkınma gerçekleştirememiştir. Mecliste kadın temsil oranı giderek düşmüş ta ki 2007 genel seçimlerinde kadın milletvekili temsil oranı ile %9,1 yakalanıncaya kadar. 2007 seçimlerinde "4.912 kadar kadın (toplam başvuruların yüzde 19'u) aday adayı olarak siyasi partilere başvurmuş, 1.261 (toplam aday sayısının yüzde 18'i) adaylık için seçilmiştir. Bu rakamlar, Türk kadınlarının siyasete duydukları ilginin mecliste gerçek temsil edilmişlerine oranla çok daha yüksek olduğunu göstermektedir."<sup>12</sup>

Meclisteki kadın parlamenter oranı toplumun bir aynası olarak bize ışık tutmaktadır. Türkiye'de kadınlar için sosyo-kültürel parametreler göz önüne alındığında, mevcut durum kabul edilebilir sınırların altındadır. En temel toplumsal veri olan eğitim seviyesine bakıldığında kız çocuklarının okula gönderilmeleri hala bir sorun olarak ülkenin gündemindedir. TÜİK 2009 verilerine göre 6-13 yaş arası 5.013 erkek çocuğu okuma yazma bilmezken kız çocuklarında bu sayı 14.523 dür.<sup>13</sup>

Kadının çalışma hayatındaki rolü giderek azalmaktadır. Ülke genelinde istihdama katılım azalması söz konusu olsa da kadının işgücüne katılım oranı 1955'de % 72 iken bu oran giderek düşüş eğilimi göstermektedir. TÜİK 2008 verilerine göre bu oran 1 puanlık artışla -2007'ye oranla- %26,7'ye çıkmıştır<sup>14</sup>. Türkiye'deki mevcut düzenlemeler kadın istihdamın yolunu açıp destekleyecek

<sup>12</sup> AGIT/DKIHB, Rapor, 2007.

<sup>13</sup> [http://report.tuik.gov.tr/reports/rwservlet?adnksdb2=&report=turkiye\\_cinsiyet\\_yasgrp\\_egitim\\_top.RDF&p\\_xkod=okuryazar\\_kod&p\\_yil=2009&p\\_dil=1&desformat=html&ENVID=adnksdb2Env](http://report.tuik.gov.tr/reports/rwservlet?adnksdb2=&report=turkiye_cinsiyet_yasgrp_egitim_top.RDF&p_xkod=okuryazar_kod&p_yil=2009&p_dil=1&desformat=html&ENVID=adnksdb2Env) (Mayıs- 2010)

<sup>14</sup> <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=2077> (Mayıs- 2010)

konumdan çok uzaktır ve birçok sosyal hak işverenin inisiyatifine bırakılmıştır.

Türkiye’de toplumsal verilere bakıldığında, toplumun % 50’sini oluşturan kadınların aleyhine bir eşitsiz söz konusu olduğu gözler önüne serilmektedir. Eşitlik ilkesi anayasa ve uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmış olsa da bu ilkenin toplumda yer bulmasını sağlayabilecek sosyal politikalara ve yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu şüphesizdir.

Kadının önündeki toplumsal bariyerleri aşmasında devletin pozitif ayrımcılık uygulayarak, fırsat eşitliğini sağlaması gerekmektedir. Siyasal, sosyal ve toplumsal alandaki eşitsizlikleri gidermek için özel önlemlere ihtiyaç vardır.

Eşitlik ilkesine göre kadının siyasal hayatta temsil hakkı vardır ve bunu etkin olarak kullanmakta en temel haklarından biridir. Fakat görülmektedir ki Türkiye’de kadının siyasal yaşamına katılmasını sağlamak için ne niyet vardır ne de bu konuda çaba. Bir pozitif ayrımcılık yöntemi olan ‘seçim kotası’ ülkemizde benimsenmemiştir.

Kota ilk kez Sosyal Demokrat Halkçı Parti ile 1990 yılında Türk siyasal hayatına girmiş fakat % 25 olarak düzenlenen bu parti içi kadın kotası hayata geçirilememiştir. Devamı olan Cumhuriyet Halk Partisi’yle parti içi % 25 kota uygulaması devam etmektedir. Özgürlükçü ve Dayanışma Partisi’nde % 30’luk kadın kotası uygulanırsa da, parti meclis çatışında temsil edilmediği için etkisiz kalmaktadır. 2007 genel seçimleri ile meclise 8 kadın milletvekili ile giren kapatılmış Demokratik Toplum Partisi’nde % 25 kadın kotası uygulanmaktaydı. Demokratik bir imaj vermeye çalışan ve devamı niteliğindeki olan Barış ve Demokrasi Partisi’nde % 35 kadın kotası tüzüğünde yer almıştır.<sup>15</sup>

*TBMM’de Mevcut Milletvekillerinin Cinsiyete Göre Dağılımı;*

<sup>15</sup> <http://www.bdp.org.tr/hakkimizda/tuzuk.html> (Mayıs- 2010)

Parti Adı	Kadın		Erkek		Parti Toplam
	Sayı	Oran	Sayı	Oran	
Adalet Ve Kalkınma Partisi	30	% 8,92	306	% 91,07	336
Cumhuriyet Halk Partisi	8	% 8,24	89	% 91,75	97
Milliyetçi Hareket Partisi	2	% 2,89	67	% 97,1	69
Barış ve Demokrasi Partisi	7	% 35	13	% 65	20
Bağımsız Milletvekili	0	% 0	12	% 100	12
Demokratik Sol Parti	1	% 16,66	5	% 83,33	6
Demokrat Parti	0	% 0	1	% 100	1
Türkiye Partisi	0	% 0	1	% 100	1
Genel Toplam	48	% 8,85	494	% 91,14	542

Kaynak:

[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/milletvekillerimiz\\_sd.dagilim\(Mayıs-2010\)](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/milletvekillerimiz_sd.dagilim(Mayıs-2010))

## 2.1. TÜRK KADINININ YASAL HAKLARI

Türkiye’de eşitlik ilkesi Anayasa’nın 10. maddesi ile teminat altına alınmıştır. Türkiye’nin de taraf olduğu ‘Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’ (CEDAW) doğrultusundaki en önemli hukuk reformlarından biri de Anayasa’nın 10 maddesinde Mayıs 2004’te yapılan değişikliktir; bu değişiklikle birlikte Devlet yalnızca kadın erkek eşitliğini sağlamanın ötesinde, kadınlara yaşamın her alanında ve pratikte eşit haklar ve fırsatlar sağlamaya yönelik önlemler alma sorumluluğunu da yüklenmiştir<sup>16</sup> fakat değişiklik kanun ve kanun altı işlemlerle gerçek anlamda somutlaştırılamamıştır.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> <http://www.unicef.org.tr/tr/content/detail/8/country-profile-2.html>

<sup>17</sup> Oder, 2010, sy:236.



2010'da yapılan Anayasa değişikliği ile 10. maddenin 2. paragrafına şu ifade eklenmiştir; "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." Eklenen bu cümlede somut olmayan bir ifade ile kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla alınacak tedbirler ortaya konulmadan, ileride kanun koyucunun tutumuna göre belirlenecek sürede alınacak önlemlere yönelik atıf yapılmakta, en azından ilave edilmesi gereken 'kadınlar için pozitif ayrımcılık' ibaresi yer almamaktadır. Aynı değişiklik ile eklenen 3. paragrafta<sup>18</sup> ise kadınlar diğer korumaya muhtaç gruplarla bir değerlendirilerek erkek koruması altında olması gerektiğinin altı çizilmektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 90. Maddesi'nin son paragrafı ile de milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olmasına yer verilmiştir ve bu madde uyarınca uluslararası andlaşmalar iç hukukla çelişmez, aykırı yasa çıkaramaz. CEDAW ve diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri ulusal sözleşmeler karşısında üstün konuma gelmiştir.

## 2.2. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ (CEDAW)

1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen ve 2008 itibarıyla BM üyesi 185 ülkenin imzalayarak taraf olduğu CEDAW Sözleşmesi (Convention on the Elimination of all kinds of Discrimination Against Women), BM'nin en geniş katılımı ikinci sözleşmesidir; imzacı devletleri bağlayıcı niteliktedir, taraf devletlerin Sözleşme gereği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirme amaçlı bir izleme mekanizması (CEDAW Komitesi) mevcuttur ve ulusal düzeyde kadının insan haklarını geliştirmek için kullanılabilecek uluslararası bir araçtır.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Anayasa 10. madde 3. Paragraf (Eklenme tarihi: Eylül 2010) "Çocuklar, yaşlılar ve özürsüzler ile harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz"

<sup>19</sup> İlkaracan, 2008, sy: 5,6

Türkiye'nin de 1985'de imzaladığı bu sözleşme, taraf devletlerin ulusal mevzuatlarını sözleşmeye uygun hale getirme zorunluluğuna tabi tutar, ülkeler için referans niteliğindedir. CEDAW'ın taraf ülkelerde etkin olabilmesi için, sözleşmenin getirdiği yenilik ve düzenlemelere açık ve değişime istekli bir hükümetin ve karar mekanizmalarında sorumluluk alabilecek sivil toplum kuruluşlarına ihtiyaç vardır. STKlar, devletlerin dört yılda bir sundukları raporlara alternatif olarak hazırladıkları 'gölge raporlarla', sistemin hakkaniyetle çalışmasına önemli katkıda bulunmaktadır.

Türkiye'de kadın örgütleri 1997 ve 2005 yıllarında sundukları gölge raporlarla sürece katkıda bulunmuşlardır ve bu örgütler iç hukukumuzun uluslararası standartları yakalayabilmesi için lobicilik faaliyetlerinde yürütmektedir.

'Kadının insan hakları' olarak da adlandırılan CEDAW'ın 4. maddesinde Taraf Devletler'in kadın ve erkek eşitliğini temin etmesi için gerekli önlemlerin alınmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiş ve geçici önlemler olduğunun altı çizilmiştir. Buna göre, kadının eşitsizliğine yol açan düzenlemeler ortadan kalkıncaya dek pozitif ayrımcılık politikaları uygulanmalı, bu geçici ve özel önlemlere ancak fiili eşitlik amacına ulaşıldığı zaman son verilmelidir.<sup>20</sup> CEDAW'ın 5. maddesinde yer alan "her iki cinsiyetten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılması"dır, içinde olumlu ayrımcılık, olumlu eylem ya da öncelik hakkı gibi adlandırmalarla anılan uygulamaları barındıran Sözleşme'nin 4. maddesindeki "geçici ve özel" önlemler de, bu hedef doğrultusunda yorumlanmalıdır.<sup>21</sup>

Sözleşme'nin 7. maddesinde ise kadınların siyasal hayata etkin olarak katılmasını sağlayacak haklar sayılmıştır. Bu maddeye ilişkin olarak kabul edilen 23. No'lu genel tavsiye kararı ise siyasal hayata katılım hakkını detaylandırmakta, kadının fiilen yaşadığı engellerin altını çizmekte ve parlamentolardaki mevcut cinsiyet

<sup>20</sup> Usal, 2010, sy: 166.

<sup>21</sup> Oder, 2010, sy:236.

eşitsizliğine ilişkin devlet politikalarında atılması gereken adımları belirlemektedir.<sup>22</sup>

CEDAW Komitesi'nin Nihai Görüşleri'nde Türk Anayasası'ndaki kadın erkek eşitliğinin Sözleşme'ye uygun bir tanımının yer alması vurgulanmış, kadının siyasi ve kamu hayatında az temsil edildiği, eşitliğin sağlanması yolunda yavaş olunmasının endişe verici olduğu belirtilmiştir. Komite, TBMM'de %9'da kalan kadın vekil oranının artırılması ve önümüzdeki 2011 seçimlerinde kadınlara yönelik kota uygulamasının gerekliliğini görüş olarak belirtmiştir.

Sivil Toplum Örgütleri'nin sunduğu gölge raporlarda, her bir cinsiyetin en az % 30 temsiline ve katılımının zorunlu kılınması için Siyasi Parti Kanunu ve Seçim Yasası'nın değişmesi adına bir yasa teklifi hazırladıkları ve halen Meclis'teki siyasi partiler tarafından bir kanun teklifi olarak gündeme getirilmediği belirtilmiştir.

Türk STKlar'ı CEDAW sürecinde her ne kadar etkin ve özverili olarak çaba harcasada, bu çabaları iç politikada karar alma sürecinde siyasi otoritede yansımaları bulamamaktadır. Son yıllarda artan muhafazakar söylem ve tutumlar, ülkede kadının sosyal hayattan daha fazla çekilmesine neden olmaktadır.

### 2.3. AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE İLERLEME RAPORLARI

Demokrasi anlayışını eşitlik üzerine kurmuş Avrupa Birliği eşitliğe büyük önem vermektedir. "Başlangıçta ekonomik amaçlı bir topluluğu hedefleyen Avrupa Topluluğu, Roma Andlaşması'nın 119. (yeni 141) Maddesi, kadın – erkek arasında ücret eşitliği sağlamaya yönelik bir düzenleme ile cinsler arası eşitlik alanında "ilk kıvılcım"ı oluşturmuştur. Avrupa Birliği içerisinde kadın – erkek eşitliğini sağlamada ücret eşitliği ve çalışma yaşamında eşitlik olarak başlayan fırsat eşitliği süreci, "eşit muamele" (equal treatment) ve "olumlu eylem ve olumlu ayrımcılık" (positive action and

<sup>22</sup> Usal, 2010, sy: 165, 166.

positive discrimination) politikaları ile devam etmiştir. 1996'dan beri ise "fırsat eşitliğini ana politikalara ve faaliyetlere dahil etme" (mainstreaming equality) politikasının benimsendiği görülmektedir.<sup>23</sup>

AB için özellikle demokrasimizin ileri noktaya taşınması, insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi açısından simgesel önemi olan cinsiyet eşitliği yönünde, Türkiye'de AB'ye uyum sürecinde ilerleme kaydetmiştir. Özellikle hukuk alanında yoğunlaşan bu kadın hareketi, kazanımlar elde etsede AB müktesebatının uygulanması açısından Türkiye'nin yeterince hızlı hareket etmemesi eleştirilmektedir. Hukuk alanında getirilen yeni kazanımların uygulamada etkisiz kaldığı izlenmektedir.

AB, kadın erkek eşitliğinin bir insan hakları, sosyal adalet ve demokratik temsil sorunu olduğunu vurgulamıştır. AB Kurucu Anlaşmaları'nda ve çeşitli politikalarında kadın erkek eşitliğine yer vermiştir. Fakat Türk toplumunda ve özellikle siyasilerinde var olan cinsiyetçi bakış açısı AB'ye uyum sürecinde uygulanacak sosyal politikaların önüne geçebilmektedir.

Avrupa Birliği'nde aday ülkelerin üyelik sürecinde kat ettiği gelişmeleri değerlendirmek amacıyla Komisyon tarafından her yıl önerilerde bulunduğu ilerleme raporu yayınlanmaktadır. Bu yılki ilerleme raporunda kadınların siyasi temsiline hala çok düşük olmasına vurgu yapılarak Siyasi Partiler Kanunu ve siyasi parti tüzüklerinin Türk kadınlarının siyasi temsilini sağlayacak hiçbir hüküm içermediği belirtilmiştir.

Kadının parlamentodaki görünürlüğünün, demokratikleşmenin en önemli göstergelerinden biri olduğu bir uluslararası sistemde Türkiye'nin de dahil olduğu uluslararası antlaşmalar kota savunularına büyük destek sağlamaktadır; Türkiye açısından ise kadınların Batılılaşma açısından simgesel anlamı, AB ve uluslararası

<sup>23</sup> Dinçkol, 2005, sy:111.

sistemin taleplerinin ötesinde Türk demokrasisinin Batılılaşma projesi ve sekülerleşme çabaları ile birlikte düşünülmelidir.<sup>24</sup>

## SONUÇ

Nüfusun yarısını oluşturan kadınların temsil hakkını etkin kullanması gerekmektedir. Devlet de bu konuda üzerine düşen görevi yerine getirmeli ve fırsat eşitliği sağlayacak politikaları hayata geçirmelidir. Aksi takdirde, kanun önündeki cinsiyetler arasındaki eşitlik sadece kağıt üzerinde kalmakta ve kadın ekonomik, sosyal, siyasal olarak itilmiş konulma sürüklenmektedir.

Kadının siyasal hayatta var olması gereklidir çünkü öncelikleri farklıdır ve kendi bakış açısını ve çalışma yöntemlerini de siyasal hayata taşıyacaktır. Nüfusun yarısını oluşturduğu halde az temsilde eşitlik ilkesi hayata geçirilemezken, kadın politikacıların azlığıyla kadına ve topluma yönelik politikalar da sınırlı olarak üretilmektedir.

Türkiye’de bir kaç siyasi partinin iyi niyetli olarak kurmaya çalıştığı kota sistemleri ne yazık ki uygulamada etkin olamamaktadır. Siyasi kültürün ve parti içi demokrasinin zayıf olduğu ülkelerde kadının siyasal temsili siyasi partilerin insafına bırakılamayacak kadar önemli bir konudur. CEDAW önerilerinde de yer aldığı gibi yasal düzenlemelere ihtiyaç duymaktayız.

Ülkemizde parti lideri hakimiyetinde politika yürütüldüğü için seçilecek kadın adayların ‘sembolik kadınlar’ -token women- olmasının önüne geçilebilmesi gerekmektedir. Mecliste politika üretim sürecine katılacak etkin kadın vekillere ihtiyaç vardır. Bu konuda da sivil toplum örgütlerinin, kadın adayları desteklenmesi, eğitmesi ve içinde bulunduğu parti odaklı değil de özgür düşünebileceği bir siyasi kültürün yerleştirilmesini sağlamada ön ayak olmaları gerekmektedir.

<sup>24</sup> Güneş-Ayata & Gölgelioğlu, 2010, sy:147.

## KAYNAKÇA

AGİT/DKİHB Seçim Değerlendirme Heyeti Raporu (2007)Türkiye Cumhuriyeti Milletvekili Erken Seçimleri

Ayata-Güneş, A. & Gölgeioğlu, Ö. (2010). "Fırsat Eşitliği mi Sonuçta Eşitlik mi? 2000'li Yıllarda Kadın Kotası Tartışmaları", Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, Durudoğan, Hülya. Gökşen, Fatoş. Oder, Bertil Emrah. Yüksek, Deniz, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Dahlerup, D. (2005). "Increasing Women's Political Representation: NewTrends in Gender Quotas", Women in Parliament: Beyond Numbers içinde A Revised Eddition. (Eds.) Julie Ballington ve Azza Karam. International IDEA Handbook Series, Stockholm, Sweden.

Dahlerup, D. (2006). "Women, Quotas and Politics". London: Routledge.

Dahlerup, D. & Freidenvall, L. (2003). Quotas as a "Fast Track" to Equal Political Representation for Women: Why Scandinavia is No Longer the Model.

<http://www.equalvoice.ca/pdf/APSA5.pdf> Erişim: Mayıs, 2010

Dinçkol, B. (2005). "Kadın Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8 Güz /2.

IDEA, (2005)'The Implementation of Quotas; European Experiences- Quota Report Series'

İlkkaracan Ajas, İ. (2008). 'Birleşmiş Milletler CEDAW Sürecinde Sivil Toplum Örgütleri İle Savunuculuk Ve Lobicilik Türkiye gölge raporları 1997 & 2005 deneyimleri'

Inglehart, R., Norris, P., Welzel, C.(2004). 'Gender Equality and Democracy'

[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/tpb\\_MA\\_6187.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_6187.pdf) Erişim: Mayıs, 2010

International IDEA and Stockholm University (2005). Global Database of Quotas for Women. <http://www.quotaproject.org>. Erişim; Mayıs, 2010

KA-DER, (2007). 'Kota El Kitabı; Geçici Özel Önlem Politikası: Kota'

Krook, M. L. (2003). 'Candidate Gender Quotas.A Framework for Analysis'

<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/generalconference/marburg/papers/2/5/krook.pdf> Erişim; Mayıs, 2010

Krook, M. L. (2009). 'Quotas for Women in Politics: Gender and Candidate Selection Reform Worldwide', Oxford University

Moroğlu, N. (2010). 'Türkiye'de Kadının İnsan Hakları'

<http://www.humiliationstudies.org/documents/MorogluIstanbul2010meeting.pdf> Erişim: Mayıs, 2010

Norris, P. (2000). 'Breaking the Barriers:Positive Discrimination Policies for Women'

<http://www.hks.harvard.edu/fs/pnorris/Acrobat/QUOTAS.PDF> Erişim; Mayıs, 2010

Oder, B. E. (2010). "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, Durudoğan, Hülya. Gökşen, Fatoş. Oder, Bertil Emrah. Yüksek, Deniz, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Sitembölükbaşı, Ş. (2006). 'Kadınların Siyasal Hayata Etkin Katılımının Bir Aracı Olarak Kota Uygulamaları', Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:12 Sayı:1, Isparta.

Usal, Z. O. (2010). "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Merceğinden Kadının Siyasal Hayata Katılımı ve Bazı Kota Uygulamaları", Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde,

Durudoğan, Hülya. Gökşen, Fatoş. Oder, Bertil Emrah. Yüksekler, Deniz, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul.







# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir - İstanbul