

Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarının Yargı Yoluyla Kaybedilmesi	<i>Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ</i>
Ceza İhkeleri - Birkaç Anı Olay	<i>Mehmet UYGUN</i>
Hukuk Devleti	<i>Fürüzan İKİNCİOĞULLARI</i>
Hizmet Aktlerine Cezai Şart Konulması	<i>Prof. Dr. Kadir ARICI</i>
Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları	<i>Prof. Dr. Kudret GÜVEN</i>
Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği	<i>Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL</i>
Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları	<i>Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN</i>
Türk Ceza Kanununun Kişinin Hayatının Korunmasına İlişkin Hükümlerinde Reform Önerisi	<i>Yrd. Doç. Dr. Hakan HAKERİ</i>
La Conclusion des Traités Internationaux et Les Systèmes Constitutionnels	<i>Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY</i>
İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi	<i>Yrd. Doç. Dr. Halil KALABALIK</i>
Diyarbakır'daki İlçesiz İlçe Belediyeleri ya da Alt Kademe Belediyeleri	<i>Yrd. Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM</i>
İslâm-Osmanlı Hukukunda Vasiyetin Şekli	<i>Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ</i>
Avrupa Birliği İle İlişkilerin Hazırlık Soruşturmasına Etkisi	<i>Dr. Vahit BIÇAK</i>
Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği	<i>Yrd. Doç. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY</i>
Devletlerin Egemenliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS)	<i>Jean-François FLAUSS</i> <i>Çev. Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY</i>
Günümüzde Milli Self Determinasyon: Hukuki Teori ve Uygulama Sorunları	<i>Martti KOSKENNIEMI</i> <i>Çev. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN</i>

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Sahibi :**

Prof.Dr. Enver HASANOĞLU

**Editor :**

Doç.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

**Yayın Kurulu :**

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

**Yayın Yönetmeni :**

Araş. Gör. Mehmet ÖZDAMAR

**Bu dergi yılda iki defa yayımlanır**

**Journal of The Faculty of Law of  
Gazi University**

**Owner :**

Prof. Dr. Enver HASANOĞLU

**Editor :**

Doç.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

**Editorial Board :**

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

**Publishing Manager:**

Araş. Gör. Mehmet ÖZDAMAR

**This Journal published two times a year**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
10.Cadde, 81.Sokak No:51  
06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE**

**Bu Sayıdaki Makalelerin Hakemleri**

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Prof. Dr. Sacit ÖNEN

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Prof. Dr. Burhan AYKAÇ

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN

Doç. Dr. Yedigâr İZMİRLİ

Doç. Dr. Selahattin SARI

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN

Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

## **Yayın Hayatına Başlarken :**

11 Temmuz 1992 yılında 3837 Sayılı Kanunla kurulan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mart 1994'te faaliyete geçmiş, Nisan 1994'te de Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Maliye ve Ekonomi Bölüm Başkanlıkları ile bunların Anabilim Dalları kurulmuştur.

Hukuk Fakültesi 1994-1995 Eğitim-Öğretim yılında 47 öğrenci ile öğretime başlamıştır. Bugün ise 116'sı Türk Cumhuriyetleri ve Akraba Topululuklarından gelen yabancı uyruklu olmak üzere Fakültemizin 307 öğrencisi bulunmaktadır.

Fakültelerin asıl amacı lisans, yüksek lisans ve doktora eğitim-öğretiminin yanında ilmi çalışmalar yapmaktır. Hukuk biliminde ilmi çalışmalar yayın şeklinde ortaya konur. Üstelik yayın yapma akademisyenler için meslekî bir zorunluluktur. Hukuk bilimi alanındaki yayınlar hem uygulamaya ışık tutar, hem de ilmi tartışmanın zeminini oluşturur. Yayınların en hür ve en ferdi olanı ise dergilerde yer alan makalelerdir.

Bütçe imkânları ile dergi çıkarmanın zorlukları ortadadır. Diğer taraftan eser sahibine telif hakkı kapsamında müstahak olduğu telif ücretinin ödenmemesi veya cüz'i ödemeler yayın faaliyetini engelleyen bir husustur. Akademisyenlerin meslekî ve kariyer ilerlemelerinde aranan yayın zorunluluğu ve ilmi şevkle yayın yapma, tatminkâr telif ücreti ile teşvik edilirse yayın hayatı da zenginleşir.

Özellikle geri dönüşü olmadığı için maddi kaynak bulmak fevkalade zordur. Bu sebeple 1994 yılında açılan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, dergi çıkarabilme imkanına henüz kavuşabilmiştir. Bundan sonra yılda iki sayı olmak üzere yayın faaliyetini sürdürmesi amaçlanmıştır.

Bu ilk sayının çıkmasında maddî ve manevî katkıda bulunan herkese teşekkür ediyorum.

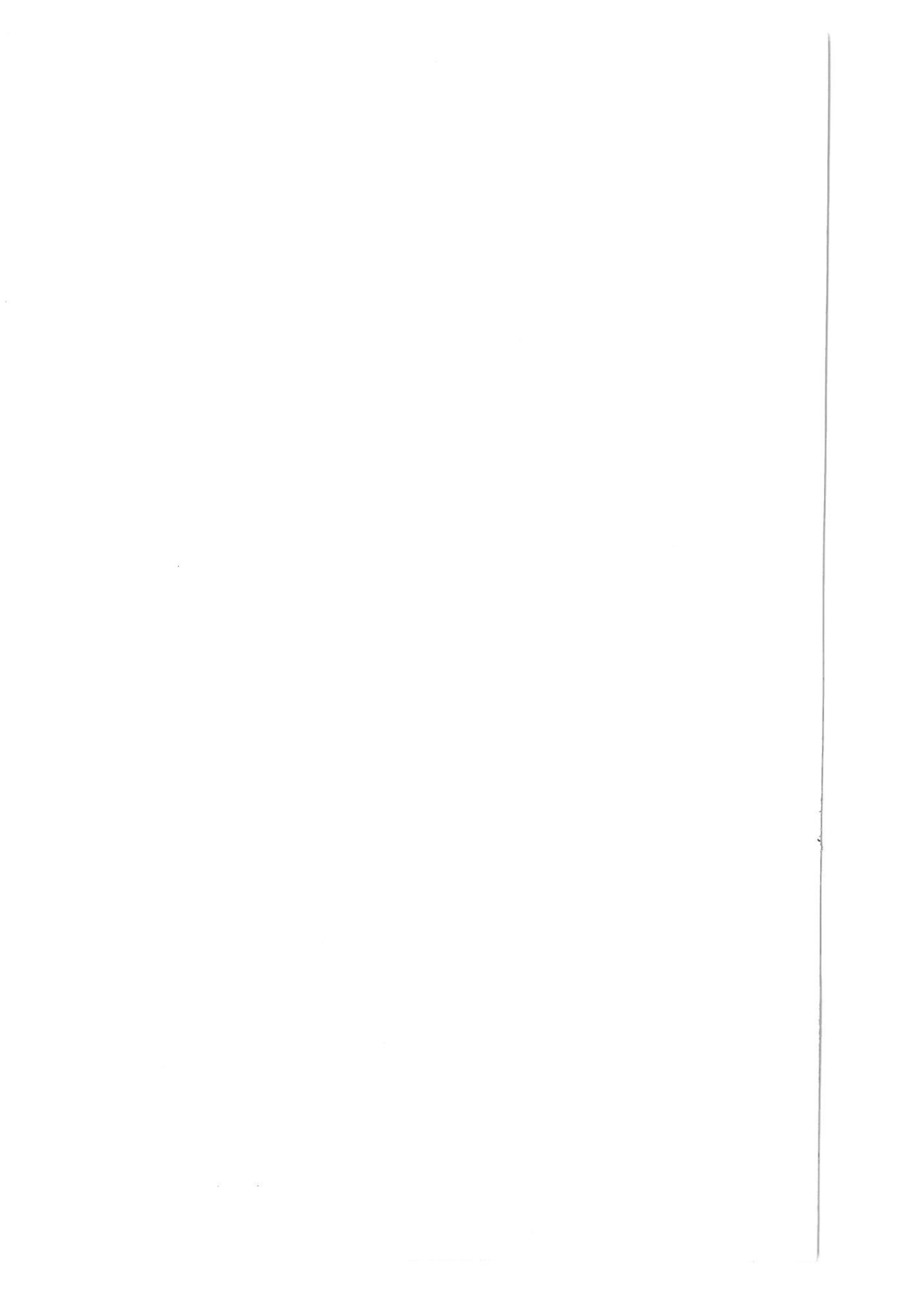
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne hem makale sahipleri hem de okuyucular için ilmi fayda sağlaması ümit ve temennisi ile yayın hayatında süreklilik ve başarı diliyorum.

**Prof. Dr. Enver Hasanoğlu**  
**Gazi Üniversitesi Rektörü**



## İÇİNDEKİLER

<i>Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ</i>	Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarının Yargı Yoluyla Kaybedilmesi	1
<i>Mehmet UYGUN</i>	Ceza İlkeleri - Birkaç Anı Olay	21
<i>Füruzan İKİNCİOĞULLARI</i>	Hukuk Devleti	28
<i>Prof. Dr. Kadir ARICI</i>	Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması	31
<i>Prof. Dr. Kudret GÜVEN</i>	Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları	45
<i>Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL</i>	Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği	81
<i>Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN</i>	Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları	114
<i>Yrd. Doç. Dr. Hakan HAKERİ</i>	Türk Ceza Kanununun Kişinin Hayatının Korunmasına İlişkin Hükümlerinde Reform Önerisi	124
<i>Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY</i>	La Conclusion des Traités Internationaux et Les Systèmes Constitutionnels	131
<i>Yrd. Doç. Dr. Halil KALABALIK</i>	İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi	172
<i>Yrd. Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM</i>	Diyarbakır'daki İlçesiz İlçe Belediyeleri ya da Alt Kademe Belediyeleri	212
<i>Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ</i>	İslâm-Osmanlı Hukukunda Vasiyetin Şekli	229
<i>Dr. Vahit BIÇAK</i>	Avrupa Birliği İle İlişkilerin Hazırlık Soruşturmasına Etkisi	242
<i>Yrd. Doç. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY</i>	Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği	254
<i>Jean-François FLAUSS</i> <i>Çev. Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY</i>	Devletlerin Egemenliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)	265
<i>Martti KOSKENNIEMI</i> <i>Çev. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN</i>	Günümüzde Milli Self Determinasyon: Hukuki Teori ve Uygulama Sorunları	287



**“MAHALLÎ İDARELERİN SEÇİLMİŞ ORGANLARININ ORGANLIK SIFATLARINI YARGI YOLUYLA KAYBETMELERİNE GENEL BİR BAKIŞ VE BELEDİYE BAŞKANI HAKKINDA BELEDİYE MECLİSİNCE YETERSİZLİK KARARI VERİLMESİ SONUCU ORGANLIK SIFATINI KAYBETMESİ DURUMUNUN YARGI YOLU İLE İNCELENMESİ”**

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ\*

**İÇİNDEKİLER  
KISALTMALAR  
GİRİŞ**

- I. İL GENEL MECLİSİ
  - A. İl Genel Meclisinin Feshi Sebepleri
  - B. Üst Mercie Gönderme Usulü
- II. BELEDİYE MECLİSİ
  - A. Belediye Meclisinin Feshi Sebepleri
  - B. Üst Mercie Gönderme Usulü
- III. BELEDİYE BAŞKANI
  - A. Belediye Başkanının Görevine Son Verilmesi Sebepleri
    - 1-Belediye Başkanının, Belediye Meclisinin Feshini Gerektiren Eylem ve İşlemlere Katılmış Olması
    - 2-Belediye Başkanının Görevini Mazeretsiz ve Kesintisiz 20 Günden Fazla Terk Etmesi
    - 3-Belediye Başkanının Belediye Başkanlığına Seçildikten Sonra Seçilme Yeterliğini Kaybetmesi
    - 4-Belediye Meclisinin Belediye Başkanı Hakkında Yetersizlik Kararı Vermesi
      - a. Belediye Başkanının Yıllık Çalışma Raporunun Yetersiz Olması
      - b. Gensoru
  - B. Üst Mercie Gönderme Usulü
  - C. Danıştay'da İzlenen Usul
    - 1-İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay
    - 2-Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kuruluna İtiraz

**SONUÇ  
KAYNAKÇA**

**KISALTMALAR**

age.	: Adı geçen eser	K.	: Karar numarası
agm.	: Adı geçen makale	md.	: Madde
agt.	: Adı geçen tez	RG.	: Resmî Gazete
bkz.	: Bakınız	s.	: Sayfa
C.	: Cilt	S.	: Sayı
E.	: Esas numarası	vd.	: Ve devamı

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Hukuk Fakültesi ve İktisadi İdari Bilimler Fakültesi. İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

## GİRİŞ

Mahallî idareler, il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir (1982 Anayasası md.127)<sup>1</sup>.

Mahallî idarelerin seçilmiş organları<sup>2</sup>, organlık sıfatını "yargı yolu" ile kaybetmemektedirler<sup>3</sup>. Bu konuda yargı mercii Danıştay'dır (Danıştay Kanunu md.24/2)<sup>4</sup>.

Organlık sıfatlarının kaybediliş şekli olan "düşürme" veya "fesih" işlemlerinin yargı denetimine tâbi tutulması değil, "düşürme" ve "fesih" işlemlerinin bizzat yargı tarafından yapılması söz konusudur.

Organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların ilçe, il seçim kurulları ve Yüksek Seçim Kurulu tarafından çözümü, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini İçişleri Bakanının geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırmaları<sup>5</sup> ve merkezî idarenin mahallî idareler üzerindeki "idarî vesayet denetimi" idarenin yargı dışı denetim yollarıdır.

Mahallî idareler<sup>6</sup>; il özel idaresi<sup>7</sup> belediye idaresi<sup>8</sup> ve köy idaresi<sup>9</sup> olmak üzere üç çeşittir.

<sup>1</sup> Mahallî idarelerin organlarının seçimle göreve gelmeleri konusunda bkz. ÇOKER, Ziya: "Yerel Yönetimler ve Anayasa", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.5, S.6, Kasım 1996, s.19-27; ÇOKER, Ziya: "Anayasa ve Yerel Yönetimler", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.1, S.5, Eylül 1992, s.3-9; DEMİRKOL, Feran: Yerel Yönetimlerin Anayasal Güvenceleri, İstanbul 1994, s.14-16.

<sup>2</sup> Mahallî idarelerin seçimle göreve gelen görevlilerinin özlük, malî ve sosyal hakları için bkz. BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER: Belediye Başkanları ve Yerel Yönetimlerin Seçimle Göreve Gelen Diğer Görevlilerinin Özlük , Malî ve Sosyal Hakları, Ankara 1996. Belediye başkanlarının özlük ve sosyal hakları için bkz. BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER: age.; PAZARCI, Şevki: Belediye Başkanlarının Görevleri, Yetkileri Özlük ve Sosyal Hakları, Ankara 1993.

<sup>3</sup> Mahallî idareler ve idarî yargı ilişkileri konusunda bkz. BAŞSOY, Ahmet: "Yerel Yönetimler ve İdarî Yargı İlişkileri", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdarî Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara 1993, s.298-304.

<sup>4</sup> 6.1.1982 gün ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu için bkz. 20 Ocak 1982 gün ve 17580 sayılı RG; yayımlandığı Düstur-Tertip: 5, C.21, s.119. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24 üncü maddesinin 2.fıkrasında değişiklik yapan 22.3.1990 gün ve 3619 sayılı kanun için bkz. 10 Nisan 1990 gün ve 20488 sayılı RG.

<sup>5</sup> DEMİRKOL, Feran: age., s. 25-26; ÇINAR, Uğurcan Sevinç: Türk Yargı Sistemine Göre Belediye Başkanları Üzerinde Merkez Vesayeti, (Basılmamış Uzmanlık Tezi), Ankara 1992, s.107-160; KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: Türkiye'nin İdarî Teşkilâtı (İlgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları), İstanbul 1995, s.219-221.

<sup>6</sup> Mahallî idareler konusunda fazla bilgi için bkz. TORTOP, Nuri: Mahallî İdareler, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, Ankara 1994, s.1-38; GÜLER, Birgül Ayman: Yerel Yönetimler, Liberal Açıklamalara Eleştirel Yaklaşım, Ankara 1992; YALÇINDAĞ, Selçuk: "Yerel Yönetimlerde Yeniden Düzenleme ve Yeni Bir Bakanlık", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.1, S.4, Temmuz 1992, s.3-11; YETER, Enis: "Yerel Yönetimler Üzerine Düşünceler", Çağdaş Yerel Yönetim-



## *Mahallî İdare Organları*

İl özel idaresinin vali, il genel meclisi ve il daimî encümeni olmak üzere üç organı vardır<sup>10</sup>.

Belediye idaresinin; belediye başkanı, belediye meclisi ve belediye encümeni olmak üzere yine üç organı vardır<sup>11</sup>.

Köy idaresi de muhtar, ihtiyar meclisi ve köy derneğinden oluşmaktadır<sup>12</sup>.

"Seçilmiş organ", "kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan..." organlardır (1982 Anayasası md.127/1). "Seçmenler" 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun<sup>13</sup> ile onun göndermede bulunduğu 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda gösterilmiştir<sup>14</sup>.

"Yargı yolu", hakkın tesbiti sırasında belli kurallara uyularak ve özellikle uyuşmazlıkta taraf olanlara veya dava tarafsız olarak görülecek ise, ilgililere iddia ve savunma hakkı tanıyıp, bunları yargıç önüne bütün delilleriyle koyabilme imkânının tanınması anlamına gelmektedir<sup>15</sup>.

Mahallî idarelerin seçilmiş organları<sup>16</sup>:

---

ler, C.1, S.4, Temmuz 1992, s.3-11; YETER, Enis: "Yerel Yönetimler Üzerine Düşünceler", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.1, S.4, Temmuz 1992, s.13-21; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 1996, s.112-113; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, Genel Esaslar Birinci Baskı Cilt Bir, Ankara 1998, s.199-206; TORTOP, Nuri: "Yerel Yönetimler ve Mali Özerklik", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.5, S.5, Eylül 1996, s.3-13; PIRLER, Orhan: "Devlet Plânlama Teşkilâtı ve Yerel Yönetimler", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.5, S.5, Eylül 1996, s.15-26; Yerel Yönetimler, Tusiad, "Demokratik Standartların Yükseltimesi Paketi", Tartışma Toplantıları Dizisi-3, İstanbul 1997; Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, İstanbul 1997, Tusiad.

<sup>7</sup> İl özel idarelerinin tarihçesi için bkz. BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER: age, s.1-11.

<sup>8</sup> Belediyelerimizin tarihçesi için bkz. BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER: age., s.12-26; ORTAYLI, İlber: Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979, s.294-302; TÜMERKAN, Sıddık: Türkiye'de Belediyeler (Tarihî gelişim ve bugünkü durum), İstanbul 1946. Belediyelerin halkla ilişkileri için bkz. YALÇINDAĞ, Selçuk: Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri, Birinci Baskı, Ankara 1996.

<sup>9</sup> Köy idarelerinin tarihçesi için bkz. BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER: age., s.27-31.

<sup>10</sup> İl özel idareleri için bkz. TORTOP, Nuri: age., s.85-97; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2.baskı, Ankara 1997, s.313-316; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.207-211.

<sup>11</sup> Belediyeler için bkz. TORTOP, Nuri: age., s.99-141; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.118-119; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.212-220; GÜNDAY, Metin: age., s.325-328; DOĞAN, M.Emin: "Belediyelerin Denetimi", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.5, S.5, Eylül 1996, s.27-36.

<sup>12</sup> Köyler için bkz. TORTOP, Nuri: age., s.65-83; GÜNDAY, Metin: age., s.345-352; KOYUNCU, Ahmet: Köy ve Mahalle Yönetimi (En Son Değişiklikleriyle), İlaveli İkinci Baskı, Ankara 1984; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.225-229.

<sup>13</sup> 8.1.1984 gün ve 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun için bkz. 18 Ocak 1984 gün ve 18285 sayılı RG; yayımlandığı Düstur-Tertip: 5, C. 23, s. 4-15.

<sup>14</sup> 10.6.1983 gün ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu için bkz. 13 Haziran 1983 gün ve 18076 sayılı RG; yayımlandığı Düstur-Tertip: 5, C.22, s.380-396.

<sup>15</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 3.5.1974 gün ve E.1973/69, K.1974/493 sayılı kararı.

<sup>16</sup> Mahallî Seçimler için bkz. ARTUKMAÇ, Sadık: Mahallî Seçim Hukuku, Ankara 1963.

- İl genel meclisi<sup>17</sup>
- Belediye meclisi<sup>18, 19</sup>
- Belediye başkanı<sup>20, 21</sup>
- Köy muhtarı<sup>22</sup>
- İhtiyar meclisidir<sup>23</sup>.

Burada il genel meclisi ile belediye meclisinin fesih nedenleri sadece sayılacaktır.

Anayasaya aykırı olarak idarî yolla görevden alınan köy muhtarı ile feshi hakkında Köy Kanunu'nda bir kural bulunmayan köy ihtiyar meclisi de, yargı denetimi dışında kalmaktadır<sup>24</sup>.

Belediye başkanının organlık sıfatını kaybetme sebepleri<sup>25</sup> de yine kısaca ve yalnızca sayıldıktan sonra, uygulamada fazla karşılaşılan durum

<sup>17</sup> İl genel meclisi konusunda bkz. KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., 191; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.115-116; NADAROĞLU, Halil: Mahallî İdareler, 4.Baskı, İstanbul 1989, s.283; GÜNDAY, Metin: age., s.316-319; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.208-209; YETER, Enis: "İl Genel Meclislerinin Oluşumu, Çalışma Esas ve Usulleri, Üyelerinin Malî ve Sosyal Hakları", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.5, S.5, Eylül 1996, s.37-50.

<sup>18</sup> Belediye meclisi konusunda bkz. NADAROĞLU, Halil: age., s.317-319; KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., s.198; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.120; GÜNDAY, Metin: age., s.328-332.

<sup>19</sup> Belediye meclislerinin görevleri ve yetkileri konusunda bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Meclislerinin Görevleri ve Yetkileri, Açıklamalar-İlgili Mevzuat-Yargı Kararları, Ankara 1995.

<sup>20</sup> Belediye başkanı konusunda bkz. NADAROĞLU, Halil: age., s.315-317.

<sup>21</sup> Belediye başkanlarının görevleri, yetkileri konusunda bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Başkanlarının Görevleri, Yetkileri Özlük ve Sosyal Hakları, İlgili Mevzuat-Açıklamalar-Yargı Kararları, Ankara 1993. Belediye başkanlarının ceza yetkileri konusunda bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Cezaları Belediye Başkanları ve Belediye Encümenlerinin Ceza Yetkileri, Açıklamalar-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat, Genişletilmiş, İkinci Baskı, Ankara 1992.

<sup>22</sup> Köy muhtarı için bkz. NADAROĞLU, Halil: age., s.349-350; KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., s.209-210.

<sup>23</sup> İhtiyar meclisi için bkz. NADAROĞLU, Halil: age., s.351-352; KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., s.208-209.

<sup>24</sup> KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., s.183,187-189; DEMİRKOL, Ferman: age., s.26-27; GÜNDAY, Metin: age., s.350-351.

<sup>25</sup> 1963 yılında 442 sayılı Köy Kanunu'nun 33 ve 41.maddelerinin değişikliği için hazırlanan Adalet Komisyonu raporu ve hükümet önerisinde idare kurullarına idarî yargı mercii sıfatıyla görev verilmişti. Anılan rapor ve öneride "idarî yargı mercii"olarak nitelendirilen idare kurullarının bu sıfatlarının doğru olup olmadığı hususu, söz konusu kanun tasarsının Millet Meclisi'nde görüşülmesi sırasında tartışılmıştır.

Nitekim Cevad ODYAKMAZ (Sivas) tarafından bu konuda şu görüşler ileri sürülmüştür: "...Şimdi, bundan anladığımıza göre, ilçe idare kurulu bir yargı mercii olarak kabul ediliyor ve idarî yargı mercii sıfatıyla da, muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliğine son verebiliyor. Anayasanın mahallî idarelerle ilgili 116 ncı maddesi aynen şöyle demektedir: "Mahallî idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanma ve kaybetmeleri konusundaki denetim ancak yargı yolu ile olur." O halde idarî yol ile bir denetim mevzuu bahis değildir. Denetim sadece yargı yolu ile olur. Yargı yolu nedir? Onu da bize Anayasa gösteriyor. 7 nci madde diyor ki: "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." Şu halde yargı yolu denildiği zaman,

olması nedeniyle Belediye meclisi tarafından yıllık çalışma raporunun yetersiz bulunması ve gensoruya verilen cevapların yeterli görülmemesi hali incelenecektir.

## **I. İL GENEL MECLİSİ**

### **A. İl Genel Meclisi'nin Feshi Sebepleri**

İl Özel İdaresi Kanunu'na göre il Genel Meclisinin feshi sebeplerini şöyle sıralayabiliriz (md.125):<sup>26</sup>

- 1-İl Genel Meclisinin kanunen belirli olan olağan veya olağanüstü toplantılar dışında toplanması,
- 2-Toplantı yeri bakımından kanunen belirli yer dışında toplanması,
- 3-Kanunen kendisine verilen görevleri süresi içinde yapmaktan çekinmesi ve bu yüzden il genel meclisine ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratması,
- 4-Siyasî meseleleri müzakere etmesi veya siyasî temennilerde bulunmasıdır.

### **B. Üst Mercie Gönderme Usulü**

Bu dört halden birinin varlığı halinde Vali durumu gerekçesi ile birlikte İçişleri Bakanlığına, İçişleri Bakanı da Danıştay'a bildirir.

## **II. BELEDİYE MECLİSİ**

### **A. Belediye Meclisi'nin Feshi Sebepleri**

Belediye Meclisi'nin feshi sebepleri de Belediye Kanununda yer almıştır (1580 sayılı Belediye Kanunu md.53)<sup>27</sup>. Bu sebepler<sup>28</sup>:

---

idari merciler tarafından yapılmış olan denetim, bir idari denetim olur; kazaî bir denetim, kazaî bir murakabe olabilmesi için, kaza selâhiyetini haiz, müstakil, Türk milleti adına bu selâhiyeti kullanan mahkemelerin murakabesi bahis mevzuudur. Binaanaleyh, bu hükmün düzeltilmesi lâzımdır." bkz. HAŞTEMOĞLU, Gündüz: Belediye Başkanlarının Düşürülmesi, Belediye ve İl Genel Meclislerinin Feshi, Muhtarların Görevlerine Son Verilmesi Konuları Hakkında İnceleme, Ankara 1978, s.27.

<sup>26</sup> HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.138-140.

<sup>27</sup> 3.4.1930 gün ve 1580 sayılı Belediye Kanunu için bkz. 14.4.1930 gün ve 1471 sayılı RG.

<sup>28</sup> 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun Belediye Meclisinin feshini düzenleyen 19.7.1963 gün ve 307 sayılı Kanunun 3.maddesi ile değişik 53.maddesi ve bu madde ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: İdarî Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat, Birinci Baskı, Ankara 1996, s.712-713, 714-715; HAŞTEMOĞLU, Gündüz:

1- Belediye meclisinin toplantı zamanı bakımından kanunen belirli olan yer veya olağanüstü toplantılar dışında toplanması.

2- Kanunen belirli olan yerden başka yerde toplanması.

"Kanunen belirli olan yer"e, Danıştay kararlarında "zorunlu olarak başka yerde toplanılması", "mutat toplanma yeri" ve "mahsus mahal" gibi ifadelerle yer verilerek önemle üzerinde durulmuştur.<sup>29</sup>

3- Kanunen kendisine verilen görevleri süresi içinde yapmaktan çekinmesi ve bu halin belediye meclisine ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratması.

Meclisin kanunen yapmakla yükümlü olduğu görevlerini süresi içinde yapmaması ve bu durumun meclise ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratabilecek nitelikte olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

4- Siyasî meseleleri müzakere etmesi ve siyasî temennilerde bulunması.

Kanun "siyasî mesele" ve "...siyasî nitelikte temenni" kavramlarına açıklık getirmemiştir.

## B. Üst Mercie Gönderme Usulü

Bu sebeplerden birinin varlığı halinde, belediye meclisinin feshi isteği İçişleri Bakanı tarafından Danıştay'a intikal ettirilir. İçişleri Bakanlığının bu konuda mütalâa bildirmesi gerekmemektedir.

## III. BELEDİYE BAŞKANI

### A. Belediye Başkanının Görevine Son Verilmesi Sebepleri

Belediye başkanlarının başkanlık görevlerinin ölüm ve istifa dışında<sup>30</sup> sona erme sebepleri:

1- Belediye başkanının, belediye meclisinin feshini gerektiren eylem ve işlemlere katılmış olması (1580 Sayılı Kanun md.53/son fıkra)<sup>31</sup>.

---

age., s.29-31, 37-41, 63-64, 129-137; HONDU, Selçuk: "Belediye Başkanlarının Düşürülmesi ve Belediye Meclislerinin Feshi Konularında Bir İnceleme", Danıştay Dergisi, C.17, S.66-67, 1987, s.22-24; PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, Ankara 1995, s.68-71; ÜNLÜ, M.Cengiz: Belediye Yargı Kararları (Danıştay-Yargıtay), 1.Basım, Ankara 1994, s.34-35.

<sup>29</sup> HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.132-134.

<sup>30</sup> İstifa için bkz. ÇINAR, Uğurcan Sevinç: agt., s.106; HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.105-107.

<sup>31</sup> Belediye başkanının belediye meclisinin feshedilmesini gerektiren işlemlere katılması konusunda bkz. ÇINAR, Uğurcan Sevinç: agt., s.86-106; HONDU, Selçuk: agm., s.22.

- 2- Belediye başkanının görevini mazursuz ve kesintisiz 20 günden fazla terk etmesi (1580 Sayılı Kanun md.93/son fıkra)<sup>32</sup>.
- 3- Evvelce belediye başkanlığına seçildikten sonra seçilme yeterliğini kaybeden veya görevi kötüye kullanma veya herhangi bir suçtan dolayı en az altı ay hapse mahkûm olan belediye başkanları İçişleri Bakanlığının bildirisine üzerine Danıştay tarafından bir ay içinde verilecek karar ile başkanlıktan düşerlerdi. Bu hükmü içeren 1580 Sayılı Kanunun 307 Sayılı Kanunla değişik 91.maddesinde 4.7.1988 Tarih ve 355 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılmış ve Kanun Hükmünde Kararname'nin 3.maddesi ile bu hükmü:

"Belediye başkanlığına seçildikten sonra seçilme yeterliğini kaybeden belediye başkanları İçişleri Bakanlığının bildirisine üzerine Danıştay tarafından bir ay içinde verilecek kararlar başkanlıktan düşerler." şeklinde düzenlenmişti.

Ancak 355 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname daha sonra yetki kanununun kapsamı dışında kaldığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>33</sup>.

Bilindiği gibi iptal edilen Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlükten kaldırdığı kanun hükümleri Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine kendiliğinden yürürlük kazanmamaktadır.

Bu yüzden belediye başkanlarının bu şekilde başkanlıktan düşmeleri halinde ne yapılacağı konusunda yasal bir boşluk oluşmuştur<sup>34</sup>.

*Danıştay 8.Dairesi'nin 10.11.1992 Tarih ve 1992/2508-2735 Sayılı kararında;*

*"...Bir yıl hapis cezasına hüküm giyerek seçilme yeterliliğini yitiren belediye başkanının düşürülmesi gerektiğine...." hükmü edilmiştir.*

- 4- Belediye meclisi belediye başkanı hakkında iki nedenle yetersizlik kararı verebilir<sup>35</sup>:

<sup>32</sup> Bu konuda yargı kararları için bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, Ankara 1995.

<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 8.2.1989 tarih ve E./1988/38, K.1989/7 sayılı kararı. 3 Mayıs 1989 gün ve 20157 sayılı RG.

<sup>34</sup> 91.madde ile ilgili ayrıntılı bilgi ve yargı kararları için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.336-337; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.122-123; KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., s.182,185-187; DEMİRKOL, Ferman: age., s.29; HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.34-36. 45-48,68,78-85,116-120; ÇINAR, Uğurcan Sevinç: agt., s.61-72; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.216-217; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: age., s.713,717; HONDU, Selçuk: agm., s.21-22; PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.136-140.

<sup>35</sup> DEMİRKOL, Ferman: age., s.28, 29-30; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.123; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.217-218; GÜNDAY, Metin: age., s.336.

Birincisi, belediye başkanının yıllık çalışma raporunun yetersiz olması<sup>36</sup>, ikincisi ise gensoruya verilen cevabın yeterli olmamasıdır<sup>37</sup>.

Ancak bu yetersizlik kararları yalnız seçilmiş belediye başkanları hakkında verilebilir. Yoksa belediye meclisleri, atanmış belediye başkanları hakkında yetersizlik kararı veremezler<sup>38</sup>.

#### a. Belediye Başkanı'nın Yıllık Çalışma Raporu'nun Yetersiz Olması

Belediye başkanı belediye meclisine her toplantı dönemi başında meclis kararlarının uygulanmasına, belediyenin malî durumuna, aktedilmiş ve mevcut taahhütlerin ifa şekline dair yıllık bir çalışma raporu verir.

Meclis rapordaki izahatı meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile yeter görmezse, yetersizlik kararı ile müzakereleri kapsayan tutanak aynen meclis birinci başkanvekili, onun bulunmaması halinde ikinci başkanvekili tarafından mahallî en büyük mülkiye amirine gönderilir<sup>39</sup>.

Vali bu dosyayı il merkezi olmayan yerlerde kaymakamın, il merkezi olan yerlerde kendisinin gerekçeli ve kanaatli mütalâasıyla bir ay zarfında karar verilmek üzere Danıştay'a sunar.

Danıştay'ca yetersizlik kararı verildiği takdirde belediye başkanı düşer (1580 Sayılı Kanunun 307 Sayılı Kanunun 3.maddesi ile değişik 76. maddesi)<sup>40</sup>.

*Danıştay 8.Dairesi 17.10.1990 Tarih ve 1990/1135-1138 Sayılı kararında;*

*"...1580 Sayılı Yasa'nın 76.maddesi uyarınca belediye başkanının çalışma raporunun yetersiz bulunarak düşürülebilmesi için, kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından meclisçe alınan kararların uygulanmayarak hizmeti aksattığı, kişisel yararlar sağladığı halkın yararına olmayan işlemler yaptığı gibi ciddi belirtilerin olması gerektiğine...." hükmetmiştir.*

<sup>36</sup> Belediye başkanının yıllık çalışma raporunun yetersizliği konusunda bkz. ÇINAR, Uğurcan Sevinç: agt., s.72-77; HONDU, Selçuk: agm., s.17-20.

<sup>37</sup> Belediye başkanının gensoruya verdiği cevabın yeterli görülmemesi konusunda bkz. ÇINAR, Uğurcan Sevinç: agt., s.78-86; HONDU, Selçuk: agm., s.20-22.

<sup>38</sup> Danıştay 8.Dairesi'nin 2.2.1989 gün ve E.1988/880, K.1989/49 sayılı kararı. Atama yoluyla işbaşına gelme konusunda fazla bilgi için bkz. NADAROĞLU, Halil: age., s.315-317.

<sup>39</sup> Büyükşehir belediyelerinde bu madde farklıdır.27.6.1984 gün ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 14.maddesinin son fıkrasına göre "1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 61 ve 76 ncı maddeleri hükümlerindeki 2/3 çoğunluk şartı büyükşehir belediye başkanları için 3/4 olarak uygulanır."

<sup>40</sup> 6.madde ve bu madde ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: age., s.716-717; HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.32-34, 42-44, 69,107-113; PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.118-123; ÜNLÜ, M.Cengiz: age., s.29-30, 32-33.

Aynı Dairenin 25.12.1990 Tarih ve 1990/1636-1847 Sayılı kararına göre ise;

"..... belediyenin bir yıllık zamanının boşa geçtiği, çarşının temizlenmediği, suyunun akmadığı, garaj, otobüs ve petrol istasyonu gibi belediyenin gelir kaynağı olan yerlerinin ilgisizlik ve denetimsizlikten zarar ettiği, belediyenin kaldıramayacağı borç ve para yükü getirildiği, personel arasında eşit hak sağlanmadığı, atamaların büyük bir bölümünü vekiline yaptırdığı, bu sürede alınan meclis kararlarının hiçbirini uygulamadığı, ilçe gelirlerinin sınırlı olduğu düşünülmeksizin gereğinden çok memur ve işçi alınarak büyük masraflara girildiği, belediyenin aşırı borç içine sokulduğu gerekçeleriyle yetersizlik görülmüştür...." denilmiştir.

Danıştay 8.Dairesi'nin 10.12.1992 Tarih ve 1992/2613-3426 Sayılı kararı ile;

"...Belediye meclisince alınan kararları uygulamayarak, hizmetin aksamasına ve belediyenin zarara uğramasına neden olan belediye başkanının düşürülmesi ile ilgili istemin incelemesinde; belediye başkanının, belediye meclisince kamu hizmetlerinin yürütülmesi için alınmış olan kararları uygulamayarak hizmetleri aksattığı, belediyenin zarara uğramasına neden olduğu, belediye başkanı olarak görevinde yetersiz olduğu ve güvenilirliğini yitirdiğinden, istemin kabulü ile Belediye Başkanının 1580 Sayılı Yasanın 76.maddesi uyarınca belediye başkanlığından düşürülmesine karar verilmiştir...."

Kanunda başkanın yıllık çalışma raporunu belediye meclisinin hangi toplantısında sunacağı konusunda bir açıklık yoktur.

"Her toplantı dönemi başında" deyimini ile kastedilen dönem "Haziran" ayı olarak kabul edilmektedir. Çünkü; Kanuna göre meclisin olağan toplantıları Ekim, Şubat ve Haziran ayları başlarında olmak üzere yılda üç defadır (1580 Sayılı Kanun md.54)<sup>41</sup>.

Önemli ve acele bir iş çıkarsa belediye başkanının yazılı çağırısı veya meclis üyelerinden üçte birinin gerekçeli teklifi veya valinin doğrudan doğruya çağırması üzerine meclislerin olağanüstü toplanacağı belirtilmiştir.

Toplantı dönemi ile meclisin haziran ayı olağan toplantısının kastedildiği hakkında Mahallî Seçimlerin Yeniden Düzenlenmesi Hakkındaki Kanunun geçici birinci maddesinde açık hüküm vardı (26.6.1973 gün ve 1381 Sayılı Kanun).

Bu kanun 2033 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Halen uygulama çalışma raporunun haziran ayı toplantısında sunulması şeklindedir.

Yerleşmiş Danıştay içtihatlarına göre, haziran ayı toplantısı dışında belediye başkanından rapor istenemez ve haziran ayı toplantısı dışında rapor

<sup>41</sup> HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.73-74; PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.71-74; ÜNLÜ, M.Cengiz: age., s.40-41.

vermediği için de başkanlıktan düşürülmesine meclis tarafından karar verilemez<sup>42</sup>.

Belediye başkanının hazırlayacağı çalışma raporunda bulunması gereken konular sırasıyla:

- Meclis kararlarının uygulanması,
- Belediyenin mali durumu,
- Akdedilmiş ve mevcut taahhütlerin ifa şeklidir.

(1580 Sayılı Kanun md.76).

Belediye meclisi ve belediye encümeni karar organı, başkan ise icra organıdır. Belediye başkanının görevleri kanunda gösterilmiştir (md.98-100)<sup>43</sup>.

Başkanlar bir yıl içinde bu görevlerden hangilerini yaptıklarını, hangilerini yapamadıklarını ve bunun sebeplerini yıllık çalışma raporlarında gösterirler<sup>44</sup>.

Belediye Kanununda ve Belediye Muhasebe Tüzüğünde belediyelerin gelir ve giderlerinin neler olduğu, bunların toplanma ve harcama şekilleri ve kayıt düzeni açıklanmıştır.

Belediye meclisinin müzakere edeceği ve karar vereceği konular Belediye Kanununun 70. maddesinde sayılmıştır<sup>45</sup>. Başkan, meclis tarafından bir önceki yılda yapılması kararlaştırılmış konular varsa bunların yapılıp yapılmadığını da raporunda açıklamalıdır.

Belediye meclisi, başkanın başkanlık edeceği her ekim ayı toplantısının içlerinden iki başkanvekili seçer (md.58)<sup>46</sup>.

Belediye başkanının yıllık çalışma raporunun görüşülmesi sırasında o meclis toplantısına meclis başkanvekillerinden biri başkanlık edecektir (md.60)<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> HONDU, Selçuk: agm., s.18. "Haziran ayı normal toplantısında okunması gereken çalışma raporunun Şubat ayı normal toplantısında okunması ve kapsamının yeter görülmemesi sebebiyle belediye başkanı hakkında yetersizlik kararı verilmesine ilişkin belediye meclisi kararında isabet bulunmadığından başkanlıktan düşürülme isteğinin reddine karar" verilmiştir. Dairesi'nin E.1975/387, K.1975/3788 sayılı kararı.

<sup>43</sup> Bu konuda çeşitli yargı kararları için bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.149-151.

<sup>44</sup> HONDU, Selçuk: agm., s.18.

<sup>45</sup> Bu konu ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları age., s.99-109.

<sup>46</sup> Bu konu ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.77-78.

<sup>47</sup> Bu konu ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. PAZARCI Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.83-84.



Belediye başkanı meclisin haziran ayı toplantısında raporunu okuyup üyeler tarafından görüşler belirtildikten ve eleştiriler yapıldıktan sonra belediye başkanının çalışmalarının yeterli olup olmadığı oya sunulur.

Meclis üye tam sayısının 2/3 ü başkanın çalışmalarını yetersiz bulursa durum ilgili yerlere götürülür.

Meclis üye tamsayısına başkanın kendisi de dahildir.

Uygulamada kesir rakamları tam rakama dönüştürülmektedir<sup>48</sup>.

*Danıştay 8.Dairesi 26.12.1991 Tarih ve 1991/3185-2093 Sayılı kararı ile;*

*"..... yasadaki belirli çoğunluk kararına uyulmadan yetersizlik kararı alınarak birinci ve ikinci başkanvekilleri dışında bir meclis üyesinin başkanlığında toplantı yapılarak alınan belediye başkanlığından düşürülme kararının yerinde olmadığından, belediye başkanlığından düşürülme istemi"ni reddetmiştir.*

#### **b. Gensoru**

Belediye başkanının başkanlıktan düşürülmesinin son yolu "Gensoru" dur.

Belediye meclisi üyelerinin her biri belediye işleriyle ilgili herhangi bir konu hakkında meclis başkanlığına önerge vererek gensoruda bulunabilir. Gensoru önergesi, içeriği meclis üye tam sayısının çoğunluğunca yerinde görüldüğü takdirde gündeme alınır ve üzerinden üç tam gün geçtikten sonra belediye başkanları veya memur edecekleri kişiler gensoruya meclis önünde cevap verirler.

Cevap, meclis üye tamsayısının 2/3 çoğunluğunca<sup>49</sup> yeterli görülmediği takdirde belediye başkanı hakkında yetersizlik kararı verilir (1580 Sayılı Kanunun 19.7.1963 gün ve 307/3 Sayılı Kanunla değişik 61.maddesi)<sup>50</sup>. Gensoru müessesesi ile karar organı olan belediye meclisi, icra organı olan belediye başkanını idarî yoldan denetlemektedir.

Kanunda gensorunun hangi toplantıda verilebileceği hususu belirtilmemiştir. Başka bir deyişle gensorunun verileceği toplantı hakkında, çalışma raporunda olduğu gibi herhangi bir sınırlama yoktur. Bu bakımdan gensoru,

<sup>48</sup> HONDU, Selçuk: agm., s.20.

<sup>49</sup> 27.6.1984 gün ve 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 14.maddesinin son fıkrasına göre "1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 61 ve 76 ncı maddeleri hükümlerindeki 2/3 çoğunluk şartı büyükşehir belediye başkanları için 3/4 olarak uygulanır."

3030 sayılı Kanun için bkz. 9 Temmuz 1984 gün ve 18453 sayılı RG.

<sup>50</sup> 61. madde ve bu madde ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.31-34, 41-44, 70, 114-116; PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.84-87; ÜNLÜ, M.Cengiz: age., s.30-31; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: age. s.716-717.

meclisin Şubat, Haziran ve Eylül aylarında yapılan olağan toplantılarından herhangi birinde verilebilir<sup>51</sup>.

Gensoru belediye meclisi üyelerinden birisi tarafından verileceği gibi birden fazla meclis üyesi tarafından da verilebilir.

Her konuda gensoru verilemez. Gensorunun ancak "**belediye işle-riyle ilgili herhangi bir hususla ilgili**" olmak kaydıyla sınırlı olarak verilebileceği anlaşılmaktadır (md.61).

Gensoru, meclis başkanlığına "önerge" verilerek istenir.

Gensoruya ilişkin olarak meclis başkanlığına verilen önerge hemen gündeme alınmaz.

Önergenin gündeme alınabilmesi için meclis üye tamsayısının çoğunluğunca yani yarıdan bir fazla oy ile önergenin kapsamının geçerli görülmesi gerekmektedir.

Gensoru gündeme alındıktan itibaren üç tam gün geçtikten sonra cevaplandırılır.

Üç günlük süre belediye başkanına; sorulan sorular hakkında gerekli bilgi ve belgeleri toplayarak hazırlanma imkânı sağlamak amacıyla tanınmıştır.

Gensorunun gündeme alınmasından itibaren üç tam gün geçtikten sonra yapılacak olan meclis toplantısında belediye başkanının kendisi veya teknik konular söz konusuysa görevlendireceği kişiler meclise açıklama yaparlar.

*Danıştay 8.Dairesinin 30.12.1993 Tarih ve 1993/2558-4431 Sayılı kararında;*

*"...Gensorunun görüşülmesi sırasında belediye başkanına cevap hakkı tanınması gerektiği gibi, öne sürülen iddiaların, belediye başkanının düşürülmesini gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olması gerektiğine işaret edilerek belediye başkanına yanıt hakkı verilmemesinin 1580 Sayılı Yasanın 61.maddesi kuralına aykırı olduğuna ayrıca gensoruda ileri sürülen savların belediye başkanının düşürülmesini gerektirecek nitelikte ve ağırlıkta olmadığından, belediye başkanının 1580 Sayılı Yasanın 76.maddesi uyarınca belediye başkanlığından düşürülmesi isteminin reddine karar verilmiştir...."*

Başkanın gensoruya cevap vermek üzere meclise gelmemesi veya cevap verecek bir kimseyi memur etmemesi halinde meclis, başkan hakkında yetersizlik kararı verebilir<sup>52</sup>.

Belediye başkanının kendisinin veya görevlendirdiği kişi veya kişilerin gensoruya verdikleri cevap, meclis üye tamsayısının 2/3 ü tarafından yeterli

<sup>51</sup> HONDU, Selçuk: agm., s.21.

<sup>52</sup> Danıştay 6.Dairesi'nin 24.5.1951 gün ve E.50/1782, K.51/1291 sayılı kararı.

görülmezse belediye başkanının yıllık çalışma raporunun yetersiz bulunması halinde izlenen usule göre hareket olunacaktır (md.76)<sup>53</sup>.

Bu halde idarî yargı yeri tarafından üzerinde durulması gerekli hususlar şunlardır:

- Gensorunun gündeme alınmasında yeterli çoğunluk bulunmuş mudur?
- Gensorunun gündeme alınmasından sonra üç tam gün geçmiş midir?
- Gensoru ve buna verilen cevap belediye işleriyle ilgili gerçekçi ve makul müdür?
- Yetersizlik kararı meclis üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu ile mi alınmıştır?

#### **B. Üst Mercie Gönderme Usulü**

Çalışma raporu ve gensoru üzerine yetersizlik kararının yargı mercilerine gönderiliş şeklinde izlenecek usule gelince:

Belediye meclisi belediye başkanının yıllık çalışma raporunun veya gensoruya verdiği cevabın yetersiz olduğuna karar verdikten sonra meclisin o dönemde yaptığı görüşme tutanakları ile yetersizlik kararı meclis başkanvekili tarafından ilçelerde kaymakamlıklara, illerde valiliklere gönderilir.

Kaymakam veya vali kendilerine gelen dosyayı inceledikten sonra Belediye Kanununun 76. maddesine göre kendilerinin "gerekçeli ve kanaatli mütalâa"larıyla birlikte Danıştay'a gönderirler. İlçe belediye başkanları hakkındaki meclisin yetersizlik kararı ile kaymakamın gerekçeli görüş ve düşüncelerini içeren dosya önce valiliğe gönderilir. Dosyayı valilik Danıştay'a intikal ettirir.

Vali, Belediye Kanununun 76. maddesine göre, aksi kanaatte olması halinde yani gensoruya ve gerekçesine katılmasa bile, gensoruyu Danıştay'a göndermek mecburiyetindedir.

Oysa Vali'nin statüsü dikkate alınarak Vali'nin gensoruya katılmaması halinde gensoruyu Danıştay'a göndermeme yetkisi olmalıdır. Valinin gensoruya katılması halinde ise dosyayı gerekçeli mütalâası ile birlikte Danıştay'a göndermesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

*Danıştay 8.Dairesi 11.9.1992 Tarih ve 1992/2608-1622 Sayılı kararında;*

*"...Yıllık çalışma raporu yetersiz bulunan belediye başkanının düşürülmesinin, kaymakam ya da vali tarafından Danıştay'dan istenebileceğinden, belediye meclisi üyelerince doğrudan, yasanın 76.maddesi uyarınca belediye*

<sup>53</sup> 76.madde ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, age., s.118-123; HAŞTEMOĞLU, Gündüz: age., s.72-73.

*başkanının düşürülmesi istenemeyeceğinden, davacıların bu konudaki istemlerinin incelenmesi olanağının bulunmadığına bu nedenle davacı istemlerinin incelenmeksizin reddine karar verilmiştir...."*

### C. Danıştay'da İzlenen Usul

Danıştay'a gönderilen dosyalarda kaymakamlığın veya valiliğin gerekçeli mütalâası bulunmadığı zaman mahkeme, vereceği bir ara kararı ile bunu tamamlattırabilir.

Belediye başkanının organlık sıfatını kaybetmesine ilişkin istemleri üzerine bu denetimi Danıştay Kanununa göre Danıştay yapacaktır.

### 1-İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay

Danıştay Kanununun "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlığını taşıyan değişik 24. maddesinin 2.fıkrasına göre "Danıştay belediyeler ile il özel idarelerinin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar."

22.3.1990 gün ve 3619 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce Danıştay'a yalnız "il merkezi belediyeleri" ile il özel idarelerine ilişkin istemlerle ilgili dosyalar gelmekteydi. İlçe ve belde belediyeleri ile ilgili istemler hakkında yargı yoluyla denetimi hangi idare mahkemelerinin yapacağı hakkında mevzuatta bir hüküm yoktu.

Danıştay ilçe belediyeleriyle ilgili dosyaları görevsizlik kararıyla mahallî idare mahkemelerine, idare mahkemeleri de aynı şekilde görevsizlik kararı ile Danıştay'a göndermekte idiler. Kanundaki "il merkezi belediyeleri" ibaresi "belediyeler" olarak değiştirilmiş ve bu suretle il merkezi belediyelerinin yanında ilçe ve belde belediyelerine ilişkin istemlerin de Danıştay tarafından incelenmesi kabul edilmiştir.

5.4.1990 gün ve 3622 Sayılı Kanunla İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılan değişikliğe kadar yetkili merciler yani valilikler ve İçişleri Bakanlığı tarafından Danıştay'a gönderilen dosyaların ne şekilde inceleneceğine ve karara bağlanacağına dair herhangi bir usul hükmü bulunmamaktaydı<sup>54</sup>.

Dosyaların yetkili mercilerden Danıştay'a gönderilmesi bir idarî dava açılması niteliğinde olmadığından, idarî davalarla ilgili hükümlerin bu dosyalar hakkında uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılıyordu.

İşin acele işlerden olması nedeniyle, diğer dava dosyalarındaki gibi otuzar günlük sürelerle ikişer defa dilekçe ve savunma verilip alınarak dosyanın tekemmül ettirilmesi imkânsızdı.

<sup>54</sup> ODYAKMAZ, Zehra: Türk İdarî Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, 1.Baskı, İstanbul 1993, s.102; HONDU, Selçuk: agm., s.26-27.

Mevcut mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmadığından idare mahkemelerince belediye başkanının veya meclis başkanvekilinin savunması alınmadan istekler karara bağlanmaktaydı. Bu çok büyük bir eksiklikti.<sup>55, 56</sup>

3612 Sayılı Kanunla kabul edilerek İdarî Yargılama Usulü Kanunu'na eklenen Ek Madde 2<sup>57</sup> ile mahallî idarelerin seçimle gelen organlarının kanunlarda gösterilen nedenlerle organlık sıfatlarını kaybetmelerine ilişkin yetkili mercilerden gönderilen dosyaların incelenmesinde ve karara bağlanmasında uygulanacak özel usul hükümleri getirilmiştir.

Bu maddeye göre yetkili mercilerden Danıştay'a gönderilen dosyalar, belediye başkanlarının düşmesi istemine dair ise belediye başkanlarının on beş gün içinde savunması alınır.

Dosya bu savunma alındıktan sonra veya bu süre içerisinde savunma verilmediği takdirde, sürenin bittiği tarihte tekemmül eder.

Karar dosya üzerinden verilir. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 1/2.maddesinde Danıştay ve diğer idarî yargı mahkemelerinde yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen Ek Madde 2'de tekrar "kararın dosya üzerinden verileceği" kaydının konulması, kanaatimizce bu işlerde kesinlikle duruşma isteminde bulunulamayacağına işaret etmek içindir<sup>58</sup>.

## **2-Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kuruluna İtiraz**

Danıştay tarafından verilen karara karşı itiraz yoluna başvurulabilir<sup>59</sup>. Ancak bu "Özel itiraz"ı kararlara karşı başvuru kanun yollarından olan "itiraz" dan ayrı bir başvuru yolu olarak kabul etmekteyiz.

Çünkü seçilmiş organların organlık sıfatlarını kaybetmeleri istemleri üzerine verilen kararlara karşı başvuru kanun yolu olan itirazdan farklıdır.

1990 yılındaki değişiklikten önce Danıştay'ın verdiği kararlara karşı itiraz veya temyiz yolu yoktu<sup>60</sup>. Bu kararlar hakkında ancak kararı veren daire nezdinde bir defaya mahsus olmak üzere kararın düzeltilmesi yoluna başvuruluyordu.

<sup>55</sup> ODYAKMAZ, Zehra: age., s.102.

<sup>56</sup> İYUK'nun değiştirilmesine dair 5.4.1990 gün ve 3622 sayılı Kanun'un 24.maddesinin değişiklik gerekçesi için bkz. Dönem: 18, Yasama Yılı: 2, TBMM. (S.Sayısı:120), s.6.

<sup>57</sup> ODYAKMAZ, Zehra: age., s.102; KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: age., s. 184-185; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: age., s.711-712.

<sup>58</sup> ODYAKMAZ, Zehra: age., s.103.

<sup>59</sup> GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: age., s.712.

<sup>60</sup> HONDU, Selçuk: agm., s.27-28.

İdarî Yargılama Usulü Kanunu Ek. Madde 2 ile hem konumuza uygulanacak özel usul hükümleri getirilmiş, hem de Danıştay tarafından verilen kararlara karşı taraflara özel itiraz yoluna başvurma imkânı tanınmıştır<sup>61</sup>.

Danıştay tarafından verilen kararlara karşı kararın tebliğini izleyen günden itibaren on beş gün içerisinde İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu'na itirazda bulunulabilir. İtiraz bir ay içerisinde sonuçlandırılır<sup>62</sup>.

İtiraz incelemesi, evrak üzerinde ve belli süre içinde yapılacağına göre, inceleme sadece hukukî noktalar üzerinde olacak, maddî vakıalar araştırılmayacaktır.

Esas hakkında bir karar verilmeyecektir. Çünkü otuz gün olan itirazı inceleme süresi, yeni bir soruşturma için yeterli bir süre değildir. Bu bakımdan dosya Danıştay'a gönderilmeden önce her yönü ile tamam olmalı, yıllık çalışma raporunun yetersizliği veya meclis üyelerinin gensorusuna belediye başkanlarının verdiği cevapların yetersizliği nedeniyle ilçe belediye başkanlarının düşürülme isteklerine, o ilçe kaymakamının, il belediye başkanlarının düşürülme isteklerine, o il valisinin gerekçeli ve kanaatlı mütâlaası mutlaka eklenmelidir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir<sup>63</sup>.

*Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 11.1.1991 Tarih ve 1990/768-1 Sayılı İçtihadında;*

*Görevini gereği gibi yerine getirmediği, kötüye kullandığı veya kamu yararı gözetmediğine ilişkin hiçbir ciddi kanıt bulunmayan belediye başkanının düşürülmesinin yerinde olmadığı, aksine verilen Danıştay 8.Daire kararı-  
na yapılan itirazın kabulüne dair kararın gerekçesinde;*

*"...bu konudaki belediye uygulamasının kusurlandırılmayacağı, belediye başkanının yıllık çalışma raporunda, belediye meclis üyelerini yanıltıcı herhangi bir beyanda bulunmadığı, meclisin, başkanın çalışmalarını haklı ve tarafsız ölçülerle değerlendirmede anlaşıldığından, bu durumda belediye başkanının görevini gereği gibi yerine getirmediği, kötüye kullandığı veya kamu yararı gözetmediğine ilişkin hiçbir ciddi kanıt bulunmadığından, belediye başkanının 2577 Sayılı yasanın Ek 2. maddesine göre yaptığı itirazın kabulüne ve Danıştay 8.Dairesi'nin belediye başkanının, belediye başkanlığından düşürülmesine ilişkin kararının kaldırılmasına karar verilmiştir...."*

## SONUÇ

Mahallî idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını kaybetmelerinin sonuçları genel olarak şöyle sıralanabilir:

<sup>61</sup> ODYAKMAZ, Zehra: age., s.103.

<sup>62</sup> GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: age., s.716-717.

<sup>63</sup> ODYAKMAZ, Zehra: age., s.103. Bu konuda fazla bilgi için bkz. HONDU, Selçuk: agm.; HONDU, Selçuk: "Belediye Başkanlarının Düşürülmeleri ve Belediye Meclislerinin Feshi Konularında Bir İnceleme", Adalet Dergisi, C.78, S.4, Temmuz-Ağustos 1987, s.75-97.

2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın 127.maddesine göre, görevleri ile ilgili bir suç sebebiyle hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini İçişleri Bakanı, geçici bir önlem olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilir.

1580 Sayılı Belediye Kanunu'nun 283 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 93.maddesi uyarınca, belediye başkanlığı ve başkanvekilliğinin aynı zamanda boşalması halinde, yeni başkan görevine başlayınca kadar il merkezi belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde valiler tarafından meclis üyeleri arasından bir başkanvekili atanır.

Belediyelerin seçilmiş organları veya bu organların üyeleri hakkında görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile soruşturma veya kovuşturma açılması halinde, İçişleri Bakanı geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar bu organları veya organların üyelerini görevden uzaklaştırabilir.

Bu durumda İçişleri Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile kesin hükme kadar meclis üyeleri arasından geçici olarak bir başkan görevlendirilebilir.

Aynı hüküm büyükşehir belediyesinin seçilmiş organ ve üyeleri için de getirilmiştir (3030 Sayılı Kanunun 9.maddesi).

1580 Sayılı Belediye Kanunu'nun 53, 61, 76 ve 91.maddeleri gereğince görevden alınan belediye başkanı ve belediye meclisi üyeleri ile İl Özel İdaresi Kanunu'nun 125.maddesine göre feshedilen il genel meclisinin üyeleri tekrar aynı görevlerine seçilemezler (2972 Sayılı Kanun md.9).

Madde metnine göre bu maddeler gereğince organlık sıfatlarını kaybeden kimselerin hiçbir zaman bir daha seçilemeyecekleri anlamı çıkmaktadır.

Görevi kötüye kullanma, yüz kızartıcı suçtan hüküm giyme ve seçilme yeterliklerini kaybetme durumları için bu hüküm yerindedir.

Ancak meclislerin feshini gerektiren sebeplere katılmayan üyeler için bu madde; böyle bir yasaklamanın söz konusu olmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Belediye başkanının yetersizlik nedeniyle görevden düşürülmesinin sadece belediye meclislerinin yetersizlik kararlarına bırakılmayarak bu kararların yargı yoluyla incelenmesi her bakımdan bir güvencedir.

Ancak çeşitli politik nedenlerle kasıtlı yetersizlik kararları verilmesi halinde bu kararlardan yalnız belediye başkanı değil, başkanın görevlerini ifa edememesi, başlanmış işlerin yarım kalması, hatta az da olsa hizmetlerin aksaması gibi nedenlerle o belde halkı da zarara uğramaktadır.

Yargı yolu bir güvence olmakla beraber ağır işlemesi yüzünden gerçeğin anlaşılması ve hakkın meydana çıkması genellikle gecikmektedir. Bu bakımdan kasıtlı düşürme ihtimalinin bulunduğu hallerde, başkanın ve bel-

denin zarara uğramasının önlenmesi için yürütmenin durdurulmasına benzer bir yol bulunması yararlı olacaktır.

Örneğin bu yol, valinin takdiri ile başkanın görevine devam etmesinin sağlanması olabilir.

## KAYNAKÇA

- BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER: Belediye Başkanları ve Yerel Yönetimlerin Seçimle Göreve Gelen Diğer Görevlilerinin Özlük, Malî ve Sosyal Hakları, Ankara 1996, [7]+217 sayfa, Türk Belediyecilik Derneği Konrad Adenauer Vakfı, Mahallî İdareler Eğitim Araştırma Geliştirme Merkezi.
- BAŞSOY, Ahmet: "Yerel Yönetimler ve İdarî Yargı İlişkileri," s.298-304. II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi İdarî Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, Ankara 1993, VIII+356 sayfa.
- ÇINAR, Uğurcan Sevinç: Türk Yargı Sistemine Göre Belediye Başkanları Üzerinde Merkez Vesayeti, Ankara 1992, III+167 sayfa, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı, [basılmamış uzmanlık tezi].
- ÇOKER, Ziya: "Yerel Yönetimler ve Anayasa", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 5, Sayı 6, Kasım 1996, s.19-27.
- ÇOKER, Ziya: "Anayasa ve Yerel Yönetimler", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 1, Sayı 5, Eylül 1992, s.3-9.
- DEMİRKOL, Ferman: Yerel Yönetimlerin Anayasal Güvenceleri, İstanbul 1994, [5]+37 sayfa, Kazancı Hukuk Yayınları No:138,
- DİNÇER, Güven: bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER....
- DOĞAN, M.Emin: "Belediyelerin Denetimi", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 5, Sayı 5, Eylül 1996, s.27-36.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9.Basım, Ankara 1996, XX+479 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Güven DİNÇER: İdari Yargılama Usulü, Kanun-Açıklama-İçtihat, Birinci Baskı, Ankara 1996, XXIV+732, sayfa, Turhan Yayınevi.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt 1, Birinci Baskı, Ankara 1998, XXII+931 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.
- GÜLER, Birgül Ayman: Yerel Yönetimler Liberal Açıklamalara Eleştirel Yaklaşım, Ankara 1992, VIII+294 sayfa, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayın No:244.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2.baskı, Ankara 1997, xxviii+432 sayfa, İmaj Yayıncılık.
- HAŞTEMOĞLU, Gündüz: Belediye Başkanlarının Düşürülmesi-Belediye ve İl Genel Meclislerinin Feshi-Muhtarların Görevlerine Son Verilmesi Konuları Hakkında İnceleme, Ankara 1978, [6]+204 sayfa, Doğan Basımevi.
- HONDU, Selçuk: "Belediye Başkanlarının Düşürülmeleri ve Belediye Meclislerinin Feshi Konularında Bir İnceleme", Danıştay Dergisi, Cilt 17, Sayı 66-67,1987, s.13-29.



## *Mahalli İdare Organları*

- HONDU, Selçuk: "Belediye Başkanlarının Düşürülmeleri ve Belediye Meclislerinin Feshi Konularında Bir İnceleme", Adalet Dergisi, Cilt 78, Sayı 4, Temmuz-Ağustos 1987 s.75-97.
- KABAALIOĞLU, Halûk A.-Turan YILDIRIM: Türkiye'nin İdarî Teşkilâtı (İlgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları), İstanbul 1995, XII+416 sayfa, Kazancı Hukuk Yayınları:147.
- KOYUNCU, Ahmet: Köy ve Mahalle Yönetimi (En Son Değişiklikleriyle) Köy Muhtar ve İhtiyar Meclisleri ile Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetlerinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları, İlâveli İkinci Baskı, Ankara 1984, XV+439 sayfa, Olgaç Yayın Basım Dağıtım.
- NADAROĞLU, Halil: Mahallî İdareler, 4.Bası, İstanbul 1989, XXIV+380 sayfa, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No:203, Ekonomi Dizisi No:20.
- ODYAKMAZ, Zehra: Türk İdarî Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları (İdarî Yargıda İtiraz/Temyiz/Yargılamanın Yenilenmesi/Kararın Düzeltilmesi vd. İlgili Danıştay Kararlarıyla Açıklamalı Olarak), 1.Baskı, İstanbul 1993, XIII+181 sayfa, Alfa Basım Yayın Dağıtım Yayın No: 123, Hukuk Dizisi:46.
- ORTAYLI, İlber: Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979, XIV+326 sayfa, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:180.
- PAZARCI, Şevki: Belediye Meclislerinin Görevleri ve Yetkileri, Açıklamalar-İlgili Mevzuat-Yargı Kararları, Ankara 1995, 328 sayfa, Seçkin Yayınevi.
- PAZARCI, Şevki: Belediye Kanunu ve Yargı Kararları, Ankara 1995, 208 sayfa, Griajans.
- PAZARCI, Şevki: Belediye Başkanlarının Görevleri, Yetkileri Özlük ve Sosyal Hakları, İlgili Mevzuat-Açıklamalar-Yargı Kararları, Ankara 1993,224 sayfa, Yerel Gündem.
- PAZARCI, Şevki: Belediye Cezaları Belediye Başkanları ve Belediye Encümenlerinin Ceza Yetkileri, Açıklamalar-Yargı Kararları- İlgili Mevzuat, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 1992, 304 sayfa.
- PİRLER, Orhan: "Devlet Plânlama Teşkilatı ve Yerel Yönetimler", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 5, Sayı 5, Eylül 1996, s.15-26.
- TAN, Turgut: bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN....
- TORTOP, Nuri: "Yerel Yönetimler ve Malî Özerklik", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 5, Sayı 5, Eylül 1996, s.3-13.
- TORTOP, Nuri: Mahallî İdareler, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Ankara 1994, XII+338 sayfa, Yargı Yayınları:21.
- TÜMERKAN, Sıddık: Türkiye'de Belediyeler (Tarihî gelişim ve bugünkü durum), İstanbul 1946, 440 sayfa, İçişleri Bakanlığı Yayınlarından: Seri: III, Sayı:3.
- ÜNLÜ, M.Cengiz: Belediye Yargı Kararları (Danıştay-Yargıtay), 1. Basım, Ankara 1994,744 sayfa, Adil Yayınevi.
- YALÇINDAĞ, Selçuk: Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri, Birinci Baskı, Ankara 1996, XV+322 sayfa, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayın No:275.
- YALÇINDAĞ, Selçuk: "Yerel Yönetimlerde Yeniden Düzenleme ve Yeni Bir Bakanlık", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 1, Sayı 4, Temmuz 1992, s.3-11.
- Yerel Yönetimler Tusiad "Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi", Tartışma Toplantıları Dizisi-3, İstanbul 1997, 73 sayfa, Yayın No: Tusiad-T/97-10/219.

*Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ*

Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, İstanbul 1997, 245 sayfa, Yayın No: Tüsiad-T/97-207.

YETER, Enis: "İl Genel Meclislerinin Oluşumu, Çalışma Esas ve Usulleri, Üyelerinin Malî ve Sosyal Hakları", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 5, Sayı 5, Eylül 1996, s.37-50.

YETER, Enis: "Yerel Yönetimler Üzerine Düşünceler", Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 1, Sayı 4, Temmuz 1992, s.13-21.

YETER, Enis: bkz. BAŞSOY, Ahmet-Enis YETER....

YILDIRIM, Turan: bkz. KABAALIOĞLU Halûk A.-Turan YILDIRIM....

## CEZA İLKELERİ - BİRKAÇ ANI OLAY

Mehmet UYGUN\*

Gazi Üniversitesi Rektörü Sayın Hasanoğlu,

Bu Üniversitenin Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Odyakmaz,

Sayın Öğretim Üyeleri, Değerli Hocalarım,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı - Yargıtay Ceza ve Hukuk Genel Kurulları Başkanları - Yargıtay Daire Başkan ve Üyeleri, Genel Sekreteri, Aziz Mesai Arkadaşlarım,

Değerli Konuklar,

Bugünün öğrencileri yarının Genç Hukukçuları, mesleğinizin umudu seçkin gençler, hepimizi saygılarımla sevgilerimle selamlıyorum.

Otuz yedi yıllık meslek hayatımın bugünden geriye doğru 11 yılını Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı, 7 yılını Yargıtay 9.Ceza Dairesi Üyesi, 10 yıla yakınına Ağır Ceza Reisi ve gerisini Ceza Hakimi olarak sürdürdüm. Bu nedenle sizlere bir ceza hukuku uygulamacısı olarak bazı şeyler anlatmak cesaretini kendimde buldum. Yoksa hukuk öğretmenin, hatta hukuk fakültesinde öğrenci olabilmenin ve onların huzurunda Hukuk Fakültesinde konuşma yapmanın nedenli zor ve güç olduğunun bilincindeyim. Bu duygularla sizlere yeniden saygılar ve sevgiler sunarak konuşmama başlıyorum.

**Ceza;** toplum düzenini bozanlara hem acı çektirmek, hem de onların ıslahını sağlamak üzere yasalarla önceden saptanıp hükümle uygulanan yaptırımların tümüdür.

Bu yaptırımlarda bulunması gerekli önemli *ilkeler* vardır. İlkelerin belirlenip yaşama geçirilmesi yüzyılların deneyimlerine ve çok yoğun çabalara dayanmaktadır. Zamana, koşullara, insanlığın geçirdiği evrelere göre değişme ve gelişme gösteren bu ilkelerin harcında; birçok insanın ve insanlığın çok büyük acılarının, sancılarının ve hatta kanının bulunduğu hiçbir zaman göz ardı edilmemeli ve olaysal değerlendirilmelerde daima ve mutlaka bu gelişim hatırdı tutulmalıdır.

Yasallık - adillik - doğallık - bölünebilirlik - geri alınabilirlik - düzeltilebilirlik - eşitlik - insancılık - topluma kazandırıcılık - özgüllük - uyarlılık - bireysellik - *kişisellik* olarak önemli ilkeleri saymak mümkündür.

37 yıllık Ceza Yargıçlığı yaşamımda karşılaştığım bazı olaylarda kendi kendime sordum;

"- Bu ceza nasıl oldu?

---

\* Yargıtay Başkanı

- Ceza adil mi, yerinde mi?

- Bu kime ne getirdi, kimden ne götürdü? Toplum nasıl karşıladı? Olmadı, olmadı. Ama ne yapabiliyordim ki..." dediğim hayıf dolu bir çaresizliğin tablosu olan mesleki yaşam kesitlerimi seçkin hukuk camiasına (sizlere) aktararak bir anlık olsun bu konular üzerinde yeniden düşünmeye davet etmek istiyorum.

Hukukçuluk gibi onurlu ve yüce mesleği seçmek mutluluğun; görevin ağırlığı, ülkenin ve ulusun beklentileri açısından sorumluluğun; en büyüğünü taşımaktır.

Bu sorumluluğu taşıyabilmek için manen çok kuvvetli omuzlara sahip olmak zorunluluğu vardır.

Mesleki bilgi ve beceriyi artırmak için; durmadan okumak, çalışmak, deneyim kazanmak ve var olan deneyimleri mantık süzgecinizden geçirerek olumlarından yararlanmak gerekir. Dogmatik olarak bu böyledir veya böyleymiş diyemeyiz. Niçin böyle, neden böyle, sorularını sorup; yasal, hukuksal ve bilimsel dayanakları ile sonucu belirlemeyi vazgeçilmez ve ihmal edilmez yöntem olarak kullanmak gerekir. Aksi haide kişiliksiz, kopyacı ve tekrarcı olmak mukadderdir. Bu da; gerek meslek ve gerekse toplum için dinamizmi yakalayamamak, yerinde saymak, hukuka, kişisel ve toplumsal âhlaka ihanet etmek olur.

İnsanlık tarihi çeşitli yönetim biçimlerine sahne olmuş; bu yönetimlerin iyi ve kötü yönlerini yaşayarak; zorlu, yorucu ve acılı uzun yıllar süren çabalar sonucu **adalet** özleminin olabildiğince gerçekleştiği **demokrasiye** ulaşılmıştır.

Demokrasinin çeşitli tanımları yapılmış ve yapılacaktır da. Ancak; "**A-daletin** gerçekten varolduğu, engellenmediği, siyasete alet edilme girişimlerinin asla düşünülmediği yönetim ve yaşam biçimidir." şeklindeki demokrasi tanımı, hukuka - insanlık onuruna - çağdaşlığa - (adalet çağına) kavramın öz cevherini vurgulama ve içeriğini açıklama yönünden sanıyorum en uygun tanımdır.

Demokrasiye diğer yönetim biçimlerinden üstünlük sağlayan ve ona işlerlik kazandıran; devletin hukuk devleti (hukuka bağlı devlet) oluşudur. Hukukun üstünlüğü prensibi demokrasinin tek ve ilk dayanağıdır. Bu ilke; her zamanda, her mekanda herkese belli görevler yükler ve belli haklar sağlar. Hakkın yüceliği, sorumluluğun onuru berraklaştığı oranda kişi ve toplum yaşamın ereği olan esenliğe ve mutluluğa ulaşır.

Hak edilmeyenin istenmesi, hakların kötüye kullanılması, yetkilerin aşıp taşılması, hukuk dışı kavramların hukuka ve toplumsal düzene ithal edilmesi çabaları ve benzeri ihlallerin demokraside "**yeri yoktur**".

Bu "**yer yoktur**" belirlemesini yapmak ve meydana gelecek bu tür olumsuzlukları saptayıp yaptırıma bağlamak yargının görevidir.

Bu nedenle yargı demokrasinin başat kurumlarının en başında gelir. Hukuka uygunluğu denetleme ve bir yönüyle sağlama, yargının yetkisi ve görevidir.

Görevin bu nitelikleri gözetilerek yargının tam bağımsız ve tam güven- celi olması gerekir. Bağımsızlık ve güvence; ağır ve sorumlu bu görevin en mükemmel ve en üst düzeyde yapılabilmesi, toplumun ideale en yakın hukuka kavuşması için gereklidir. Yoksa o görevleri yüklenenlerin kendilerine ta- nınmış bir ayrıcalık değildir. Yansız, tutarlı, saygın ve dengeli bir yargı; bera- berinde huzurlu toplum, mutlu insanlar ve başarılı yönetim getirir.

Bu nedenlerle insanlık için demokrasi, demokrasi için hukuk vazgeçil- mezliğini her geçen gün daha yoğun olarak gündeme getirmekte dünyadaki tüm iyileştirici, güzelleştirici çabalar bu yönde gelişmektedir.

Dünya barışı da ülkelerin ve devletlerin uluslar arası hukuk kurallarına uyması, insan haklarının vazgeçilmezliğini kendileri kadar başkaları içinde kutsal ve dokunulmaz kabul etmeleri ile gerçekleşir ve süreklilik kazanır.

Yaşama hakkının kutsal, açıklıktan ve sefaletten kurtulmanın mutlak ge- rekli, korkudan kurtulmanın insanca yaşamının vazgeçilmez koşulu olarak kesintisiz ve duraksamasız uygulama kazandığı bir dünya, yüzyılların özlemi- nin en asili ve en yücesidir. En üstün yaratık insan bu ortamı kendine layık görmeli ve görmeyenleri adaletli bir sistemle zorlamalıdır ki, yarınlara aydınlık, insanlar esen ve yüzleri güler olsun. Dünyaya gelişin gerçek anlamı da budur. Buna engel olan elleri kelepçeleleyen, uzanan dilleri susturan, uslanmayanları toplum dışında yaşamaya mahkûm edip hem toplumu koruyan, hem de onu ıslah eden müeyyideci kurum yargıdır. Bu yönüyle yargı koruyucu ve güzel- leştirici bir görev üstlenmenin gururunu taşır. Ancak; bu işlev adil-güvenli-eşit ve Hakça yerine getirilebiliyor ve bu olanaklar ve bu ortam yargıya sağlanı- yorsa uygarlıktan ve Adaletten söz edilebilir. Aksi halde; yönetimin ve rejimin adı ne olursa olsun, hangi kurum ve kuruluşlar bulunursa bulunsun, hangi maddi ve teknik düzeye çıkılırsa çıkılsın insanların yokluğunu daima hissedip arayışını sürdüreceği bir özlem vardır ki bu da Adalettir-Haktır-İnsanca ya- şama arzusudur.

Tüm dünyanın özlemini duyup, gerçekleştirme çabasını yoğun biçimde sürdürdüğü; Hukuk devleti olma ve Hukukun üstünlüğünü sağlama ilkeleri; sonuçta hukukçuların yansız-objektif bilimsel-tutarlı-doyurucu insanlık onuru- nu koruyucu-ülke ve ulus çıkarlarını sağlayıp dengeleyici kararları ile somut- laşır ve gerçekleşir.

Diliyoruz ve istiyoruz ki; insanlığın sahip olduğu ve olacağı bu erdemler- den Türk Ulusu da doyasıya payını alsın, ülkemiz huzurlu, insanlarımız mutlu olsun...

Bunların gerçekleşmesinde en büyük ve üst görevi yüklenen hukuk mesleğinin mensupları; her uygar ve ergin kişide olması gereken yeteneklere ek olarak, erdemli, deneyimli ve bilgili olmak zorundadır.

Erdem; sağlıklı sonuca ulaşabilmek için gerekli önsezi, sağlam mantık ve kavrayıcı zekâ sahibi olmaktır.

Erdem; görevi maddi ve manevi her türlü çıkarın üstünde ve dışında tutabilme karakterliliğini gösterebilmektir.

Erdem; duyguların, hislerin ve her türlü dış etkilerin dışlanabilmesi, dayanıklılığı ve yüceliğidir.

Hukukçudan beklenen, istenen ve olması gereken; objektiflik-yansızlık sağlıklı yorum ve isabetli sonuç ile tatminkar karar, ancak ve ancak erdemli olmakla gerçekleşir.

Bunun içinde;

1-Soruşturma tam ev önyargısız yapılmalıdır.

Leh ve aleyhteki delillerin tümü, olabilirliklerinin hepsini kapsayacak biçimde toplanıp tamamlanmalıdır. Hangi incelemenin ne getireceği konusunda önyargısız gerekli titizlik gösterilmelidir. Çünkü; kesin hüküm ve geri alınmazlığı karşısında bir eksikliğin doğurduğu sorumluluğun ve vebalin tümü yalnız ve yalnız hukukçuya aittir.

Doğruyu ve gerçeği bulma çabası esirgemesiz gösterilerek toplanan veriler yasa terazisinde tartılıp, vicdan ölçeğinden geçirilirse o zaman adaletle hükmedilmiş olunur. Yoksa, bu böyledir... biçimindeki önyargı, hukukçuluk hele hele hâkimlik hiç değil; ilkel zaptiyelik olur. Acaba öylemi ki ? sorusunu daima sormalı, kuşkuları giderici kesin cevaba vicdanî huzur içinde ulaşıldığında kanuni değerlendirmeye geçilmelidir. Karardan önce konuşma, peşin görüş açıklama niteliğinde demeç verme, adını kamu oyunu bilgilendirme koyup alelacele ve her rast gelinen yerde ve koşullarda konuşmak hukukçunun, hele hele (Hâkimlerin) kesinlikle kaçınması gereken ve mesleğin güvenirliliğini koruma açısından mutlaka uyulması gerekli önemli bir husustur. Hâkim; dinler-dinler-gene dinler, sonra da vicdanının sesini dinleyerek "**Gereği Düşünüldü**" der ve kararında konuşur... Hukuk bunu öğretir, bunu ister, bunu emreder ve bunun yerine getirilmesi, taraflara, kamuya, hukuka ve hakka saygının gereğidir.

2- Yorum sağlıklı ve bilimsel kurallarına en uygun şekilde; hayatın akışı, toplumun yapısı, hukukun amacı, insancıl bir açıdan değerlendirilerek yapılmalıdır. Çünkü hukuk zulüm değil; huzuru, güveni amaçlayan bir kurumdur.

3- Takdir hakkı-yetkisi çok iyi kullanılmalıdır.

Bu hak; kesinlikle keyfilik değildir. Bağlayıcı kuralları ve insanî duyguları hiçe saymak asla olamaz. İnsanın ve toplumun adaletten beklentilerinin objektif, şiddetten uzak, sakin, dingin ve akla uygun şekilde değerlendirilmesidir. Öyleyse takdir yetkisi hukukçuya (hâkime) tanınan bir hak olmayıp ona yüklenen en ağır ve sorumlu bir görev işlevidir.

Bu kurallar eğer uyuyorsa, hukukçu mutlu, ve huzurludur. Bu huzur; Büyük Atatürk'ün dediği; "Dağdaki çobanın gözyaşından yabandaki çiftçinin sabanından, saç bitmemişi yetimin hakkından oluşan hazinenin korunmasından sorumlu olduğumuzu bilmek" içimizde duymak ve gerçekleştirmekle; sağlanır.

Hak ! Yüce Tanrının sıfatıdır.

Hak ! Kulun beklentisidir...

Hak ! İnsanlığın en büyük özlemidir.

Hak ! Hukukçunun gerçekleştirmek çabasında olduğu, zorunlu ve onurlu bir görevdir.

Hepinizde ve hepimizde dilerim bu bilinç ve sorumluluk en üst düzeyde olur.

Gençler ! Yarınlarında gittiğiniz yurt yörelerinde Hakkın ve Adaletin gerçek temsilcileri olun... Olabiliyorsanız ne mutlu size. Ne mutlu Adil, alim ve Ali hukukçuları olan Milletlere...

Diyorum ki; Ceza hukukunun birkaç ilkesini birlikte tekrar gözden geçirelim...

Örneğin, birçok uluslar arası belgede ve yasal düzenlemelerde olduğu gibi; 1961 Anayasamızın 33/4 ve 1982 Anayasamızın 38/6. Maddelerinde aynen "Ceza Sorumluluğu Şahsidir" hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre; toplu sorumluluk yoktur. Cezayı yalnız ve sadece suç işleyen görür. Ceza suçludan başkasına etki etmemelidir. Ceza, suçlu ve suçluyula kesin sınırlı sonuçlar doğurmalıdır. Yasalar ise; bu doğruları olabildiğince gerçekleştirci içerikte olmalı ve yasa koyucu bunu gerçekleştirme bilincini en üst düzeyde tutmalıdır.

Uygulayıcı da yazılı metinden ibaret olan yasaları, şekillendirip , olay-sallaştırmalı, ona can verirken olabildiğince titiz, özenli ve duyarlı olmalıdır ki ilkeler değerlilik kazansız ve bu değerlilik giderek artsın.

Uzun meslek yaşamımda karşılaştığım sayısız olayda bu üstün ilkelere bile, zaman zaman ve yer yer yetersiz kaldığını, hele bunların ihmalinin ne acılar doğurduğunu soyut anlatmak yerine üç olayın hikayesini sunarak vurgulamayı daha uygun gördüm.

**Olay Bir :** Sanık karısı ile ilişki kurduğu zehabına kapıldığı, öğretmen olan kardeşini öldürmüştü. Ölen 28, öldüren 34 yaşındaydı. Gaziantep 2.Ağır Ceza Mahkemesi olarak sanığa çok uzun süreli cezasını bildirdik. Jandarmaların arasında çıkıp giderken dönüp dönüp salonun büyük kapısına doğru bakıyor ve gözyaşlarını siliyordu. Onun baktığı salonumuzun çıkış kapısı yanındaki köşede zayıf, kuru ve yaşlı bir adam elinde bir şeyler sallıyordu. Yaşları 5-8 arasındaki boynu bükük, kavruk çocuklardan üçü bu ihtiyarın bir bacağına ikisi de diğer bacağına sarılmış duruyorlar ve o da bize duyurmak istediği bir şeyler mırıldanıyordu.

-Ne istiyorsun babam? Diye sorunca; bir çaputa bağlı elindeki 6-7 anahtarı sallayarak ve ağlamaklı bir sesle cevap verdi.

-Bu çocukların ikisi toprağın altına, üçü de damın altına giren yavrularımın yavrusudur. Anaları 2-3 ay dayandı ve kocaya gitti. İki evde kapalı kaldı, bunların anahtarlarını kime vereyim ? Aş yok, ekmek yok, bu anahtarlarla ben ne edeyim ? ... dedi ve gözyaşlarını kolunun yeni ile silip kanatlarının altına aldığı torunları ile hayalet gibi süzülerek salondan uzaklaştı.

Bu yaşlı dedeye ben ne diyebilirim ki ? Bu ceza kimeydi ? Nasıl kişiseldi ? Yirmi yıl geçtiği halde; hatırladıkça hala içim sızlar ve hatta yüreğim kanar. Soruyorum bu yaraların çözümü kime düşer ve nasıl çözülür.

**Olay İki :** Gene 1970'li yılların ortası ve Gaziantep 2.Ağır Ceza Mahkemesindeyim. Seksen yaşını aşkın ve bedenen çok düşkün, beli bükük bir sanığı görevliler sırtında taşıyarak duruşmaya getirip götürüyordu. Bu kişi; ihtiyarlığını ve yalnızlığını fırsat bilip kötü yola düşen, evine getirdiği erkeklerle alem yapan ve iffetsiz bir yaşam sürdüren kızını vurup öldüren babaydı. Yargılamanın sonuna gelmiştik.

- "Mahkeme bitecek ne diyorsun?" dediğimde parmaklıklara tutunarak doğrulup kalktı. Reis bey, bırak beni gideyim, niçin bırakmıyorsun dedi.

- "Ben değil; kanun, devlet bırakmıyor" cevabı verdim. Vermez olaydım. Eğik belini zorla doğrultup başını kaldıran yaşlı adam:

- Anası bu kıydığım kızımı doğururken öldü. El eline, analığa kalması için bugüne dek evlenmedim. Gece yaraları komşu komşu dolaşıp süt emzirttim. Altını elimle temizledim, yemedim yedirdim, giyemedim giydirdim, uyumadım uyuttum. Ben onu perme perişan ne hallerde büyütürken senin dediğin o devlet, dediğin o kanun neredeydi? . Büyüdü kötü yola düştüğünde arzuhaller verdim, karakollara gittim. 18 yaşını geçmiş biz karışmayız dediler. Namusum bir paralık oldu elaman!... Dedimse de ne o kanunun, ne o devletin sesi çıkmadı da, vatandaşı olduğu şimdi mi aklına geldi. Böyle kanun olur mu, böyle devlet olur mu? Diye inledi ve parmaklıkların arkasındaki bankın üstüne külçe gibi yığıldı.

Ertesi oturuma sanığı çağırdığımızda salona jandarmalar ve sanık yerine, başgardıyan girdi ve Mazlum dedenin ölüm kaydı düşürülmüş nüfus kaydını uzattı ve ekledi:

-Beyim, ölürlen hep "... Kanunmuş ! Adaletmiş ! Devletmiş ! ... hani ya insanlık ! .. diye inim inim inledi" dedi...

Düşünürüm, kimeydi bu sorular? Tüm topluma, hepimize, tüm sorumlularaydı... Aradan onlarca yıl geçti ne yapıldı, ne değişti bilemiyorum. Galiba hiçbir şey ...

**Olay Üç :** Yargıtay 9 Ceza Dairesinde Daire Başkanımız ve birkaç üye arkadaş birlikte oturuyorduk. İki koltuk değneği ile her tarafı kırıklar ve sargılar içinde perişan, 50-55 yaşlarında canlı cenaze durumundaki bir kişi eşinin yardımı ile adeta sürüneerek çıkarıldı. Bu haline rağmen ısrar ederek zorla



oturttuk. Oturmam estağfurullah deyip oturmamakta direniyordu. Müsaade-nizle deyip akıcı bir anlatımla söze başladı...

-Ben Ege Üniversitesinde bir profesörüm, iki yetişkin ve meslek sahibi kız evladım var, yüzlerce öğrencim oldu. Onlara karşı tüm insanî görevlerimi yaptığım kanısındayım. Talihsiz ve ölümlü bir trafik kazasına 2/8 kusurlu katıldım, yargılandım. Olay yeri şehrimde çok uzak ve o dönemde kalkamayacak kadar ağır yaralı olduğum için mahkemeye gitme olanağını dahi bulamadım. Ben hâkim beyin, hâkim bey de benim yüzümü görmedi. 5 ay hapse mahkûm etmiş, paraya çevirmemiş, tecil etmemiş. Bunun önemli değil. Kaderde buda varmış der yatar çıkarım. Ancak; karara "... geçmişteki hali ile ahlâkî temayüllerine göre .. **takdire**n" paraya çevirmeye ve tecile yer olmadığına diye yazmış. Böyle bir mahkeme belirlemesi ile benim ne temiz geçmişim, ne de dürüst bildiğim ahlâkım karalanamaz. Buna ne yasaların, ne insanlığın-ne adaletin-ne de kimsenin **takdir** dediği yetkisinin gücü yetmemelidir. Karardan bunun çıkarılması dileğimi arza geldim, dedi ve heyecandan yükselen sesi ve yanaklarından süzülen gözyaşları dolayısıyla özür dileyerek, koltuk değneklerinin tak ! ... tak ! ... tak ! ... sesleri beynimizde ve yüreğimizde yankılanarak odadan çıkıp gitti...

Dairece kararı bu yönlerden oybirliği ile bozduk. Konu Ceza Genel Kuruluna geldiğinde; yargılamayı yapan ve bu yetki mutlak olarak kendisine tanınan hâkim, öyle takdir etmiş, karışamazsınız, biçiminde görüşler ortaya atıldı ise de, büyük çoğunluk daire bozmasını yerinde buldu.

Bu tür olaylarla her karşılaştığımda hep bu sahneleri anımsar ve acaba, cezanın adilliği, kamu ve fert vicdanını tatmini, kişiye uydurulması, bireyselleştirilmesi, kişiselleştirilmesi gibi değerli ve hatta kutsal kavramlar sadece bir takdir sözcüğüne sığınarak, ben böyle düşünüyorum şeklindeki gerekçelerle yok edilebilir mi ? ...

-Ne mümkün ! ..

İşte hukukçuluğun sanat yönü, inceliği, bunların isabetle saptanıp bireysel ve toplumsal vicdanın olabildiğince tatmin edilmesiyle gerçekleşir. Çünkü hukuk; sadece hukuk için değil; toplum için, toplumun düzeni ve esenliği için konulmuş kurallardır. Ceza da bu kuralların bekçisidir.

Öyleyse; insancıl duyarlılığını hiç yitirmeden, hiçbir etkene eğilmeden ve yenilmeden, hiçbir şeyden yılmadan, hak için, adalet için, üstün ikeli bu çabanın neferi olabilen hukukçulara ne mutlu !. Sanıyorum ki saygıların en içtenini ve en soylusunu onlara sunmak toplumun ve insanlığın ebedi gönül borcu olsa gerektir.

Hepinize saygılar ve sevgiler sunuyor, yüreğimin tüm sıcaklığı ile tekrar tekrar tekrar selamlıyorum.

# HUKUK DEVLETİ

Füruzan İKİNCİOĞULLARI\*

Hukuk devletini, hukukun üstünlüğüne inanan, kişi hak ve özgürlüklerini koruyan, adaletli bir hukuk düzenine ve bağımsız bir yargıya sahip olan ve yürürlükteki yasaları, evrensel hukuk kurallarına uygun olan devlettir şeklinde tanımlayabiliriz.

Bir diğer anlatımla, Hukuk Devleti, kişi hak ve özgürlüklerinin güvenceye alındığı bir sistem, toplumsal yaşamın ulaştığı ve çağdaş uygarlığın yarattığı ileri bir düzendir.

Çağımızda hukuk, insanlığın ortak değerlerinden oluşan kurallar bütünü olarak tanımlanmakta, hukuk devletinin temel amacı da, hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmek, adaleti sağlamak, kişi hak ve özgürlüklerini korumaktır. Cumhuriyetimizin, kuruluşundan itibaren ileriye dönük olarak, diğer çağdaş ilkeler yanında çoğulcu, katılımcı, demokratik hukuk devletini amaçladığı kuşkusuzdur.

Çağımız, hukukun kanundan daha üstün bir kavram olduğunu kanıtlayan gelişmelere sahne olmakta, hukukun genel ilkelerinin, uluslararası hukuk kurallarının, giderek daha etkili olduğu, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin çeşitli uluslararası belgelerde yer aldığı görülmektedir.

Gerçekten, insan haklarının, devlet karşısında korunması ve kişinin özgürlük ve onurunun güvence altına alınması, çağdaş demokratik hukuk devletinde bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkmış, uluslararası bir nitelik ve boyut kazanmıştır.

Bu amaçla, ülkemizde de onaylanan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri, bugün artık Danıştay ve idari mahkemelerin kararlarına da yansımış bulunmaktadır.

Çağdaş demokratik ülkelerde hak ve özgürlüklerin ayırım gözetilmeksizin yaşama geçirilmesi hukukun amacı, hukuk ve o'nu simgeleyen bağımsız yargı da kişinin ve toplumun en büyük güvencesidir. Büyük Atatürk "Adalet gücü bağımsız olmayan bir milletin devlet halinde varlığı kabul olunamaz" deyişiyle bağımsız yargının devlet olmadaki önemini vurgulamıştır.

Hukuk devletinde insan hak ve özgürlükleri ile demokrasi birbirinden ayrılamaz. Bir başka deyişle insan hak ve özgürlüklerine dayanmayan bir devletin hukuk devleti olduğu söylenemez.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi ve hukukun üstünlüğünün ege-men olması bunun Anayasa ve yasalarda olduğu kadar, kuşkusuz toplumun bilincinde de yer alması ve toplumca benimsenmesiyle mümkündür.

---

\* Danıştay Onursal Başkanı

İdari yargının temel işlevi, yönetimin hukuka bağlılığını sağlamak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak suretiyle demokratik hukuk devleti ilkesini güvenceye almaktır. Çağdaş hukuk devletinde yargıya düşen yük giderek artmakta, yargıç yarattığı içtihatlarla hukuk devleti kavramının, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması yolunda kilit kavram olduğunu ortaya koymaktadır.

Ancak, hemen işaret etmek gerekir ki, bir ülkenin hukuk devleti olabilmesi, o ülke yasalarının, Anayasal kurallara olduğu kadar evrensel hukuk kurallarına uygun olması ile sağlanabilir. Bu nedenle, günümüzde hukuk devleti belirlemesi yeterli olmamakta, "Demokratik Hukuk Devleti" niteliğinden söz edilmektedir.

Demokratik hukuk devleti, bir yandan hak ve özgürlükler, diğer yandan ölçüler ve sorumluluklar getirmekte, Anayasal sistem içinde bunlar arasındaki dengeyi sağlamaktadır. Hak ve özgürlüklere devletin müdahalesini sınırlandırmada ise hukuk devleti kavramından yararlanılmaktadır.

Nitekim, Anayasanın 13.maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin maddede sayılı hallerde ancak yasalarla sınırlanabileceği belirtilmiş, 14. Maddesinin son fıkrasındaki, "Anayasanın hiç bir hükmü Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz" ilkesi ile temel hak ve özgürlükleri yok etmek için kötüye kullanılmasının önüne geçilerek hür ve demokratik düzenin korunması amaçlanmıştır.

Hukuk Devleti ilkesinin bütün kurum ve kuralları ile yerleşebilmesi, öncelikle hukuka bağlı bir idarenin varlığı ile yargısal denetime tabi tutulmasına bağlıdır.

Adaletin gerçekleştirilmesinde, idarelerin eylem ve işlemlerini hukuka uygun şekilde düzenlemeleri, mahkeme kararları gereklerini derhal yerine getirmeleri kaçınılmaz bulunduğu gerçeği bilinmelidir. Bu süreç çerçevesinde hukukçuya önemli görev düşmekte ve hukuk devleti kavramının yerleşmesinde nitelikli hukukçu yetiştirmenin önemi giderek artmaktadır. Hukukçuların kamuda ve özel sektör alanında (Hakimlik, Savcılık, Hukuk Müşavirliği, Avukatlık, Noterlik, Üst Derece Yöneticilik gibi) görev alabildikleri düşünüldüğünde, hemen her alanda iyi yetişmiş hukukçuya ihtiyaç olduğu görülmektedir. Bu nedenle Hukuk Fakültelerinde nitelikli eğitimin verilmesi önem taşımaktadır.

Ülkemizde bağımsız bir idari yargı sisteminin varlığı ve idari yargı hakimliğinin kaynağını hukuk fakülteleri ile programlarında hukuk bilgisine yer veren Öğretim Kurumları oluşturduğu dikkate alınırsa konunun önemi daha da artmaktadır.

Bir başka konuda hukuk fakültelerine alınan öğrenci sayısını saptamada, anlatıma dayalı toplu eğitimle birlikte araştırma, pratik çalışma, tartışma gibi öğretim yöntemlerine yer verilmesi, idare hukuku derslerine ağırlık kazandırılarak bu alanda iyi yetişmeleri amaçlanmalıdır.

*Fürüzan Hincioğulları*

Bir diğer hususta fakülte öğretime kadrosunun yeterli olmasıdır. Sözlerimi hukuk devletine, hukukun üstünlüğüne, demokrasinin yüceliğine, devletin temelinin adalet olduğuna inanan, insan hak ve özgürlüklerine saygılı, ülke bütünlüğünü, ulusal birlik ve beraberliğini koruyan, toplumun huzurunu, güvenliğini, mutluluğunu gözeten, Yüce Atatürk'ün ilke ve devrimleriyle hedeflediği çağdaş uygarlık düzeyini yakalamaya çalışan ve bu ilkeler doğrultusunda, demokrasinin temel kuralları içinde bilinçli ve uygar bir gençliğin yetişeceği inancında olduğumu belirtmekle tamamlar, bu düşüncelerle

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin, açılışını yürekten kutlar, bu bilim yuvasının ülkemizin ihtiyacı olan nitelikli hukukçu yetiştirmesine yardımcı olacağı yolundaki inancımı belirtir, başarılar dilerim.

# HİZMET AKİTLERİNE CEZAI ŞART KONULMASI

Prof. Dr. Kadir ARICI\*

## GİRİŞ

Sözleşme taraflarının temel gayesi sözleşmedeki edimlerin ifasıdır. Tarafların sözleşmeden doğan borçlarını kanun ve sözleşmenin hükümlerine uygun bir şekilde ifa etmeleri her zaman mümkün olmayabilmektedir. Sözleşmenin ihlal edilmesi olarak ifade edilen bu durumun önlenmesi için kanundaki düzenlemeler ve müeyyideler her zaman yeterli olmayabilmektedir.

Sözleşme tarafları sözleşmenin ihlal edilmesine karşı yine sözleşme hürriyetinden faydalanmak suretiyle önleyici bir takım düzenlemeler yapabilmektedirler. Böylece hem ihlali önlenmeye çalışılmakta hem de ihlalin hukuki sonuçlarına karşı kendi hukuklarını korumuş olmaktadır<sup>1</sup>.

Sözleşmenin ihlaline karşı tarafların sözleşmede belirledikleri özel müeyyidelerden birisi de sözleşme ile cezai şart konulmasıdır. Cezai Şart, akdin ifa edilmemesi, haksız ve sebepsiz olarak fesh edilmemesini önlemesi amaç edinir. Cezai Şart sözleşmenin ifa edilmesini desteklerken ihlâl edilmesini de önler. Türk çalışma hayatında hizmet akitlerine cezai şart konulması son yıllarda daha sık rastlanmaktadır. İstihdam teminatının yetersiz olmasının meydana getirdiği boşluk, hizmet akitlerine cezai şart konulmak suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır.

Cezai şart, daha ziyade, pazarlık gücü olan taraf lehine hüküm doğuracak şekilde düzenlenmektedir. Bu şekilde işçiler açısından vasıflı işçiler ile yapılan hizmet akitlerinde cezai şart konulması daha sık gerçekleşebilmektedir.

Hizmet akitlerinin ideolojik sebeplerle sona erdirilmesini önlemek maksadı ile de hizmet akitlerine cezai şart konulmaya başlandığı görülmektedir. Ancak bu tür kullanılış örneklerinde hakkın kötüye kullanılmasına varacak ölçüde cezai şartların hizmet akitlerine konulmaya başlandığı görülmeye başlanmıştır. Konunun bu yönü bizi hizmet akitlerine cezai şart konulmasını incelemeye yöneltmiştir.

Bu çalışmada hizmet akitlerine konulan cezai şart, niteliği ve hukuki sonuçlarını ele almak ve Yargıtay'ında görüşleri ışığında meseleyi etraflı bir şekilde ortaya koymak istiyoruz.

\* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Çalışmamız özü ve muhtevası işverenin hizmet akdini fesih hakkının sözleşmelerle sınırlandırılması konusu içerisinde cezai şartın yerini tespit etmek olarak belirlenmiştir. Biz bu çalışmayı tamamlamadan önce konuyu etraflı ve özlü olarak ele alan bir makale çalışması yayınlanmış olması bu çalışmamıza da ışık tutmuş oldu. Geniş bilgi için bkz: ÇELİK, Nuri : "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Kamu-iş İş Hukuku ve İktisat Dergisi ,C.4.,Haziran 1997.,Sa.2.,s.219 -230.

## I- Cezai Şartlar Kavramı, Cezai Şartların Hüküm Doğurması ve Hukuki Sonuçları

### 1-Kavram

Cezai şart, geçerli bir borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gerekli, parasal değer taşıyan ve hukuki bir işlemle kararlaştırılmış bir edimdir<sup>2</sup>.

Cezai şart asıl borcun sözleşmede düzenlendiği şekli ile veya hiç ifa edilmemesi hali için düzenlenir<sup>3</sup>; borçluyu sözleşmeyi öngöründüğü şekliyle ifa etmeye zorlama ve asıl alacağı kuvvetlendirme amacı taşır. Cezai şartın tazminden çok, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama anlayışı vardır.

Cezai şart, genelde, tazminat miktarından yüksek bir miktar olarak tespit edilir. Böylece borçlu sözleşmeyi gereği gibi ve kararlaştırıldığı şekilde ifa için daha çok çaba sarf etmek zorunda kalır<sup>4</sup>.

Cezai Şart kavramı iki manada kullanılmaktadır. Bunlardan birisi cezai şart anlaşmasıdır. Diğeri ise hukuki bir muamele ile belirlenen ve asıl borçtan bağımsız olan edimdir.

Her cezai şart ekonomik değer taşır ve edim genel olarak bir miktar paradan ibarettir<sup>5</sup>.

### 2- Unsurları ve Niteliği

Cezai şartın geçerli olabilmesi için birtakım unsurları taşır olması gereklidir. Bu unsurlar cezai şartın benzerlerinden ayırt edilmesi bakımından önem taşır. Bu unsurlar;

- (i) Bir asıl borcun var olması,
- (ii) Cezai şartın, asıl borçtan bağımsız, parasal değer taşıyan bir edim olması,
- (iii) Asıl borç ile cezai şart arasında asıl borç ferî borç ilişkisinin var olması,
- (iv) Cezai şartın ölüme bağlı olmayan bir hukuki işlemle kararlaştırılmış olması, şeklinde sayılmaktadır<sup>6</sup>.

Cezai şartın hukuki niteliği hakkında ise muhtelif görüşler var olmasına rağmen aşağıdaki hususlar genel kabul görmüş nitelikler arasındadır:

<sup>2</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan :Türk Borçlar Hukuku,C.I., İstanbul 1976.,s.854;

<sup>3</sup> EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.III, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul 1994 s.; UÇAR, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993., s.11. vd.

<sup>4</sup> EREN, Fikret : age. s.365.

<sup>5</sup> EREN, Fikret : age. s.366.

<sup>6</sup> TUNÇOMAĞ, K.:age., s.854-861; EREN, Fikret :age s.366-368.; OĞUZMAN, Kemal -ÖZ, M. Turgut : Borçlar Hukuku Dersleri .,C.II, Filiz Kitapevi, İstanbul 1991.,s.385 vd.

### *Hizmet Akıtlarına Cezai Şart Konulması*

(i) Cezai Şart, hukuki niteliği bakımından bir sözleşmedir. Sözleşmelerle ilgili hukuki esaslar cezai şart için de geçerlidir. Cezai şartın sözleşme ile birlikte düzenlenebilmesi mümkün olduğu gibi ayrı bir sözleşme ile düzenlenmesi de mümkündür.

(ii) Cezai Şart, bağlı olduğu asıl borcun akıbetine bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise bunun müeyyidesi olan cezai şartta geçersizdir<sup>7</sup>. Dolayısıyla cezai şart, ahlaka, adaba, kanuna aykırı olamaz<sup>8</sup>. Konusunun da imkansız olmaması gerekir. Aksi takdirde B.K. m.20 hükümleri burası için de geçerli olur.

(iii) Kanun cezai şart için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Ancak, cezai şartın yazılı olmasında fayda vardır. Yazılı olması onun geçerlilik şartı değildir. Yazılı olması, cezai şartın ne olduğunun bilinmesi ve de uyumsuzluk halinde ispatı bakımından önem taşır. Asıl sözleşme muhtevası içinde yer alan cezai şart, o akdin bir parçasını teşkil ettiği için, buna akdi kayıt adı verilmektedir. Bu şekildeki cezai şartlar asıl akdin şartlarına tabidir<sup>9</sup>.

Şu halde genel kural şekil serbestisi olmakla birlikte asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliği eğer bir şekle bağlanmış ise; cezai şartın da o şekle bağlı olarak yapılması şarttır<sup>10</sup>. Bu husus, bir geçerlilik şartıdır.

(iv) Cezai şart asıl borç ihlal edilir ise talep edilebilir. Bu niteliği ile cezai şart, şartlı bir edim vaadidir. Burada erteleyici bir şart söz konusudur<sup>11</sup>. Cezai şartın ne zaman muaccel olacağı, talep edilebilir hale geleceği, bu niteliği ile tespit edilir. Asıl borç muaccel hale gelir ise veya ifa edilmez ya da eksik ifa edilir ise cezai şart ta muaccel hale gelir. Asıl borcun sona ermiş olması kusura imkansızlık halinin ifada ortaya çıkmış olması halinde cezai borç ta ortadan kalkar<sup>12</sup>.

(v) Cezai şart götürü tazminat niteliğinde bir edimdir. Asıl borcun borçlusunun borca aykırı davranışına karşı alacaklının muhtemel zararlarını tazminine yönelik götürü usulde bir tazminattır.

### **3-Cezai şartın Hüküm Doğurması**

Cezai şart çeşidine göre farklı şekilde hüküm doğurur. Genelde asıl borç muaccel hale geldiğinde cezai şart da muaccel olur. Asıl borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi hali de yine cezai şartın muaccel hale gel-

<sup>7</sup> Yargıtay bir kararında geçersiz bir sözleşmede yer alan ceza koşulunun da geçersiz olacağına hükmetmiştir. Bkz.:13.H.D.,11.6.1990 T.E.275.,K.4197 (Karahasan, M. Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler., C.3., 1.Bsı., İstanbul 1992.,s.1278).

<sup>8</sup> Hukuk Genel Kurulu da bir kararında cezai şartın ahlak ve adaba aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekir sonucuna varmıştır. YHGK., 20.3.1974., E.1970-T-1053., K. 222. (Karahasan, s.1352).

<sup>9</sup> EREN. Fikret : age. s.368.

<sup>10</sup> 13.HD.,13.10.1980 T.,464 E.5365 K.(KARAHASAN,s.1292).

<sup>11</sup> EREN. Fikret : age. s.367

<sup>12</sup> 4HD.,28.6.1966.,6232 E.7187 K.(Karahasan,s.1308).

mesine yol açar. En genel anlamda cezai şartın hükümlerini doğurması borçlunun kusurlu bir şekilde edimini ifa etmemesi halinde söze konu olur<sup>13</sup>.

Seçimlik cezai şart söz konusu ise seçim hukukunun kullanılması ve beyanda bulunulması; eğer ifaya ehli bir cezai şart söze konu ise alacaklı ifa ve cezai şartı birlikte talep edebileceği gibi ifayı kabul etmesi durumunda ise cezai şartı talep edememesi de söz konusudur<sup>14</sup>.

Cezai şartın talep edilebilmesi için yalnızca akdin gereği gibi veya hiç ifa edilmemiş olması yeterlidir. İfanın yapılmamış olmasından veya eksik ifadan bir zararın doğmuş bulunması veya bulunmaması cezai şartın talep edilmesine engel bir husus değildir.<sup>15</sup> yalnızca kusursuz imkansızlık halinde cezai şart da kalkar .Bunun sebebi de cezai şartın feri bir borç niteliğinde olmasıdır. Taraflar kusursuz imkansızlık için de cezai şartın geçerli olacağını kabul edebilmektedirler.

#### 4-Cezai Şartın Tenkisi

Cezai şart akitle ve tarafların serbest iradelerine ve sözleşme serbestisine bağlı olarak tespit edilir. Taraflar bu çerçevede içerisinde ceza miktarının serbestçe tespit imkanına sahiptirler. Bu durum B.K. m.161/f.1'de "Akitler, cezaların miktarını tayinde serbesttirler" şeklinde ifade edilmiştir.

Bir sözleşme ile tayin ve tespit edilen cezai şartın miktar olarak fahiş olması, borçlunun kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte olması daima mümkündür. Bu durumda cezai şartın tenkis edilebilirliği gündeme gelecektir. Bir cezai şartın tenkis edilebilmesi için aşağıdakilerin varlığı aranır.

- (i) Geçerli bir cezai şartın var olması,
- (ii) Cezai şartın muaccel olması,
- (iii) Borcun ifa edilmemiş olması,
- (iv) Kabul edilen cezai şartın aşırı derecede yüksek (fahiş) olması,
- (v) Borçlunun talepte bulunması,

(vi) Borçlunun tacir ve borcun ticari işletme ile ilgili olmamış bulunması<sup>16</sup>, Cezai şartın tenkisi elbette ancak şartların varlığı halinde hakimın kararı ile gerçekleştirilebilir. Hakimın kararı için talebin varlığının aranıp aranmayacağı hususu tartışmalıdır<sup>17</sup>. Hakimın cezai şartı indirilmesine dair kararı - tenkis kararı - inşai bir karar olup geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan: age., 871.

<sup>14</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan: age., 875-877.

<sup>15</sup> EREN, Fikret: age. S.372; Oğuzman ÖZ: age s.396.

<sup>16</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan: age. S.893; EREN, Fikret: age., s.373-375; OĞUZMAN \_ÖZ: age., s.397 vd.

<sup>17</sup> OĞUZMAN ÖZ: age., s.398

<sup>18</sup> EREN, Fikret age., s.375



## **II- Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması Uygulaması**

İş hukukunda cezai şart ya hizmet akdine cezai şart konulması veya toplu sözleşmelerde normatif hükümler arasında cezai şarta yer verilmiş olması veya işyeri iç yönetmelikleri ile cezai şart konulması durumlarında ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada cezai şart uygulaması daha çok hizmet akdinin sözleşmeye aykırı feshine karşı bir müeyyide olarak düşünülmektedir<sup>19</sup>. Cezai şartın başka hususlar için mesela ücretlerin zamanında ödenmesini sağlamak için de konulduğu görülebilmektedir<sup>20</sup>. Özünde hem bir teminat hem de bir ceza ve tazminat niteliğinde öngörülen bir cezai şart uygulaması izlenmektedir. Özellikle belirli süreli hizmet akitleri için cezai şart konulmaktadır. Bunun da temel fonksiyonu hizmet akdinin belirlenen süreden önce feshine karşı bir teminat oluşturmaktır. Toplu sözleşme hükümlerinin ihlaline karşı da cezai şart konulması mümkündür. Mesela TİS'de sendika yöneticilerinin hizmet akitlerinin feshi halinde kıdem tazminatlarını 2 kat fazlası ile alacaklarına dair düzenleme örneğinde olduğu gibi feshe karşı teminat oluşturma gayesi birinci derecede önceliklidir.

Hizmet akdine cezai şart konulması rekabet yasağı getiren sözleşme hükümleri arasında da yer alabilmektedir. Rekabet yasağının ihlaline karşı bir müeyyide olarak cezai şart öngörülmekte ve bu yasakla beklenen hedefe ulaşılmaya çalışılmaktadır<sup>21</sup>.

Hemen ifade edelim ki hizmet akitleri fesh edilmesi halinde işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarını almış olması cezai şartın geçersizliği ya da talep edilememesi sonucunu doğurmaz<sup>22</sup>.

### **1- Hizmet Akdine Cezai Şart Konulması**

Hizmet akdine cezai şart konulması bütün hizmet akitlerinde söz konusu olabilir. Uygulamada ise cezai şart iki konuda konulmaktadır. Bunlardan birisi hizmet akdinin makul bir sebebe dayalı olmayan haksız feshine karşı bir teminat ve müeyyide olarak cezai şart konulmasıdır. İşte bu durumda cezai şart konulmasında iki hedef vardır. Bunlardan birisi hizmet akdinin makul olmayan şekilde veya belirlenen süreden önce feshine karşı bir teminat önleyici bir şart olarak konulmasıdır<sup>23</sup>. Diğeri ise bu şarta rağmen hizmet

<sup>19</sup> ÇELİK Nuri: agm., s.223.

<sup>20</sup> Yargıtay bir kararında ücretlerin geç ödenmesi halinde her gün için %1 artırılarak ödeneceğine dair sözleşme hükmünü cezai şart olarak nitelendirmiştir. Y.9.H.D., E.1994/19193., K.1995/13612., T.10.4.1992 (Kamu-İş :1990-1995., as. 363).

<sup>21</sup> Rekabet yasağı şartı ve hükümleri için bkz: dip not 19 da verilen eser.

<sup>22</sup> Yargıtay tazminatların cezai şart niteliğinde gören mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. Y.9.H.D. .E.1992/6312.,K.1992/12426.,T. 10.11.1992 (Kamu-İş :1990-1995.,age. s. 612).

<sup>23</sup> Özellikle de belirli süreli hizmet akitlerinde cezai şart konulması uygulaması görülmektedir. Belirli süreli bir sözleşme için konulması cezai şart ile ilgili yerinde bir kararda Yargıtay sözleşmesinin belirli süreli hizmet akdi niteliğini kaybetmesi halinde cezai şartın da geçerli olmaktan

akdinin haksız feshi durumunda ortaya çıkabilecek kayıpların teminat altına alınmasına yönelik konulan cezai şarttır.

Hizmet akdinin belirlenen şartlar dışında fesh edilmesini önlemek ve özellikle nitelikli ve işveren açısından önemli görülen elemanlarının akdi ilişkiyi sürdürmelerini sağlamak maksadı ile işverenler bu şekilde bir cezai şart koyma yoluna gidebilmektedir.

Hizmet akitlerine cezai şart konulması işçi için daha ziyade işini koruma gayesine yönelik bir düzenlemedir.

Rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılığa karşı bir müeyyide olarak da cezai şart konulabilmektedir<sup>24</sup>. Konuyu müstakil olarak inceleyen SOYER'in vurguladığı bir husus vardır işte bu da rekabet yasası sözleşmelerine niçin cezai şartın konulmakta olduğunu ve cezai şartın pratikte sağladığı faydayı göstermesi bakımından önem taşımaktadır: "Rekabet yasasının ihlali halinde bir zarara uğranıldığını ispatlamak her zaman kolay olmadığı için, sözleşmeye cezai şart koyma yoluna gitmek işveren açısından büyük bir pratik önem taşımaktadır. Çünkü, bu takdirde işverenin, herhangi bir zararı ispatlamak zorunda olmaksızın cezai şartı talep edebilme imkanı vardır. Diğer taraftan cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya yönelten bir hukuki araç olduğu için, işverenin rekabet yasasındaki menfaatlerini de daha etkili bir biçimde koruyabilecektir"<sup>25</sup>.

Son dönemde uygulamada özellikle yönetimleri seçimle belirlenen sendika, belediye gibi kuruluşlarda işçilerle yapılan hizmet akitlerine cezai şart konulması olayları yaygın hale geldiği görülmektedir. Bu uygulama özellikle Belediye İktisadi Teşekküllerinde görülmektedir. Belediye yönetimlerinin seçimle değişmesi ve yeni seçilen yönetimin daha önceki yönetimlerin işe aldığı işçilerin bazılarının hizmet akitlerini sona erdirmesi sık sık görülmektedir.

Bu fesihler kamuoyunda haklılık bakımından tartışılmaktadır<sup>26</sup>. Tecrübeler bu alanda bir feshi karşı korunma ihtiyacının ortaya çıktığını göstermektedir.

Özellikle üst düzey personel ile belirli süreli hizmet akitleri yapılması ve bu hizmet akitlerine feshi karşı teminat oluşturacak cezai şartlar konulması

çıkacağı sonucuna varılmıştır. Bkz:Y.9.H.D. E.1993/15152., K.1993/16726.,T.17.11.1993 (Kamu-ış :1990-1995.age. s.149.)

<sup>24</sup> Geniş bilgi için konuyu etraflı bir şekilde inceleyen bir çalışma olarak bkz: SOYER, M. Polat : Rekabet yasağı sözleşmesi (B.K. md.348-352), Ankara, 1994

<sup>25</sup> SOYER, M.P.:age. s.80

<sup>26</sup> Özellikle sendikalarda ve belediyelerde yeni yönetimler kendi çizgisinde olmayan çalışanlara karşı birtakım haklı sayılmayacak uygulamalara girişebilmektedir. Özellikle üst pozisyonlarda görev alan personelin değiştirilmesi, bir taraftan işçi tenkisi yapılar iken diğer taraftan yeni işçilerin istihdam edilmesi uygulamaları artık vaka-i adiyeden olmaya başlamıştır. Kendi istihdam ettikleri insanların yönetim değişikliği ile göreve gelen yönetimlerin tasarruflarından korunması için tedbirler de almakta ve onlara iş güvencesi sağlamaya çalışılmaktadır. Aslında ahbab çavuş işine benzeyen bu uygulamalarda kanunla verilen birtakım imkanlar kullanılmaktadır.

## *Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması*

suretiyle bu hedefe ulaşılmaktadır. Biz bu şekilde konulan cezai şartların ahlak ve iyi niyete uygunluğunun tartışılabilmesi inancındayız. Eğer tarafların esas gayesi istihdam ettikleri kimselerin hizmet akitlerinin feshini bütünüyle engellemek olduğu ortaya çıkar ise bu şartın geçersiz olması söze konu olmak lazımdır. Yoksa gaye eğer iyi niyetle bağdaşmayacak şekilde sırf zihniyet farklılığına davalı feshin önüne geçmek ise o zaman cezai şart elbette geçerli kabul edilmelidir.

Miktarı fahiş olması durumunda bu durumdaki cezai şartların indirilmesini tarafların talep etmek hakları da elbette daima vardır.

## **2- TİS İle Konulan Cezai Şartın Hükümü**

Bilindiği gibi hizmet akitlerine cezai şart konulmasının hukuki sonuçlarını ortaya çıkaracak bir başka yol ise TİS ile tespit edilen cezai şartlar olmaktadır. Toplu sözleşme hukukunda toplu sözleşmelerin hizmet akdi üzerinde zorlayıcı ve tamamlayıcı etkileri düzenlenmiştir (TİSGLK m.6).TİS'nin hem düzenleyici hem de borç doğurucu hükümleri arasında cezai şart yer alabilir.

Özellikle TİS'de normatif hükümler arasında yer alan cezai şart konumuz bakımından önem taşımaktadır. Bu şekilde yapılan düzenleme hizmet akdinde yapılan düzenleme ile aynı hukuki sonuçları doğurur. Yargıtay bir kararında hizmet akdi haklı bir sebebe dayalı olmaksızın sona erdirilen sendika yöneticilerinin kıdem tazminatlarının bir kat fazlası ile ödeneceği yolundaki TİS hükmünü cezai şart olarak kabul etmiştir<sup>27</sup>. Benzer bir kararın incelemesinde "iş güvencesi amacıyla, hizmet akitlerinin (olayda olduğu gibi) sendikal faaliyet nedeniyle feshi halinde, belirli bir miktar cezai şart (doğrusu akdi ceza) ödeneceği pekala kararlaştırılabilir ve bu işvereni hizmet akdini feshi hususunda daha dikkatli ve itinalı olmaya iter" diyen Akyiğit bunun "iş güvencesi fonksiyonu" görebileceğini vurgular iken bu kararda konulan cezai şartın gayesinin kıdem tazminatının tavanını aşma olduğu inancında olduğunu da vurgulamakta ve Yargıtay'ın görüşüne karşı çıkmaktadır<sup>28</sup>. Ancak, bu sonuca ulaşılmadan önce, tarafların niyetinin iyice araştırılması gerektiği inancındayız.

<sup>27</sup> Y9HD 10.11.1992.E.3312.K.12426 (YKD Temmuz 1993.sa.7.,s.1014-1015).

<sup>28</sup> Y9HD 17.1.1991 T.,E.1990/ 9306.,K.1991/207 ile ilgili inceleme izin. BKZ:AKYIĞIT,Ercan: Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu, Karar İncelemesi, İHD.,C.1.,Sa.2.,Nisan-Haziran 1991.,s.268-278). Cezai şartların kıdem tazminatına getirilen tavan sınırlamasının aşılması için bir vasıta olarak kullanılması kanuna karşı hilenin tipik bir örneğini teşkil eder ki bunun tespiti halinde bu cezai şart hükümsüzdür. Yargıtay bir başka kararında ise işten çıkarma sırasına uyulmaması halinde ihbar ve kıdem tazminatlarının üç misli olarak ödeneceğine dair TİS hükmünü bir cezai şart olarak nitelendirmiştir. Bkz. Y.9.H.D.,1991/11567. K.1991.,13949.,K.06.11.1991 (Kamu-iş : 1990-1995 age. s. 80-81).

### 3- İşyeri İç Yönetmelikleri ile Konulan Cezai Şart

İşyerinde iş yönetmelik düzenleme 3008 sayılı İş Kanunu döneminde bir yükümlülük iken (m.29) 1475 sayılı İş Kanunu"nda bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte işyeri iç yönetmelikleri müessesesi bütünüyle ortadan kaldırılmış veya yasaklanmış değildir.

İşverenin iş hukuku mevzuatına aykırı olmamak üzere yönetim hakkının sınırları içerisinde kalmak şartı ile birtakım düzenlemeler yapabilmeye hakkı vardır<sup>29</sup>. Bu durumda işveren işyerinde kural koyabilir. Çalışma şartlarının işçiler için yeknesak hale getirilmesi anlamında işyeri iç yönetmelikleri vasıtası ile konulacak kurallar müeyyideleri de olan kurallar olarak düzenlenebilir. Bu müeyyideler arasında cezai şarta da yer verilebilir. İşyeri iç yönetmeliği ile konulan kurallar hizmet akdinin hükümlerine dahil kabul edilir ve onun bir eki niteliğindedir<sup>30</sup>. Dolayısıyla işçiler bu hükümleri kabul etmiş sayılırlar.

Elbette işverenin işçiye ceza verme hakkı ile cezai şart arasındaki farklılık vardır. Bizim kastettiğimiz hizmet akdi ile getirilen cezai şartın işyeri iç yönetmelikleri ile getirilmesi halinde ortaya çıkacak durumdur. Özellikle hizmet akitlerinin yazılı yapılmadığı durumlarda iç yönetmelik hükümleri hizmet akitlerinin mütemmim cüzü gibi fonksiyon ifa edebilmektedir. Doktrinde iç yönetmeliklerin hizmet akitlerini tamamladığı ve işçinin bu şartları da kabul ederek hizmet akdi yapmış olduğu kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Hizmet akdine bu şekilde getirilen cezai şart üzerinde daha bir titizlikle durulmak lazımdır. Her ne kadar işçinin bu şartları bildiği kabul edilse de bu şartların işçiye açıkça duyurulmuş olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Yahut ta işçinin bu şartları bilmiş olduğu ve uzun süreden beri bilmekte olmasına rağmen bu şartlara muaffakat ettiği ortaya çıkmış olmalıdır ki işçinin bu cezai şart ile bağlılığından söz edilebilsin.

Saymen'de bu düzenlemelerin sanki sözleşmeye önceden konulmuş cezai şartmış gibi kabul edilmesinin iş hukukundaki modern gelişmeye ters düşeceğini kabul etmektedir. Saymen, haklı olarak, her halükârda düzenlemenin işçinin iradesine değil işverenin bir tür zorlamasına bağlı olduğu ve işverenin zoruna dayalı bir hükme bağlı işlem yapmanın doğru olmayacağı'nın görüşündedir<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> EKONOMİ,Münir: İş Hukuku. C.I.,Ferdî İş Hukuku., 3.Bası., İstanbul 1984., s.29-31. Yönetim hakkının sınırları için bkz: TAŞKENT, Savaş :İşverenin Yönetim Hakkı., İstanbul 1981.,s.8ş vd.

<sup>30</sup> EKONOMİ,Münir: age. S.31; ÇELİK,Nuri :age.,s.83-84.

<sup>31</sup> Bkz:EKONOMİ,Münir :age. s.31.

<sup>32</sup> SAYMEN,İş Hukuku.,age s. 20-21.

### III- CEZAI ŞARTIN HUKUKİ SONUÇLARI

Cezai şartın hukuki sonuçları cezai şartın geçerli olup olmamasına göre farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple mesele iki kısımda incelenmek zorundadır.

#### 1- Cezai Şartın Geçerliliği Halinde

##### A-Genel Olarak

Sözleşme serbestisine ait hukuka uygun olarak konulan cezai şart hukukten geçerlidir. İşveren yönünden cezai şart öngörülen durum ortaya çıkar ise yani asıl borç ifa edilmez veya ihlal edilir ise işveren bu cezai şartı ödemek zorundadır.

Hizmet akitlerine konulan cezai şartın hüküm doğurabilmesi için akdi ilişkinin kurulmuş olması yeterlidir. Fiili hizmet ilişkisinin kurulmuş olmasına gerek yoktur<sup>33</sup>. Cezai şartın konulmasındaki temel gaye her hizmet akdinde aynı olmayabilir. Ancak, hizmet akitlerinde cezai şartın genelde tarafları akdi ifaya zorlamak olduğu görülmektedir. Cezai şartın nitelik olarak alternatif nitelikli olması halinde hizmet akitlerinde de tarafların bir seçim hakkına sahip olup olmadığının tartışılması lazımdır. Biz hizmet akitlerine konulan cezai şartlarda tarafların seçimlik bir hakkının bulunduğu kabul edilmesi halinde cezai şartın kötüye kullanılabilmesi riskine dikkat çekmek istiyoruz. Taraflar akde cezai şart koyarlarken ifayı desteklemek gayesi ile hareket etmişlerdir. Cezai şart burada bir anlamda ifaya zorlama aracı olarak düşünülmektedir. Pek tabiidir ki ikinci bir gaye de söz konusudur. O da ifa edilmemesi halinde doğacak zararların kolayca tazminini sağlamaktır. Çünkü cezai şartta taraflar yalnızca akde aykırı davranıldığını ispat etmekle cezai şartı talep edebilir duruma gelirler<sup>34</sup>.

Hizmet akdinde cezai şarta hak kazandıracak ihlalin ortaya çıkış tarihi talep edilebilecek cezai şartın miktarını etkilemesi tabiidir. Yargıtay bir kararında belirli süreli hizmet akitlerinde talep edilebilecek cezai şart hesap edilirken hakimin hizmet akdinin ihlal tarihini dikkate alması gerektiğine ve bu hesabın yapılarak hakkaniyete uygun bir miktara karar verilmesi yönünde karar ver<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Yargıtay, bir kararında "akdin icra edilmemesi, akde aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın oluşması için akdin fiilen icrasına başlanması şart değildir. İcrasına başlanmadan önce akdin yerine getirilemeyeceğinin bildirilmesi de aynı sonucu doğurur" şeklinde bu konuda görüşünü açıklamıştır. Y.9.HD.,E..1990/903., K.1990/12364. T.20.11.1990 (Kamu İş : Çalışma Hayatı ile ilgili Yargıtay Kararları 1990-1995., Ankara, 1995, s.30-31)

<sup>34</sup> SOYER,M.P.:age. s.80-85.

<sup>35</sup> Yargıtay " cezai şartın davacının çalıştığı süre ile bakiye sözleşme süresi oranlanarak" hesap edilmesi görüşündedir.9. HD. E.199Q:ş 91 ş?. ,İş.1990I 1 ş9. ,T. I CE.01.1991 (Kamu-iş :1990-199ş. age. s.36).

## B- Cezai Şartın Geçerli Ancak Fahiş Olması Durumu

Cezai şart ayrı bir sözleşme ile kabul edilmiş de olsa hem kendisinin hem de bağlı olduğu sözleşmenin hukuka aykırılık taşıyamaması ve geçerli sözleşmeler olması ile kabul edilen cezai şartın fahiş olması durumu birlikte tezahür edebilir. Bu durumda böyle bir akdi ihlalin hukuki sonuçları ne olacaktır?

Hizmet akdi ile getirilen cezai şart belirli durumlarda katlanılması mümkün olmayacak şekilde öngörülebilir. Bu durumda "cezai şartın fahiş olması" meselesi ile karşı karşıyayız demektir. Elbette taraflar fahiş olan cezai şartın indirilmesini talep edebilirler.

Cezai şartın fahiş olup olmadığının tespitinde, alacaklının menfaatleri ile borçlunun menfaatlerinin arasında açık bir oransızlığın bulunması ile cezai şartın adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde yüksek tespit edilmiş olması iki esas kriter olarak kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin yerleşik içtihatları da bu yöndedir<sup>36</sup>.

Cezai şartın fahiş olup olmadığının hakim tarafından resen araştırılması ve eğer fahiş ise indirilmesi gerekir<sup>37</sup>. Hakim cezai şarta müdahale ederken sözleşmede olduğu şekilde değil de şartı hakkaniyete uygun hale getirerek hükmetmesi gerekir<sup>38</sup>.

Fahiş olan cezai şartın hakim tarafından indirilmesini düzenleyen B.K. m.161/son hükmünün ticari işlerde uygulanmayacağı kanunun amir hükmüdür (T.K. m.2d). Bu durum eski Ticaret Kanunu döneminde verilen bir İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararında da kabul edilmişti<sup>39</sup>. Kaldı ki B.K. m.161/3'te yer alan "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir" hükmü meri T.K. m.24 ile açıkça düzenlenmiştir. Buna göre "Tacir sıfatına haiz bir borçlu Borçlar Kanunu 104. maddesinin 2.fıkrası ile 161/3 fıkrasında yazılı olduğu hallerde fahiş olduğu iddiası ile cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. "Ancak bu durumda da hakimin B.K. m.20 çerçevesi içinde sözleşmeyi konusunun imkansız olması, haklı bir sebebe dayanmaması, ahlak ve adaba aykırı bulunması yönünden incelemek ve butlanı yönünde hüküm tesis etmesi mümkündür<sup>40</sup>. Hakimin B.K.m.20/2 hükmüne göre karar vererek cezai şartın kısmen butlanına hükmetmesi de söze konudur.

<sup>36</sup> Bkz: SOYER,P.:age. s.83.

<sup>37</sup> ÇELİK, N.: age s.132. Yargıtay'da takdir yetkisinin bütünüyle hakime ait olduğu görüşünü çeşitli kararlarında vurgulamaktadır. 9. Hd.,E.1993/15152., K.1993/16726.,T.17.11.1993 (Kamu İş :1990-1995. age. s.150).

<sup>38</sup> Y9HD.,17.1.1991.,T.E.1990/9157.,K.1990/189.(TÜHİS :İş Hukuk Mevzuatı İle İlgili Yargıtay Kararları, c.II.,Ankara 1991.,s.38-39.)

<sup>39</sup> YİBKK 3.7.1940 T.,1940/7 E., 1940/71 K.

<sup>40</sup> Geniş bilgi için bkz:KAPLAN, İbrahim:"Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu, Yaşar Karayalçın'a 65.Yaş A rmağanı".Ankara 1987.

## **2- Cezai Şartın Geçersizliği Durumu**

### **A-Genel Olarak**

Hizmet akdine konulan cezai şart bazı durumlarda batıl olabilir. Kanuna, ahlak ve adaba aykırı olan ve de konusu imkansız olan cezai şart batıldır<sup>41</sup>. Akitlerin butlanına dair genel kurallar cezai şartın batıl olması bakımından aynen geçerlidir. Cezai şartın hukuki niteliğinden doğan tabii sonuç budur.

Cezai şartın geçersiz olabilmesi için her iki taraf için de geçerli olacak şekilde düzenlenmesi doğru olanıdır. Yalnızca işçiyi bağlayan aynı durumda işveren için geçerli olmayacak bir cezai şartın geçerli olması düşünülemez. Hizmet akdinde işçi ile işveren arasında pazarlık gücü açısından mevcut güç dengesizliği de dikkate alınmadığında söz konusu ettiğimiz nitelikteki cezai şartın geçerli kabul edilmemesi yerindedir<sup>42</sup>.

İşyeri iç yönetmeliklerine veya talimatnamelere konulan cezai şartın geçerli olup olmayacağı üzerinde durulması gereken bir husustur. İşyeri talimatnamesi ile konulmuş bir iç yönetmelik hükmünde yer alan cezai şartların işçiyi bağlayıp bağlamayacağı tartışılmaktadır. Saymen bunun çağdaş gelişmelerle bağdaşmayacağını ve bu talimatnamelerin işverenin tek taraflı iradesinin bir mahsulü olduğunu belirterek bunun mevzuatla uyumayacağını ifade etmektedir<sup>43</sup>. Ancak, bu yönetmelik hükümlerinin hizmet akdinin muhtevasına dahil olduğuna dair hizmet akdi hükmünün bulunması halinde bu durumda cezai şartın geçerliliğinden söz edilebileceğini düşünmekteyiz. Burada önemli olan işçilerin her halükarda bu iç yönetmelik hükümlerini biliyor veya bilebilecek durumda olmasıdır.

TİS hükmü olarak gelen cezai şart ise eğer normatif hükümler arasında yer almış ise, TİSGLK m.6 çerçevesinde hizmet akitlerinin bir parçası haline gelmiş olmaktadır. Hizmet akdinde cezai şart yok ise TİSGLK yer alan cezai şart hizmet akdinde hüküm bulunmaması sebebiyle hizmet akdini tanımlayan bir hüküm olarak onun muhtevasına dahil olur (TİSGLK m.6). Sözleşme serbestisinin çerçevesi içinde kaldığı ölçüde de bağlayıcı olur ve hüküm ifade eder.

### **B- Hizmet Akdinin Sona Erdirilmesi ve Cezai Şartın Geçersizliği Meselesi**

Hizmet akdi serbestisi sona erdirmeye serbestisini de ihtiva eder. Taraflar akdi ilişkiye irade serbestisi içinde girerler. İstedikleri zaman da bu ilişkiye son verme hakları vardır ve bu sözleşme serbestisi prensibinin bir sonucudur.

<sup>41</sup> Cezai şart düzenlenir iken akit serbestisi ilkelerine uygun olarak bir düzenleme yapmak lazımdır. Geniş bilgi için bkz: EREN, Fikret :age s.386 vd.

<sup>42</sup> Yargıtay haklı neden olmaksızın hizmet akdinin feshi halinde işçi için cezai şart öngören ancak aynı durumdaki işveren için cezai şart öngörmeyip kanundaki hükümlerin uygulanacağını öngören tek taraflı cezai şart düzenlemesini geçerli saymamıştır. Bkz.Y'9.H.D., E.1992/8777.,K.1992/12603.,T.17.11.1992. (Kamu İş: 1990-1995.,age. s.481).

<sup>43</sup> SAYMEN, F.Hakkı :age. s.70-71.

Hizmet akdi bakımından sözleşme serbestisi esas olmakla birlikte işçinin korunması bakımından bu serbestiye birtakım sınırlamalar getirildiği bilinmektedir. Sözleşme serbestisine getirilen kanuni sınırlamalarda işçinin korunması esastır<sup>44</sup>.

Hizmet akdinin sona erdirilme serbestisi işçi bakımından önemli bir risk teşkil etmektedir. Akit serbestisinin muhtevasına akit yapma, muhtevasını düzenleme, şekil serbestisi ve akdi sona erdirme serbestisi de dahildir. Bu serbestinin suistimal edilme riski akit serbestisinin suistimaline karşı sözleşme taraflarının korunması arayışına sebep olmuştur. Özellikle hizmet akitlerinin feshinde fesih hakkının kötüye kullanılmasına karşı tarafların menfaatlerini korumak için kanuni koruma tedbirleri hazırlandığı gibi (mesela İ.K.'ın.13/son) taraflar da akdi ilişki içerisinde bu maksada yönelik düzenlemeler yapmaya çalışılmaktadır<sup>45</sup>.

Mevzuatımızda var olan feshi karşı korunma alanındaki bu boşluğu hukukun verdiği diğer imkânlarla doldurma arayışı elbette sürmektedir. Özellikle belirli süreli sözleşmelerde uyulmasını bulunan bir çözüm yollarından birisi de, sözleşmeye cezai şart koymaktır. Bu suretle hizmet akdinin taraflar arasında tespit edilen sözleşme şartlarına aykırı olarak fesh edilmesine karşı bir teminat sağlanmaya çalışılmaktadır.

Hizmet akdine konulan cezai şartın geçerli olabilmesi için kanunun sözleşme serbestisini sınırlayan hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Ahlak ve iyi niyet kurallarına veya kanuna aykırı bir cezai şart elbette geçersiz olacaktır. Keza, cezai şartın varlığı işverenin haklı sebeple hizmet akdini fesih hakkının ortadan kaldırmamaktadır<sup>46</sup>.

Eğer taraflar koydukları cezai şart ile feshi bütünüyle imkansız hale getirecek ve fesih hakkını yok edecek bir akdi düzenleme yapma amacında iseler bu türlü akdi düzenlemeler hem kanuna hem de ahlaka aykırı olması sebebiyle geçersiz, batıl olacaktır. Günümüzde özellikle yukarıda bahsedilen birtakım uygulamalar bu bakımdan hukuken geçersiz akdi düzenlemeler olarak değerlendirilmek lazımdır. Pek tabidir ki bu geçersizlik bir tespit edici yargı kararı ile hukuken anlam ifade edebilir.

Bu riskin azaltılabilmesi ve işçilere istihdam teminatının sağlanması için bir takım düzenlemelerin yapılmasına yönelik çalışmalar milletlerarası alanda da sürdürülmektedir. Fesih hakkının kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik bu çabalar kapsamında MÇT(ILO) tarafından bu alanda kötüye kullanılmaya karşı bir milletlerarası sözleşme hazırlanmıştır. 158 sayılı Hizmet Akdinin Feshine karşı işçinin korunması hakkında sözleşme ile milletlerarası alanda bu alanda bir korunmanın hayata geçirilmesi için mücadele edilmektedir.

<sup>44</sup> ÇELİK,Nuri :age. s.92 vd.

<sup>45</sup> Türk iş hukukunda fesih hakkının kötüye kullanılmasına hakkında bir değerli inceleme için bkz: SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.

<sup>46</sup> Y.9.H.D.,E.1995/21362.,K.1995/35588.,T. 15.12.1995 (Kamu-iş :1989-1995..age. s.321).



Ülkemizde feshe karşı korunma bakımından büyük bir boşluğun bulunduğu bilinmektedir. 158 sayılı ILO sözleşmesinin TBMM tarafından onaylanması ile bu alanda önemli bir adım atılmıştır<sup>47</sup>. Bu sözleşmenin milli mevzuata aktarılması bakımından henüz gerekli düzenlemeler yapılmamış olmakla birlikte bu gelişme önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir.

Hizmet akdinin sona erdirmeye serbestisini bütünü ortadan kaldıracak nitelikte olan cezai şartlar ile taraflardan birisinin bütünüyle ekonomik olarak mahvolmasına yol açacak cezai şartlarda geçerli değildir.

## SONUÇ

Cezai Şart hukukumuzda çok fazla uygulama alanı bulunan bir müessesedir. İş hukukumuzda da son yıllarda daha fazla girmeye başlamıştır. Cezai Şartın yaygınlaşmasında hizmet akitlerinin feshine karşı akdi olarak sınırlandırma getirilmesi ve bu suretle feshe karşı korunma düşünce ve isteği ağır basmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesi uygulandığında bu kullanımda belirli bir azalma olacağı açıktır. Ancak cezai şart konulması uygulamasının süreceği de bilinmelidir.

Son dönemde özellikle seçimle yönetimleri değişen tüzel kişilerde (özellikle de Belediyeler, Sendika ve Derneklerde olmak üzere) istihdam edilen işçilerin hizmet akitlerinin devamına imkan hazırlamak ve/veya hizmet sözleşmelerinin kolayca sona erdirilmemesini sağlamak maksadı ile konulan cezai şart uygulamaları dikkat çekicidir. Burada hakkın kötüye kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Mesela giderayak seçim arifesinde çok sayıda işçi ile belirli süreli hizmet akitleri yapılması ve bu akitlere çok fahiş sayılabilecek cezai şartların konulması uygulamalarında bu şartın batıl olması meselesi üzerinde gerekli titizlik gösterilmek lazımdır. İfade edildiği şekilde kurulan hizmet akdi münasebetinden doğabilecek meselelere bağlı cezai şart taleplerinde Hakim hüküm tesis ederken tarafların iradelerini araştırma görevini titizlikle yerine getirmek durumundadır. Aksi takdirde bu müessese suistimal edilmeye imkan veren bir suistimal aracı olabilecektir.

Hizmet akitlerine, Toplu iş sözleşmelerine konulacak cezai şartlarda bu cezai şartların geçerli hukuki sonuç doğurması için cezai şartla ilgili genel hükümlere uygunluk elbette göz önünde bulundurulacaktır. Bu cezai şartlarla ilgili hüküm tesis ederken hakimlerin iş hukukunun niteliğine, temel ilkelerini de göz ardı etmemeleri şarttır. Yargıtay'ın bu alandaki kararlarında bu hususun göz ardı edilmediğini görmek bizim için takdire şayan ve sevindirici bir gelişme niteliğindedir.

<sup>47</sup> Milletlerarası Çalışma Konferansı'nda 1982 yılında kabul edilen Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı sözleşme TBMM tarafından 3999 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur. (RG .18 Haziran 1994 tarih ve 21964 sayı).

## FAYDALANILAN ESERLER

- AKYIĞIT, Ercan : Toplu iş sözleşmesinin Yorumu, Karar incelemesi ,İş Hukuku Dergisi ., C.I., Sa.2., Nisan -Haziran 1991.
- ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri ,Yenilenmiş II. Bası., İstanbul 1992.
- ÇELİK, Nuri : "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Kamu-iş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.4., Haziran 1997.,sa.2.,s.219 - 230.
- CENTEL, Tankut : İş Hukuku C.I., Bireysel İş Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.
- EKONOMİ, Münir : İş Hukuku., C.I., Ferdi İş Hukuku., 3.Bası., İstanbul 1984.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler., C.III., 4.Bası., Beta Basım., İstanbul 1994.
- İZVEREN, Adil : İş Hukuku I-II-III., Ankara 1974.
- KAPLAN, İbrahim : "Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu", Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1987.
- KARAHASAN, M. Reşit :Türk Borçlar Hukuku ., Genel Hükümler., C.3., 1.Basım., İstanbul 1992.
- OĞUZMAN, Kemal -ÖZ, M. Turgut : Borçlar Hukuku Dersleri., C.II., Filiz Kitapevi ., İstanbul 1991.
- SOYER, M. Polat : Genel İş Koşulları, Basisen, İstanbul 1987.
- SOYER, M. Polat : Rekabet Yasağı Sözleşmesi (B.K.md.348-352), Ankara 1994.
- SÜZEK, Sarper : İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.
- SAYMEN, Ferit Hakkı : İş Hukuku., İstanbul 1954.
- TAŞKENT, Savaş : İşverenin Yönetim Hakkı ., İstanbul 1981.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku. C.I., İstanbul 1976.
- TÜHİS : İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Yargıtay Kararları., C.II., Ankara 1991.
- UÇAR, Salter :Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Alfa, İstanbul 1993.

# CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Prof. Dr. Kudret GÜVEN\*

## I. Genel Olarak

Teknolojik gelişmeler, insanoğlunun kendi iradesi ile şekillendirdiği yaşam tarzının, ihtiyaca uygun olarak daha kolay ve belli bir kalitede yaşanılır hale getirilmesini amaç edinir. Ferdin rahat ve huzurunun emrinde olan teknoloji, bir taraftan ekonomik, sosyal, hatta siyasi gelişimi ve katılımı sağlayacak şekilde, onun istek ve fantazilerine cevap verirken, diğer taraftan bizzat şahsı ile doğrudan ilgili, kişisel isteklerini gerçekleştirmeye gayret gösterir. Bu suretle teknoloji sayesinde insan hayatı kolaylaşmakta, zaman tasarrufu sağlanmakta, insanların sosyal ve fikri yeteneklerini geliştirebilmeleri için olanak yaratılmaktadır. İnsan cinsi tükenmedikçe ve insan aklı durmadıkça, teknoloji daima ileride bir, noktayı hedefleyecek, gelişmelere nokta koymak söz konusu olmayacaktır.

Teknolojik gelişmelerin önemli bir bölümü doğrudan doğruya insanı, insan vücudunu ve sağlığını konu edinen tıp dalında yaşanmaktadır.

Tıp bilimi, çağdaş görünümü ile, neredeyse doğa ile yarışmakta, imkansız mümkün kılacak şekilde yeni tedavi, müdahale ve ameliyat yöntemleri ile insan sağlığı alanında harikalar yaratmaktadır.

Tıp bilimi bakımından insanın yaşatılması kuşkusuz ilk ve temel, fakat tek amaç değildir. Zira, biyolojik yaşamın ötesinde insanın kendi istediği fiziki ve ruhi koşullarda yaşamasına yardımcı olmak da tıbbın amaçları arasında yer almakta olup, bu nedenle bugün plastik cerrahi, insanın bedeni ve psikolojik sağlığı arasında geçiş sağlayacak şekilde, kendisini daha güzel, daha iyi, daha sağlıklı hissetmeleri için onun emrine sokulmuştur. İnsan bundan böyle doğduğu gibi değil, görmek ve görünmek istediği biçimde yaşama şansına kavuşturulmuştur. Asıl olan sadece biyolojik yaşamın uzatılması değil, yaşamda kalitenin yükseltilmesidir.

Tıbbın, ferdin değişiklik isteğini sadece dış görünüşüne ilişkin ve genellikle estetik endişelere de bağlamadığı görülür. Çocuk daha anne karnında iken genetik testlere tabi tutulmakta, cenindeki anomalilerin daha bu dönemde teşhis ve tedavisi yollarına başvurulabilmektedir. Çocuğun anne ve babasından aldığı olumsuz genetik faktörleri taşımasına, fatalist bir yaklaşımla izin verilmemekte, doğasında sağlıklı olacağı aşikar olan çocuğa, sağlıklı olma şansı verilmektedir. Giderilmesi mümkün olmayan bozukluklar ise kürtaj için haklı sebep sayılmakta, böylece şöyle veya böyle anne babanın sağlıklı çocuk sahibi olma yolundaki iradesi değerlendirilmiş olmaktadır.

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Sıra cinsel kimlik arayışları ve cinsiyet değişikliğine geldiğinde benzer değerlendirmelerin yapılması; tıbben olmamakla beraber, hukuken bazı zorluklar göstermektedir. Gerek uygulamada ve gerekse teoride kabul gören görüşler çerçevesinde yasa koyucunun bu konudaki yasalastırma faaliyetini ağırdan almasından da anlaşılacağı üzere, cinsiyet değiştirmenin kavram olarak kabulü ve buna hüküm ve sonuç bağlaması kolay olmamıştır. 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanun'un 29.md. ne ikinci fıkra eklenmek suretiyle yasal düzeyde ele alınan cinsiyet değiştirme, söz konusu fıkranın kaleme alınış tarzından da kaynaklanan sebeplerle tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmamış olduğundan, bizce hala enteresan ve incelemeye muhtaç görülmektedir.

## II. Cinsiyet Değiştirme Kavramı

Cinsiyet değiştirme, hukukun ilgisini çeken bir kavram olmanın yanı sıra, tıbbi bir kavram olduğundan öncelikle bu bilim dalı itibarıyla anlamlandırılması gerekir. Zira cinsiyet değiştirmenin şart ve unsurlarının tıbbi açıdan belirlenmesi bu tür müdahalelere hüküm ve sonuç bağlamada bir ön koşul olarak önem taşımaktadır. Kanımızca cinsiyet değiştirmenin ahlaki ve hukuki boyutlarıyla ele alınması, cinsiyet değiştirmenin veya değiştirmeye yol açan psikolojik, anatomik ve fizyolojik sebeplerin ve bunlardan kaynaklanan bireysel tercih ve davranışların tıbbi açıdan değerlendirilmesi suretiyle sabit bir zemine oturtulmuş olacaktır. Cinsiyet değiştirme şeklinde ortaya çıkan fert iradesinin bir hastalık olup olmadığı, hastalık ise psikiyatrik veya fizyonomik bir hastalık sayılıp sayılamayacağı ve tedavisinin mümkün olup olmadığı, cinsiyet değiştirme yolundaki tıbbi müdahalenin tek ve nihai çözüm ve tedavi yöntemi olup olmadığı, tıbbi veriler ışığında cevaplandırılacak sorulardır. Durum böyle ise cinsiyet değiştirmeyi ahlaki endişelerle reddeden veya en azından istisnai bazı hallerde uygulanmasını önermek suretiyle daraltan görüşlerin savunulması zorluk taşıyacaktır.

### 1. Cinsiyet Değiştirme Duygusu (Transseksüellik) Bir Hastalık mıdır?

Transseksüellik, psikiyatrik literatürde, cinsel kimlik bozuklukları (gender identity disorders) veya psikoseksüel bozukluklar (psycho-sexual disorders) adı altında incelenen psikiyatrik vakalar arasında sayılmıştır.<sup>1</sup> Transseksüellik, ergenliğe ulaşmış bir kimsenin, belirlenen cinsiyeti ile ilgili olarak ısrarlı rahatsızlığı ve uygunsuzluğu konusundaki duygudur.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Bkz. Kaplan, H. - Sedock, B.: Modern Synopsis of Psychiatry. III, 3<sup>rd</sup> Ed. London 1983, Chap. 22, s. 544. vd; Goldmann, H.H. : General Psychiatry, 2. Ed. California. 1988, Chap. 37, s.442. vd; Amerikan Psikiyatri Birliği - DSM - III, R 3<sup>rd</sup>. Ed. Ankara. 1991 ( Çev. Köroğlu, E.) s.73 vd; Kolb - Brodie. Modern Clinical Psychiatry. 10<sup>th</sup> Ed, s.524 vd; Canlı örneklerden biri olan Ezgi için bkz. Aktüel 1993, s.107, s.56-60

<sup>2</sup> Gelder, M.- Gath, D.- Mayou, R. : Oxford Textbook of Psychiatry.1989. s. 590; Kolb Brodie. age. s.524; Goldmann, H.H. age. s.443; Çifter, İ.: Psikiyatri. Ankara.1990, s.555.

### **A. Transseksüellikte klinik tanı şu koşullarda koyulmaktadır**

- a. Kişinin saptanan cinsiyeti (anatomik seksi) hakkında sürekli bir rahatsızlık duyması ve bunun kendisine uygun olmadığı duygusunu aşması hali aranır. Hastada karşı cinsiyetin kendisini takip ve istila ettiği inancı hakimdir<sup>3</sup>.
- b. En az 2 yıl süreli olarak kişinin birincil ve ikincil cinsiyeti karakterlerinden kurtulma ve diğer cinsin cinsiyet karakterlerini kazanma üzerine sürekli kafa yorması ve bu konuda girişimlerde bulunması gerekir.
- c. Kişinin erginlik dönemine (puberto) girmiş bulunması şarttır.
- d. Fiziksel interseks veya genetik anormalliklerin bulunmaması şartı aranılır.
- e. Bu halin skizofreni gibi başka ruhsal bozukluklardan kaynaklanmaması asıldır.

### **B. Transseksüellik diğer cinsel kimlik bozukluklarından farklıdır**

- a. Erginlik dönemine girilmediği bir aşamada görülen cinsel kimlik bozuklukları transseksüellik kavramına dahil edilmez. Şöyle ki, çocukluk çağında;
  - aa. Kişinin saptanan cinsiyeti hakkında sürekli rahatsızlık duyması ve bunun uygun olmadığı duygusuna kapılma,
  - bb. Düşlemsel olarak yada gerçekten, ancak cinsel arayış içinde olmadan diğer cinsin rolünde sürekli yada tekrarlanan biçimde aykırı giyimi (cross dressing) seçme,
  - cc. En az iki yıl süreli olarak birincil ve ikincil cinsiyet karakterlerini kazanma üzerine sürekli kafa yoruyor olmaması halinde cinsel kimlik bozukluğu, transseksüel olmayan bozukluklar tiplemesine girmektedir.
- b. Cinsel kimlik bozukluklarından olup da transseksüel sayılmayan bir başka hal transvestiktir. Transvestizm, tarih boyunca transseksüellik ile karıştırılmıştır.<sup>4</sup> Oysa travestik tanısı koyabilmek için;
  - aa. En az 6 aylık süre boyunca, heteroseksüel bir erkekte aykırı giyim (cross dressing) ile ilgili tekrarlanan yoğun cinsel dürtülerin ve cinsel yönden uyarıcı fantazilerin olması,
  - bb. Kişinin bu dürtülerine göre davranışı ya da bunlardan dolayı belli bir sıkıntı duyması,
  - cc. Erginlik veya erginlik öncesi cinsel kimlik bozukluğu veya transseksüelliğin tam ölçülerini karşılamaması,

<sup>3</sup> Öztürel, A.: Transseksüalizm ve Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Problemler. AHFD.1981, C.37, S.1-4, s.263

<sup>4</sup> Öztürel, A.: Transseksüalizm ve Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Problemler. AHFD.1980, C.37, S.1-4, s.462

dd. Cinsel organlardan kurtulma eğiliminin bulunmaması, tersine genital organlara bir mutluluk aracı olarak bakması şartı aranmaktadır. Transseksüel ise bundan farklı olarak cinsiyet organına nefretle sırtını dönmektedir.<sup>5</sup>

Transvestlik, karşı cinse ait giysileri giymek yada karşı cinsin kimi özelliklerini benimseyerek doyuma ulaşma sapkınlığıdır<sup>6</sup>. Bunlarda karmaşık ve her iki cinse ait özdeşlikler vardır. Girdiği cinsel ilişkide kendini bazen kadın, bazen erkek rolünde düşleyebilir. Bunlardan çoğu, eşcinsel değildir. Roma İmparatoru Kaligula'nın transvest olduğu, ünlü şövalye D'Eon'un yaşamının 49 yılını erkek, 34 yılını kadın olarak geçirdiği bilinen olaylardır<sup>7</sup>.

### C. Transseksüel Yaşamın Belirgin Ortak Özellikleri

a. Bazı uzmanların transseksüelliği, genetik, hormonal ve merkezi sinir sistemine bağlı faktörlerle değerlendirme girişimleri olmuşsa da bunların kesin olarak kanıtlanamadığı görülmüştür.<sup>8</sup> Bugün bilinen tek ortak biyolojik göstergenin, transseksüel erkeklerin güzel ve nazik olmaları, erkek çocuklardan güzel olanlarda bu tür eğilimlere sıklıkla rastlandığı belirtilmekte, böylece transseksüelliğin fizyolojik veya nöro-tik değil, psikolojik bir hastalık olduğu vurgulanmaktadır.

#### aa. Cinsel Aktivite

Transseksüellikte tek tip cinsel aktivite yoktur, farklı şekillerde ortaya çıkan cinsel tercihlere sahip transseksüellere rastlanmaktadır. Şu halde cinsel aktivite de transseksüelliği belirleyici bir faktör değildir. Nitekim transseksüel, aseksüel olabilir; yani hiçbir partnerle deneyimi olmayabilir veya transseksüel homoseksüel ya da heteroseksüel ilişkiler içinde olabilir. Ancak homoseksüel ilişkide dahi kendisini kadın gibi hisseder<sup>9</sup>. Tipik homoseksüel transseksüelden ayıran unsur, homoseksüelin başka homoseksüelleri çekmek için kadın gibi giyinmelerine karşın, transseksüellerin kendilerini kadın gibi hissettikleri için böyle giyinmeleridir<sup>10</sup>. Cinselliği konusunda hiçbir kayda rastlanmayan transseksüeller de bulunmaktadır.

#### bb. Sosyal Aktivite

Transseksüellik sadece psikolojik ve cinsel problemlere değil, çeşitli sosyal problemlere de yol açan bir çarpıklıktır. Bu sorunlar özellikle transseksüelin diğer cinsiyetin bir elemanı olarak yaşamaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkmaktadır<sup>11</sup>. Pek çok hastanın depresyona girdiği bilinmektedir, zira cinsel yönelmedeki karışıklıktan genellikle sosyal izolasyon doğar. Mimlen-

<sup>5</sup> Gelder, M. - Gath, D.- Mayou, R. age, s.591

<sup>6</sup> Ankar, A.: Ruh Sağlığı ve Davranış Bozuklukları. Ankara, 1992, s.45

<sup>7</sup> Morce, B.: Cinsel Sapıklıklar. İstanbul 1987. Kıtış Yayınları, s.159

<sup>8</sup> Kaplan, H. - Sadock, B. age. s. 545

<sup>9</sup> Çifter, İ.: age. s.555

<sup>10</sup> Gelder, M.- Gath, D.- Mayou, R. age. s.591

<sup>11</sup> Goldman, H.H. age. s.443

miş olmaktan dolayı intihar girişimleri ise yaygın ve çok rastlanan olaylardır. Suç işleme eğiliminde artma ve alkolizm sıkça gözlemlenir. Ereksiyondan çok korkar ve cinsel organlarının göze çarpmasını istemezler<sup>12</sup>. Bu nedenle kıyafet ve model değişikliği yaparlar. Cinsiyetlerini değiştirmek için her türlü bilimsel çalışma ve cerrahi girişimlere izin verirler. Cinsiyet değiştirme isteği obsessif bir nitelik taşır. Dış genital organların değiştirilmesi, bilhassa kadın olmak isteyenlerce arzu edilmektedir<sup>13</sup>. Bu olaylarda en çok istenen şey, dış genital organlara müdahale yapılması, tam bir dişilik yapısına sahip olma isteği, kastrasyon yapılması, penisin kesilmesi, torbaların ameliyatla alınması, artifisiyel bir vajina meydana getirilmesidir. Dünyada ilk defa erkek cinsiyet organı çıkarılan ve yerine yapay bir vajina yapılan George adındaki bir hastaya "Christine" adının verilmesi bu ameliyatlara "Christine ameliyatı" denilmesine neden olmuştur. Tıbben bu yolu gerçekleştiremeyenlerin ise kendi kendilerini iğdiş etme, penis kesme gibi girişimlerde buldukları üzücü olaylara rastlanmaktadır.

## 2. Tedavi Aracı Olarak Tıbbi Müdahale

Erişkinliğe geçişte ve yaş küçüklüğünde, örneğin erkek çocuklarda dişilik gelişmesi gibi 5-6 yaşlarında ortaya çıkan cinsel kimlik bozukluklarının basit psikoterapi, inspirasyon analitik, psikodrem metotlarla durdurulabileceği konusunda tıp, iyimser görünmektedir<sup>14</sup>.

Zira transseksüelliğin esasen psikolojik bir bozukluk ve bu tip hastaları rasyonel tedavi tarzının psikoterapi olduğu, bu nedenle sağlıklı olan bedenler üzerinde tıbbi girişimlerde bulunmaktansa transseksüelin aklının tedavi edilmesi gerektiği zaman zaman vurgulanmaktadır<sup>15</sup>.

Ancak erişkin bir transseksüelin psikoterapi yolu ile tedavi edildiğine dair olumlu bir kayda rastlanmadığı, bu tip hastalarda cinsiyet değişikliği arzularına uymaktan başka doktorun yapabileceği bir şeyin bulunmadığı, yani transseksüalist oyunun içine girmek ve kişinin istekleri ile meşgul olarak onu mutlu etmenin, tedavinin en geçerli yolu olduğu açıkça ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Diğer taraftan cinsiyet değiştirmenin yapıldığı çoğu erkek transseksüelde sonucun oldukça başarılı olduğu, hastaların uyumlu, istihdam edilebilen, başkalarıyla sosyal ilişkiler kurabilen kişilikler geliştirdikleri de sevindirici biçimde gözlenmiştir. Şu halde ameliyat kesin bir tedavi tarzı olarak değerlendirilmelidir.

Bir transseksüelin üç amacı vardır; bir kadın (veya erkek) görünümünü kazanmak, bir kadın (veya erkek) gibi yaşamak ve cinsel organını değiştirmek. Hastanın ilk yaptığı şey yaşam biçimini değiştirmektir. Belli bir süre boyunca hasta ameliyat talebinde ısrarlı ise, kendisine bu ameliyatın özelliği-

<sup>12</sup> Çifter, I. age.. s.443

<sup>13</sup> Öztürel, A. agm. I. agm. s.487

<sup>14</sup> Kaplan, H- Sadock, B. age. 545; Öztürel, A. agm. I. s. 488

<sup>15</sup> Gelder, M- Gath, D- Mayou, R. age. s.592

<sup>16</sup> Öztürel, A. agm. I. s. 486; Kaplan, H- Sadock, B. age. s. 545; Goldmann, H.H. age. s. 445

nin anlatılması, cerrahın bir erkekten kadın veya bir kadından erkek yapamaya-  
yacağını izah etmek suretiyle ameliyatı yapılması gerektiği şeklinde bu tür  
müdahalelere ihtiyatla yanaşılmasını öneren tıp adamları da vardır<sup>17</sup>.

Transseksüelin cinsiyet değiştirmesi konusunda hangi görüş benimse-  
nirse benimsensin, tıbbi bakımdan doğru olan şudur ki; yapılan hormonal  
tedavilerin, şimik veya biyolojik tedavilerin hepsi etkisiz kalmaktadır. Bu ne-  
denle tıp, bu tip olaylara çoğunlukla seyirci kalmamakta, kalıcı ve geçerli bir  
tedavi yöntemi olarak ameliyatı benimsemektedir.

Konunun tıbbi açıdan kısa takdimi bu şekilde yapıldıktan sonra, "bir  
kimsenin hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel  
tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana ge-  
lirse gelsin özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak, karşı cinsten  
olduğunun tespitini istemeyeceği" yolundaki mahkeme kararlarının<sup>18</sup> tıbbi  
veri, teşhis ve tedavi yöntemleriyle olan çelişkisi daha belirgin olarak ortaya  
çıkılmaktadır. Yine aynı gerekçelerle tıp literatüründe dahi rastlanan ve "ruhsal  
ve sosyal nedenlere dayalı çok etkenli sorunlardan kaynaklanan cinsel kimlik  
karmaşasından ötürü sıkıntı içinde olan bu kişilere ameliyat uygulamak, aca-  
ba gerçekten bir yardım olmuş, onların sorunlarına çözüm getirmiş, onları  
sıkıntından kurtarabilmiş midir? şeklindeki kaygılara ve sorunu kısa yoldan  
bıçak aracılığıyla çözme olarak nitelendirdikleri ameliyatlara karşı olan gö-  
rüşlere<sup>19</sup> katılmanın kolay olmadığını belirtmek isteriz. Yine bu tür ameliyatla-  
rın sadece doğuştan çift cinsiyet organı taşıyan (erkek ve kadın) hünsalara  
(hermafroditlere) uygulanması, transseksüel önyargının bilimden ve hukuk  
alanından çıkarılması gerektiğini, ahlaki kaygılarla öneren hukukçu bilim  
adamlarına da<sup>20</sup> aynı nedenlerle hak veremiyoruz.

### III. Hukuki Durum

#### 1. 3444 s. Kanun'dan önce

##### A. Evlenmenin Kurucu Unsuru Olarak Cins Ayrılığı

Türk Medeni Kanunun'da evlenme akdinin tanımı yapılmamış ise de  
doktrinde üzerinde birleşilen anlatımı ile<sup>21</sup> evlenme akdi, karşı cinsten iki  
kişinin, yetkili memur huzurunda ve kanunun öngördüğü diğer şekli ve maddi  
koşulları gerçekleştirmek üzere ve aile birliğini oluşturmak amacı ile yaptıkları  
bir akittir. Evlenme akdi, evlilik birliğinin doğal yapısı itibarıyla, taraflarının

<sup>17</sup> Gelder, M- Gath, D- Mayou, R. age. s.592

<sup>18</sup> Bülent Ersoy için verilen bir dizi kararın sonuncusu olan Y. 2. HD. 27.3.86 t; 86/651; K:  
86/3256 s. kararı için Bkz. YKD.1986, s.1112 vd.

<sup>19</sup> Koptagel, G.İ.: Eşcinsellik, Bıçaklı Çözüm ve AIDS. Cumhuriyet. 27.3.1993

<sup>20</sup> Hatemi, H- Serozan, R. : Aile Hukuku. İstanbul.1963, s.105

<sup>21</sup> Benzer tanımlar için Bkz. Öztan, B.: Aile Hukuku. Ankara. 1979, s.60; Feyzioğlu, F. Aile  
Hukuku. İstanbul. 1986, s. 83; Tekinay, S.S. İstanbul. 1990, s. 63; Zevkliler, A.: Medeni Hu-  
kuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku. Ankara. 1992, s. 681;  
Hatemi, H., Serozan, R. age. S. 72 vd.



farklı cinsten (erkek ve kadın) olmasının şart koşulduğu, nişanlanma dahil iki akitten birisidir. Onun için farklı cinsiyete sahip olmayan iki kişinin, iki erkek veya iki kadının birbiriyle evlenmek istemeleri, evlendirme memuru tarafından reddedilmek zorundadır. Her nasılsa evlenme akdinin yapılmış olması halinde ise, nüfus kaydına göre taraflar arasında cins ayrılığının bulunmadığını belge üzerinden anlayan nüfus memuru, evlenmeyi nüfus kütüğüne işlememek ve durumu Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmek zorundadır. (Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği, md.117)<sup>22</sup> Böyle bir evlilik yok, ölü doğmuş sayılır. Hukuk alemine intikal etmemiş, hüküm ve sonuç doğurmamış, hiç meydana gelmemiştir.

Geçersizlik müeyyidesinin en ağır halini oluşturan yokluk, bir hukuki muamelenin teşekkül edebilmesi için şart kılınan kurucu (muhteva) unsurlarının, görünüş itibarıyla bile meydana gelmediği hallerde söz konusu olur. Butlan ile aralarındaki temel fark da esasen bu noktada ortaya çıkar. Butlanda muamelenin meydana gelmesi için aranılan kurucu unsurlar tamamlanmış, fakat hukuk düzeni, bu muhteva ile kurulan hukuki muameleye uygun sonuçların bağlanmasını kesinlikle reddetmektedir<sup>23</sup>. Buna karşın yokluk, bir hukuki muamelenin kurucu unsurlarının bulunmaması haline bağlanan bir müeyyidedir.

Butlan, akdin kurucu unsurlarında değil, geçerlilik unsurlarındaki eksiklikten dolayı, yani hukuka aykırılık nedeni ile ortaya çıkar. Kurucu unsurlar akdi kurar, geçerlilik unsurları ise kurulmuş bir akdin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlar<sup>24</sup>.

Cinsiyet ayrılığının evlenme akdinin kurucu unsurlarından olduğu ve akdin yapıldığı anda varolması gerektiği konusunda tereddüt yoktur<sup>25</sup>. Bu sebeple evlenme akdi yapılmadan önce vaki bir cinsiyet değişikliğinden sonra, tespit ve tescil edilmiş cinsiyetine göre erkek veya kadın olan bir kimse- nin, karşıt cinsten birisi ile yapacağı evliliğin geçerliliğinden şüphe edilemez. Ancak transseksüelliğin diğer taraftan gizlenmiş olması halinde hile veya sonradan öğrenilmesi halinde vasıfta hata söz konusu olup evliliğin iptali mümkündür. (MK. md. 116, 117)<sup>26</sup>

## **B. Evlenmeden Sonra Meydana Gelen Cinsiyet Değişikliği**

Evlenme akdi gerek kurucu, gerekse geçerlilik şartlarını taşımak suretiyle yapıldıktan sonra, taraflardan birinde meydana gelen cinsiyet değişikliği ve taraflar arasındaki cinsiyet farkının ortadan kalkması halleri, 3444 S. Kanun ile MK.29.md. ne eklenen II. fıkrasının pozitif hukuk alanına intikalinden önce de gerek yargıyı, gerekse doktrini uzun süre meşgul etmiştir.

<sup>22</sup> Bkz. 3.4.1977 t. ve 15926 S.İ RG.

<sup>23</sup> Tekinay, S. S- Akrrian, S- Burcuoğlu, H- Altop. Borçlar Hukuku, Genel. Hükümler. İstanbul.1993, s. 378.

<sup>24</sup> Eren, F.: Borçlar Hukuku. Genel Hükümler. C.1. s. 403

<sup>25</sup> Fezyioğlu, F. age. s. 96; Hatemi, H., Serozan, R. age. s. 84

<sup>26</sup> Fezyioğlu, F. age. s. 96

Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi suretiyle aralarındaki cinsiyet farkının kalmaması halinde, evliliğin hukuki geleceği ile ilgili çeşitli ihtimaller üzerinde durulmuş ve konu genel hükümler çerçevesinde tartışılarak, belli çözüm yolları aranmıştır. Şöyle ki;

a. Bu konuda ilk olarak, eşlerin sonradan aynı cinsten iki kişi haline gelmelerinin, evliliğin yokluğu sonucunu doğurup doğurmayacağı konusu üzerinde durulmuştur. Bu değişikliğin tam olarak doğmuş bir akdin yokluğunu, yani hiç doğmadığını iddiaya yeterli olamayacağını kabul eden hukukçular olduğu gibi<sup>27</sup> yokluk müeyyidesinin cinsiyet farkının kaybindan sonraki döneme (ex nunc) sari olacağı biçimde, bu tarihten itibaren başlatılması gerektiği görüşünü savunanlar da olmuştur. Bu görüş taraftarlarına göre<sup>28</sup> evlenme akdi yapıldıktan sonra, herhangi bir nedenle cinsiyet farkının ortadan kalkması halinde evlilik, bu durumun ortaya çıkışına kadar geçerli, fakat ileriye şamil olmak üzere yok evlilik haline gelecektir.

b. İkinci bir görüş olarak cinsiyet değiştirmenin vasıfta hata nedeniyle evlenmenin nispi butlanla iptali sebebi sayılıp sayılmayacağı ihtimali gündeme getirilmiş ise de, nispi butlan sebeplerinin evlenme akdinin yapıldığı sırada var olması şartıyla evliliğin iptaline imkan vereceği gerekçesiyle, iptalin düşünülemeyeceği, haklı olarak ifade olunmuştur<sup>29</sup>.

Biz de bu görüşe katılmakla beraber cinsiyet değiştirmeye önemli ölçüde zemin hazırlayan (erkek ve kadın hünsa) hermafroditler bakımından farklı düşünmek gerektiğini belirtmek isteriz. Zira hermafrodizm evlilik öncesi, hatta doğuştan var olan bir hilkat garabetidir. Kişinin fiziki görüntüsünde belirgin ve dıştan gözlemlenebilir bir aksaklık olmamakla beraber, cinsel organ itibarıyla çift cinsiyete sahip olma anlamına gelen hermafrodizm, evlenme tarihine kadar gizlenebilir. Hermafroditlerde psikolojik arazlar bulunmadığından genellikle doğum-la belirlenen resmi cinsiyet karakterine bürünürler bu nedenle de kolay anlaşılmaslar. Evlenme ile birlikte öğrenilen bir hermafrodizm, şahsın vasfında hata veya şartları varsa hile sebebiyle nispi butlan iddiasını haklı göstermelidir<sup>30</sup>.

c. Evlenme akdinde geçersizlik sebepleri, örnekseme yoluyla (tadadi) değil sınırlı sayılı (tahdidi) olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle cinsiyet değişik-

<sup>27</sup> BGH NJW 1972, 1131

<sup>28</sup> Öztan, B. age. S. 179, dn. 1. de ifade olunan görüşün, yokluk müeyyidesinin hukuki anlam ve özellikleriyle bağdaşmadığı söylenebilir. Zira yokluk, bir hukuki muamelenin kuruluşu safhasında, kurucu unsurlardaki eksikliklerden kaynaklanır. Muamele bir defa meydana gelmiş ise sonradan ortaya çıkan sebeplerle ex nunc etkili feshinden bahsedilebilir, yoksa ex nunc etkili yokluk anlayışı yokluk kavramı ile çelişir. Yine bu dönemde cinsiyet değişikliği anında evliliğin sona erdiğini (yokluk tabirini kullanmamakla beraber) kabul etmek gerektiği yolundaki katılmadığımız görüşler için Bkz. Oğuzman, K., age. s. 103; Köprülü B- Kaneti, S. Aile Hukuku. İstanbul.1988, s. 65.

<sup>29</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 96

<sup>30</sup> Hatemi, H- Serozan, R. age. s. 87; Nitekim Y. HGK. 18.1.1969 t. ve E: 67/2-835, K: 69/835/52 sayılı kararı ile kadınlık cinsiyet organının cinsel ilişkiyi imkansız kılacak nitelikte olması, eşin niteliğinde yanılma (hata) olarak nispi butlan sebebi teşkil ettiğini kabul etmiştir. (Bkz. Yazıcı, Atasoy. Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı. Ankara. 1970, s.173 )

tirmenin evliliğin mutlak butlanı sebeplerinden sayılması yolundaki görüş de mümkün görülmemiştir<sup>31</sup>. Diğer taraftan mutlak butlan da nispi butlan gibi evlenme akdinin yapılması safhasında var olan sebeplere bağlı olarak ileri sürülebilen bir geçersizlik halini ifade eder. Halbuki sonradan meydana gelen cinsiyet değiştirme hali, mutlak butlan müeyyidesi ile açıklanamaz.

d. Cinsiyet değiştirmenin diğer tarafa boşanma hakkı verip vermediği sorunu da tartışılmıştır. 3444 S. ve 4.5.1988 T.li Kanun ile değiştirilmeden önceki hali ile cinsiyet değiştirmeyi, MK. 134. md. çerçevesinde bir geçimsizlik ya da haysiyetsizlik (MK. md. 131) nedenlerinden biri ile boşanma sebebi saymanın bir çözüm yolu sayılmayacağı ileri sürülmüştür<sup>32</sup>.

Cinsiyet değiştirmenin boşanma sebebi sayılıp sayılmayacağı sorunu, 3444 S. Kanun ile MK.29 md.ne eklenen ikinci fıkra ile evliliği sona erdiren özel bir sebep olarak düzenlendikten sonra, bugün dahi hâlâ incelemeye muhtaç görülmektedir. Zira, MK. 29/II, son cümlesi, "evliliğin, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden son bulacağı" esasını öngörmekle, evliliğin sona erdirilmesi sebeplerine yeni bir sebep eklemiştir. Evliliği sona erdiren sui generis bir sebep olarak düzenlenen bu hal, aynı zamanda boşanma sebeplerinden birini (zina terk, cana kast ve fena muamele, haysiyetsiz hayat veya cürüm) oluşturur ise, kanımızca hakların yarışmasından bahsetmek mümkündür.

Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber cinsiyet değişikliği davasının eşlerden birisi tarafından açılabilmesi<sup>33</sup> görüşünden hareketle eşler, ihtiyari olarak iki davadan birisini açmak suretiyle evliliklerini sona erdirmeye konusunda hak sahibi görülmelidir. Her iki davanın da amacı evlilik birliğini ortadan kaldırmak olduğuna göre, kişiyi aynı amaca hizmet eden bir başka hukuki yola başvurmaktan alıkoymanın kanımızca hukuki dayanağı yoktur. Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde, cinsiyet değişikliği davasını, evli ise eşine de husumet yöneltecek şekilde açma yetkisinin savcıya verilmesi anlayışının temelinde, tarafların bu davayı açmaması ihtimaline karşı tedbir alma ve her halükârda evliliği sona erdirmeye zarureti yatar. Zira tarafların dava açmaması halinde evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında devamı, kamu düzeni ve genel ahlak gereği engellenmek istenmiştir. Yani fiili durumunu hukuki duruma uydurma iradesi bulunmayan bu kimselerin, cinsel kimliğini hukuken tespit ve değiştirme arzusu taşıyamaması, ancak sadece evliliklerini sona erdirmek istemeleri halinde, bu davanın dinlenmemesinde ne hukuki, ne de sosyal bir gerekçe bulunmadığı gibi, taraf yararı da söz konusu değildir. Kaldı ki cinsel değişime uğramış boşanan kimse, daha sonra da cinsiyet değişikliğini belgelemek suretiyle MK. md 29/II uyarınca dava açma hakkını yine kullanabilir. MK. md 29/II hükmü gereği açılacak dava, belli bir zamanaşımı süresine de bağlanmamış olduğundan "daha önce boşanma davası açmış eşin vakit kaybına uğrayacağı, dava hakkından bu sebeple yoksun kalacağı" şeklinde bir endişeye de gerek olmadığından, benim-

<sup>31</sup> Feyzioğlu, F. age. s.97

<sup>32</sup> Feyzioğlu, F. age. s.97

<sup>33</sup> Teinay, S. S. Age.s.114

sediğimiz görüşün kabulü isabetli olur. Diğer taraftan cinsiyet değiştiren kimseye veya diğer eşe, sadece MK. md 29/II uyarınca dava açma olanağı tanımak, hak arama özgürlüğünün (Ana. Md. 36) hukuki dayanaktan yoksun biçimde sınırlandırılması anlamını taşır. Ayrıca MK. md 29/II uyarınca dava açma suretiyle evliliğin sona erdirilmesi halinde eşin yeni cinsiyete uygun olarak bazı maddi sonuçlardan kısmen veya tamamen kurtulması imkanı var iken<sup>34</sup> bu yolu seçmeyip boşanma yoluyla eski cinsiyetine bağlı olarak maddi bakımdan daha ağır hukuki sonuçları göze alan kimsenin iyi niyetinin kabulü ile MK. md.2/II hükmü gereği hukuken korunması gerekir. Örneğin kadın olmuş bir transseksüel, yeni cinsiyeti dikkate alındığında sadece hali refahta ise, MK. md. 29/II ye göre sona eren evliliğindeki eski karısına nafaka vermek zorunda iken (MK. md 144)<sup>35</sup> boşanma halinde erkek kimliği ile mutlak surette yoksulluk nafakası ödeyecek olan kimsenin davasının dinlenmesi gerekir. Esasen bu sonuç, diğer eşin korunması anlayışının da bir gereği olarak savunulabilir. Kanımızca ahlak kuralları gereği ve evlilik müessesinin asli unsurları dikkate alınarak karşı çıkılması gereken husus, cinsiyet değiştirme nedeniyle aynı cinsiyete sahip olmuş karı ve kocanın, müşterek hayatlarını sürdürmelerine devam etmeleridir, yoksa tarafların evliliği sona erdirmeye iradelerinin MK. md 29/II normuna uydurulması zorunluluğu yükleyerek onlar tarafından açıklanan boşanma iradesi değil.

Diğer taraftan daha sonra da üzerinde durduğumuz üzere, MK. md 29 a ilave edilen II. Fıkra ile "evliliğin cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ermesi" şeklinde öngörülen hükmün, evlilik birliğinin ancak mahkeme kararı ile sona erdirilmesi gerektiği yolundaki Aile Hukuk sistemine ters düştüğü iddiası<sup>36</sup> kabul edilecek olursa, taraflara boşanma yolunu açık tutmakla, sisteme ilişkin bu sakınca da ortadan kaldırılmış olacaktır. Nitekim 1981 tarihli Alman Transseksüeller Yasası (Transsexuellen-gesetz)<sup>37</sup> cinsiyet değiştirmeyi, diğer koşulların yanı sıra, "kişinin evli olmaması" şartına bağlamıştır. Bu hüküm ile kanımızca, transseksüelin hiç evlenmemiş olması şartı aranmamaktadır. Talep tarihinde evli olmaması, yani önceden evlenmişse de evliliği ortadan kalkmış olması şartıyla cinsiyet değişikliğine izin verildiği şeklinde anlaşılması gerekir. Bu nedenle de cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması talebinde bulunmadan önce, fiilen gerçekleşen cinsiyet değiştirme sebebine bağlı olarak boşanma ile evliliğin sona erdirilmesi yoluna başvurulması imkanı tanınmalıdır.

### C. Cinsiyet Değişikliğinin Hukuka Uygun Olup Olmadığı Tartışması

3444 s. Kanun ile MK.29.md.ne eklenen II. fıkrası hükmü, gerek sözü, gerekse özü ile eksik, yanlış yorumlara müsait ve Medeni Hukuk sistemine intibak ettirilmesi zor olmasına rağmen, cinsiyet değiştirme kavramını hukuk

<sup>34</sup> Yoksulluk nafakası bakımından Bkz.s.56 vd.

<sup>35</sup> Bkz. Öztan, B. : Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu (Wills, R. ile birlikte), AHFO.1993, C. 42, S.3-4, s256

<sup>36</sup> Zevkliler, A. Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası. TBBD.1988, s.281-284

<sup>37</sup> Bundesgesetzblatt.1980 I 1654

alemine intikal ettirmesi bakımından belli bir değere sahiptir. Zira cinsiyet değişiklikleri ile ilgili olarak, fıkranın ilavesi tarihine kadar sürdürülen, hukuka uygunluk -aykırılık tartışması, bir fıkra halinde kısır da olsa yasal düzeyde çözümlenmiş bulunmaktadır.

Cinsiyet değişikliği ameliyatlarının, yukarıda izah olunan tıbbi gerekçelere rağmen hukuka uygun kabul edilip, edilmeyeceği meselesi, MK. 29. md.ne II. fıkranın ilave edildiği tarihe kadar tartışılmıştır.

#### **a. Aleyhte Görüşler**

Cinsiyet değiştirme ameliyatları bazı hukukçular tarafından<sup>38</sup> hukuka aykırı görülmüştür. Bu görüş taraftarlarına göre;

"Cinsiyet değiştirme ameliyatının, transseksüelin kimliğini değiştirmedığı, tersine cinsel kimliğinin devam ettiği, her ne kadar bunların dış görüntüleri itibariyle karşı cinsin özelliklerine kavuşturulmasına rağmen, o cinsin üreme organlarını edinemedikleri ve üreme yeteneklerinin de bulunmadığı, dolayısıyla bunların cinsiyet değiştirmelerinin hukuka aykırı olduğu" ileri sürülmüştür.

Yargıtay'da<sup>39</sup> o tarihlerde cinsiyet değiştirmeyi hukuka uygun kabul etmemiştir. Gerekçe, öncelikle MK.md.23'e dayandırılmaya çalışılmıştır. Buna göre; "yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki 'MK.md.23 buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi, cinsiyetini keyfince değiştiremez."

Mahkeme'nin anılan kararının ikinci gerekçesi; "Cinsiyet değişikliğinin kanuna karşı hilelere kapı aralamış olacağı" endişesidir. Buna göre cinsiyet değiştirmeye imkan vermekle eşinden boşanamayan kimsenin evlilik bağına çözüme şansı elde edeceği, bir kimsenin erkeklere özgü askerlikten kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan erken emeklilik hakkı elde etme gibi, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya fırsat bulacağı ileri sürülmüştür.

Üçüncü gerekçe ise; "her ne kadar yanlışlığın devamına ilgisiz kalmaz ise de hukuk düzeninin öngördüğü hususun çift organlı doğmuş (hünsa) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşturulanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamak olduğu" şeklinde ifade edilerek, cinsiyet değişikliğinin sadece hermafroditler açısından hukuki olduğu kabul edilmiştir.

<sup>38</sup> Bkz.Kocayusufpaşaoğlu, N.Türk Hukuku'nda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için dava açabilir mi? İst.1986 ,dn 33'de anılan yazarlar.

<sup>39</sup> Y.2.1-ş.27.3.1986 t. ve E:86/651; K:86/5256 s. karar (YKD.1986, s.1112)

Bu karar, bizim de ek gerekçelerle katıldığımız gerekçelerle eleştirilmiştir<sup>40</sup>.

### b. Lehde Görüşler

Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının hukuka uygun olduğu görüşünü benimseyenler, daha çok tıbbi gerekçelere dayanırlar. Bir defa, bir transseksüelin kendisinin ait olduğu yolunda ısrarlı ve yerleşik duygu ve iradesine uygun olan cinsiyete, fiziksel yapısını da uydurması kaçınılmaz ve tüm psikolojisi onu bu dönüşü olmayan değişikliğe itmekte iken, böyle bir ameliyatın keyfi olarak nitelendirilmesi görüşü, haklı olarak reddedilmelidir.

Cinsiyet değiştirme olanağı verilmek suretiyle, kanuna karşı hile yollarının açılacağı yolundaki endişe yüklü gerekçeye katılmak da mümkün değildir. İnsan hayatının olağan seyri içinde herkes için zorluk taşıyan bazı hal ve mükellefiyetlerin dolanılması için bir kimsenin böylesine ciddi sonuçlar doğuracak bir operasyona razı olmasının düşünülemez olduğu açıktır. Cinsiyet değişikliğinin, transseksüelin yasadıkça kafasından atamayacağı bir sabit fikirden ve engellenemeyecek bir psikolojik zaruretten kaynaklandığı tıp biliminde ispat edilmiştir. Beden ve ruhun bir savaş alanı olmaktan çıkarılması gereği karşısında Yargıtay'ca ileri sürülen zahiri saikler inandırıcı görülmemektedir. Cinsiyet değiştirme imkanının sadece hermafroditlere tanınması yolundaki görüş de, halen taraftarı bulunmakla beraber<sup>41</sup> bize göre de isabetli değildir<sup>42</sup>. Ne erkek ne kadın cinsiyet organına sahip sayılmayan, çift cinsiyet organlı olup da çoğu kez her ikisi de afonksiyonel olan kimselere yapılan tıbbi müdahalenin temelinde nasıl ki cinsel kimlik belirlemesi yatıyorsa, transeksüelin fiziken olmamakla beraber ruhen içinde bulunduğu kimliğin ortaya çıkarılmasında da benzer bir cinsel kimlik tanımlaması vardır<sup>43</sup>. Aradaki fark, ilkinde fiziki belirsizlik, ikincisinde ise ruhsal belirsizlik (karışıklık) bulunmasıdır. Diğer taraftan, cinsiyet değiştirme eyleminin kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşımakta olduğu ve buna MK. 23. md.nin cevaz vermediği yolundaki gerekçeye katılmamız da mümkün değildir. İnsanın beden bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu kişilik hakları MK. 23. md uyarınca kendisine, karşı, MK. 24 md uyarınca da başkalarına karşı koruduğu, kuşkusuzdur. Her iki maddenin birlikte yorumlanması suretiyle ortaya çıkan temel prensip, kişinin bizzat kendisinin veya üçüncü şahıslardan gelen kişilik ihlallerinin, kişinin kendi rızası veya üstün bir yarara veya kanunun verdiği bir yetkiye dayandığı sürece hukuka uygun görülmesidir. (3444 S.K.ile değişik MK.24 I,II ile ilave MK.23-III). Buna göre hakim kanaat, kişinin geçerli bir izninin bulunması, bir

<sup>40</sup> Kocayusufpaşaoğlu, N. a.g.e.s.19-41; Öztan, B-Will, R.agm.s.230 vd.: Zevkliler, A. agm. s.277-278; Burcuoğlu, H. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'nun, Türk Hukukunda Transseksüellerin Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir mi? adlı Eseri ve Buna Bağlı Olarak Y.2HD 27.3.1986 t.ve E. 651, K.3256 s. Kararı Üzerine, İBD.1986, C.60, S. 7-8-9, s.439.

<sup>41</sup> Hatemi, H-Serozan, R.age.105-106

<sup>42</sup> Öztan, B-Will, R.agm.s.234

<sup>43</sup> Bu ameliyatların hermafroditler için cinsiyet değiştirme ameliyatı olarak nitelendirilemeyeceği görüşü için Bkz. Zevkliler, A. agm. 269; Hermafroditlere yapılan ameliyatların hukuka uygunluğu yolundaki hakim görüş için Bkz. Kocayusufpaşaoğlu.N.age.s.14; Zevkliler,A. age.s.148 Aşçıoğlu, Ç. Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları Ank. 1982, s.168 vd.

zararın verilmemiş ve özellikle kişilik hakkının aşırı sınırlandırılmamış bulunması, üstün nitelikli bir özel (bireysel) veya kamu yararının bulunması şartıyla<sup>44</sup> vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde tasarrufta bulunulabileceği veya üçüncü şahıstan gelen müdahalelerin de hukuka uygun fiil sayılması yolundadır. Bu unsurları taşıdığı konusunda tereddüt bulunmayan hermafrodit ve transseksüellere ilişkin ameliyatların zarar değil, tersine bireysel ve topluma entegrasyonları nedeniyle kamusal yarar sağlayan müdahaleler olarak kabulü ve hukuka uygun sayılmaları sonucu kaçınılmazdır. Kaldı ki kişilik hakları üzerinde bir tasarruf söz konusu olduğunda bunu yapacak olan da yine bizzat bireyin kendisidir. Kişi kendi vücut bütünlüğü ve ona dahil fizyolojik ve psikolojik sağlığı konusunda sahip olduğu münhasıran şahsa bağlı haklarını, yasal sınırlar dahilinde serbestçe kullanabilir. Mutlak haklardan olan kişilik hakkı, bireye, hakkının tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini herkesten isteme yetkisi verir<sup>45</sup>. Bu kapsama sadece özel şahıslar değil kamu kurum ve kuruluşları da dahil edilmelidir. Bu tespitler Anayasa ile de desteklenmektedir. Anayasa'nın 17. md. I. fıkrası; "Herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna"; III. fıkrası da, "Kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulmayacağını" amirdir. İki fıkranın birlikte değerlendirilmesi suretiyle kişinin manevî varlığına dahil olduğu konusunda kuşku olmayan cinsel varlığı (cinselliği) üzerindeki kişilik haklarını korumak ve geliştirmek hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Cinsellik, fiziksel, entellektüel, psikolojik ve sosyal sağlığın önemli bir tamamlayıcısıdır<sup>46</sup>. Bu itibarla kişi, cinselliğini sabit bir zemine oturtmak (hermafrodizm de olduğu gibi) veya cinsel kimliğini kazanmak (transseksüellikte olduğu gibi) konusunda hak sahibi görülmelidir. Fiziki, entellektüel kişiliği ile ve sosyal sağlığını korumak ve geliştirmenin yolu cinsellikten geçiyor ise buna ilişkin tercihleri gerek psikolojik, gerekse fizyonomik bir zarurete dayandırılan cinsiyet değiştirme taleplerinin kabulü gerekir.

## **2. 3444 s. Kanun'dan Sonraki Durum**

### **A. Yasalaştırma Tekniği Bakımından MK.29/II'nin Değerlendirilmesi.**

#### **a. Özel Bir Kanun İle Düzenleme Gereği**

Cinsiyet değiştirme nedeniyle ortaya çıkan hukuki gelişmelerin özel hükümlerle düzenlenmesi şeklindeki kaçınılmaz yargıya itibar ettiği anlaşılan kanun koyucunun, bu konuda başvuracağı iki seçenektен biri olan, özel bir kanun ile düzenleme yolunu değil, Medeni Kanun gibi genel bir kanunda, tek bir fıkra ilavesi suretiyle değişiklik yapmak yolunu benimsediği görülür.

<sup>44</sup> Bkz. Aşçıoğlu, Ç.age.s.38 vd: Akünel, T. Organ ve Doku Alınması, saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu üzerine Düşünceler Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Semp. İst. 1983, s.20. vd. Reisoğlu S.s.4-5

<sup>45</sup> Ataay, A. Şahıslar Hukuku. Birinci Yarım. Giriş. Hakiki Şahıslar. İst.1978, s.124

<sup>46</sup> Goldman, HH.age.s.425:Ayrıca Bkz. The Central Role of Sexual Behavior in Education and Treatment in Human Sexuality (A report published by the WHO).1979

Almanya, İsviçre ve İtalya'da olduğu gibi konuyu etraflı hükümler içeren, özel bir kanunla düzenlemekten kaçınılmış olması başlı başına eleştiriye açıktır<sup>47</sup>. Konunun özelliği dikkate alınarak çıkarılacak özel bir kanun ile, tereddüte yer vermeyecek şekilde cinsiyet değişikliğine bağlanan hüküm ve sonuçların tek, tek ele alınması gerekirken, bunun yapılmamış olması, bizce muhtemel problemlere yeterince önem verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada olayların kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç göstermediği veya çok yeni olan hukuki malzemenin ele alınmasına henüz gerek olmadığı şeklindeki yargılara katılmak bizce mümkün değildir. Eskiye oranla bilgilendirilmenin geniş ölçüde hüküm sürdüğü günümüz enformasyon çağında, hemen her gün televizyon ve renkli basında kaynak belirtmek suretiyle verilen örneklerden, cinsiyet değiştirme hallerinin sayı olarak hiç de küçümsenemeyecek bir düzeye ulaştığını (ne kadar kaygılsak da) tespit ediyoruz. Konunun dava konusu yapılmamasının, çoğu zaman sosyal baskı, masraftan kaçma gibi sebeplere dayandığını tahmin etmek zor değildir. Özel bir yasal düzenleme yapmamak suretiyle cinsiyet değiştirmenin önleneyeği veya en azından özendirilmeyeceğinin iddia edilmesi de aynı şekilde gerçekçi değildir. Zira hukuk organ naklini özel bir kanun ile düzenlerken bunu özendirmeyi değil, organ naklinden doğacak hukuki problemleri çözümlenmeyi ve nakli yasal çizgilere çekmeyi amaçlamıştır. Aynı şekilde cinsiyet değiştirmenin gerek tıbbi koşullarının, gerekse hukuki sonuçlarının özel bir kanunla düzenlenmesi bu anlamda uygun düşerdi. MK.md.29/II Fükümü bu hali ile cinsiyet değiştirmenin ne hukuki dayanağı olan tıbbi müdahalenin şartlarını, ne de buna bağlı sonuçları düzenlememektedir. Hukukun amacı insanları hukukun dışında bırakmak değil, tersine onları hukukun düzenleyici ve koruyucu şemsiyesi altına alacak tedbirleri almak olmalıdır.

## b. Medeni Kanun Sistematiği İçindeki Yeri

3444 s. Kanun ile Medeni Kanun 29. md.'ye eklenen II. fıkra, sistematik bakımdan da isabetli düzenlenmemiştir. Söz konusu fıkra ile düzenlenen cinsiyet değişikliği ve buna bağlı olarak yapılacak nüfus sicili düzeltmelerinin, "ahvali şahsiye beyineleri" adı altındaki 29. md.'den ziyade, "ahvali şahsiye sicillerinin hiç bir kaydının hakim hükmü olmadıkça tashih edilemeyeceğine dair olan MK. md. 38 hükmü içinde yer alması gerektiği" yolunda haklı olarak eleştirilmiştir<sup>48</sup>. Biz de MK. 38 md.'nin şu şekilde kaleme alınmasını isabetli görmekteyiz.

MK, 38. md. "Hakimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez.

Doğumdan sonra<sup>49</sup> cinsiyetini değiştiren kişi, nüfus sicilindeki cinsiyetine ilişkin kaydın değiştirilmesini dava edebilir. Cinsiyet değiştiren kişi evli ise,

<sup>47</sup> Aksı görüş için Bkz. Öztan B-Will, R.agm.s.239

<sup>48</sup> Zevkliler, A. agm.s.260

<sup>49</sup> "Doğumdan sonra" ibaresinin, MK. 29/II fıkrasına ne amaçla koyulduğu ve ne anlam ifade ettiği anlaşılacaktır. (Bkz. Hatemi, H-Serozan, R.age.s.98) Cinsiyet değiştirme sanki doğumdan önce olabilmemiş gibi maddenin bu şekilde kaleme alınması çeşitli tereddütler do-





diğinde, sistematik açıdan olduğu kadar, kapsamı bakımından da eleştiriye açık ve yanlış anlamaya müsait görülmektedir. Kişinin gerek ahvali şahsiyesi, gerekse Aile Hukuku ilişkilerini önemli ölçüde etkileyen bir müessesenin bir tek madde, hatta bir fıkra ile düzenlenmeye çalışılması, beyhude bir gayret olmuştur. Acele bir tutumla ve kısır bir ifade ile hazırlandığı anlaşılan bu fıkranın, bir çok soruyu ve çıkabilecek sorunu çözmekten uzak olduğunu belirtmek gerekir.

MK,29/II, fıkrası hükmü, cinsiyet değiştirmeyi düzenleyen, çağdaş pozitif düzenlemelerle benimsenmiş yasalastırma tekniklerini dikkate almayaarak, cinsiyet değiştirmeyi sadece bir vakıa olarak konu edinmiş, cinsiyet değiştirmenin koşullarını düzenlememiştir. Cinsiyet değiştirmenin hangi şartlarda ve hangi amaçla yapılması gerektiği; buna ilişkin ameliyatların kimlere uygulanacağı hususu açıkça düzenlenmiş olması gerekirken bu yola gidilmemiştir. Konunun hala incelemeye muhtaç olmasından da anlaşılacağı üzere çözüm, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Halbuki Almanya'da 1981 yılında yürürlüğe, giren Transseksüeller Yasası veya İsveç Hukukundaki 1972 tarihli özel yasada, cinsiyet değiştirmenin yapılabilmesi için aranan koşullar tek, tek sayılmak suretiyle bu konudaki subjektif spekülasyonlar önlenmiş, tıbbın bu tür ameliyatlardaki yetki sınırı ve uygulaması gereken etik kurallar da çizilmiştir. Böylece hukukun tıp bilimine tabi olması önlenmiş, hukukun oldubittilere alet olması ihtimali asgariye indirilmiştir. Tıp adamı bundan böyle keyfilikten uzak kalmak, her istediğini deney babında yapmaktan kaçınmak ve yasal sınırlar çerçevesinde hareket etmek zorunda kalacaktır. Yine Danimarka, Belçika gibi Avrupa ülkelerinde de ancak belli koşullar altında cinsiyet değiştirmenin mümkün görüldüğü bilinmektedir<sup>52</sup>. Bu duruma göre Türk kanun koyucusu, cinsiyet değiştirmede aranan koşulların belirlenmesini doktrin ve uygulamaya söz düşecek şekilde düzenlediğine göre, bu konudaki görüşlerimizi sırasıyla açıklamakta fayda görmekteyiz.

I. Cinsiyet değiştirme hakkı belli türdeki cinsel kimlik bozukluklarına tanınmalıdır. Bu cümleden olarak ruhsal yapı itibariyle kendilerinde karşı cinsin özelliklerinin bulunduğu yolunda psikoseksüel bozukluklar içinde olan transseksüellerin bu haktan yararlanabileceği öncelikle kabul edilmek gerekir. Kendisine klinik olarak "transseksüalite" tanısı koyulmuş bir kimsenin ameliyatına cevaz verilmesi ve yeni kazanılmış cinsiyete uygun hüküm ve sonuçların gerçekleşmesi sağlanmalıdır.

Yine psikolojik olmamakla beraber, fizyonomik bozukluk taşıyan çift cinsiyet organlı hermafroditlerin cinsiyetlerinin, en yoğun biçimde hissedilen ve baskın olan cinsiyete dönüştürme şeklinde belirlenmesi de bu kapsama alınmalıdır.

Homoseksüellik tek başına cinsiyet değiştirme ameliyatlarına ve hukuki sonuçlarına yol açmamalıdır. Zira homoseksüelin doğuştan cinsiyeti belli ve stabil olmasına rağmen, aynı cinsten kimselerle cinsel ilişkiye girmekte-

<sup>52</sup> Öztürel A. agm.C.38.s.276-277

dir<sup>53</sup>. Bunların cinsiyetlerinden şikayetleri yoktur. Hatta kendilerine karşı cinsten isimle hitap olduğunda kızarlar. Aktif homoseksüellikte böyle bir cinsiyet değiştirme iddiasından söz etmek zaten mümkün değilse de, kadın rolünü üstlenen pasif homoseksüelin bu isteği transseksüellik düzeyinde bir sapma teşkil etmedikçe ameliyat için haklı sebep oluşturmamalıdır<sup>54</sup>. Esasen her vakada olmamakla beraber, genellikle transseksüellerde homoseksüelliğin pasif şekliyle geliştiği de bilinen bir tıbbi gerçektir<sup>55</sup>.

Nitekim Alman ve İsveç Hukuklarında, cinsiyet değiştirmeye izin, bir kimsenin kendisinde karşı cinse ait ruhsal yapının bulunduğu belirlenmiş olması şartıyla izin verilmektedir. Türk sosyal hayatında bu tür ameliyatların kolay kabullenilmediği gerçeği karşısında kanun koyucunun kamu vicdanını da rahatlatarak şekilde bu ayrımı yapmasının doğru olacağını belirtmek isteriz. Uç noktadaki tercihler arasında bocalayan toplumumuz, bir müessesenin tamamen yasaklanması ile kayıtsız şartsız serbest bırakılması şeklindeki ikilemden, hiç olmazsa bu konuda kanun koyucunun dirayetiyle en kısa zamanda kurtarılmalıdır.

2.Cinsiyet değiştirmeye sebebiyet veren cinsel kimlik bozukluklarının devam süresi de önem taşımaktadır. Zira bir kimsenin kendisini karşı cinsten kabul etme ve buna uygun yaşama ve özellikle de genital organlarından kurtulma şeklindeki sabit fikre kapılması hali, seyrek de olsa psikoterapik ve endokrinallarla tedavi edilebilmektedir. Bu süreç devam ederken ve anomalinin henüz kesinlik kazanmadığı, hastalığın yerleşmediği ve hastanın henüz iyileşip, iyileşmeyeceğinin anlaşılmadığı bir safhada bu ameliyata izin verilmemelidir. Buna ilişkin her hangi bir koşula yer vermeyen İtalyan ve Hollanda gibi sistemler var ise de<sup>56</sup> Alman ve İsveç Kanunlarında transseksüelliğin belli bir süre devam etmiş olması şartı aranmıştır. Alman Kanunu 1, 1 md. de; "en az üç seneden beri, kendi düşüncesine uygun yaşama baskısı altında olan kimsedeki bu halin belirlenmiş olması" şartı öngörülmüştür. İsveç Kanunu 1;1 de de; "uzun süreden beri" buna uygun davranan kimsenin cinsiyet' değiştirebileceği kabul olunmuştur.

Türk tıp literatüründe klinik tanı, iki sene gibi makul bir süre boyunca, kişinin belirlenen cinsiyeti hakkında sürekli rahatsızlık duyması ve bunun uygun olmadığı duygusunu taşıması halinde koyulmaktadır<sup>57</sup>. Bu nedenle biz tıbbi önkoşul olan iki senenin tamamlanması şartıyla, psikolojik olarak kalıcı hale gelen karşı cinsiyete intikalini mümkün görülmesine taraftarız. Bu nedenle yapılacak yeni bir düzenlemede, asgari iki yıllık bir rahatsızlığı takiben koyulacak transseksüellik teşhisinin hukuken değerlendirilebilmesini mümkün kılacak esaslara yer verilmesini lege ferenda açısından önermekteyiz.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Kolb, L-Brodie. K. age. s.527; Kaplan, H-Sadock, B. age. s.550: Adasal, RMedikal Psikoloji. Ank.1977.s.433

<sup>54</sup> Zevkililer, A. agm.s.280; Kocayusufoğlu, N. age.s.2224 Öztürel: A. agm.C.38.s.284

<sup>55</sup> Özkürel, A. age.C.37.s.471

<sup>56</sup> Bkz. Öztan-B-Will, R. agm.s.248 den naklen

<sup>57</sup> Çifter, I. age.s.557: Amerikan Psikiyatri Birliği DSM III-R (Çev.Köroğlu.E.s.73-74)

<sup>58</sup> İngiltere'de transseksüel eylemler bir veya daha fazla sene sürmedikçe cerrahi müdahaleler yapılmamaktadır. (bkz. Kobl.L.Brodie, K. age. s. 526)

3.Cinsiyet değiştirmenin, belli bir yaş sınırına bağlanmasının gerekli olup olmadığı konusu, MK.29/II ile dzenlenmediğinden, doktrincede üzerinde durmak gerekmiştir. Alman 'Kanunu ile 6ng6r6len (8, I; s I, III) 25 yaş sınırı Alman Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olduğundan<sup>59</sup> bu g6n Alman Hukukunda yaşla ilgili herhangi bir koşul aranmaksızın cinsiyet değiştirmek m6mk6nd6r. İsveç Kanununda ise 18 yaş şartı aranmıştır(I,II).

T6rk Hukuku bakımından 6ztan-Will, 2238 s,Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 5.md.ne ve N6fus Planlaması Hakkında 2827 s. Kanunun 4.md.ne kıyasla 18 yaş sınırının benimsenmesinden yana g6r6ř bildirmişlerdir<sup>60</sup>.

Kanımızca transseks6ellik tanısının koyulabilmesi için aranılan fizik şartlardan birisi de kişinin ergenlik d6nemine (puberto) girmiş bulunması olduğuna g6re, bu bağlamda ergenlik çağına girilmiş olması şartıyla herhangi bir yaş sınırı koyulmasında fayda g6rmemekteyiz. Ergenlik cinsel kimliğin kazanıldığı ağ olup, kişiden kişiye değişen yaşlarda meydana gelir. Ergenliğe erişmiş, cinsel organları fizyolojik gelişimini tamamlamış, herhangi bir cinsel yetersizlik (impotansiye) de olmamasına rağmen kişi, kendi cinsiyetinden rahatsız ve karşıt cinsin cinsiyet karakterlerini kazanması gerektiği konusunda ısrarlı ve buna ilişkin girişimlerde bulunuyor, buna uygun hayat tarzını benimsiyorsa doktorun kesin tanı koymasına için geçecek s6renin (asgari 2 sene) bitiminde cinsiyet değişikliğine imkan tanınmalıdır. Nitekim 6zt6rel tarafından 6zetlenen 12 olaydan da anlaşılacağı 6zere, en aşağı 9 yaşından beri kendini kadın hissetmeye başlamış olan erkeklerin ameliyatla kadın cinsiyeti kazanmaları m6mk6n olmuştur. Bunların MK.29.md.ye 3444 S. Kanun ile eklenen II.fıkradan 6nce hukuka uygunluğu tartişıla dursun, 15-25 yaş arasında cinsiyetlerini mahkeme kararı ile n6fus sicilleri itibariyle değiştirmişlerdir<sup>61</sup>.

Cinsiyet değişikliği ameliyatlarının ergenlik ağı sonuna alınmasının bir diğer faydası da, cinsiyeti değişen kimsenin yeni cinsel kimliği ile evlenmesinin sağlanması suretiyle, evli kimselerin cinsiyetinin değiştirilmesinde eş ve çocuklar bakımından karşılaşılan zorlukların yaşanmasına yol açılmamış olacaktır.

Cinsiyet değiştirmenin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmesinden dolayı velayet ve vesayete tabi k66k ve b6y6klerin bu hakkı tek başlarına kullanabilecekleri kabul olunmalıdır. Ancak veli veya vasinin, evli ise eşinin dinlenmesi suretiyle g6r6ř ve iradesinin alınmasında da fayda vardır. Esasen tıp, transseks6ellik tanı ve tedavisinde aileye en azından soru y6neltmekte, geçmişe ilişkin bilgiler almakta, onlarla birlikte sonuca ulaşmaktadır. Hatta ailelere psikoterapi uygulanmaktadır. Bu nedenle veli veya vasinin de baştan sona kadar devrede tutulmak suretiyle son seçenek olan ameliyata karar vermek doğru olacaktır. Nitekim N6fus planlaması Hakkında

<sup>59</sup> B-VerfGE 60,123

<sup>60</sup> 6ztan-B-Will.M.R.R.agm.s.248

<sup>61</sup> 6zt6rel, A. agm. C.38,s.269-282

Kanunun 6.Md.de veli veya vasiye ve eşe tanınan yetkiler vasıtasıyla tıbbi müdahale, bir aile kararı olarak uygulanmaktadır.

Cinsiyet değiştirme, özelliği gereği mümeyyiz kimseler için söz konusu edilebilir. Transseksüel eğilimler skizofreni gibi başkaca ruhsal bozukluklardan kaynaklanıyorsa<sup>62</sup> cinsiyet değiştirme iradesine itibar olunmamalıdır.

4.MK.md.29/II, fıkrası hükmü ile düzenlenen cinsiyet değişikliği davasının hukuki niteliği ile davaya bağlanan hüküm ve sonuçlar da tartışmaya açıktır. Zira maddenin sözü bu hali ile çözüm getirmekten uzaktır.

Bu konuda doktrinde üç farklı görüşün ileri sürüldüğü görülür. Bizim de ek gerekçelerle katıldığımız ilk ve hakim görüşe göre MK,md.29/II ile öngörülen dava, cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra başvuru ve cinsiyetin nüfus kayıtları itibarıyla değiştirilmesinin talep olunduğu bir davadır. Kıscası, hukuki niteliği itibarıyla kurucu (inşai) değil belirleyici nitelikte bir tespit davası olduğu görüşü savunulmuştur.<sup>63</sup> İkinci görüş ise mahkemenin, cinsiyet değiştirme ameliyatından önce konuya dahil edilmesini, hiç değilse lege ferenda öneren görüştür.<sup>64</sup> Buna göre MK.md.29/II ile düzenlenen davanın, cinsiyet değiştirmek isteyen kimsenin ameliyattan önce başvuracağı bir yol olduğu, cerrahların ancak mahkemeden alacakları izin ile bu ameliyatı yapabilecekleri, halbuki maddenin bugünkü şekli ile mahkemeye bir oldu-bittiyi tescil ödevi yükler görüldüğü, ifade edilmiştir.<sup>65</sup> Bir başka görüş ise davanın cinsiyet değişiminden sonra açılacağını kabul eden ancak, niteliği itibarıyla nüfus kayıtlarının değiştirilmesi ve düzeltilmesini amaçlayan "nüfus tashih davası" olduğu yolundadır<sup>66</sup>. Bu görüş kabul edildiğinde cinsiyet değiştirme davasının kurucu (inşai) dava niteliğinde anlamlandırılması gerekmektedir.

Kanımızca ilk iki görüşü doğrulayan yasal ve fiili faktörler dikkate alındığında, maddenin geniş bir yoruma tabi tutulması gerekir. Şöyle ki; cinsiyet değiştirme ameliyatı yapıldıktan sonra açılacak dava nasıl ki nüfus kayıt değişikliğine esas teşkil eden ameliyata bağlı olarak düzeltme ve değişikliğin yapılıp yapılmayacağını tespitine ilişkinse, ameliyattan önce açılacak bir dava ile talep olunacak husus da, cinsiyet değiştirecek olan kimsenin nüfusunda değişiklik yapılması için gerekli tıbbi zaruretin bulunup, bulunmadığının tespitine ilişkindir. Ameliyattan önce dava açılacağı kabul edilecek olsa dahi, transseksüel olduğunu ve cinsiyet değişikliğini haklı kılan tıbbi verileri MK.md.29/II. e göre asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendiren davacıya mahkeme, "önce ameliyat olması telkininde bulunarak" davayı reddedecek midir? Olsa, olsa ameliyatın yapılıp yapılmadığını ön mesele olarak değerlendiren kararını müdahale sonrasına bırakacaktır<sup>67</sup>. Bizce ister ameliyattan

<sup>62</sup> Çifter, I.age.s.557

<sup>63</sup> Köprülü, B-Kaneti, S.age.s.65;Tekinay, SS.(zımnen). age. s.I 13-1 I4; Feyzioğlu,F. (3444 s.Kanun'dan önce lege ferenda öneri olarak).age.s.98

<sup>64</sup> Hatemi, H-Serozan,R.age.s.105,98-99

<sup>65</sup> Sağlık Kurulu raporları ile ilgili görüşümüz için bkz.s.45 vd.

<sup>66</sup> Zevklükler, A.age.s.262-263

<sup>67</sup> Önmesele kavramı için bkz. Kuru, B/Arslan, R/Yılmaz, E. Medeni Usul Hukuku. Ank.1986, s.3 50-3 51

önce, isterse sonra açılıns hakim, tıbbi müdahaleyi haklı kılan transseksüellik tanısının koyulmuş olması ve ameliyatın planlanması ile geriye dönülmez transseksüelliğin (irreversible Transsexualismus)<sup>68</sup> belgelenmesi koşuluyla, örneğin, ameliyat tarihinin belirlenmiş olmasıyla, cinsiyet tashihine karar verilecektir.

Esasen maddenin lafzı da bu görüşü doğrular görünmektedir. Madde, "meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde gerekli düzeltme yapılır" hükmünü amirdir. Maddenin olumsuz muhtevasından anlaşılacağı üzere davanın ne zaman açılması gerektiği, yolunda bir açıklık getirilmemiştir. Eğer önceden cinsiyetin fiilen değiştirilmiş olması şartı aransa idi, Alman Kanunu'nda olduğu gibi (1, 2) bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiş olmak şartına yer verilirdi. Nitekim İsveç Kanunu'nda da, önceden izin alarak karşı cinsin üreme organlarının görünümünü kazanabilmek için bir ameliyat geçirmek şartı ile cinsiyetin değiştirilebileceği esası aranılmakla (1, 2) çifte yargı kararı öngörülmüştür. Özetlemek gerekirse bizce, her iki durumda da tespit hükmü niteliği taşıyan mahkeme kararının, ameliyattan önce veya sonra alınmış olması arasında, hukuki niteliği bakımından fark gözetmemek gerekir.

Transseksüelliğin evli olması halinde husumetin eşe karşı yöneltilmesi söz konusu ise verilecek mahkeme kararının cinsiyet değiştirilmesine ilişkin tespit hükmünün yanı sıra, evliliğin sona ermesi açısından (bozucu) yenilik doğuran inşai bir etki doğurduğu kabul olunmalıdır. Bu suretle evliliğin mahkeme kararına dayanmaksızın sona erdirilemeyeceği yolundaki Medeni Hukuk prensibinden de vazgeçilmemiş olacaktır.

Cinsiyet değişikliği davası, kural olarak nizasız yargı yolu davası tarzında görülür. Ancak MK.md 29/II de; cinsiyeti değiştirilecek kişi evli ise, eş de husumet yöneltileceği öngörülmekle davanın, nizalı yargı yolu ile açılacağı ifade olunmuştur. Burada seçmelik bir dava hakkından değil, şartlara göre değişen iki dava yolundan birini seçme mecburiyetinden bahsetmek mümkündür. Bu nedenle evli olan kimsenin açacağı davada husumetin muhakkak surette diğer eşe yöneltilmesi zorunlu iken, evli olmayan kimselerin cinsiyet değişikliği davası ancak nizasız yargı yolu ile dinlenir.

5, Transseksüelin evli olmasının, cinsiyet değiştirmesine engel teşkil edip, etmeyeceği meselesi de tartışmaya açıktır. Alman, İsveç, Danimarka ve Belçika Kanunlarında<sup>69</sup> transseksüelin cinsiyet değiştirmesine evli olmaması şartıyla cevaz verilmiştir. Kanımızca bu şartın aranmadığı, tersine evlilik ihtimaline göre evlilik ve velayete ilişkin muhtemel problemlerin konu edinildiği MK.md.29/II hükmü, daha gerçekçi bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Aksi görüşü benimseyen hukukçular bulunmakla beraber<sup>70</sup> MK.md.29/II fıkrasının tıbbin ortaya koyduğu verilere uygun düştüğü açıktır. Zira cinsel kimlik bozukluklarının hangi yaşta ortaya çıkacağı belli olmadığından, evlilikten

<sup>68</sup> BGHZ 74, 20

<sup>69</sup> Kocayusufpaşaoğlu, N.age.s.22 vd; Öztürel, A.agm. C.38, s.282.

<sup>70</sup> Zevkililer, A.agm.s.278-279 ve 285; age.s.428.

sonra gelişmesi de pek muhtemel görülebilir. Hatta kendisini kadın rolünde, görmesine rağmen eşi ile temas kuran erkeğin, doğanın sihirli gücü ile çocuk sahibi olması dahi imkansız değildir. Zira transseksüel genel olarak fiziken normal bir insandır, cinsel bakımdan iktidarsız değildir, sadece başka bir cinsiyete inanış, kabul etme hali vardır. Yani pek çok transseksüelde anatomik bakımdan seks muhafaza edilmiş bulunabilir, ancak ruhsal bakımdan identifikasyon olayı oluşmamıştır<sup>71</sup>. Bu halde transseksüelin psikolojik olarak kendisini kadın veya erkek görmesi fiziki ve anatomik kimliğine uygun olarak erkekse baba, kadınsa anne olmasını engellemez. Hele kadın transseksüelde cinsel teması reddetme yaygın ise de, çocuk sahibi olma ihtimali çok fazladır. Bu nedenle evlenmiş ve çocuk sahibi olmuş olmasına rağmen, cinsiyet değiştirme şartları mevcut ise transseksüelin cinsel kimlik değişikliğinin önüne geçilmemelidir, zaten buna imkan da yoktur. Zira bu kimselerde otomutilasyona (kendi kendini iğdiş etme) sıkça rastlanır.

Diğer taraftan cinsiyet değiştirmenin evli olmayanlara hasredilmesi, hermafroditler bakımından da sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Zira çift cinsiyet organlı kimselerin evlenmelerine de sıkça rastlanmaktadır. Bu garabetin çoğu zaman evlendikten sonra su yüzüne çıkarıldığı da bilinen olaylardandır. Bu nedenlerle evli olan transseksüellerin bulunabileceğini de hesaba katan MK.md.29/II hükmünün, belki de bir tek bu konuda tutarlı olduğunu belirtmek gerekir.

6.Alman ve İsveç Kanunları başta olmak üzere çoğu kıta Avrupa'sı Hukuk sistemlerinde cinsiyet değişikliği kararının verilmesinden önce aranılan şartlardan biri de "cinsiyet değiştiren kimselerin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmasıdır."

Bu şartı doğuştan itibaren üreme yeteneğinden, yoksun olma şeklinde anlamamak ve daha önce çocuk sahibi olanların cinsiyet değiştirmelerine engel teşkil edecek biçimde yorumlamamak gerekir<sup>72</sup>. Aksi takdirde cinsiyet değiştirmenin kapsamı aşırı biçimde daralacak, hatta imkansızlaşacaktır.

Kanımızca üreme yeteneğinden yoksun olma şartı, bu konuda tıbbi müdahale görmüş olma ile eşanlamlı kabul edilmek gerekir. Esasen üreme yeteneğinin kaybı, cinsiyet değişikliği ameliyatının doğal bir sonucu olarak gelişir. Cinsiyet değişikliği tam bir kastrasyondur. Bu tür müdahaleler genellikle dış genital organların kesilmesi ve olabildiğince karşıt cinsle ait organ görüntüsüne kavuşturulmasından ibarettir. Bir çeşit ters-yüz ameliyesinden bahsedilmesi bu sebeptendir. İç genital organların alınması veya kazanılan yeni cinsiyete ait organların transplantasyonu veya suni vasıtalar ve protezlerle sağlanması henüz tıp teknolojisine yabancı olduğundan, hastanın her iki cinsiyeti bakımından da üreme yeteneğinin kaybetmesi söz konusudur. Bu durum tabiatı gereği doğal karşılanmalıdır. Aksi halde, nüfustaki kaydı erkek olarak düzeltilmiş bir kimsenin iç genital organlarının bırakılması halinde çocuk doğurması veya nüfusta kadın olarak cinsiyeti düzeltilen bir kimsenin

<sup>71</sup> Öztürel, A. agm., C.3B, s. 263

<sup>72</sup> Hatemi, H-Serozan, R. age. s.100

baba olarak çocuğunun olması gibi ters bir durumla karşılaşılacağı, haklı olarak endişe verici görülmüştür<sup>73</sup>.

7.MK.md.29III.fıkrası ile düzenlenen cinsiyet değiştirme, sadece Türk vatandaşlarına tanınmamış olmakla, liberal ve çağdaş bir yaklaşım sergilemiştir. Alman Kanunu (I, 1; 3,1) ve İsveç Kanununda (I, s.3) cinsiyet değiştirmenin vatandaşlık bağı ile ilgisinin kurulması bizce izahtan uzak olduğu gibi, cinsiyet değişikliğini belli bir ikamet süresine bağlayarak yabancı uyruklular veya vatandaş olanlara tanımanın mantığı da tartışmaya açıktır. Örneğin, Hollanda'da en az 1 seneden beri geçerli bir oturma iznine sahip yabancılar bu haktan yararlandırılmaktadır<sup>74</sup>.

Kanımızca tamamen çağdışı bir nasyonalist anlayışı anımsatan benzer hükümlerin, MK.md.29/II. fıkrasında yer almaması isabetli olmuştur. Bundan sonraki düzenlemelerde de bu olumsuz şartın yer verilmemesi dileğimizdir.

8.Cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi şartına bağlanması da üzerinde tartışılan bir konu olmuştur. "Asgari sağlık kurulu raporu " ibaresinin ne anlama geldiği anlaşılacağı için konu, teorisyenlerce tanımlanmaya çalışılmıştır.

Asgari sağlık kurulu raporunu yeterli bulmayan ve bu gibi ameliyatlara için Adli Tıp bünyesinde teşkil edilecek özel bir uzmanlar kurulu raporunun şart olduğunu ileri süren hukukçular olduğu gibi<sup>75</sup> kanun koyucunun "asgari" sözcüğüne yer vermek suretiyle raporun sadece sağlık komisyonundan değil, onun üstündeki yerlerden de alınabileceğini belirtmek istediği şeklinde görüşler de mevcuttur<sup>76</sup>. Ayrıca sağlık kurullarının değişik sayılarda hekimden oluşacağı, iki hekimin imzası ile verilen raporun da bir kurul raporu olduğu, hassas ve önemli bir konu olan cinsiyet değiştirmede özellikle üroloji, jinekoloji, anatomi, cerrahi, endokrinoloji, psikiyatri ve psikoterapi uzmanlarından en az birer kişinin bulunacağı bir sağlık kurulundan alınacak raporla cinsiyet değişikliğinin meydana geldiğini belgelemenin zorunlu olması yolunda önerilere de rastlanmaktadır<sup>77</sup>.

Kanımızca kanun koyucu, "asgari sağlık kurulu raporu" demek suretiyle hakime, bu konuda geniş bir takdir yetkisi vermiştir. "Asgarilik" ölçüsü, hem sayı ,hem de yetki itibarıyla en azı ifade etmek üzere öngörülmüştür. Takdiri bir delil olan bilirkişi raporu olarak değerlendirilen tıbbi raporun, mahkemece yetersiz görülmesi halinde bir başka kurulun oluşturulması da mümkün görülmelidir. Bu noktada ilgili dallarda çalışan uzman hekimlerin dahil edilmesi suretiyle sağlık kurulları oluşturulabileceği gibi, resmi bir organın örneğin Adli Tıp Kurumunun, yetkili kılınması da hakim yetkisi dahilinde sayılmalıdır.

<sup>73</sup> Öztan, B-Will, M.R.agm.s.247

<sup>74</sup> Öztan, B-Will, M. R. s.249

<sup>75</sup> Hatemi. H/Seroian, R.age. s.598

<sup>76</sup> Öztan, B-Will, M.Ragm.s.242

<sup>77</sup> Zevkliler. A. agm. s.265



9. Cinsiyet değiştirmeye, görev itibarıyla hangi mahkemenin karar vereceği konusu da açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur. Ahvali şahsiyeye ilişkin davalar HMUK.md. 8 uyarınca kural olarak Sulh Hukuk Mahkemelerinin görev alanına girmekte ise de, cinsiyet değiştiren kişinin evli olması halinde değişiklik kararının verilmesiyle evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucu doğurduğundan, evliliği sona erdiren diğer boşanma ve butlan davaları gibi Asliye Hukuk Mahkemelerince görülmesinde yarar vardır. Esasen nüfus kaydının düzeltilmesi konusunda da Asliye Mahkemeleri görevlidir (Nüfus Kanunu md.46). Diğer taraftan cinsiyet değişikliği davası, velayetin tevdi, yoksulluk nafakası gibi çeşitli taleplerle bir arada bulunacağından, Asliye Mahkemesinin görevine dahil olması bizce de isabetli görülmektedir.

#### **IV. Cinsiyet Değiştirmenin Hüküm ve Sonuçları**

##### **I. Şahsın Hukuku Bakımından Sonuçlar**

Cinsiyet değiştirme kişinin ahvali şahsiyesi ile ilgili, bir bütün halinde hüküm ve sonuç doğurur. Etkisi ileriye dönük, yani ex nunc olduğundan, daha önceki statüsüne uygun olarak kazandığı haklar itibarıyla yeni cinsiyetine uyarılma yapıp, yapılmayacağı konusu hukukçuları meşgul etmektedir. Sözelimi daha kısa tutulmuş emeklilik yaşını dolduran bir kadının, erkek cinsiyetini kazanması halinde yeni cinsiyetine göre daha ileri yaşlarda emekliliğe hak kazandığına hükümlenmesi kabul olunmalıdır. Aynı şekilde kadın olan bir erkek de bu cinsiyete uygun düşen erken yaşta emeklilik hakkını kullanabilecektir.

Buna mukabil, beklenen haklar bakımından ulaşılan bu yargı, kazanılan haklar bakımından savunulamaz. Örneğin, erkek çocuk sıfatıyla mirasın taksiminde kendisine zirai işletme tahsis olunan kimseğin {MK.md.597,598III} sonradan cinsiyet değiştirmesi halinde, kazandığı malların iadesi düşünülemez. Ancak cinsiyet değişimi mirasın açılmasından sonra, fakat taksimden evvel gerçekleşmişse, yeni cinsiyete göre taksim ve tahsis uygulanacaktır.

Kamusal nitelikli hak ve mükellefiyetler de yine yeni duruma göre tayin olunur. Askerlik mükellefiyeti kazanılan cinsiyete göre belirlenir. Vergi mükellefiyeti bakımından keza, kazanılan cinsiyete göre beyanname verme mükellefiyetinden söz edilebilir. Örneğin kadın olmuş erkeğin aile reisliği ortadan kalkacağından, eşi ve çocukları adına beyanda bulunma mükellefiyetinden bahsedilemez.

Cinsiyet değişikliği isim değiştirme bakımından haklı sebep oluşturur. MK.26.md.si, "muhik sebeplere binaen bir kimsenin isminin değişmesini isteyebileceğini" öngörür. Cinsiyet değişikliğine ilişkin nüfus sicilinde düzeltme yapıldıktan sonra mı, yoksa önce mi isim değişikliğinin yapılabileceği sorusu akla gelebilirse de, usul ekonomisi bakımından biz, cinsiyet değişikliğine karar veren mahkemenin, talep olduğunda isim değişikliğine de karar vermesinin isabet olacağı kanaatindeyiz. Hatta bu konuda yapılacak yeni bir düzenlemede hakime tanınacak takdir yetkisi ile, kazanılan cinsiyete de uy-

gun düşen nötr isimler müstesna tutulmak kaydıyla, yeni isimlerin verilmesi zorunlu hale getirilmelidir.

Cinsiyet değiştirme bizatihi MK.356.md. 1 fıkrasında düzenlenen kısıtlanma sebeplerinden olan kötü hal (kötü tutum) oluşturmaz. Kötü hal kişinin sürekli tutum ve davranışlarıyla toplumsal değer yargılarına, ahlaka aykırı hallerini ifade eder<sup>78</sup>. Ancak bu hallerin tayininde hakime tanınan takdir yetkisinin kavramını fevkalade genişletecek şekilde kullanılmaması gerektiği doktrinde öne sürülen bazı kriterlerden zımnen çıkarılabilir<sup>79</sup>. Nitekim fahişelik bu anlamda bir kısıtlama nedeni sayılmamıştır<sup>80</sup>. Bu itibarla cinsiyet değiştirmenin kendisini ve ailesini yoksulluğa, kötü hale düşürme, güvenliklerini tehlikeye sokma, sürekli bakım ve gözetime muhtaç hale getirme, rehabilite edilme gibi bir duruma getirme söz konusu olmadıkça kısıtlanma sebebi sayılmasının isabetli olmadığına hükümlenmelidir.

## 2.Aile Hukuku Bakımından Sonuçları

### A.Cinsiyet Değiştirmenin Evlilik Üzerindeki Etkisi

MK.md.29/II. fıkrası; "cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulacağını" amirdir. Böylece anılan fıkra ile ölüm, boşanma ve butlanının yanı sıra, evlilikle ilgili özgün bir sona erme hali düzenlenmiş bulunmaktadır.

Maddenin sözü itibariyle yorumundan çıkarılan bir sonuçla, evliliğin sona ermesini mahkeme kararına dayandırmayan MK md. 29/II. fıkrası hükümünün, Aile Hukukumuzda egemen olan sistem ile bağdaşmadığı ileri sürülerek, eleştirilmiştir<sup>81</sup>.

Kanımızca "cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evliliğin kendiliğinden sona ereceği" yolundaki ibarenin, evliliğin bir mahkeme kararına dayandırılmaksızın sona erdirileceği şeklinde anlaşılması doğru değildir. Şöyle ki, evlilik burada da bir mahkeme kararına, kesinleşmiş cinsiyet değişikliği kararına dayanarak sona ermektedir. Başka bir deyişle, cinsiyet değişikliği kararı, evliliğin sona ermesinin hukuki sebebinin oluşturmaktadır. Söz konusu fıkroda yer alan "kendiliğinden" ifadesi, kanımızca usul ekonomisine uygun düşen bir yaklaşımla ve ayrıca bir dava açılmasına gerek olmadığını belirtmek üzere koyulmuş bulunmaktadır.

Diğer taraftan cinsiyet değiştirme kararının evliliğin sona erdirilmesindeki yenilik doğurucu etkisi amaçlanmamış olsa idi, cinsiyeti değiştirilen kişi-

<sup>78</sup> Tour-Schneider. age.s.291; Riemer, H.M.Grundriss des Vormundschaftsrecht.Bern. 1981; s.50

<sup>79</sup> Zevkliler.A.age.s.957;Egger-Çernis.İsviçre Medeni Kanunu Şerhi. Aile Hukuku. Vesayet 3.Kısım.Md. 382-438 Ank.1955, s.158

<sup>80</sup> BGE.83II 272

<sup>81</sup> Zevkliler.A agm.s.281-282

nin evli ise husumetin eşine de yöneitebileceği ve aynı mahkemenin varsa çocuklarının velayetinin kime verileceğini de tayin edeceği hususu düzenlenmez idi. Evli transseksüelin eşinin de (bu defa nizalı yargı yoluyla) davaya dahil edilerek evliliğin sona ermesi sonuçlarına hükmederken çocukların velayeti ve eşler arasındaki nakdi talep haklarına dair karar verirken, mahkemenin öncelikle evliliğin sona erdiğine dair karar vermiş olması gerekmez mi? Evlilik cinsiyet değişikliği kararının kesinleşmesi tarihinde ortadan kalkacağına göre dava boyunca evliliğin var kabul edilerek mahkemenin sonuçta, evliliğin sona ermesine bağlı yan sonuçlara hükmettiği açıktır. Burada boşanma veya butlan gibi bozucu yenilik doğuran bir inşai karardan bahsetmenin mümkün olmadığı ileri sürülmüş ise de<sup>82</sup> evliliğe bağlanan hüküm ve sonuçlar bakımından bildirici nitelikte bir karardan bahsetmek de imkansızdır. Boşanma ve butlan gibi, hakimin takdirine bırakılmış bir sona erme hali değil, burada normatif bir sona erme hali söz konusudur. Eğer mahkemenin kararı bildirici nitelikte olsa idi, evliliğin bu yoldaki kararın kesinleştiği tarihte sona ereceği ayrıca öngörülmez idi.

Kanun koyucu, diğer sona erme hallerinden açıkça farklı olan bu hali cinsiyet değiştirme kararına bağlamak suretiyle, yine yargı yolundan geçerek evliliğin sona erdirilebileceği temel hükmünden ayrılmamış görünmektedir. Nasıl ki cinsiyet değişikliği talebi, yasal koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle reddedildiği takdirde, fiilen gerçekleşen ameliyatın evliliğin kendiliğinden ortadan kaldırdığı iddia edilemez ise, bu yoldaki mahkeme kararının evliliği sona erdirmeye bozucu yenilik doğurucu bir etkiye sahip olduğu görüşünün kabulü isabetli görülmelidir.<sup>83</sup> Nitekim Oğuzman/Dural da<sup>84</sup> MK.29/II fıkrası ile evliliğin sona ermesinin, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ereceğinin kabul edildiği ifade olunmakla, cinsiyet değişikliği kararı ile evliliğin sona ermesi arasındaki fiziki ve hukuki bağın kurulmağa çalışıldığını ifade etmekle, kararın inşai etkisini zımnen kabul etmiş görülmektedir.

Bu yol ile evliliğin sona ermesi halinde, taraf iradesine ihtiyaç olmadığı da iddia edilemez. Cinsiyet değiştiren eş, zaten cinsiyet değiştirmek suretiyle, evliliğini eski cinsel kimliği ile devam ettiremeyeceği yolundaki iradesini açıklamış bulunmaktadır. Kaldı ki, MK.md.,29/II uyarınca dava açmak ve varsa eşi aleyhinde husumet yöneltmek suretiyle de bu iradesi perçinlenmiş olmaktadır. Diğer taraftan bu ilişkiye bir an için devam iradesine sahip olabileceği var sayılsa dahi onun iradesi diğer sona erme hallerinde olduğu gibi, kamu düzenini ilgilendirdiğinden mahkeme kararını etkilemez. Örneğin mutlak butlan hallerinde savcının butlan talebi karşısında, hatta her iki tarafın evliliği sürdürme iradesi nasıl dikkate alınmaz ise, cinsiyet değiştirme halinde de savcının iradesi taraf iradelerinin yerine geçer. Şu halde bu özelliği itibarıyla de cinsiyet değiştirme kararının evliliği sona erdirmeye bakımından yenilik doğuran etkiye sahip olduğunun kabulü gerekir.

<sup>82</sup> Öztan, B-Will, M.R.agm.s253

<sup>83</sup> Aksi görüş için Bkz.Köprülü. B-Kaneti. SS.age.s.65

<sup>84</sup> Oğuzman.K-Duran, M .Aile Hukuku.İst.1994,s.112

## B. Cinsiyet Değişirmenin, Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Hüküm ve Sonuçları Bakımından Etkisi

### a. Cinsiyeti Değişen Kişinin Soyadı

Cinsiyet değişikliğine bağlı olarak evliliği sona eren kişinin soyadı boşanma hüküm ve sonuçlarının kıyas yoluyla uygulanması suretiyle, kural olarak 3678 S. ve 23.11.1990 S. Kanun ile değişik MK.md.141 hükmüne tabi tutulabilir.

MK.md.141; "Boşanan kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumu korur, ancak bekarlık soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sabit olursa, talebi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir "hükmünü içerir. Bu hükmün kadın cinsiyetini değiştirerek erkek olmuş kişi bakımından bir zorluk yoktur. Evlilik nedeniyle bıraktığı aile soyadını, evliliği sona erdiğine göre tekrar alabilecektir. Yine aynı madde uyarınca sona eren evlilikteki kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun eski kocasına bir zarar vermediğini ispat etmesi şartıyla, talepte bulunması halinde hakim tarafından eski soyadını taşımasına da izin verilmelidir. Zira bizatihi cinsiyet değiştirme eski eşe zarar veren ve bu talep hakkını ortadan kaldıran bir hal olarak düşünülmemelidir. Eski kocanın bu iznin kaldırılmasını talep yetkisi ise tartışmasız kabul olunur (MK.141 /II).

Konu kadın olan erkeğin soyadı bakımından da yalın görülmektedir. Koca, boşanmadan sonra da aynı soyadına sahiptir. Aile soyadı, kocanın aile ismine göre teşekkül ettiğinden (MK. md. 153) kocanın erkek cinsiyetini değiştirmesi ve kadın cinsiyetine kavuşması halinde, soyadı değişikliğine uğraması gerekmez. Erkeğin doğum itibariyle aileden kazandığı soyadı, evlilik hangi sebeple sona ererse ersin değişmez.

### b. İddet Müddeti

MK.md.95, kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadının, vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren 300 gün geçmedikçe tekrar evlenemeyeceğini öngörür. Cinsiyet değiştirme halinde söz konusu iddet (dulluk) müddetinin uygulanıp, uygulanmayacağı meselesi de tartışmaya açıktır.

Maddenin amacı, önceki evlilikte meydana gelen çocuğun nesebini tayindeki zorluğun, ortaya çıkabilecek karışıklığın önlenmesidir<sup>85</sup>. Bu süre zarfında, yapılan bir evlilik geçersiz sayılmayacağı gibi (MK md.122), doğurmakla yasağın kalkacağı (MK. 95/I, son cümle), yine gebe kalmanın mümkün

<sup>85</sup> Öztan, B.age.s.82;Fevzioğlu.F.age.s.148-149 Hatemi H.-Serozan.R.age.s.174 Alman Hukuku bakımından bkz. Scholl.Das Eheverbot der Wartezeit Bonn 1971; Beitzke, G. Familienrecht. München 1981, s.47

olmadığı veya boşanma ile ayrılmış karı ve kocanın tekrar evlenmeleri halinde de bu müddetin kısaltılabileceği de malumdur (MK md.95/II).

Bu genel açıklama çerçevesinde iddet müddetinin eski cinsiyete göre kadın olup da sonradan erkek cinsiyetini kazanan transseksüeller için düşünülemez<sup>86</sup> buna karşın erkek iken kadın olanlar bakımından da önceki evlilikten hamile olma riski bulunmadığından, 300 günlük bir bekleme müddetinden bahsetmek mümkün değildir.

### **c. Nakdi Talepler Bakımından Hukuki Sonuçlar**

Medeni Kanunda evliliğin sona ermesine bağlanan önemli sonuçlardan birisi de, tarafların birbirlerinden olan maddi menfaat talepleri, yani nafaka ve tazminat talep haklarında ortaya çıkar. MK md, 29/II. fıkrası uyarınca, cinsiyet değişikliği kararı ile birlikte sona eren evliliklere, kıyas yolu ile boşanma hükmü ve sonuçları uygulanabildiğine göre, eşlerin nafaka ve tazminat taleplerini de bu esaslar çerçevesinde ele almak gerekir:

#### **aa. Yoksulluk Nafakası**

MK.144.md.si 1988 değişikliğinden önce; kabahatsiz olan karı veya kocanın, boşanma neticesinde büyük bir yoksulluğa düşmesi halinde, diğerinin boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi mali gücüne uygun düşecek şekilde bir sene müddetle nafaka vermekle zorunlu tutulacağına ilişkindir. 3444.S. Kanun ile değişen 144.md. hükmü ile; "kabahatsiz" ibaresi kaldırılmış ve yine "1. sene müddetle" nafakaya hükmedileceği esası da değiştirilmiştir. Buna göre yoksulluğa düşecek eşin, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceği kabul olunmuştur. Ayrıca md. 144/II. fıkrası son cümlesi ile erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının, hali refahta bulunması şartı koşulmuştur. Prensip olarak yoksulluk nafakası davacı veya davalı tarafından talep olunabileceği gibi, nafaka borçlusu da davacı veya davalı olabilir.

Yoksulluk nafakasına ilişkin bu temel esasların, cinsiyet değişikliğinde de uygulanabileceği hususu tartışmasızdır. Ancak tartışmalı olan nokta transseksüel erkeğin kadın olması halinde, nafaka yükümlüsü kadının "hali refahta olması" şartıyla yoksulluk nafakası ödeyip, ödemeyeceği meselesidir. Doktrin bu konuda kesin bir görüş bildirmekten kaçınmış ise de kanımızca, evliliğin sona ermesine bağlanan tali hükümler tarafların, karar verildiği andaki ahval ve şartlarına göre hükmedildiğine göre, cinsiyet değiştiren erkeğin yeni kişisel haline ve cinsel konumuna uygun bir çözüm tarzının benimsenmesi gerekir. Başka bir deyişle kadın olan transseksüelin nafaka yükümü, refah halinde ise doğacaktır.

<sup>86</sup> Pratik bir önem taşımayan bir konu olarak nitelendirme için Bkz. Öztan, B-Will, M. R.agm. 255

### bb. Tedbir Nafakası

3444 s. Kanun ile değişik MK.137.md; "Boşanma veya ayrılık davası açılınca, hakim davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, infakına, karı kocanın mallarının yönetimine ve çocukların bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır." hükmünü içerir. Değişiklikten önceki metni ile öngördüğü üzere, "bilhasa kadının iskan ve infakına" ilişkin olmak üzere uygulanan tedbir nafakası bu gün, her iki eşin barınması ve bakımı için hükmolunabilen bir nafaka olma özelliği kazanmıştır.

Transseksüelin evli olması halinde eşi davalı gösterilmek suretiyle açılan cinsiyet değişikliği davası sonucunda, evliliğin sona erdirilmesine bağlı olarak MK.137 md.nin kıyas yoluyla burada da uygulanması makul görülmelidir. Maddenin amacı, hakimın resen alacağı geçici tedbirlerle tarafların evlilikleri sona erene kadar şahsi ve mameleki durumlarını korumak olduğundan aynı endişe ve korumanın, cinsiyet değişikliği davası süreci içinde de devamı savunulabilir bir görüştür. Bu nedenle hakimın, gerekli gördüğü hallerde transseksüel leh veya aleyhine tedbir nafakası hükmedebileceği kabul olunmalıdır.

### cc. Maddi ve Manevi Tazminat Talebi:

MK.143/I e göre; mevcut ve hatta beklenen bir menfaati boşanma yüzünden zarara uğrayan kabahatsiz karı veya koca, kabahatli olan taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Bundan başka boşanmaya yol açan olaylar kabahatsiz karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır şekilde zarara uğratmış ise, hakim manevi tazminata dahi hükmedebilir (MK.md.143/II). Bu iki fıkradan anlaşılacağı üzere gerek maddi, gerekse manevi tazminat sadece kusurlu eşten istenebilmektedir.

Cinsiyet değiştirmenin kusur teşkil etmediği, zira cinsiyet değiştiren eşin bunu tıbbi zaruretler karşısında yaptığı ve evlilik birliği de iradesine bakılmaksızın sona erdirildiği, bu nedenle diğer eşin cinsiyet değiştiren kimse-den maddi manevi tazminat istemesinin mümkün olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>87</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşte, tazminat sorumluluğunun kurucu unsuru olan kusur kavramı, teknik anlamı ile kullanılmıştır.

### dd. Mal Rejimleri Üzerindeki Etkisi

Aralarında kanuni mal rejimi, yani mal ayrılığı bulunan eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesi halinde, sahip oldukları malvarlığı hakları bakımından bir değişiklik meydana gelmez.

Evlilik boşanma veya butlan ile sona erdiğinde, eşler arasında kabul edilen akdi mal rejimleri ise, kanun gereği mal ayrılığına dönüşür (MK.md.146/I). Eşler şahsi mallarını veya onun yerine geçen malları geri alırlar. Malvarlığında bir artış varsa, aralarında kararlaştırmış oldukları taksim tarzına göre veya kanuni esaslara, göre taksim olunur. Mal birliğinde kanuni taksim tarzı 1/3 i karıya, 2/3 ü kocaya olmak üzere öngörülmüştür

<sup>87</sup> Öztan, B-Will, M.R.agm.s.256

(MK.md.210). Mal ortaklığında ise ortaklık malları yarı yarıya pay edilir. Bu hükümler cinsiyet değişikliği hallerinde de kıyasen uygulanmaktadır. (MK.md, 221/I) Transseksüelin karı veya kocalık sıfatı, cinsiyet değişikliğinden önceki statüye göre belirlenecektir.

## **C. Cinsiyet Değiştirmenin Çocuklar Üzerindeki Etkisi**

### **a. Velayet Hakkının Tayini**

MK.29.md.II.fıkrası, cinsiyet değişikliğine karar veren mahkemenin, varsa ortak çocuklarının velayetinin kime verileceğini tayin edeceğini, hüküm altına almıştır. Anılan fıkra, MK.148.md ile düzenlenen ve boşanma veya ayrılık halinde hakimin ana ve babayı dinledikten sonra velayet hakkının kullanılmasına ve ana baba ile çocuklar arasındaki şahsi ilişkilere dair gereken tedbirleri alacağına dair genel hükmün, özel bir halinden ibarettir. Bu itibarla aynı esasların bu halde de uygulanması gerekir.

Velayetin tevdiinde hakim takdir yetkisine sahiptir (MK.md.4). Hakim bu yetkiyi kullanırken her olayın özelliğini dikkate alarak toplumda yerleşik adalet duygusuna ve acıma duygusuna göre ve özellikle çocuğun menfaatini dikkate alarak karar vermek zorundadır<sup>88</sup>. Kanımızca cinsiyet değişikliği halinde de bu ilkelerden ayrılmamak icap eder.

Bu gerekçe ile biz, hakimin velayet hakkının cinsiyet değiştiren transseksüel tarafa verilmesini sakıncalı gören düşünceyi<sup>89</sup> isabetli bulmamaktayız. Yine velayet hakkının transseksüel tarafa verilmesine çok istisnai ve tamamen mutad olmayan durumlarda uygun bulan ve bu çocuklara vasi tayini yolunu öneren bilim adamlarına da<sup>90</sup> katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Velayetin temeli tabii nesep ilişkisine dayanır. Bu itibarla biyolojik babası veya anası olduğu konusunda tereddüt bulunmayan kimselerin cinsiyet değiştirmesi halinde dahi nesep ilişkisi ortadan kalkmadığına göre, cinsiyet değiştiren tarafa da velayet hakkı verilmelidir. Velayetin tayin ve tevdiine ilişkin kararlar, hükmün verildiği anda ona esas teşkil eden şartlar değiştiğinde açılacak değişiklik davası ile (Abaen-derunksklage) değiştirilebilir<sup>91</sup>. Çocuğun menfaati gerektiriyorsa velayete ilişkin karar, değişen şartlara göre yeniden

<sup>88</sup> BGE 96 II 397;100 II 76 ; Çocuğun yaran kavramı için Bkz. Brauchli, A.Das Kindeswohl als Maxime des rechts. Zurich 1982; Coester, C. Das Kindeswohl als Rechtssbegriff Frankfurt am Main 1982 ; Mehaz İsviçre Medeni Kanununda Art. 297'de "çocuğun menfaati" kavramına açıklık getirecek bir anlatımla, boşanma halinde çocuğun emanet edileceği tarafa tevdi edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda Bkz. Schneider. Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zurich 1986, s.320

<sup>89</sup> Bir çocuğun baba diyebildiği ve baba diye hitap ettiği bir kişiyi karşısında birdenbire karşı cinsten biri olarak gören çocukların uyumsuzluk ve bunalıma düşeceği, gerekçesiyle bu görüşü savunan Zevkliler, A.agm.s.279

<sup>90</sup> Kocayusufoğlu, N. La situation juridique des transsexuels en droit prive Turc. Festschrift fir Deliyannis. Thessaloniki.1991, s.265

<sup>91</sup> Değişiklik davaları için bkz. Kuru, B. Age. s.605: Kuru, B-Arslan, R-Yılmaz, age. s.521

düzenlenebilir. Sözgelimi, velayet hakkı kendisine verilen transseküelin yeniden evlenmesi (MK.md.275) velayeti ifadan aciz olması, velayet hakkını kötüye kullanması, velayeti ifada aşırı ihmali bulunması (MK.md.274) velayetin nezi sebebi sayılacaktır.

Velayetin tevdiinde ana çıkış noktası çocuğun menfaati olmakla beraber<sup>92</sup>, tek kriter değildir. Cinsiyet değiştirmekle beraber tabii kan bağı ile bağlı bulunduğu biyolojik ana ve babanın ekonomik, sosyal ve psikolojik durumu da hakime kanaat verir. Çocuğa maddi, manevi yakınlık gösteren sevecen, sakin, tahammüllü, çocuk psikolojisinden anlayan, mesleğinde başarılı, toplum ile barışık bir transseksüele velayet hakkının verilmesi, bu özellikleri taşımayan diğer tarafa velayetin tesliminden daha tutarlı görülecektir. Diğer taraftan, çocuğun temyiz kudretine sahip olması koşulu ile, velayetin cinsiyet değiştiren tarafa verilmesi yolundaki iradesine de önem verilmesi gerekir.

## b. İştirak Nafakası ve Ziyaret Hakkı

MK.md.148/II. fıkrası, çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan tarafın kudretine göre onun bakım ve terbiye masraflarına iştirak ile mükellef olacağını, çocuk ile icabı hale uygun surette şahsi münasebette bulunma hakkına da haiz olacağını öngörür. Buna göre velayet hakkı kendisine verilmemiş olan transseksüelin çocukla aralarındaki şahsi ilişkinin kurulmasını talep hakkından ve çocuğun bakımı için gereken masraflara katılmak üzere iştirak nafakası mükellefiyetinden bahsetmek mümkün olacaktır.

Gerek ziyaret hakkı, gerekse nafaka mükellefiyeti, tabii kan bağına bağlı müesseseler olduğundan bunu göz ardı eden çözümlerden yana değiliz. Cinsiyet değiştirse de içgüdüsel bir sevgi ile bağlandığı çocuğuna karşı sevgisi azalmayacak olan bir velinin, çocuğunu görmekten alıkoymulması hak ve nesafetle bağdaşmaz (MK.md.4)<sup>93</sup>. Mahkeme çocuğu ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse, ona bir vasi tayin edebilir. Ancak bu hal dahi ana babanın çocukla şahsi ilişkisini engellemez<sup>94</sup>.

## c. Nesebin Düzeltilmesi, Tanıma ve Babalık Davası

Transseksüelin evlilik dışında sahip olduğu çocuğu ile arasındaki neseb ilişkisinin kurulması söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek problemler bakımından şu tespitleri yapmak mümkündür.

### aa. Nesebin Düzeltilmesi

Evlilik dışında doğan bir çocuğun nesebi, MK.249. md. uyarınca, mahkeme kararı ile babasına karşı düzgün hale getirilir. Buna göre; "birbirleri ile evlenmeyi vaat edip; de birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin kaybı sebebiyle

<sup>92</sup> BGE 101 II 202 (Hegnauer, C. Grundriss des Eherechts. Bern.1979,s.92)

<sup>93</sup> Somut örnekler için bkz. Öztan. B-Will.M.R. agm. S.261-262

<sup>94</sup> Y.2 HD. 18.9.1992 t. Ve 92/7547 E;92/8176 K. Sayılı karar (YKD 1993 C.19. S.1 s.17)



evlenemeyen ana babadan doğan çocukların nesebi diğerinin talebi veya çocuğun müracaatı üzerine hakim tarafından tashih olunur".

Ana veya çocuk tarafından açılan nesebin düzeltilmesi davasında; çocuğun nişanlılık döneminde meydana gelen cinsel ilişkinin mahsulü olduğu ve ana babanın ölüm veya evlenme ehliyetini kayıp gibi bir sebeple evlenme ve ona bağlı olarak MK.md.247 uyarınca nesebin düzeltilmesi imkanının ortadan kalktığına ispat edildiğinde hakim, nesebin düzeltilmesine hükmeder<sup>95</sup>. Görüldüğü üzere burada davalı, baba olduğuna göre, cinsiyet değişikliğine uğramış bir baba aleyhinde nesebin düzeltilmesi talebinde bulunulup, bulunulmayacağı hususu tartışılabilir.

MK.249.md.ile öngörülen şartlar itibarıyla konu ele alındığında sorunu olumlu şekilde cevaplandırmak mümkün görülmektedir. Bir kere, MK.249. md. ile düzenlenen ve evlenmeyi imkansız kılan haller kanımızca sınırlı sayılı olarak değil, örnekleme tarzında sayılmıştır<sup>96</sup>, Bu nedenle taraflardan birinin cinsiyet değiştirmesi halinde, eski cinsiyeti ile evlenme vaat ettiği kimse ile evlenme imkanının ortadan kalktığı açık olduğundan, transseksüel bir babadan olan çocuğun nesebinin düzeltilmesine imkan tanınmalıdır. Esasen cinsiyet değişikliği, mahkeme kararı ile nesebin düzeltilmesi yolunun tipik uygulama örneğini teşkil eder. Şöyle ki, evlenme ehliyeti kaybına yol açan hallerde, örneğin akıl kaybı gibi, sonradan iyileşme olduğunda ana babanın evlenmesi yolu ile nesebin düzeltilmesi şansı doğar. Yine gaibin çıkıp gelmesi halinde evlenme yolu açıktır. Halbuki cinsiyet değişiminde geriye dönüş düşünülmemeyeceğinden, tek çıkar yol olarak mahkeme kararı ile nesebin düzeltilmesi yolunun tanınması kaçınılmaz görünmektedir. Kanımızca aksi görüş, ananın ve çocukların korunması için devletin gerekli önlemleri almasını emreden Anayasa'nın 41 md. hükmüne aykırı düşer.

Transseküel babadan olma çocuk için nesebin idari yoldan düzeltilmesi olanağı ise tamamen reddedilir. Zira idari yoldan nesebin düzeltilmesine ilişkin özel kanunlar<sup>97</sup> karı koca, gibi yaşayan, çoğu örf adete uygun evlilik dışı beraberlik ürünü çocukların, anne ve babasının nüfus idaresine ortak başvurusuyla düzgün nesepli olarak anne ve babaları üzerine tescil ettirilmelerine yol açar. Ancak bu imkandan evlenme konusunda aralarında kanuni bir engel bulunmayan kadın ve erkeğin yararlanması asıldır. Halbuki ba-

<sup>95</sup> Bkz. Hatemi, H-Sserozan, R.age.s.312-313; Tekinay, SS.age.s.435; Oğzman, K-Dural. M. age. s. 227-229

<sup>96</sup> Nitekim Tekinay da evlenme ehliyetinin kaybı kavramının, sadece fil ehliyetini kayıp ile sınırlandırılması haklı olarak eleştirmiştir. (Bkz.age.s.434). Serozan ise; "evlenmenin başlıca nedenlerle, sözgeşi nişanlıların birbirleriyle geçinemeyip ayrılmaları yüzünden gerçekleşmemesi halinde nesep yargıç kararıyla düzeltilemez" demek suretiyle (bkz.Hatemi H/Serozan. R.age.s.313) MK.249. hükmünü iki hale bağlamıştır. Mamafih verilen örnek tutarlı, ancak görüşümüzü zayıflatacak nitelikte değildir. Zira burada evlenme imkansızlaşmamıştır. Halbuki MK 249 talihsiz bir olay nedeniyle evliliğin gerçekleşmemesi ve buna bağlı olarak nesebin düzeltilmesi düzenlemektedir.

<sup>97</sup> En son tarihi olan 3716 s. ve 8.5.1991 t.Kanun için Bkz.16.5.1991 t. ve 20873 s. RG ile 3716 s. Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik için bkz. 2.8.1991 t. ve 20948 s.RG

banın cinsiyet değiştirmesi halinde bu şart ortadan kalktığından yapılan başvuru, nüfus memurluğunca dinlenmeyecektir.

#### bb. Tanıma

MK.291.md. si evlilik dışında doğan çocuğun babası tarafından veya babasının vefatı veya temyiz kudretinden daimi mahrumiyeti halinde babasının babası tarafından tanınabileceğini, öngörür. Evlilik dışı doğan çocukların düzgün olmayan nesep bağı ile babaya bağlanması yollarından birisi olan tanıma, babanın veya babanın babasının, resmi senet veya ölüme bağlı tasarrufu ile, tek taraflı irade beyanı ile yapılır. Zina<sup>98</sup> mahsulü ve birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuklar tanınamaz (MK. md.292)

Transseksüel bir babanın, evlilik dışı çocuğunu tanıması konusunun takdimi ise yine çeşitli soruları akla getirir. Kadın cinsiyetini kazanan bir erkeğin, cinsiyet değiştirmeden önceki evlilik dışı ilişkisinden meydana gelen çocuğunu tanıyıp, tanımayacağı veya bu halin babanın "ölümü veya temyiz kudretinden daimi mahrumiyetine" benzer hallerden sayılarak babanın babasına verilen tanıma yetkisine dahil edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Yine bir transseksüelden olan çocuğun, aralarındaki cinsiyet farkı ortadan kalktığından birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuk olarak MK.md.292 uyarınca tanınamayacak çocuklardan mı sayılacağı meselesi, cevap bekleyen sorulardandır.

Kanımızca, transseksüel babadan olan bir çocuk tanınamayacak çocuklar kapsamına girmez. Zira, MK.292.md.ile düzenlenen ve birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlardan doğan çocuk kavramı, "yasak kan çocuklarını" ifade eder<sup>99</sup>. Her ne kadar cinsiyet değiştirmek suretiyle kadın olan transseksüel, çocuğun annesi ile aynı cinsiyeti paylaşmakta ve birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kimseler ise de bu özellik çocuğun döllenmesinden sonraki bir safhada, cinsiyet değiştirmeden sonra ortaya çıktığından, bunların MK.md.292 ile kastedilen fücür (yasak) mahsulü çocuk olarak sayılmaları mümkün değildir.

Tanıma kan bağı esasına dayandığından, transseksüel babanın sonradan cinsiyet değiştirmiş olmasına rağmen, genetik baba olduğunu kabulendiği bir çocuğu tanıması kural olarak mümkün görülmelidir. Ancak burada özellikle ana ve çocuk tarafından tanımanın çocuk bakımından zararlı olduğu iddiası şeklinde itirazın ileri sürülmesi ihtimali gözden uzak tutulmamalıdır (MK.md.293/1). Bu itiraz, tanıyanın baba veya büyükbaba olmadığı veya çocuğun tanınması yasak çocuklardan olduğu yolundaki itirazdan farklı olarak, tamamen çocuğun yararı bakımından tereddütlü görülen hallerde yapılan bir itirazdır. Çocuk kan bağını kabul etse dahi, tanımanın kendisi için maddi-manevi zararlı olduğunu iddia ile tanımayı geçersiz kılabilir. Transseksüel bir baba tarafından tanınan çocuğun, sosyal değerler itibariyle bunu istememesi

<sup>98</sup> Anayasa Mahkemesinin 28.21991 t. ve E:15, K:5 s. kararında MK.292 md ile erkeğin zira mahsulü olan çocuğun tanınmasını yasaklayan hüküm iptal edilmiştir. (bkz. 21184 s. ve t. RG)

<sup>99</sup> Oğuzman, K-Dural, M. age.s. 326-329

ve tanımaya itiraz etmesi haklı görülebilir. Çocuğun veya annenin zararı ispatı dahi gerekmez<sup>100</sup>. Tanımanın çocuk yararına olduğunu ispat külfeti, anne ve çocuk aleyhinde itirazın reddi davasını açan davacı baba veya mirasçılara düşer. (MK.md293/II)

### **cc. Babalık Davası**

Evlilik dışında doğan çocuğun babası, babalık davası ile hükmen tayin olunabilir. Anne veya çocuğun, baba veya mirasçıları aleyhinde, çocuk doğmadan önce veya doğumundan itibaren nihayet 1 sene içinde, babalığın mahkeme kararı ile tespitini talep hakları vardır (MK.md.295,296). Aleyhinde dava açılan baba, anaya evlenme vaat etmiş veya aralarındaki cinsel ilişki bir suç oluşturmuş veya ana üzerinde nüfuz kullanmak suretiyle meydana gelmiş ise mahkeme, onun babalığına hükmeder (MK.md.310). Şahsi sonuçlu babalık davası ile birlikte veya ondan bağımsız olarak, ana ve çocuk lehine maddi sonuçlu babalık davası da açılabilir (MK.md.297).

Babalık davası da kan bağı esasına dayanır. Her türlü delille<sup>101</sup> çocuğun baba ile aralarındaki kan bağı ilişkisi sabit olur ise babalığa hükümlenir. Bu itibarla cinsiyet değiştirmiş bir transseksüel babanın sulbünden geldiği ispat olunan bir çocuğun, babaya karşı düzgün olmayan nesep bağının, cinsiyet değişikliğinden sonra dahi kurulması mümkün görülmelidir.

## **3.Miras Hukukuna İlişkin Sonuçlar**

Cinsiyet değiştiren transseksüelin nesep bağı ile bağlı bulunduğu kan hısımları ile olan hukuki ilişkisinin önemli bir kısmını oluşturan miras hakkı bakımından doğabilecek problemler üzerinde de durmak gerekir.

### **a.Mirastan İskat Bakımından Cinsiyet Değiştirme**

Bir kimsenin, cinsel sapmalar içinde olan transseksüel bir mirasçısını, sözgelimi oğlu veya kızını, mirasından iskat edip edemeyeceği meselesi kanımızca çıkması muhtemel hukuki ihtilaflardandır. MK.457.md.ne göre; mahfuz hisseli mirasçılar, murisin ölüme bağlı tasarrufu ile iki halde; birincisi murise veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika ederse; ikincisi ise murisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikap ederse mirastan iskat edilebilir. Halk arasında "evlatlıktan reddetme" adı ile anılan iskat, çoğu zaman ahlaki sebeplere dayandırılarak, duygusal sebeplerle gerçekleştirilebilir. Anne ve babanın istemediği bir kimse ile nişanlanma ve evlenme<sup>102</sup> (MK.82 ve 90.md. aykırılık nedeni ile) eşinin canına kast ve fena muamele veya terk (MK.md.130;132) müşterek saadeti

<sup>100</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 541; Oğuzman, K - Dural, M. age.s.333

<sup>101</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 553; Tekinay, SS.age.s.543; Beitzke,G. age.s.191

<sup>102</sup> Aksi görüş için, Bkz. Kocayusufpaşaoğlu. N. Miras hukuku.Ist.1987.s.313 Ayiter, N-Kılıçoğlu, A.Miras Hukuku Ank.1991,s.175.dn.100

temin konusunda evli kadının kusurlu davranması (MK.md.153/II) karı kocadan birinin aile vazifelerini ihmali (MK.md.161), çocuğun ana ve babasına itaatsizliği (MK.md..264/II) mirastan ıskat sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu genel bilgi ışığında, bir kimsenin cinsel kimliğini tayin etmeye hissettiği cinsiyeti kazanması, bu nedenle ameliyat olması, murise karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifade işlenmiş ağır bir kusur olarak nitelendirilebilir mi?

Mirastan ıskata esas teşkil eden halin objektif unsuru; murise karşı kanunen yapmak zorunda olunan vazifelerin yerine getirilmemiş olmasıdır. Subjektif unsur ise bu halin büyük bir kusur teşkil etmesidir. Cinsiyet değiştirme iradesi, kişinin kendi beden bütünlüğü ve bütünlüğe dahil kişilik değerleri ve bu arada cinsel kimliği üzerinde sahip olduğu, münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılmasından ibarettir, bizatihi kusur sayılmaz. Ancak MK.md 457 ile öngörülen kusur teknik anlamda bir kusur değil, murisin duygu ve düşüncesi ile şekillendirilen bir kusurlu davranışı ifade etmektedir. Bu nedenle oğlunun veya kızının, anne, baba ve kardeşinin. transseksüel olmasından dolayı utanan, elem ve ızdırap duyan bir kimsenin MK.md.457 hükmü uyarınca yapacağı ıskat isabetli görülebilir. Zira MK.md.260, ana, baba ve çocuğun, birbirine karşı aile menfaatinin gerektirdiği şekilde yardımlaşma ve uyma mecburiyeti altında olduğunu öngörmüştür. Buna göre gerek ana, baba ve çocuklar, gerekse kardeşler arasında, karşılıklı yardım ve saygı gösterme mükellefiyeti vardır. Böylece aile fertlerine karşı kısmen, hatta, daha çok ahlaki nitelik taşıyan bazı mükellefiyetler aynı zamanda hukuki bir mükellefiyet haline getirilmiştir<sup>103</sup>. Nitekim nişanlısı ile metres hayatı yaşayan ve evlilik dışı çocuk sahibi olan kızın, babasının açık davetine rağmen baba evine dönmemesi ıskat sebebi sayılmıştır<sup>104</sup>. Ancak aile hukukundan doğan vazifelerin yerine getirilmesinde murisin müterafik kusuru var ise, örneğin transseksüelin küçük yaşta beri anne babasının yanlış eğitimiyle çarpık giyinmeye başladığı ve kız gibi yetiştirildiği iddia ve ispat edilmişse ıskata itirazı değerlendiren hakimnin bu hususu dikkate alması gerekir<sup>105</sup>.

## b. Yeni Edinilen Cinsiyete Uygun Mirasçılık Hakkı Kazanılması

Miras Hukukunun temel prensiplerinden birisi de, her şahsın kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta eşit olması yolundaki genel hükümden hareketle (MK.md.8) mirasçılar arasındaki eşitlik esasıdır. (MK.md, 439, 440, 441). Ancak terekede, ekonomik bir birlik halinde işletilmekte olan zirai mallar bulunursa bunların tamamının mirasçılardan işletmeye ehliyetli olduğu anlaşılan talep sahibine tahsis edilir (MK. md.597)<sup>106</sup>. Murisin erkek

<sup>103</sup> Kocayusufoğlu, N.age.s.312

<sup>104</sup> Ataay, A- Kocayusufoğlu, N-Sungurbey, I-Kaneti, S. Notlu ve Sistematiik İsv. Fed. Mah. ile Kanton Mahkemelerinin Medeni Hukuk Kararı. İst.1959. C.1-2, No:63

<sup>105</sup> Benzer görüş için Bkz.Ayiter, N-Kılıçoğlu, A.age.s.177

<sup>106</sup> Eşitlik ilkesine aykırı düşünen bu hükmün gerekçesi için bkz. Eren F. Toprak hukuku. Ank. 1991,s.138 199; Ayiter, N-Kılıçoğlu, A.age.s.298;İmreZ-Erman. Miras Hukuku. İst. 1989,s.457; Zevkililer, A. Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi. Ank.1970. s.125

çocuğu tahsis talebinde bulunursa o tercih olunur (MK.md.598/II). Aynı şekilde murisin işletmeye ehil karısı da tahsis talep ediyorsa, işletmeye ehliyetli erkek çocuğun tahsis talebi kabul olunur<sup>107</sup>. Ölenin oğullarından hiçbiri almak istemezse kızları veya bunların kocaları, işletmeye yeterli olmaları şartıyla malların kendilerine tahsisini isteyebilirler.

Mirasın açılmasından önce cinsiyet değişikliği tamamlanmış ve nüfus kayıtları düzenlenmiş ise, taksim tarihi itibarıyla kazanılmış cinsiyet üzerinden tahsis yapılması esas olmalıdır. Somut olarak söylemek gerekirse kadın olan bir transseksüel çocuğun erkek olarak kabulü ve kız çocuklara göre tercihte öncelik hakkına sahip olduğundan bahsedilemez. Ancak cinsiyetini değiştiren kadın için de aynı esasın benimsenerek, erkek çocuk sıfatıyla tarımsal işletmenin tahsisi talebinde bulunması ve öncelik hakkına sahip olması olağan görülmelidir. Yeter ki tahsis için aranılan diğer şartları taşıyın.

Tahsis talebinde bulunan mirasçının mesleki yetenek ve nitelikleri kadar, ahlaki özellikleri de göz önünde tutulur<sup>108</sup>. Bu sebeple müsrif, içki düşkünü, tembel, homoseksüel mirasçıların tahsis talepleri, mesleki yetenekleri tam olsa bile ehil sayılmayıp, reddedilmelidir<sup>109</sup>. Erkek olmuş bir transseksüelin, mesleki ehliyet sahibi olması şartıyla başka bir ahlaki sapması yok ise, bizzat cinsiyet değiştirmiş olması ehil sayılmama sebebi olarak gösterilmemelidir.

Kendisine tarımsal işletme tahsis olunan erkek, sonradan cinsiyet değiştirir ve kadın olursa, eski cinsiyeti göz önüne alınarak yapılan tahsisin iptalinin söz konusu olup olmayacağı meselesine gelince; tarımsal işletme kendisine tahsis edilen mirasçının cinsiyet değiştirmesi, tahsisin MK.md.335/I uyarınca kaldırılması, yeni taksim esasının hükmolunması veya şirketin feshi için haklı sebep oluşturmaz. Zira bu yollar yönetimdeki aksaklıklar ve idareci mirasçının, diğerlerine karşı olan kar payı taahhütlerini yerine getirmemesi hallerinde söz konusudur. Ancak eğer sonradan kazanılan kadın cinsiyetinden kaynaklanan fiziki zayıflık, idarede de zafiyete yol açmış, ortaklık zarara uğramışsa, gereği gibi işletilmediği iddia ve ispat olunmuşsa, mahkeme tahsis şartlarında değişme yapabilmelidir. Ancak bunun gerekçesi cinsiyet değiştirme değil, idaredaki basiretsizlik olacaktır.

## **Sonuç**

Toplumda yerleşik çoğu tartışmaya açık ahlaki değer yargıları ile reddedilen, toplumsal bir yara olarak nitelendirilen transseksüellik, tıbbi açıdan bakıldığında cinsel kimlik bozukluklarından bir tanesi, belki de tedavisi olanaksız olan tek türüdür. Tıbbi tedavi yollarına genellikle cevap vermeyen bir hastalık olan transseksüellik, rehabilitasyon amaçlı olmak üzere tıbbi müdahaleye ihtiyaç gösteren bir cinsel anomali özelliği göstermektedir. Bu müda-

<sup>107</sup> JdT 1950 I 39

<sup>108</sup> Zevkililer A.age.s.144

<sup>109</sup> Eren, F.age.s.154 ve dn.37 de anılan yazarlar

haleye bağılı olarak ortaya çıkan hukuki problemler ise belli bağılı ölkelerde olduğu gibi ölkemizde de yeni bir yasal düzenlemeye konu teşkil etmiş ve 3444 Sayılı Kanun ile Medeni Kanunun 29. Maddesine eklenen ikinci fıkraya ile alınmıştır. Madde bu halı ile yetersiz ve cinsiyet değıştirmeye bağılı hukuki sonuçları çözümlenmekten uzaktır. Transseksüeli, içinde bulunduğuna inandığı gerçek cinsel kimliğine dönüştürme amacına hizmet eden cinsiyet değıştirme müdahalelerinin yapılması için aranan koşullar söz konusu fıkraya ile düzenlenmemiştir. Bugün bu tür değışikliklerin hiç bir şart aranmaksızın yapılmakta olması, hukukun onaylayabileceğı bir yaklaşım sayılamaz. Bu nedenle hukuk bu tür operasyonlara seyirci kalmamalı, bu konuda tıp adamlarını vicdanları ile baş başa bırakmanın ötesinde bazı hukuki tedbirler alma yoluna gitmelidir.

Tek bir fıkraya halinde Medeni Kanunun 29. Maddesi ile ele alınan cinsiyet değıştirmeye bağılı hüküm ve sonuçlar da özel ve detaylı hükümlerle düzenlenmeye muhtaçtır. Konuyu Medeni Kanunun ilgili maddelerinin kıyas yolu ile uygulaması suretiyle sonuca bağlamak mümkün gibi görülürse de kanımızca özel bir düzenlemeye ihtiyaç gösteren benzer müdahaleler ve aynı yolu benimseyen ölkeler gibi daha fazla gecikmeksizin özel bir kanun konusu yapılması düşünölmelidir. Belki bu yolla toplumsal bir yararın kangren olması önlenir. Bu konuda çıkması muhtemel hukuki çekişmeler ve çözüm yolları konusunda yaptığımız bu inceleme ile, yakın gelecekte yapılacağı yolunda ümit beslediğimiz kanunlaştırma faaliyetine yardımcı olabilirsek ne mutlu bize.

# SERMAYE PİYASALARINDA HALKA ARZ SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞME SERBESTLİĞİ

Doç. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL\*

## I. SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ İHRAÇ VE HALKA ARZI

Sermaye Piyasası Kanununun uygulanmasında ihraç, sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya edilmeksizin satışdır (SPK.m.3c f.1 ).

Halka arz ise, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder (SPK. m.3c f.2). Bu faaliyet Kurul'ca "halka arz faaliyeti" şeklinde adlandırılmasına rağmen, "ihraç aracılık" da halka arz faaliyetleri içinde düzenlenmiştir. çünkü, ihraç aracılık da, "halka arz aracılığı" ile aynı tür işlemler yapılabileceği ve aynı esasların uygulanacağı öngörülmüştür (Seri: V, No:19, m.38 f.4).

Kanun hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere halka arz sadece yeni çıkarılan değil aynı zamanda daha önce çıkarılmış sermaye piyasası araçlarında da mümkündür. Başka bir ifadeyle, halka arz birinci el veya ikinci el piyasalarda mümkündür.

Kanunî tarifteki halka çağrı, sözlü veya yazılı bir şekilde, çok sayıda ve belirsiz kişilere, sermaye piyasası araçlarını satın almaları için her türlü yoldan duyuru yapılmasını ifade eder. Bu duyuru yazılı basın veya medya aracılığıyla olabileceği gibi, el ilânları dağıtılması, yapıştırılması veya herhangi bir surette dağıtılması, ilân panolarına asılması, internet ilânları ve hatta PTT. kanalıyla da mümkündür.

İhraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydettirilmesi zorunludur. Genel ve katma bütçeli idareler ve T.C. Merkez Bankasınca ihraç olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydettirilmesi zorunlu değildir. Ancak bu ihraçlar hakkında Kurul'a bilgi verilir (SPK.m.4 f.1,2). Kurul'a kayıt başvurusuna Kurulca belirlenecek bilgi ve belgeler eklenir (SPK.m.5, f.1). Bu bilgi ve belgelerin neler olacağı konusunda Kurul her bir sermaye piyasası aracı için ayrı tebliğlerle düzenlemeler yapmıştır. Kurul kaydına alınmada;

- Hisse senetlerinin Seri : I, No:22, Bölüm III, m.13 vd.<sup>1</sup>,

- Tahviller için Seri : II, No:13,17,18<sup>2</sup>,

\* Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği (RG. t.19 Şubat 1996, sa.22559).

- Katılma İntifa Senetleri için Seri: III, No:1 O, m.8-9<sup>3</sup>,
- Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgeleri için, Seri: III, No: II m.8<sup>4</sup>,
- Banka Bonoları ve Banka Garantili Bonolar için, Seri: III, No:12, 22<sup>5</sup>,
- Finansman Bonoları için, Şeri: III, No:13, m.11-13<sup>6</sup>,
- Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler için, Seri: III, No:14, m.20,21; Seri: III, No:15;Seri: III, No:17; Seri: III, No:1 B; Seri: III, No:21<sup>7</sup>,
- Gayrimenkul sertifikaları için, Seri: III, No:13, m.8 vd.<sup>8</sup>,

Sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydı için, Kurulun tespit edeceği bu belgeler ve açıklamalardaki eksikliklerin, yine Kurul tarafından belirlenecek bir sürede tamamlanması zorunludur. Noksanlıkları bu süre içinde tamamlamayan başvurular düşer. İncelemeler sonucunda, açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varılırsa, gerekçe gösterilerek, başvuru konusu "sermaye piyasası araçlarının" Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilir. Başvurular en çok otuz gün içinde sonuçlandırılır. Eksikliklerin tamamlanması için verilen süreler hesaba katılmaz (SPK.m.5 f.2,3,4). Kayıttan imtina kararı bir idarî tasarruf olduğu için, kararın haksız ve mesnetsiz olduğu iddialarıyla idarî yargı yolu da açıktır.

Sermaye piyasası araçlarının halka arzında açıklanacak bilgiler izahnamede yer alır. İzahnamede bulunması gereken bilgiler Kurul tarafından belirlenir. Sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasından sonra izahname ticaret siciline tescil ve ilân edilir. Halkın sermaye piyasası araçlarını satın almaya daveti ise sirküler ile yapılır. Yayımlanacak sirküler ve ilânların esasları Kurul tarafından belirlenir (SPK.m.6 f.1). Kurul yukarıda söz konusu ettiğimiz tebliğler ile bu hususları da belirlemiştir.

A.B.D. Hukukunda halka arz (public offering), bir menkul kıymetin halka veya özel bir gruba satışının teklif edilmesini ifade eder. Halka arz menkul kıymetlerin çıkarıldıkları andan itibaren, halk tarafından satın alınabilir ve im-

<sup>2</sup> Tahvillerin kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği ve buna ek tebliğler (RG. t. 14.7.1992, sa.21284 ; RG. t. 7.6.1994, sa.21553 ; RG. t. 27.12.1994, sa.22154)

<sup>3</sup> Katılma İntifa Senetleri İhracına İlişkin Esaslar Tebliği (RG. t.14.7.1992, sa.21284)

<sup>4</sup> Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı kararda Öngörülen Kâr ve Zarar Ortaklığı Belgeleri Çıkarılmasına Dair tebliğ (RG. t.14.7.1992, sa.21284).

<sup>5</sup> Banka Bonoları ve Banka Garantili Bonoların Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği ve buna ek tebliğler Seri: III, No:12, 22 (RG. t.14.7.1992, sa.21284 ; RG. t. 20.12.1994, sa.22147; RG. t.31.3.1997, sa.22950).

<sup>6</sup> Finansman Bonolarının Kurul kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar tebliği RG.,t. 31.7.1992, sa.21301; Finansman Bonolarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, Seri: III, No:23 (RG. t. 31.3.1997, sa.22950).

<sup>7</sup> Varlığa Dayalı Menkul Kıymetlerin Kurul Kaydına Alınmasına ve Genel Finans Ortaklıklarının Kuruluş ve Faaliyet İlkelerine Dair Esaslar Tebliği ve bunda değişiklik yapan tebliğler (RG. t. 31.7.1992, sa.21301; RG. t.9.11.1992, sa.21400; RG. t. 27.12.1994, sa.22154).

<sup>8</sup> Gayrimenkul Sertifikalarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği (RG..t. 20.7.1995, sa.22349); RG. t.10.1.1995, sa.22167; RG. t.14.6.1996, sa.22666).



kânının varlığını gösterir<sup>9</sup>. Burada iki ihtimal vardır. Birincisinde daha önce satışa sunulmamış ve satılmamış yeni çıkarılan menkul kıymetlerin satışı<sup>10</sup> ikincisinde ise daha önce çıkarılmış ve ortaklık elinde tutulan veya büyük miktarlarda bir şahsın elinde bulunan menkul kıymetlerin aracı kurumlar vasıtasıyla halka arzı söz konusudur<sup>11</sup>. Halka arzda menkul kıymetler, talep etsin veya etmesin herkese rasgele satışa sunulur.

A.B.D. pozitif hukukunda, Türk Hukukunun aksine "halka arz" (public offering) kavramı kanun hükümlerinde yer almakla birlikte tarif edilmemiştir. Buna karşılık, "satış" (sale or sell) kavramı, hukukî bir terim olarak Menkul Kıymetler Kanununda yer almıştır. Satış (sale or sell) terimi Menkul Kıymetler Kanununda (Securities Act of 1933) tarif edilmiştir. Buna göre "bir menkul kıymetin veya menkul kıymete bağlı bir menfaatin, ivaz karşılığı her türlü satış anlaşması veya buna benzer bir hal satışı ifade eder [Sec. 2(3) ot 1933 Act]. Mahkemeler de kavramı geniş bir şekilde açıklayarak, finans temini amacıyla halktan para toplamak için uygulanan her türlü metodu satış kavramına dahil etmişlerdir<sup>12</sup>. Ayrıca, para kavramını da geniş anlamda herhangi bir şekilde iktisadî menfaat temini şeklinde kabul etmişlerdir<sup>13</sup>.

Ancak "satış" kavramı halka arzı açıklamaktan uzaktır. Bu sebepten SEC. ve mahkemeler hangi çağrı ve satışlarda halka arzın mevcut olduğunu tespitte çalışmışlardır. Mahkemeler, çağrıda bulunulan kimselerin sayısının önemli olmadığına, ortaklık hakkında bilgisi olan veya istediği bilgileri ortaklıktan her zaman elde edebilme ve bunları değerlendirme imkânına sahip kişilere yöneltilen çağrılarının halka arz sayılmayacağına karar vermiştir. SEC. bu istisnaları da tekrar ederek; yapılan çağrılar sonucu menkul kıymetleri satın alanların sayısının 35'den fazla olmaması ve bu kişilerin menkul kıymetleri halka devretmek amacıyla almamış olmaları halinde halka arzdan bahsedilemeyeceğini açıklamıştır. Bu istisnaî hallerin dışında menkul kıymetlerin satın alınmasını sağlamak amacıyla yazılı veya sözlü çağrılar yapılması, A.B.D. de menkul kıymetlerin halka arzı sayılır<sup>14</sup>.

A.B.D. Hukukunda da menkul kıymetlerin halka arzı için herhangi bir merciden izin almak gerekli değildir. Türk Hukukundaki Sermaye Piyasası Kuruluna benzeyen Menkul Kıymetler Borsa Komisyonu yatırımcıları korumak maksadıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. A.B.D. Menkul Kıymet Kanunları halka arz prosedürü içinde, yatırım analizlerinin bildirilmesini ve yatırım kararlarının tedbirli ve basiretli bir şekilde verilmesini kolaylaştırmak için hazırlanmıştır. Bu bakımdan, halka arza sunulan menkul kıymetler hakkındaki son kararı verecek ve değerlendirmeyi yapacak olan kimse, Menkul

<sup>9</sup> HUSSBAND, William H. / DOCKERAY, James C.: Modern Corporation Finance, Washington 1962. s.340.

<sup>10</sup> "Offering" Black's Law Dictionary, s.976.

<sup>11</sup> "Secondary offering" Black's Law Dictionary, s.1213.

<sup>12</sup> CARY, W.L. / EISENBERG, M.A.: Corporations, Cases and Materials, Fifth Edition, 2nd. Reprint, New York 1981, s.1204; SEC. V. Addison, 194 f. Supp. 709, 722 (N. D. Tex 1961).

<sup>13</sup> CARY / EISENBERG, s. 1205, 1206 ve ilgili 1-20 nolu dip notlardaki mahkeme içtihatları.

<sup>14</sup> ARKAN, Sabih: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976, s.95-98.

Kıymetler Borsa komisyonu değil, bizzat yatırımcıdır. Komisyon, kendisine bildirilen yatırım analizi konusundaki malî ve diğer temel bilgiler hakkında kamunun düzenli ve doğru bir şekilde aydınlatılmasını sağlamakla görevlidir. Bu yatırım analizi tartışılabilir bir değer gösterse bile komisyonun menkul kıymetlerin satışını önleme yetkisi ve gücü yoktur<sup>15</sup>.

## A. Halka Arza İlişkin Genel Esaslar

Halka arz işlemlerinde aracı kurum, izahnamede sirkülerde ve aracılık sözleşmesinde belirtilen şartlara uymak zorundadır (Seri: V, No:19, m.39a). Ayrıca, aracı kuruluşların aracılık faaliyetleri sırasında kısmen yada tümüyle, sermaye piyasası araçlarının halka arza ilişkin olarak ön hazırlıklar çerçevesinde malî ve ekonomik tahliller ile pazar araştırmaları yapmaları, izahname ve kayıt başvurusu için Kurul'a sunulacak diğer bilgi ve belgeleri hazırlamaları ve başvuruda bulunmaları da halka arza aracılık faaliyeti kapsamında sayılır (Seri:V, No:19, m.38 f.3). Halka arza aracılık, "en iyi gayret aracılığı" veya "aracılık yüklenimi" şeklinde yapılabilir (Seri: V, No:19, m.38 f.2).

a. En iyi gayret aracılığı, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının izahnamede gösterilen satış süresi içinde satılmasını, satılmayan kısmın ise satışı yapana iadesini veya bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü şahıslara satılması, şeklinde tarif edilmektedir (Seri:V, No:19, m.38 f.2).

b. Aracılık yüklenimi ise Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının;

aa. Halka arz yoluyla satılmasının ve satılmayan kısmının tamamının, bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının (bakıyeyi yüklenim),

bb. Bedeli satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle tamamının satın alınarak halka satılmasının (tümünü yüklenim), satışı yapana karşı taahhüt edilmesidir.

## B. Halka Arza İlişkin Özel Esaslar

Sermaye piyasası araçlarının halka arz suretiyle satışında aracılık yapılırken uyulacak esaslar şunlardır (Seri: V, No:19, m.40);

1) Aracı kuruluşlar, halka arza aracılık işlemlerinde, izahnamede, duyurularda (sirkülerlerde) ve aracılık sözleşmelerinde belirtilen şartları aynen uygulamak zorundadırlar.

<sup>15</sup> JENNINGS, R.W. / MARSH, H (cases and materials): Securities Regulation, Cases And Materials, Mineola, New York 1983, s.23' TYSON, William C: "Amerika Birleşik Devletlerinde Menkul Değerlere İlişkin Düzenlemelerin Yasal Yönleri", Türk Sermaye Piyasasında Son Gelişmeler, OECD - SPK Konferansında Sunulan Tebliğler, Çeşme, İzmir 30 Haziran - 5 Temmuz 1995, s.207.

2) Halka aracılık işlemleri, kısmen veya tamamen, birden fazla aracı kuruluş tarafından konsorsiyum şeklinde ya da birbirlerinden bağımsız olarak yapılabilir.

3) Aracı kuruluşlar yapay piyasa yaratılması sonucunu verecek yahut aracılık komisyonu dışında, kendilerine veya üçüncü şahıslara menfaat sağlanmasına imkân tanıyacak tasarruflarda bulunamazlar. Halka arzın, küçük tasarruf sahiplerinin ihtiyaç ve taleplerine cevap verecek şekilde gerçekleşmesi için en iyi gayreti gösterirler.

4) En iyi gayret aracılığında, aracı kuruluş tarafından satılan sermaye piyasası araçlarının bedelleri, aracılık sözleşmesinde daha kısa bir süre tayin edilmemiş ise en geç satış süresini izleyen iş günü sonunda sermaye piyasası aracını çıkarana veya halka arz edene tam ve nakden ödenir.

5) Aracı kuruluşların halka arza aracılık faaliyetleri esnasında yüklenilebilecek taahhütlerin tutarı, aracı kuruluşlara ilişkin olarak Kurul'ca belirlenecek olan sermaye yeterliliği sınırlarını aşamaz<sup>16</sup>.

6) Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, sermaye piyasası aracını çıkaran veya halka arz eden ile aracı kuruluş arasında akdedilecek yazılı bir aracılık sözleşmesine bağlanması şarttır (Seri:V, No:19, m.40 f.1).

## II. HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMELERİ

Aracı kurumlar aracılıkla ilgili faaliyetlerinde müşterileriyle faaliyetin türlerine göre bir takım yazılı sözleşmeler yapmak zorundadır. Esas itibarıyla gerek halka arz gerek alım satıma aracılık veya yatırım danışmanlığı, portföy yöneticiliği, repo ve ters repo işlemleri, vadeli işlemler gibi aracı kurumların faaliyetleri müşterileri ile kendileri arasında bir akdi ifade ederler. SPK. bunlarla ilgili özel sözleşmelerden bahsetmemiştir. Ancak Kurul, bu faaliyetlerle ilgili sözleşmelere özel adlar koymuş ve bunları yazılı şekle tabi tutmuştur. Kurul tebliğleriyle düzenlenen bu sözleşmeler şunlardır;

- 1- Halka arza aracılık sözleşmesi (Seri:V, No:19, m.40)
- 2- Alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi (Seri:V, No:19, m.47)
- 3- Portföy yönetim sözleşmesi (Seri:V, No:29, m.14)
- 4- Yatırım danışmanlığı sözleşmesi (Seri:V, No:23, m.10)
- 5- Repo ve ters repo çerçeve anlaşması (Seri:V, No:7 m.12)
- 6- Kredili menkul kıymet işlemleri çerçeve sözleşmesi (Seri:V, No:18, m.8)
- 7- Açığa satış çerçeve sözleşmesi (Seri:V, No:18, m.22)
- 8- Menkul kıymetlerin ödünç işlemi çerçeve sözleşmesi (Seri:V, No:18, m.26).

<sup>16</sup> Bkz. ÜNAL ( Aracı ), s,87, dipnot 200,201.

Bütün bu sözleşmeler "aracılık sözleşmesi" çeşitleridir ve taahhüt edilen edimlerin türüne göre yukarıda belirtilen adları alırlar. Bu bakımdan aracılık sözleşmesi kavramı, söz konusu bu sözleşmelerin genel adı olup, bir üst kavram olarak kabul edilmelidir.

## A. HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Kurul'a göre, sermaye piyasası araçlarının halka arzında, en iyi gayret aracılığının veya aracılık yükleniminin, halka arz eden ile aracı kuruluş arasında akdedilecek yazılı bir "halka arza aracılık sözleşmesi"ne bağlanması şarttır (Seri:V, No:19, m.40). Kurul "aracılık yüklenim sözleşmesi" yerine "halka arza aracılık sözleşmesi" diye yeni bir kavramdan bahsetmektedir. Ancak bu kavram ve mahiyeti, tüm aracılık faaliyetleri nedeniyle yapılacak sözleşmeleri karşılayacak durumda değildir. Halka arza aracılık sözleşmesi, aracı kurumların, sadece halka arz suretiyle satışlarda ve Kurulun öngördüğü durumlarda imzalanması gereken bir sözleşmedir.

Halka arza aracılık Kurul'a göre,"en iyi gayret aracılığı" ve "aracılık yüklenimi" şeklinde yapılabilir (Seri:V, No:19, m.38). Kanun son şekliyle bu kavramlardan bahsetmemekte, ancak SPK.m.7 f.1 hükmünde "satin alma taahhüdü" ifadesine yer vererek aracılık yüklenimini kastetmektedir. Amerikan Hukukunda "underwriting" şeklinde adlandırılan "aracılık yüklenimi" kavramı, esasında en iyi gayret aracılığını da kapsamaktadır<sup>17</sup>. Ancak Kurul son düzenlemelerinde en iyi gayret aracılığını aracılık yüklenimi dışında bırakmıştır. Kurul esas itibarıyla "en iyi gayret aracılığı" ve "aracılık yüklenimi" kavramlarını halka arz edilen sermaye piyasası araçları için öngörmekle birlikte, Seri:V, No:19, m.38 f.4 hükmüyle aracı kuruluşların "sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmeksizin satışında da" bu tür aracılığın yapılabileceğini ve aynı esasları uygulayabileceğini öngörmüştür. Böylece kanunun lâfzına ve ruhuna uygun bir tebliğ hükmü getirilmiştir. Zira Kanunun uygulamasında ihraç; sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışdır (SPK.m.3c).

Kurul "halka arza aracılık sözleşmesi" adı ile yeni bir sözleşme çeşidi ihdas etmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu böyle bir sözleşmeden bahsetmemekte, ancak "aracılık yükleniminin" iki türünün mahiyetine SPK.m.7 f.1,3 hükümlerinde değinmektedir. Buna göre; "Kurul, pay sahiplerinin veya yatırımcıların haklarını korumak amacıyla, sermaye piyasası araçlarının halka arz veya satışının gerektiğinde satın alma taahhüdü ile birlikte aracı kuruluşlar aracılığı ile yapılmasını; ..... isteyebilir" (SPK.m.7 f.1). Ayrıca Kurul, halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şartını öngörebilir. Kurul, satış süresi içinde satılmayan payların kendileri tarafından tamamen satın alınacağını ve bedellerinin ödeneceğinin kurucular, pay sahipleri veya aracı kuruluşlar arasından Kurul'ca belirlenenler tarafından ortaklığa karşı taahhüt edilmesini ister. Bu taahhüt, süre sonunda satılmayan payların kurucular, pay sahipleri veya aracı kuruluşlar tarafından

<sup>17</sup> Bkz. 5 / III ( Aracı Kurumun Underwriting Faaliyetinde Bulunması).

satın alınıp bedellerinin nakden ödenmesini de kapsar (SPK.m.7,f.3). Her iki hüküm birlikte ele alındığında, hisse senetlerinin ve bütün sermaye piyasası araçlarının aracılık yüklenimine konu olabileceği anlaşılmaktadır. Kanunun bu şekliyle en azından aracılık yüklenimine konu olacak belgelerle ilgili tartışmalara gerek kalmamıştır. Kurul'a göre de artık, sermaye piyasası araçlarının gerek halka arz edilerek gerek arz edilmeksizin satışında "en iyi gayret aracılığı" veya "aracılık yüklenimi" şeklinde aracılık yapılabilecek ve bu tür aracılık faaliyetiyle ilgili sözleşmelere de genel olarak "halka arza aracılık sözleşmesi" denilecektir. Bize göre bu sözleşme adı isabetsiz seçilmiştir. Zira söz konusu tebliğin 38 ve 40'ıncı maddeleri bu sözleşmenin sadece halka arza inhisar edilmeyeceğini de ortaya koymaktadır. Bu bakımdan Kurul'un yürürlükten kaldırılan AFY'nde belirttiği "aracılık yüklenim sözleşmesi" kavramı ilgili sözleşmeyi daha iyi ifade edecek bir kavramdır.

Aracılık yüklenimi, SPK.m.7,f.3 hükmünde, hisse senetlerinin tamamen satılmasının ve bedellerinin ödeneceğinin ortaklığa karşı taahhüdünü temin gayesi bulunmakla birlikte, mecburî değil isteğe bağlıdır. Çünkü söz konusu taahhüt kurucular veya diğer pay sahipleri tarafından da yapılabilir (SPK. m.7 f.3). Kanun, bedellerin tam ve nakden ödenmesini sadece hisse senetlerine hasretmiştir. Ancak Kanun hem sermaye piyasası araçlarının ihracını düzenleme yetkisini (SPK.m.22a) hem de halka arz ve satışın aracı kurum vasıtasıyla yapılmasını isteme yetkisini (SPK.m.7 f.1 cüm.2) Kurul'a verdiği için, Kurul, diğer sermaye piyasası araçları için de böyle bir şart öngörebilir. Buna karşılık, hisse senetleri, hissedarlar tarafından halka arz edilecekse, halka arz işlemlerinin bir aracı kuruluş (aracı kurum veya banka) tarafından yerine getirilmesi ve hissedarlar ile aracı kuruluş arasında bir aracılık yüklenim sözleşmesi imzalanması şarttır (Seri: 1, No:22, m.5,f.3). Bu gibi hallerde aracılık yüklenim sözleşmesi aracı kurum için değil, fakat akdin diğer tarafı olan ihraççı ortaklık veya hissedarlar yahut menkul kıymetlerini satmak isteyen malikler için menkul kıymetlerin halka arzında mecburî bir ön şart olmaktadır.

Görülüyor ki Kurul, Seri:V, No:19 tebliğinde aracılık yüklenim sözleşmesi kavramından vazgeçerken, diğer tebliğlerinde bu kavram hâlâ durmaktadır. Kurul herhalde bundan sonraki tebliğlerinde bu kavramı kaldıracak ya da yeniden bu kavrama yer verecektir. Kurul, yürürlükten kaldırılan bir tebliğinde (Seri:V, No:1), aracılık yüklenimi ile ilgili sözleşmelerin genel adını koymuş ve "Aracılık Yüklenim Sözleşmesi" kavramı Türk Hukuk sistemine bu tebliğ hükmüyle girmiştir. Yürürlükten kaldırılan bu tebliğ yerine çıkarılan yönetmelikte de "aracılık yüklenimi" kavramı tarif edilmiştir (AFY.m.30). Ancak Seri: V, No:19 tebliği, aracılık yüklenimini yeniden tarif etmiş ve en iyi gayret aracılığını bu kavramın dışında tutmuştur. Bu son tarife göre aracılık yüklenimi; Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, halka arzı yoluyla satılmasının ve satılmayan kısmının tamamının, bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının (bakiyeyi yüklenim) veya bedeli satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle, tamamının satın alınarak halka satılmasının (tümünü yüklenim), satışı yapana karşı taahhüt edilmesidir. Bununla ilgili sözleşmeye de halka arza aracılık

sözleşmesi denir. Kurul ayrıca, en iyi gayret aracılığını da "aracılık yüklenim" kavramından çıkarmıştır (Seri:V, No:19, m.38 f.2). Oysa Kurulun mülga tarifine göre aracılık yüklenim sözleşmelerinde satılmayan menkul kıymetlerin aracı kurum tarafından alınacağına taahhüt edilmesi şart değildir (Seri: V, No:1, m.1 f.3). Kanunun yeni şeklinde dahi bu konuda bir açıklık yoktur (SPK.m.7). Kanun sadece,

"Kurulun, sermaye piyasası araçlarının gerektiğinde satın alma taahhüdü ile birlikte aracı kurumlar tarafından yapılabileceğine karar verebileceğini" hükme bağlamaktadır. Ayrıca SPK.m.22k hükmü de, "menkul kıymetlerin (ve kanaatimizce tüm sermaye piyasası araçlarının) geri alma veya satma taahhüdü ile alım satımını, ilgili sözleşmeleri ve bu sözleşmelere ilişkin piyasa işlem kurallarını düzenlemek ve bu işlemlerle ilgili faaliyet ilke ve esaslarını belirlemek" yetkisini Kurul'a vermiştir. Buna rağmen en iyi gayret aracılığının aracılık yüklenimi kavramı dışında bırakılmasının pratik bir önemi de içermemiştir. Zira halka arza aracılık sözleşmesi bu taahhüdü (yüklenimi) de içine almakta ve hatta halka arz edilmeksizin satışlarda da bu tür aracılık artık mümkün olmaktadır (Seri:V, No:19, m.38).

Bize göre de, Kanunun lâfzı ve ruhu, halka arza aracılık sözleşmesinin sadece tümünü veya bakiyeyi yüklenim aracılığını ve bunun da sadece halka arz halinde yapılacağını ifade etmemektedir. Kanun sadece ve eğer pay sahiplerinin ve yatırımcıların korunması bakımından gerekli görülürse, sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışı şartına bağlı olarak, tümünü veya bakiyeyi yüklenim (tam aracılık veya kesin bağlantı aracılığı) taahhütlerini ihtiva eden halka arza aracılık sözleşmeleri yapılarak ihraç, halka arz veya alım satıma aracılık şeklindeki satışların, bir aracı kurum vasıtasıyla yapılmasını temin etmek istemektedir. Buna karşılık, Kurulca gerekli görülmezse veya halka arzın dışında bir satış şeklinde, "en iyi gayret aracılığı" da dahil olmak üzere yukarıda söz konusu ettiğimiz her türlü taahhüdü ihtiva eden aracılık sözleşmesi yapılması mümkündür. Bize göre aracılık taahhütleriyle ilgili her türlü sözleşme "aracılık sözleşmesi"dir ve Kanunun bazı aracılık taahhütlerini şarta bağlaması veya satış şekillerine göre sınırlaması da bunu değiştirmez.

Kurul tebliğine göre; halka arza aracılık sözleşmesi, sermaye piyasası araçlarının halka arzının, sermaye piyasası aracını çıkaran veya halka arz eden ile aracı kuruluş arasında akdedilecek yazılı bir aracılık sözleşmesidir (Seri:V, No:19, m.40 f.1).

Bütün bu mevzuat, görüş ve açıklamalar ışığında 'halka arza aracılık sözleşmesini" şu şekilde tarif edebiliriz:

Bir veya daha fazla "halka arza ve / veya alım satıma aracılık" izin ve yetki belgesi almış olan aracı kuruluşlarla sermaye piyasası araçlarını halka arz veya herhangi bir surette satışa sunan ortaklık yahut hisse senetlerini halka arz eden hissedarlar ve kanaatimizce sermaye piyasası araçlarını satışa sunan tüm gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılabilen, aracı kuruluşların muayyen bir ücret veya komisyon karşılığı, satışa sunulan sermaye piyasası araçlarını, (a) halka arz edeceğini (veya kanaatimizce herhangi bir surette

satışa sunacağını) ve bu yolla müşterisi nam ve hesabına veya kendi namına müşterisi hesabına satacağını (en iyi gayret aracılığı) yahut (b) sermaye piyasası araçlarını kendisi satın alarak kendi nam ve hesabına satacağını (tümünü yüklenim - kesin bağlantı aracılığı) yahut (c) ihraççı ortaklık nam ve hesabına satışı ve satılmayan kısmın kendisi tarafından satın alınacağını (bakiyeyi yüklenim - tam aracılık) ve bunları muayyen bir süre içinde gerçekleştireceğini taahhüt ettiği bir aracılık sözleşme türüdür.

Aracılık yüklenimi ve halka arza aracılık sözleşmesi, esas itibarıyla Anglo Sakson hukukunun "underwriting" diye adlandırdığı bir müessesedir. Bizim hukuk sistemimize de buradan alınmış ve hatta Kanun gerekçesinde de "underwrite" kavramına İngilizce olarak yer verilmiştir<sup>18</sup>. Sözlük anlamıyla "underwrite" insan hayatının ve malların sigorta edilmesi veya halka menkul kıymet satmayı kabul etme, veya halka satılan menkul kıymetler için gerekli parayı tedarik etme ve satılmayan menkul kıymetleri satın almayı ifade etmektedir. "Underwriting" işlemi esas itibarıyla menkul kıymetlerin satışının garantisıyla birlikte bir satın alma durumudur<sup>19</sup>.

"Underwriting" sözleşmesi ise, ortaklıkların hisse senetlerini halka arz etmeden önce yapılan ve sözleşmede belirtilen miktarda halkın satın almadığı hisse senetlerini aracının alacağını hükme bağlayan bir sözleşmedir<sup>20</sup>. Esasen bu tarif tüm sözleşme türlerini ihtiva etmemekte ve yetersiz kalmaktadır.

## **B. HALKA ARZ SÖZLEŞMESİNİN KONUSU**

Halka arza aracılık sözleşmesinin konusu tüm sermaye piyasası araçlarının<sup>21</sup> her türlü piyasada alım satımına aracılıktır. SPK.m.7 f.1 hükmü, sözleşme konusunun tüm sermaye piyasası araçlarını ihtiva edeceğini açıkça ifade etmektedir. Buna karşılık;"Aracılık yüklenim" deyimini açıklayan ve yürürlükten kaldırılan Kurul tebliğindeki tarif (Seri:V, No:1, m.1 f.3) aracılık yüklenimini sadece yeni çıkarılan belgelere hasretmişti. Ancak Kurul daha sonra görüş değiştirerek ve Kanuna da uygun olarak, halka arza aracılık sözleşmelerinin Kurul kaydına alınacak tüm sermaye piyasası araçlarını ihtiva edeceğini bir tebliğ hükmüyle açıklamıştır (SPK.m.30, Seri:V, No:a9, m.38,40).

Doktrinde "aracılık yüklenim sözleşmesinin (yeni adıyla halka arza aracılık sözleşmesinin) hizmet ettiği amacın, menkul kıymet ihraçlarında, ihraç eden ortaklığın pazarlama riskini aracı kurumlara dağıtmak ve ihraçtan beklenen gelirin sağlanmasını garanti etmek" olduğu ifade edilmekte ve bu amacın, ihraç eden ortaklığı ilgilendirmeyen ikinci el piyasa işlemlerine yabancı olduğu sebebine dayanarak, aracılık yüklenim sözleşmesinin yalnızca birinci

<sup>18</sup> Gerekçe Bölüm V.

<sup>19</sup> "Underwrite", Black's Law Dictionary, s.1369.

<sup>20</sup> Underwrite", Black's Law Dictionary, s.1369.

<sup>21</sup> Türk Hukukunda sermaye piyasası araçları; menkul kıymetler ve menkul kıymet dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen evraktır (SPK.m.3b).

el piyasasındaki halka arzlara aracılık edilmesi halinde imzalanması gerektiği" sonucuna varılmaktadır<sup>22</sup>. Bize göre ise, bu sebeplerle aracılık yüklenim sözleşmelerini sadece birinci el piyasa işlemlerine hasretmek gerekmez. Çünkü her şeyden önce ikinci el piyasalarında da aracılık yüklenim sözleşmelerinin yapılabilmesi söz konusu amacın gerçekleşmesini engellemez. Aksine ikinci el piyasa işlemlerinde de istikrar, güven ve işlem hacminin artmasına yardımcı olabilir. Ayrıca mevzuatta bunu yasaklayan açık veya kapalı bir hüküm de yoktur. Kurul da görüş değiştirerek bu kanaatimize uygun düzenleme yapmıştır (Seri:V, No:19, m.38 f.4). Böylelikle Kurul da, aracılık yüklenim sözleşmelerinin ikinci el piyasalarında yapılabileceğini öngörmektedir. Kanaatimizce, SPK. m.7 hükmünün amacı, sözleşme yasağı getirmekten çok, bazı özel işlemlerde (halka arz gibi) gerektiğinde sözleşme mecburiyeti getirmeye yöneliktir. Halka arz dışında kalan ikinci el piyasa işlemlerinde ise sözleşmenin isteğe bağlı olduğu sonucuna varılmalıdır. Kurul da "aynı esaslar uygulanabilir" demekle (Seri:V, No:19, m.38 f.4) bu görüşümüzü desteklemektedir. Aracılık faaliyetleri ve akit serbestliği göz önüne alınırsa, halka arz suretiyle satış olmasa dahi borsada veya borsa dışındaki bütün aracılık faaliyetlerinde, halka arza aracılık sözleşmesi yapılabilir. Başka bir deyişle, aracı kurum, müşterisine sermaye piyasası araçlarını satma ve satılmayan kısımları kendisinin alacağını taahhüt ve garantisini verebilmelidir. Bu sözleşme, aracı kurumun "kendi malî yükümlülüğünü içeren evrak" (veya taahhüt) olarak da kabul edilmemelidir. Zaten SPK. m.31 a hükmü, aracı kuruma kendi nam ve hesabına menkul kıymet alma ve satma yetkisi vermektedir. Kaldı ki, bu suretle aracı kurumların borsada veya borsa dışında ikinci el piyasa işlemleri daha sıkı bir denetim ve kontrol altına alınabilir. Çünkü aracı kurumlar, diğer tüm bilgi verme borçları<sup>23</sup> yanında, aracılık yüklenim sözleşmeleri ve bu yolla satış sonuçları hakkında da Kurul'a bilgi vermek zorundadırlar (Seri:V, No:19, m.45).

## C. HALKA ARZ SÖZLEŞMESİNDE TAAHHÜT EDİLEBİLECEK EDİMLER

Halka arza aracılık sözleşmelerinde birden fazla edimler taahhüt edilebilir. Satıcıların sözleşmeyle taahhüt edeceği edimler;

- 1) Aracı kuruma sermaye piyasası araçlarını teslim etmek,
- 2) Sermaye piyasası araçlarını satışına ve bununla ilgili muameleleri yapmasına izin ve yetki vermek ve
- 3) Satış karşılığında kurtaj adı verilen muayyen bir komisyonu ödemek yahut alım satım arasındaki farkı aracı kuruma bırakmak taahhüdüdür.

<sup>22</sup> MANAVGAT, Çağlar : Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991, s.79.

<sup>23</sup> Aracı kurumlar borsa dışında yaptıkları bütün alım, satım ve hizmetler için, bunların fiyatlarını iş yerlerinin görünür bir yerinde ilan etmek ve her iş gününe ait listelerini, bir dosyada muhafaza ederek Kurul'un yetkili elemanlarının incelemesine daima hazır bulundurmaları zorundadırlar (Seri: V, No:1, m.14).



## *Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği*

Aracı kurumların taahhütleri bakımından ise edimler esas itibarıyla üç şekildedir<sup>24</sup>.

Bu edimlerden ilki; satışı istenen sermaye piyasası araçlarının satıcı nam ve hesabına veya satıcı hesabına kendi namına aracı kurum tarafından muayyen bir süre içinde halka satışının taahhüdüdür. Aracı kurum burada, sadece pazarlama hizmeti vereceğini ve işin gereğini yerine getireceğini taahhüt etmektedir. İşin gereğinden kasıt aracı kurumun iş çevresini, tecrübelerini, iş yeri ve imkânlarını, personelinin bir kısmını bu işe tahsis etmesi ve reklâm gibi benzeri işlerin yapılması, bu konuda danışmanlık hizmetleri verilmesi, bürokratik muamelelerin takibi ve yerine getirilmesi gibi hizmetlerin sunulmasıdır. Buna karşılık satışlarla ilgili hiçbir garanti verilmemektedir. Satış, aracı kurum müşterinin (saticının) nam ve hesabına yapılmaktadır. Satışın müşterinin hesabına ve aracı kurum namına yapılması da kararlaştırılabilir. Satış sonucunda muayyen bir oranda kurtaj (komisyon) ücreti aracı kuruma ödenecektir.

İkincisi, satış vaadiyle birlikte muayyen süre içinde satılmayan sermaye piyasası araçlarının kendisi tarafından satın alınacağı şeklinde taliki şarta bağlı bir edimin taahhüt edilmesidir. Bu edimin yerine getirilmesinde aracı, belgeleri halka satmış gibi kurtaj (komisyon) ücretini alır.

Üçüncüsü ise sermaye piyasası araçları aracı kurum veya kurumlar tarafından toptan satın alınarak, kendi nam ve hesaplarına halka satılmasının taahhüt edilmesidir. Sözleşmede aracı, halka satılması teklif edilen sermaye piyasası araçlarını, tekrar halka satmak maksadıyla satın almayı kabul etmektedir. Aracı kurum, belgelerin bedelini ödemek ve alıcı bulunmadığı zaman kendi elinde ve hesabında tutmak zorundadır. Aracı kurum bu faraziye- de sadece alım satım arasındaki farktan yararlanmaktadır.

Aracılık yüklenim sözleşmelerinde bu edimlerden birisi taahhüt edilebileceği gibi, bunların karışımından meydana gelebilecek birden fazla edim de taahhüt edilebilir.

## **D. HALKA ARZ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ**

Halka arza aracılık sözleşmesinin şekli konusunda kanunî bir düzenleme yoktur. Kurul ise bir tebliğ hükmü ile aracılık sözleşmesinin bir türü olan halka arza aracılık sözleşmesinin şekil ve muhtevasını düzenlemiştir (Seri:V, No:19, m.40). Buna göre yazılı şekil şartına tâbi olan halka arza aracılık sözleşmeleri en az şu hususları ihtiva etmelidir:

1 - Satışa konu sermaye piyasası aracını, sermayeyi temsil eden payları, miktarı ve bu aracı veya payları ihraç eden veya daha önce ihraç etmiş ortaklık veya kuruluşu tanıtıcı bilgiler,

<sup>24</sup> Bkz. ÜNAL, Oğuz Kürşat (Aracı): Türk ve A.B.D. Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s.191 vd.

2 - İlân ve reklâmların kimin tarafından yapılacağı ve sorumluluk esasları,

3 - Aracılığın türü, satış yöntem ve koşulları, aracı kuruluşun vereceği hizmetlerin kapsamı ve esasları ile tarafların hak ve yükümlülükleri ve varsa birbirlerine verdikleri garantiler,

4- Satış süresi, satış fiyatı, satışın yapılacağı yerler, satış bedellerinin ödenmesi ve satışa ilişkin diğer esaslar ile satış süresinin sonunda yapılacak işler,

5- Satıştan sonra, başka hizmetler öngörülüyor ise bu hizmetlerin neler olduğu, kapsamı ve ne şekilde yerine getirileceği,

6- Alınacak ücret, komisyon ya da diğer menfaatler ile gider karşılıkları, 7- Konsorsiyum oluşturulması halinde, konsorsiyum sözleşmesine dair bilgiler,

8- Aracılığın türü ve niteliği dikkate alınarak bu Tebliğde belirtilen esaslar,

9- Sözleşmenin taraflarını tanıttıcı bilgiler ile yetkili imzalar.

10- Sözleşmenin süresi ve sona erme esasları,

Aracılık sözleşmesi ile konsorsiyum sözleşmesinin bir arada yapılması istendiğinde, her iki sözleşmede yer alacak hükümler, tek sözleşmede birleştirilebilir ve sözleşme, sermaye piyasası aracını çıkaran veya halka arz eden ile konsorsiyum yöneticisi ve konsorsiyuma katılan diğer aracı kuruluşlar tarafından birlikte imzalanır.

A.B.D. Hukukunda ise aracılık yüklenim sözleşmelerinde bulunması gereken asgarî kayıtlar şunlardır<sup>25</sup>

1- Tescil beyannamesinin ve broşürün hazırlanıp SEC.'e verildiği kaydı, bekleme müddeti ve satışın başlayacağı tarih, tescil beyannamesindeki değişiklik ve düzeltmelerin zamanında aracı kuruma verileceği taahhüdü,

2- İhraççı ortaklıkla ilgili bilgiler,

3- Aracı kurumla ilgili bilgiler,

4- Tescil beyannamesiyle, bekleme müddetiyle ve satışın başlayabileceği tarihle ilgili bilgiler,

5- Tescil beyannamesinin doğru, tam ve eksiksiz olduğuna dair beyan,

6- Kanun ve yönetmeliklerin öngördüğü malî raporu tasdik eden bağımsız malî müşavirin kim olduğu ve ücreti ile ilgili bilgiler,

7- Ortaklığın malî durumuyla ilgili bilgiler,

<sup>25</sup> WEISS, Stephen J.: "The Underwriting Agreement-Form And Commentary" Business Lawyer, Ocak 1971, c26, 5a.3, s.647 vd.

8- İhraççı ortaklığın sözleşmede yer alan aracı kurumlara, muayyen bir fiyatla ve kararlaştırılan miktarda menkul kıymetlerini satacağı (firm commitment underwriting - tam aracılık yüklenimi söz konusu ise) taahhüdü, her aracı kurumun müştereken değil münferiden belirtilen meblâğlarda menkul kıymetleri satın alacağı kaydı veya kesin bağlantı aracılığı (strict underwriting) söz konusu ise, satılmayan menkul kıymetlerin taahhütte bulunan aracı kurumlarca alınacağı kaydı, bu taahhüdü yerine getirmeyen aracı kurumların sorumlulukları saklı kalmak şartıyla, diğer aracı kurumların menkul kıymetleri satın alma haklarının bulunduğuna ilişkin beyan,

9- Ortaklığın 5 yıl müddetle "yıllık veya dönemlik" malî rapor ve beyan-namelerini aracı kurumlara göndereceği ve aracı kurumların da aynı şekilde söz konusu belgelerin kopyalarını, menkul kıymetleri satın alan müşterilerine göndereceği taahhütleri,

10- Aracı kurumların sözleşmeden doğan sorumluluk ve borçları ile ilgili kayıtlar,

11- Zararların tazmini, temsil, teminat ve garanti ile ilgili kayıtlar,

12- Tarafların yazışma şekli ve adresi ile ilgili kayıtlar.

## **E. HALKA ARZ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI**

Halka arza aracılık sözleşmeleri iki taraflı (sinellagmatik) akitlerdendir. Bu taraflardan birisi aracı kuruluşlar (aracı kurumlar ve bankalar) (SPK.m.3i) veya bunların oluşturdukları konsorsiyumlar, diğeri ise ihraççılar (SPK.m.3h) veya malik oldukları sermaye piyasası araçlarını aracı kurumlar vasıtasıyla satmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerdir. Biz bu ikinci tarafı satıcılar şeklinde adlandırmaktayız.

### **a. Aracı Kuruluşlar**

Tebliğ hükümleri esas alındığında, "halka arz sözleşmesi" imzalayabilecek aracı kurumlar sadece "halka arza aracılık ve alım satım aracılık yetkisi almış" bulunan aracı kurumlar veya bankalar yahut bunların oluşturdukları konsorsiyumlardır (Seri:V, No:19, m.7).

Bu izinleri ve yetki belgelerini almadaki kriter ise asgarî ödenmiş sermaye miktarları ile personel, organizasyon, mekan ve teknik donanım özellikleridir (Seri:V, No:19, m.9, 10). Bu ayırım SPK.m.30 hükmünün ifade tarzından doğmaktadır.

Doktrinde, genel olarak aracı kurumlar için asgarî sermaye şartının, piyasada güvenin ve emniyetin sağlanması açısından gerekli olduğu savunulmakta, fakat aracılık yükleniminde bulunamayan aracı kurumların malî sorumluluklarının sınırlı olması nedeniyle bu şart eleştirilmektedir<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> MANAVGAT ise her iki grup aracı kurumun da asgari sermaye zorunluluğuna tabi olmalarının yerinde olduğu kanaatindedir (MANAVGAT, s.44).

Kanun, aracı kurumların asgarî sermaye miktarlarının Kurulca belirleneceğini hükme bağlamıştır (SPK.m.33d). Kurul, günün şartlarına göre yönetmelik veya tebliğlerle bu hususu belirleyecektir. Böylelikle belirlenen meblâğların, zamanla değişen iş hayatı şartları, enflasyon vs. sebeplerle anlamını yitirmeleri sonucu kanun değişikliği yapılmadan, günün şartlarına uygun hale getirilmesi kolaylaştırılmıştır. Kurul bu meblâğları Seri:V, No:19, m.9, 10 hükümlerinde ve ilke kararlarıyla belirlemiştir<sup>27</sup>.

SPK. aracılık yükleniminde bulunacak Kuruluşların, bu taahhütlerinden dolayı yüklenebilecekleri malî sorumluluğun azamî miktarının Kurulca belirlenmesi gereğini hükme bağlayarak (SPK. m.31 f.2), aracı kurumların kendilerini malî sıkıntıya sokmalarını bir ölçüde de olsa önlemiştir. Ancak aracılık yüklenimi dolayısıyla taahhüt edilebilecek meblâğlar zaman zaman bu sınırın üstünde olabilir. Diğer taraftan malî sorumluluğun azamî sınırı geçilmese dahi, aracı kurum riskini dağıtabilmek ve aracılık faaliyetinde gerekli birçok çalışma şeklinin bir kısmının başka aracı kurumlar tarafından yapılmasını sağlayabilmek ve daha büyük organizasyonlara girebilmek için başka aracı kurumlarla işbirliği yapmaya ihtiyaç duyabilir. İşte bu gibi durumlarda, aracı kurumlara diğer aracı kurumlarla (veya bankalarla) müştereken halka arz taahhütlerine girebilme imkânı verilmiştir. MSPK.m.7 f.2 hükmü, bu hususu "...birkaç aracı kurum veya banka tarafından ortaklığa taahhüt edilmesi." şeklinde ifade ederken, yeni düzenlemede "aracı Kuruluşlar aracılığıyla yapılması" ifadesine yer verilerek, açıkça hükme bağlamıştır (SPK.m.7 f.1). Kurul, bu müşterek taahhüt birliğine "aracılık konsorsiyumu" adı vermiştir (Seri:V, No:19, m.41). Halka arza aracılık sözleşmesi yapıldıktan sonra, konsorsiyum oluşturulması söz konusu olduğunda, bunun için satışı yapanın muvafakatının alınması şarttır (Seri:V, No:19, m.41 f.1). Ayrıca Kurul, sermaye piyasası araçlarının kayda alınması aşamasında halka arza aracılık sözleşmelerini ve varsa konsorsiyum sözleşmelerini inceleyerek gerektiğinde, sözleşmelerde Sermaye Piyasası mevzuatının gerektirdiği değişiklik ve ilâvelerin yapılmasını istemeye yetkilidir (Seri:V, No:19, m.43).

A.B.D. Hukukunda ise, aracılık yüklenim sözleşmesinde taraf olabilecek aracı kurumlar, genel olarak "underwriter" olarak adlandırılmaktadır. A.B.D. Menkul Kıymetler Kanununun temel hareket noktası; menkul kıymetlerin ve menkul kıymet "satıcı" (keşideciler) ve aracılarının SEC.'e tescil edilmesidir Kanun prensip olarak, menkul kıymetlerin aracı kurumlar vasıtasıyla halka arz edileceği öngörülerek hazırlanmıştır. Ancak yatırımcılar (müşteriler) kendilerini ve menkul kıymetlerini SEC.'e tescil ettirmeden de serbestçe satabilirler<sup>28</sup>. Menkul kıymetler kanunu "underwriter" kavramını özel olarak tarif etmiştir [Sec.2(11) of 1933 Act]. Bu kanunî tarife göre:

(1) Keşideciden (issuer), pazarlama amacıyla menkul kıymet satın alınan veya,

<sup>27</sup> 7.1.1997 tarih ve 1136 sayılı ilke kararı. Geniş bilgi için bkz. Bkz. ÜNAL (Aracı), s.87, dipnot 200,201.

<sup>28</sup> AHRENHOZZ, Robert J. / VALKENBERG, William E. Von: "The Presumptive Underwriter Doctrine: Statutory Underwriter, Status For Investors Purchasing a Specified Portion of a Registered Offering, Utah Law Review, Winter 1973, s.778, 779.

## *Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği*

(2) Pazarlama amacıyla bir ihraççı için menkul kıymetleri satışı sunan veya satan veya,

(3) Bu işlemlere doğrudan doğruya veya dolaylı olarak iştirak eden veya,

(4) Bu işlemlerle ilgili sözleşmeye doğrudan doğruya veya dolaylı olarak katılan herkes "underwriter" kabul edilir.

Kanunî tarif, bir komisyon karşılığı menkul kıymetlerin halka satılacağını taahhüt eden aelâde aracılık yükleniminde bulunanlar (ordinary underwriter) ile daha sonra halka arz etmek üzere çıkarılan menkul kıymetleri satın alan kimseleri de kapsamına almaktadır<sup>29</sup>. Kanunî tarif ayrıca, büyük miktarlardaki halka arzda (ve özellikle konsorsiyumlarda) fonksiyonları bakımından birbirine benzeyen iki grup aracı kurumu da ihtiva edecek genişliktedir. Bu gruplardan birincisi, bir komisyon karşılığında ilk aracılık yükleniminde bulunan şahsın yüklendiği riski nispeten üzerine alan ve paylaşan konsorsiyum üyeleridir. İkinci grup ise satın almaya veya aracılık yüklenimine iştirak eden fakat sözleşmede taraf olmayan kimselerdir. Bunlardan birincisine aracının aracısı, ikincisine ise iştirakçi aracı adı verilmektedir<sup>30</sup>.

SEC. ise düzenlemelerinde halka arz edilen menkul kıymetlerin %10'unu veya daha fazlasını satın alan kimseleri de, sec.2(11) of 1933 Act hükmü anlamında "underwriter" olarak kabul etmiştir [Rule 145, sec.(c)]<sup>31</sup>. Ancak bazı mahkemeler, halka arz edilen menkul kıymetlerin %10'unu ve daha fazlasını satın alan kimselerin, menkul kıymetleri tekrar satmadığı ve satışa sunmadığı sürece "underwriter" olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>32</sup>. A.B.D.'de SEC.'in bu düzenlemesine "başparmak kuralı" (rule of thumb) denmekte ve bu kuralla ilgili yorumlara da "Presumptive Underwriter Doctrine" (Muhtemel Aracı Doktrini) adı verilmektedir<sup>33</sup>.

Bütün bu mevzuat ışığında A.B.D. Hukukunda bir kimsenin "underwriter" sayılabilmesi için, üç türlü faaliyetin bulunması gerekmektedir:

(1) Menkul kıymetler, pazarlama niyetiyle ihraççı ortaklıktan satın alınmalıdır. Bu da iki unsurun bir arada bulunmasıyla kendisini gösterir:

(a) Menkul kıymetler doğrudan doğruya keşideciden alınmalıdır.

(b) Yatırım ve tasarruf amacıyla değil, halka arz amacıyla satın alınmalıdır. Menkul kıymetlerin uzun süre elde tutulması veya piyasa şartlarının değişmesi sebebiyle satma ihtiyacının doğması menkul kıymetlerin yatırım ve tasarruf amacıyla alındığına işaret olabilir<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.353.

<sup>30</sup> JENNINGS / MARSH(rules) : Selected Status, Rules and Forms Under The Federal Securities Laws, New York 1984.s.353

<sup>31</sup> SEC.'in koyduğu bu Kural 145 metni için bkz. JENNINGS / MARSH,(Rules), s.53,54.

<sup>32</sup> United States Circuit of Appeals, Second Circuit 1941,120 Fed.73, JENNINGS/ MARSH (cases and materials), s.354

<sup>33</sup> AHRENHOLZ / VALKENBERG, s.774.

<sup>34</sup> AHRENHOLZ / VALKENBERG, s.785.

(2) Menkul Kıymetlerin halka arz ve satışı bir ihraççı ortaklık adına (ortaklık nam ve hesabına veya ortaklık namına aracı hesabına yahut ortaklık hesabına aracı namına) yapılmalıdır. SEC.'e göre;

(a) İhraççı ile bir sözleşme gereği ortak çıkarlara dayanan bir ilişkisi olmayan,

(b) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak keşidecinin kontrolünde olmayan,

(c) Bir aracılık konsorsiyumuna iştirak etmemiş olan,

(d) Menkul kıymet pazarlama ve satışında herhangi bir aracılık yükleniminde bulunmayan ve

(e) Menkul kıymetleri aracılık (pazarlama ve satış) amacıyla değil yatırım amacıyla alan kimseler kanun uygulamasında "underwriter" olarak değerlendirilemez<sup>35</sup>.

(3) Aracılık faaliyetine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak iştirak etmek gereklidir. Aracılık faaliyeti, menkul kıymetlerin halka arzına ve satışına doğrudan doğruya veya dolaylı olarak iştiraki ifade eder<sup>36</sup>. Pazarlamada bir menfaat tanınan veya pay verilen menkul kıymet alıcıları da, sözleşmede taraf olmasa bile kanunen "underwriter" sayılırlar<sup>37</sup>.

A.B.D.'de "underwriter"lar genellikle yatırım bankerleridir (investment bankers). Ticari bankalar, yatırım ortaklıkları ve bunlarla sıkı münasebette bulunan ihraççı ortaklıklar aracılık faaliyetleri için geniş ölçüde yatırım bankeri kullanırlar<sup>38</sup>. Ticari bankalar bu tür faaliyetlerde bulunamazlar<sup>39</sup>. Buna karşılık yatırım bankaları veya yatırım bankerleri diye adlandırılan Kuruluşlar aracılık yüklenim işlemlerini (underwriting) yapabilirler.

"Yatırım bankacılığı" (Investment banking) ve aracılık yüklenimi (underwriting); Banka Kanunu (Banking Act of 1933 = The Glass Steagall Act) ve Menkul Kıymetler Borsa Kanunu (Securities Exchange Act of 1934) tarafından düzenlenmiştir. 1933 öncesi ticarî bankalar da aracılık faaliyetlerinde bulunabiliyorlardı<sup>40</sup>. Ancak 1933 Banka Kanunu millî ticarî bankaların menkul kıymet piyasalarındaki faaliyetlerini kısıtlamış ve bunların sadece müşterileri nam ve hesabına hisse senedi alıp satmasına izin vermiştir (Sec.16 of GSA)<sup>41</sup>. Kanun hükmü ticarî bankaların tahvil gibi borç menkul kıymetleri (debt securities)<sup>42</sup> satın almasına da izin vermiş, buna karşılık

<sup>35</sup> AHRENHOLZ / VALKENBERG, s.788.

<sup>36</sup> AHRENHOLZ / VALKENBERG, s.789.

<sup>37</sup> AHRENHOLZ / VALKENBERG, s.790; H.R. Rep. No: 85,73d. Cong., 1<sup>st</sup> and 2<sup>nd</sup> Sess. 13(1933).

<sup>38</sup> BRUDNEY, Victor / CHIRELSTEIN, A. Marvin: Corporate Finance, Mineola, N.Y.1982, s.801.

<sup>39</sup> BLOOMENTHAL, Harold S.(securities): Securities Law In Perspective, New York 1977, s.20.

<sup>40</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.13.

<sup>41</sup> The Glass-Steagall Act, U.S.C.24.

<sup>42</sup> Geniş bilgi için bkz. ÜNAL, Öğuz Kürşat (Menkul Kıymet): "Menkul Kıymetler - Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler" Doktora Tezi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları No.226, Ankara 1988, s.57 vd.

hisse senetleri veya herhangi bir menkul kıymetle ilgili olarak "underwriting" işlemleri yapmasını yasaklamıştır. Hatta bu hükme göre, hem mevduat bankacılığı hem de yatırım bankacılığı yapan bankaların bunlardan birisini seçmesi şarttır. Böylece, ticarî bankalar menkul kıymet piyasalarından ayrı tutulmuştur. Ancak ticarî bankalar da kamu sektörü menkul kıymetlerini<sup>43</sup> pazarlayabilir veya bu tür menkul kıymetlerle ilgili "underwriting" faaliyetlerinde bulunabilirler (Sec21 of GSA.)<sup>44</sup>. Bütün bu kısıtlamalara rağmen ticarî bankalar, özel sektör borç menkul kıymetleri de alabildiğinden ve uzun dönem kredi piyasasında saklama ve portföy yönetim bölümleri (trust department) vasıtasıyla menkul kıymetler piyasasında önemli rol oynamaya devam etmektedirler<sup>45</sup>.

A.B.D.'de aracı kurumlar büyük taahhütlerde bulunurken, tıpkı bir sigorta şirketi gibi, rizikoları dağıtmak amacıyla başka aracı kurumlarla reasürans (tekrar sigorta) ilişkisine girmekte, böylece ilk taahhütte bulunan aracı kurum diğer aracı kurumlarla yaptığı anlaşmalarla kendisini korumaktadır. Bu reasürans anlaşmalarında, ihraççı taraf olmamaktadır. "Aracılık Yüklenim Konsorsiyumu" (underwriting syndicate) adı verilen bu birlikler yalnızca yatırım bankerleri (Investment bankers or issuing houses) ile sınırlı olmayıp; yatırım fonlarını (investment trust), sigorta şirketlerini (insurance company) ve diğer NASD. üyesi olan müesseseleri de ihtiva edebilmektedir. Hatta büyük ferdî yatırımcılar da bu konsorsiyuma iştirak edebilmektedir. Böylece bu tür ferdî yatırımcılar da ihraç fiyatından düşük bedelle menkul kıymet satın alabilmektedirler. Buna göre taahhütte bulunanlar, yeterli müşteri bulamadıkları takdirde, menkul kıymetleri derhal düşük fiyatla satmak yerine, elverişli bir alıcı bulana kadar ellerinde tutmayı tercih etmektedirler<sup>46</sup>.

Küçük miktarlardaki halka arzlar, tek bir aracı kurum tarafından gerçekleştirilebilir. Büyük miktarlardaki halka arzlar ise, yukarıda açıkladığımız, malî, teknik ve pazarlama imkânları daha güçlü hale gelmiş birlikler tarafından gerçekleştirilebilir. Bu halde birliğin yöneticisi durumunda olan aracı kurum özel bir ücret alır. Diğer birlik üyeleri de, hizmetleri ve yüklenimleri rizikolar oranında arz fiyatları üzerinden bir nevi bayilik komisyonu alırlar<sup>47</sup>.

Tam aracılık yüklenim sözleşmelerinde komisyon bulunmadığından iskontolu (primli) alış fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark konsorsiyum üyeleri

<sup>43</sup> Kamu sektörü menkul kıymetleri konusunda bkz. ÜNAL, Oğuz Kürşat (Kamu Sektörü) : "A.B.D. Hukukunda Kamu Sektörü Menkul Kıymetleri ve Çeşitleri", Muhasebe İşletme ve Finans Dergisi, Y.4; sa.42-43, Eylül-Ekim 1989, s.44 vd.

<sup>44</sup> Geniş bilgi için bkz. "Commercial Bank Underwriting of Municipal Revenue Bonds: A Self-Regulatory Approach", University of Pennsylvania Law Review, c.128, sa.5, May 1980, s.1201 vd; Bankaların aracılık fonksiyonları konusunda bkz. MOWDER, Gary L.: "Regulations Covering Bank's Securities Brokerage" Trust And Estates, May 1984, s.47 vd.; GREENBERG, Stephen J./ MACK, William C./ SCHULTE, Jeffrey L.: "The Obligations of Banks In The Public Securities Markets" Duke Law Journal, Y.1980, sa.6, s.1063 vd.; FINN, Harold B.: "The Impact of The Proposed Federal Securities Code Upon The Banking Industry", The Business Lawyer, January 1981, c.86, sa.2, s.397 vd.

<sup>45</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.13.

<sup>46</sup> BRUDNEY / CHIRELSTEIN, s.795.

<sup>47</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.17.

arasında verdikleri hizmet, malî destek ve yükledikleri risk oranında dağıtılır. Bu ihtimalde, birlik üyelerinin sorumluluğu müşterek ve müteselsil sorumluluk esasına dayanır. Uygulamada ise aracı kurumlar muayyen oranlarda menkul kıymetleri halka arz fiyatından indirimli olarak kendi nam ve hesaplarına satın almakta ve halka arz yoluyla satmaktadırlar. Her aracı kurum kendi sattığı menkul kıymetlerin alış ve satış fiyatları arasındaki farktan yararlanmaktadır. Böylece konsorsiyum üyeleri müşterek ve müteselsil sorumluluk altına girmemektedirler<sup>48</sup>. Başka bir deyişle, konsorsiyum halindeki bu tür sorumlulukta, aracı kurumların sorumluluğu müşterek ve sınırsız sorumluluktan ziyade müferit ve sınırlı sorumluluk esasına dayanmaktadır<sup>49</sup>.

Tam aracılıkta ihraççı ve aracı kurumlar, arz ve satışın şekli ve yapısı üzerinde anlaşmaya varınca, bunun prensiplerini yazılı hale getirirler. "Letter of Intend" (icap mektubu) denen bu yazılı metin tarafları bağlayıcı nitelikte değildir. Menkul kıymetlerle ilgili tescil beyannamesinin geçerli olacağı günden bir gün önce, yönetici aracı kurum ihraççı ile bir araya gelerek fiyat ve ilgili konularda nihai mutabakata varırlar. Yönetici aracı kurum, diğer aracı kurumların acentesi gibi davranır. Tüm formalitelerinin hazırlanması ve aracılar araştırma süresi verilmesi gibi işlemler yönetici aracı kurum tarafından takip edilmekte ve genellikle iki ilâ dört ay sürebilmektedir<sup>50</sup>.

Konsorsiyum üyeleri menkul kıymetleri doğrudan doğruya veya diğer bir aracı kurum olan pazarlamacılar (dealers) vasıtasıyla halka satabilirler<sup>51</sup>. Bu tür pazarlamacılar "satıcılar grubu" (Sellers group) şeklinde adlandırılır.

Yatırım bankerleri, yatırım fonları, sigorta şirketleri ve diğer müesseseler ve ferdi yatırımcılar da konsorsiyum üyesi veya satıcı grup üyesi olabilirler<sup>52</sup>. Ancak bunların NASD. üyesi olmaları şarttır. Aksi takdirde gerek konsorsiyum üyesi gerek satıcı grup üyesi olamayacakları gibi, halka arz safhasında arz fiyatları üzerinden komisyon alamaz ve iskontolu fiyatlarla menkul kıymet satın alamazlar<sup>53</sup>.

## b. Satıcılar

Türk Hukukunda satıcılar, sermaye piyasası araçlarının malikleri ve ihraççılarıdır. Bunlar ya Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi ve sermaye piyasası araçlarını halka arz eden ihraççılar (SPK.m.3h) ve hisse senetlerini satışa sunan halka açık anonim ortaklıkların hissedarları ya da birinci el veya ikinci el piyasalarından menkul kıymet satın almış olan yatırımcılar (müşteriler)dir.

Hatta bir aracı kurum dahi kendi portföyünde bulundurduğu ve herhangi bir aracılık yüklenim sözleşmesi gereği veya tasarruf amacıyla satın

<sup>48</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.17.

<sup>49</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN, s.798-709.

<sup>50</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.18.

<sup>51</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.20.

<sup>52</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN, s.795.

<sup>53</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.20.



aldığı menkul kıymetleri başka bir aracı kurum vasıtasıyla satmak istediğinde kendisi de satıcı durumunda olur<sup>54</sup>.

## **F. HALKA ARZ SÖZLEŞMELERİNİN ÇEŞİTLERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ**

Halka arza aracılık (Aracılık) sözleşmeleri, sermaye piyasasında sermaye piyasası araçlarının belli bir süre içinde belli bir fiyatla halka satılması taahhüdünün çeşitli türlerini ihtiva eder<sup>55</sup>. Söz konusu taahhüt veya taahhütlerin mahiyetine göre de sözleşme çeşitleri;

- (a) kesin bağlantı aracılığı (bakiyeyi yüklenim),
- (b) en iyi gayret aracılığı,

(c) tam aracılık (tümünü yüklenim) yüklenim sözleşmeleri şeklinde adlandırılabilir. Kanun gerekçesinde de aracılık faaliyetleri için aynı sınıflandırmaya yapılmıştır<sup>56</sup>. Buna karşılık, Kurul "en iyi gayret aracılığı", "aracılık yüklenim" kavramından çıkarmıştır (Ser.:V, No:19, m.38, f.2). Doktrinde ise, aracılık faaliyetleriyle ilgili olarak yapılan sözleşmeler yüklenimli (pazarlama) ve yüklenimsiz (taahhütlü pazarlama) sözleşmeler olmak üzere iki grupta ele alınmakta, eğer aracı kurum sözleşmede; satılmayan menkul kıymetleri kendisinin satın alacağını taahhüt etmemişse "yüklenimsiz aracılık sözleşmesinden" bahsedilmektedir<sup>57</sup>. Bize göre aracı kurumun satılmayan sermaye piyasası araçlarını kendisinin alacağını taahhüt etsin veya etmesin yapmış olduğu her türlü sözleşme "aracılık yüklenim sözleşmesi"dir. Çünkü "yüklenim" (taahhüt) kavramı genel bir kavram olup aracılık faaliyetleriyle ilgili her türlü taahhüdü ihtiva edebilir. Kurul ise bunu "halka arza aracılık sözleşmesi" veya "aracılık sözleşmesi" şeklinde adlandırmaktadır (Seri:V, No:19, m.40, 41)

Türk Hukukuna mehzaz teşkil eden A.B.D. mevzuatında da, menkul kıymetlerini halka satmak isteyen ortaklıklar bunu doğrudan doğruya yapabilecekleri gibi, menkul kıymetler piyasasında uzmanlaşmış aracı kurumlar vasıtasıyla da yapabilirler. Sözleşmeye dayanan ve "underwriting" denen bu işlem ve hizmetler değişik şekillerde olabilir. Sözleşmedeki taahhüdün mahiyeti sözleşme çeşitlerini de gösterir. A.B.D. Hukukunda da aracılık yüklenim sözleşmeleri genel olarak üç başlık altında toplanır<sup>58</sup>:

- (a) Eski moda veya kesin bağlantı aracılığı sözleşmesi,
- (b) En iyi gayret aracılığı sözleşmesi,
- (c) Tam aracılık sözleşmesi.

Sözleşme türleri değişmez ve sabit değildir. Bu üç temel sözleşmedeki taahhütlerin karışımını ihtiva eden sözleşmeler akdetmek de mümkündür<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> ÜNAL (Aracı), s.52 vd.

<sup>55</sup> TEKİNALP, Ünal (sermaye) : Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s.79.

<sup>56</sup> SPK. Gerekçe Bölüm V.

<sup>57</sup> KARSLI, Muharrem: Sermaye Piyasası, Borsa, Menkul Kıymetler, İstanbul 1989, s.98-99; MANAVGAT, s.78,83,87.

<sup>58</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN, s.795.

<sup>59</sup> CARY / EISENBERG, s.1172; BRUDNEY / CHIRELSTEIN, s.801.

Türk Hukukunda da kanunda ve mevzuatta aksine bir hüküm olmadığı için ve sözleşme serbestliği (BK.m.19) prensibi gereği aynı sonuca varılabileceği kanaatindeyiz.

A.B.D. Menkul Kıymetler Kanunu'na göre tescil beyannamesinin (registration statement)<sup>60</sup> doldurulmasından önce görüşmeler ve pazarlıklar sadece ihraççı ile aracı kurum arasında mümkündür. Tescil beyannamesinin hüküm ifade edeceği ana kadar menkul kıymetler halka arz edilemez ve bu ana kadar hiçbir sözleşme ve satış yapılamaz<sup>61</sup>. Normal olarak aracılık yüklenim sözleşmesine taraf olan aracı kurum, tescil beyannamesinin hüküm ifade edeceğini tahmin ettiği tarihten önce 24 saat içinde sözleşmeyi imzalar. Çünkü değişen piyasa şartlarını göz önüne alarak sözleşmeyle bağlanmak ister, bunun için sözleşme daha önce imzalanmaz. İmzalandıktan sonra tescil beyannamesinin hüküm ifade edeceği tarihe kadar olan bir veya iki günlük süreye bekleme süresi denir. Bu bekleme süresi içinde, piyasadaki muhtemel fiyat düşüşleri ve diğer şartlardaki değişiklikler, sözleşmedeki hukukî sorumlulukları değiştirmez<sup>62</sup>. Bu metottaki aracılık yüklenimi genel olarak görüşme ve pazarlıkla sağlanır. Ancak rekabete dayalı ihaleler (aracı kurumlar arasında) sonucu da anlaşmalar yapmak mümkündür<sup>63</sup>.

Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu'nun koyduğu kurallar (SEC. rules), "underwriter"lara, sözleşme ile satmayı taahhüt ettikleri muayyen miktar menkul kıymetlerden daha fazla miktarını halka arz ve satabilmesine de izin vermektedir. Sözleşmede genellikle garantör aracılar, keşideciden veya menkul kıymetlerini satan hissedarlardan ilâve menkul kıymetler satın alabilmesi için seçimli bir önalm hakkı (option) tanınmaktadır. Ancak sözleşmede satılması veya satın alınacağı taahhüt edilen meblâğdaki menkul kıymetler hissedarlardan değil, sadece ihraççı ortaklıktan alınmak zorundadır. Başka bir deyişle bu hak sadece ilâve talepleri karşılamak üzere tanınır ilâve taleplerle, taahhüt edilen meblâğdaki menkul kıymetlerin fiyatları aynıdır

#### **a. Eski Moda veya Tam Aracılık Yüklenim Sözleşmesi (Old Fashioned or Strict Underwriting Contract)**

Geleneksel İngiliz pazarlama sisteminde (artık İngiltere'de uygulanmamaktadır) ihraççı menkul kıymetlerini tekrar halka satılması için yatırım bankalarına satmamakta, hatta doğrudan doğruya ve pazarlamacılar (dealers) aracılığı ile de satış yapmamaktadır. Bunun yerine seçilmiş bir aracı kurum (issuing house) müşavirlik hizmetleri yaparak, belirlenen tarihten sonra keşidecinin namına halktan başvuru ve şirkat taahhütleri almaktadır. Yeterli başvuru alınınca listenin kapandığı duyurulmakta ve menkul kıymetlerin başvuru

<sup>60</sup> Tescil beyannamesi konusunda bkz. UNAL, Oğuz Kürşat (ABD) : "ABD. Hukukunda Hisse Senedi ve Tahvil Şıkarılması Usul ve Şartları", İşletme ve Muhasebe Bülteni, Mart 1988, sa.24, s.31-35., s.32 vd.; JENNINGS / MARSH, s.88-184; Ayrıca bkz. dipnot 58.

<sup>61</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN, s.796; JENNINGS / MARSH, s.112; TYSON, s.209

<sup>62</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN; s.798; JENNINGS / MARSH, s.112.

<sup>63</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN, s.800.

yapanlara veya iştirak taahhütçülerine doğrudan doğruya tahsis edilmesi yolu takip edilmektedir. Fazla iştirak taahhütlerinin bulunması halinde muhtelif eşit dağıtım metotları kullanılmaktadır. Menkul Kıymet firmaları (aracı firmalar) normalde tekrar satarak bir kazanç elde etmek için yeni ihraçlara iştirak etmemekte, fakat aracı olarak<sup>64 65</sup> müşterilerinin hesabına alım yapmaktadırlar. Halka arzın bu yolla yapılmasından önce, çıkarılan belgeler ortaklığın elde etmeyi öngördüğü fon miktarının sağlanması için garanti altına alınmaktadır. Yani "underwriter" (aracı kurum) satılmayan miktarların kendisi tarafından satın alınacağını taahhüt etmektedir. Bu kesin garanti anlamında taahhüttür. Taahhütte bulunan, bir ücret veya komisyon karşılığı, muayyen bir zaman içinde halk tarafından satın alınmayan miktar ne olursa olsun bunu satın almaya razı olmaktadır. Bu taahhüt büyük meblâğlarda çoğu zaman bir birlik (syndicate)<sup>66</sup> tarafından yapılmaktadır<sup>67</sup>.

Bu metot vasıtasıyla menkul kıymetlerin pazarlanmasına A.B.D.'de "eski moda" (old-fashioned) veya "emre amade" (stand-by) yahut "tam taahhüt" (strict underwriting) şeklinde adlandırılır. Mevcut hissedarların teklifleriyle ilgili olanlar hariç, ön alım hakkı veren bazı sertifikalarda (warrants or rights) da bu metot kullanılmaktadır<sup>68</sup>.

Daha seyrek rastlanmakla birlikte, kullanılan diğer bir eski metot da "pazarlayıcı-idareci plân" (dealer-manager plan) şeklinde görülmektedir. Bu metodun esası rüçhan haklarının teklif edilmesidir. ihraççı bu metotta, yalnızca bir veya daha fazla yatırım bankasıyla anlaşır ve uygulanan "warrant" haklarında ismi görülen ve iştirak döneminde kullanılan hakların değerini artıran her pazarlamacıya, her hisse için bir ödeme yapmayı kabul eder. Bu esas itibarıyla en iyi gayret aracılığıdır. Ancak bazen tam aracılıkla (stand-by) birlikte de görülür<sup>69</sup>.

Türk Hukuk doktrin ve uygulamasındaki tam aracılık sözleşmesinde, aracı kurum, menkul kıymetlerin, malikinin nam ve hesabına belirli bir süre içinde pazarlanmasını ve bu süre sonunda satılmayan menkul kıymetleri kendisinin satın alacağını ve bedelini ödeyeceğini taahhüt eder<sup>70</sup>. Tam aracılık sözleşmesi birden fazla edimin taahhüt edildiği bir sözleşmedir. Bu edimlerden ilki; halka satışı istenen menkul kıymetlerin başkası nam ve hesabına veya başkası hesabına kendi namına aracı kurum tarafından muayyen bir süre içinde satışının taahhüdü, ikincisi ise; bu muayyen süre içinde satılmayan menkul kıymetlerin kendisi tarafından satın alınacağı şeklinde taliki şarta bağlı bir edimin taahhüt edilmesidir.

<sup>64</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.113.

<sup>65</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.113.

<sup>66</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.114.

<sup>67</sup> BRUDNEY / CHIRELSTEIN, s.795.

<sup>68</sup> BRUDNEY / CHIRELSTEIN, s.795.

<sup>69</sup> ARUDNEY / CHIRELSTEIN, s.795; CARY / EISENBERG, s.1176.

<sup>70</sup> SPK. Gereke Bölüm V a; Ayrıc. bkz. MANAVGAT, s.80; KARSLI, s.99.

## b. En İyi Gayret Aracılığı Yüklenim Sözleşmesi (Best Efforts Underwriting Contract)

Yeterince tanınmayan ortaklıklar, pazarlama riskini üstlenecek ve kesin taahhütte bulunacak aracı kurum bulamayabilirler. Bundan dolayı menkul kıymetlerini hiçbir taahhütte bulunmadan, ellerinden gelen her çabayı göstereceklerini belirten aracılar vasıtasıyla halka arz ederler. Ayrıca piyasada tanınan ve her türlü aracı kurum hizmetinden yararlanabilecek ortaklıklar da pazarlama maliyetini düşük tutmak için aracı kullanmadan menkul kıymetlerini halka arz edebilecekleri gibi, en iyi gayret aracılığı yoluyla da pazarlama yapabilirler. Burada esas itibarıyla aracılık yüklenimi (underwriting) değil basit anlamıyla pazarlama hizmeti sunulmaktadır. A.B.D. Hukuk mevzuatına göre, aracılık faaliyeti bir acentelik<sup>71</sup> faaliyetinden öteye gitmez. Aracı kurum, sadece bir tür acente olarak, müvekkili olan ortaklık nam ve hesabına, menkul kıymetlerin halka açıklanan değerleri üzerinden bir komisyon karşılığında, herhangi bir risk ve garanti taahhüdüne girmeden satış yapar<sup>72</sup>.

Türk uygulamasında ise "en iyi gayret aracılığı"nın "aracılık yüklenimi" kavramı dışında bir aracılık faaliyeti olduğu kabul edilmektedir (Seri:V, No:19, m.38). Kanaatimizce, Türk Hukuk uygulamasında da A.B.D. Hukukuna paralel olarak aracılık yüklenim sözleşmelerinde aracı kurum, sadece pazarlama hizmeti sunmayı ve bunun için işin gereğini yerine getireceğini taahhüt edilebilir. İşin gereği ile kastedilen, aracı kurumun iş çevresini, tecrübelerini, iş yeri ve imkânlarını, personelinin bir kısmını bu işe tahsis etmesi ve reklâm gibi benzeri işlerin yapılması, bu konuda danışmanlık hizmetleri verilmesi, bürokratik muamelelerin takibi ve yerine getirilmesi gibi hizmetlerin sunulmasıdır. Buna karşılık, satışlarla ilgili hiçbir garanti verilmemektedir. Satış ise menkul kıymetlerini satışa sunan kimsenin nam ve hesabına yapılmaktadır<sup>73</sup>. Bu tür sözleşmelerde satışın menkul kıymet malikinin hesabına ve aracı kurum namına yapılması da kararlaştırılabilir. Buna karşılık bize göre "en iyi gayret aracılığı sözleşmeleri" sadece halka arz şeklindeki satışlarda ve Kurulun yatırımcı ve pay sahiplerinin haklarının korunması amacıyla gerekli gördüğü takdirde yasaklanabilir. Buna rağmen "en iyi gayret aracılığı sözleşmeleri" de "aracılık yüklenim sözleşmeleri"nin bir türüdür.

## c. Kesin Bağlantı Aracılığı Yüklenim Sözleşmesi (Firm Commitment Underwriting)

Rüşhan haklarının arz edilmesinden ziyade halka başvurmayla ilgili olarak en çok uygulanan Amerikan "underwriting" türü "Kesin Bağlantı Aracılığı"dır. Bu aracılık, teknik olarak klasik sigorta (garanti) anlamında bir aracılık yüklenimi değildir. Fakat muayyen zaman içinde muayyen meblâğ fonun ihraççı tarafından temini açısından amaç ve fonksiyonu aynıdır. Keşideci, ihraç ettiği bütün menkul kıymetleri bir veya birkaç idarecinin ve asıl yükleni-

<sup>71</sup> JENNINGS / MARSH (cases and materials), s.112; CARY / EISENBERG, s.1177.

<sup>72</sup> VURAL, s.14.

<sup>73</sup> SPK. Gerekçe Bölüm V.

cinin temsil ettiği bir grup menkul kıymet firmasına (aracı kuruma) satmaktadır. Bunlar da menkul kıymetleri kendi pazarlamacılarına (dealer), pazarlamacılar da halka satmaktadırlar<sup>74</sup>.

Kesin bağlantı aracılığında, esas itibarıyla sermaye piyasası araçları aracı kurum veya kurumlar tarafından toptan satın alınarak, kendi nam ve hesaplarına halka satılmaktadır. Sözleşmede aracı, arza sunulması teklif edilen menkul kıymetleri, tekrar halka satmak maksadıyla satın almayı kabul etmektedir. Aracı, menkul kıymetlerin bedelini ödemek ve alıcı bulunmadığı zaman kendi elinde ve hesabında tutmak zorundadır<sup>75</sup>.

Diğer aracılık yüklenim sözleşmelerinde olduğu gibi kesin bağlantı aracılığı yüklenim sözleşmelerinde de Türk Hukuk mevzuatı, doktrini ve uygulaması, mehzaz teşkil eden A.B.D. Hukukuna paralel ve hatta aynı yolu izlemektedir. Bu sebepten Sermaye Piyasası Kanunu gerekçesi dahi müesseseleri A.B.D. Hukukundaki İngilizce kavramlarla açıklamakta ve doktrinde de bu paralellik devam etmektedir<sup>76</sup>. Türk Hukukunda da kesin bağlantı aracılığı menkul kıymetlerin satın alınıp aracı kurumun kendi nam ve hesabına satışını ifade etmektedir<sup>77</sup>. Kanaatimizce bu tür sözleşmeler ve diğer aracılık yüklenim sözleşmeleri sadece yeni çıkarılan menkul kıymetlerle ilgili veya sadece halka arz halinde değil, birinci el ve ikinci el piyasa işlemlerinde (yani menkul kıymet alım satımlarında) akdedilebilir. Çünkü, SPK. m.31a hükmünde, aracı kurumun ister "başkası nam ve hesabına" veya "başkası hesabına kendi namına" yahut isterse "kendi nam ve hesabına" aracılık amacıyla alım ve satım yapabileceği belirtilmekte ve bu faaliyetler herhangi bir şekilde sınırlandırılmamaktadır. Aracı kurum bu tür sözleşmede, menkul kıymetleri kendi portföyüne alır ve yeniden tedavüle sunar. Ancak aracı kurum bu halde satış için bir süreye tâbi olmadığı gibi, tamamen satmak zorunda da değildir. Ancak, satıştan elde edilecek menfaat bir kurtağ ücreti olmayıp, alım satım arasındaki fiyat farkıdır. Ayrıca aracı kurum, birinci el piyasasında menkul kıymetlerini halka arza sunacak ortaklığa, daha menkul kıymetler çıkarılmadan önce bunları satın alacağını taahhüt edebilir. Bu nedenle bu nevi akitler esas itibarıyla alım satım veya alım satım vaadi sözleşmeleridir ve Sermaye Piyasası Kanunu ile ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere tabidir.

### III. HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMESİ SERBESTLİĞİ VE İSTİSNALARI

#### A. Sözleşme Serbestliği Prensibi

Sermaye Piyasası Kanunu gerekçesi aracılık taahhütlerinin (ve faaliyetlerinin); kesin bağlantı aracılığı, en iyi gayret aracılığı ve tam aracılık şek-

<sup>74</sup> BRUDNEY / CHIRELSTEIN, s.796.

<sup>75</sup> JENNING / MARSH (cases and materials), s.112.

<sup>76</sup> SPK. Gerekçe, Bölüm V; KARSLI, s.98; MANAVGAT, s.782; TEKİNALP, s.79,80.

<sup>77</sup> SPK. Gerekçe Bölüm Va; Görüldüğü gibi gerekçede sadece hisse senetlerinden değil tüm menkul kıymetlerden söz edilmekte ve yeni çıkarılan belgeler gibi sınırlayıcı bir ifade yer almamaktadır.

linde olabileceğini ve bunların mahiyetini belirtmiştir<sup>78</sup>. Aracı kurumlar bu faaliyetlerinin her biri için Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatına uygun olmak şartıyla ihraççı ortaklıklar ve hatta diğer müşterileriyle sözleşme imzalayabilirler. Bu husus Türk Hukuk sistemindeki sözleşme serbestliği prensibinin de (BK.m.19) bir neticesidir.

Aracı kurumlar için aracılık sözleşmeleri (halka arza aracılık sözleşmesi), sözleşmenin her türü için ihtiyarîdir. Ancak, halka arza aracılık veya alım satıma aracılık yapmak isteyen aracı kuruluşlar, diledikleri müşterileriyle gerekli sözleşmeleri "yazılı olarak" yapmak zorundadırlar. Bu bakımdan aracı kurum herhangi bir aracılık yüklenim sözleşmesi imzalamaya zorlanamaz.

Buna paralel olarak prensip itibariyle, menkul kıymet satıcılarının (ihraççı ortaklıklar veya diğer menkul kıymet maliklerinin) de aracılık yüklenim sözleşmesi imzalama mecburiyeti yoktur. SPK.m.7, f.3 hükmüne göre; "Halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şarttır. Kurul satış süresi içinde satılmayan payların kendileri tarafından tamamen satın alınacağı ve bedellerinin ödeneceğinin kurucular, pay sahipleri veya aracı kuruluşlar arasından Kurulca belirlenenler tarafından ortaklığa karşı taahhüt edilmesini ister. Bu taahhüt süre sonunda satılmayan payların kurucular, pay sahipleri veya aracı kuruluşlar tarafından satın alınıp bedellerinin nakden ödenmesini de kapsar (SPK.m.7 f.3). Ayrıca Kurul, pay sahiplerinin ve yatırımcıların haklarını korumak amacıyla, sermaye piyasası araçlarının halka arz veya satışının gerektiğinde satın alma taahhüdü ile birlikte aracı kuruluşlar aracılığıyla yapılmasını isteyebilir (SPK.m.7 f.1). Kanun hükmünde de görüldüğü gibi, halka arz yoluyla satılan hisse senetleri konusundaki taahhüt bir aracı kurum veya banka tarafından yapılabileceği gibi ihraççı ortaklık kurucuları veya diğer pay sahipleri tarafından da yapılabilir. Amaç, hisse senedi bedellerinin muayyen süre içinde peşin ve nakden ödenmesini sağlamaktır. Yoksa hisse senetlerinin halka arzının mecburen aracı kurumlar tarafından yapılabileceği gibi bir zorunluluk öngörülmemektedir. Diğer taraftan SPK. m.7.f.1 hükmü, hisse senetlerinden başka sermaye piyasası araçlarının satışında da aracısız, doğrudan doğruya bir satışı yasaklamamaktadır. Ancak kanun, böyle bir yasaklamayı Kurul'un takdir yetkisine bırakmaktadır.

## B. SÖZLEŞME SERBESTLİĞİ PRENSİBİNİN İSTİSNALARI (Aracı Kullanma Zorunluluğu)

Sözleşme serbestliği prensibi aracı kurumlar için mutlaklıdır. Başka bir deyişle istisna söz konusu olmayıp, aracı kurumlar aracılık faaliyetlerinde böyle bir sözleşme imzalamaya zorlanamaz.

Buna karşılık, Kurul istisnaî olarak herhangi bir sermaye piyasası araçlarının halka arz veya satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla ve hatta kesin bağlantı aracılığıyla suretiyle yapılmasına karar verebilir (SPK. m.7 f.1). Bu hal-

<sup>78</sup> SPK. Gerekçe Bölüm V.

de aracı kurum, sermaye piyasası araçlarını halka arz yoluyla satmak istiyorsa Kurulun öngördüğü şartlara uymaya ve dolayısıyla, aracılık yüklenim sözleşmesi imzalamaya mecburdur. Kanun ve mevzuata göre aracı kurum tarafından ve dolayısıyla aracılık yüklenim sözleşmesi imzalanarak, halka arz suretiyle menkul kıymet satışının mecbur tutulduğu başlıca istisnaî haller; finansman bonolarında ve hissedarları tarafından halka arz edilen hisse senetlerinde söz konusudur. Diğer tür menkul kıymetlerin halka arz yoluyla satışında da Kurul, SPK.m.22a ve SPK.m.7 f.1 hükümlerinin kendisine tanıdığı yetkilere dayanarak, aracı kurum veya banka tarafından satış şartını da öngörebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, kanunun Kurul'a verdiği yetki "sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışı" ile sınırlıdır ve Kurul bu yetkisini sadece yatırımcıların ve pay sahiplerinin haklarını korumak amacıyla kullanabilir.

### **a Finansman Bonolarında**

Finansman bonolarının halka arzı yoluyla satışının yapılabilmesi için, satışın bankalar veya halka arz izni ve yetki belgesi almış aracı kurumlar vasıtasıyla yapılması şarttır (Seri: III, No:13, m.16)<sup>79</sup>. Buna karşılık halka arz edilmeksizin satılan finansman bonolarında aracı kurum vasıtasıyla satış zorunlu değildir (Seri: II, No:13, m24).

Aracı kurumlar, bonoların satışına aracılık faaliyetine başlamadan önce, Kurul izninin olup olmadığını aramakla ve bu finansman bonolarının Kurul tarafından belirlenen izin şartlarına uygun olarak satışını sağlamakla yükümlüdürler.

Finansman bonolarının halka arzında, kayda alınma başvurusundan önce anlaşma yapılmış olan aracı kuruluşun daha sonra değiştirilmesi durumunda, yeni aracılık sözleşmesinin yapıldığı tarihi izleyen en geç bir hafta içinde ve her halde ilgili tertip veya serinin satışından önce sözleşmenin bir örneği ile âkid tarafların noter tasdikli imza örnekleri veya imza sirküleri ihraççı veya aracı kuruluş tarafından Kurul'a gönderilir (Seri: III, No:13 m.16, f.2).

İzahname ve sirkülerin aracı kuruluş tarafından imzalanması gerekir. Aracı kuruluşlar bağımsız denetleme kuruluşlarının sorumluluğunda olan bilgiler hariç izahname ve sirkülerdeki bilgilerin gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmasından sorumludurlar (Seri: III, No:13 m.21; SPK.m.7, f.2).

Kurul kaydına alınan finansman bonolarının seriler halinde halka arz edilmesi halinde, ihraççılar finansman bonolarını satışa sunmadan en az 15 gün önce, bir önceki ay itibarıyla ara malî tablolar, sirküler ve bononun birer örneği ile ihraççının yönetim ve malî durumunda; kayda alınma tarihinden sirkülerin yollanma tarihine kadar geçen süre içinde meydana gelen değişme ve gelişmeleri içeren şirket yetkililerince hazırlanan ve aracı kurum tarafından

<sup>79</sup> Finansman Bonolarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:III, No:13) R.G. t.31.7.1992, sa. 21301.

yeterlilik, gerçeği dürüst bir biçimde yansıtıp yansıtmadığı vs. konularda incelenen raporun bir nüshasını Kurul'a verirler (Seri: III, No:13 m.20, f.2).

Ayrıca, finansman bonolarının satışına aracılık eden banka ve aracı kurum; halka arz edilen finansman bonolarının satış süresinin bitiş tarihinden itibaren 6 iş günü içinde;

a- İzahnamenin yayımlandığı TTSG ve sirkülerin ilân edildiği gazetele-  
rin birer nüshasını,

b- Satış sonuçlarını gösteren bilgileri,

c- Satış süresi sonunda satılmayan finansman bonusu varsa; bunların noter önünde iptal edildiğini gösterir belgeyi, Kurul'a göndermekle yükümlüdür (Seri: III, No:13, m.21 ).

## **b. Hissedarı Tarafından Halka Arz Edilen Hisse Senetlerinde**

Bazı hisse senetlerinin hissedarlar tarafından halka arz ve bu suretle satışında da hisse senetlerinin maliki olan ortak veya ortaklar ile aracı kurumlar (veya bankalar) arasında Kurul'ca belirlenecek örneğe uygun bir aracılık yüklenim sözleşmesi imzalanması ve satışın sadece bu aracı kurumlar (veya bankalar) vasıtasıyla yapılması şarttır (Seri: I No: 22, m.5 f.3). Özelleştirme kapsamında olan ortaklıklar için halka arzlarda Kurul'a başvuru özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından doğrudan doğruya yapılabilir ve bu halka arzlarda aracı kuruluşlardan, süre içinde satılmayan hisse senetlerini satın almayı taahhüt etmeleri istenmeyebilir [Seri: I, No: 22, m.5 f.4 (Seri: I, No: 23 ile değişik madde)].

Halka açık veya açık olmayan ortaklıkların mevcut veya sermaye artırımını suretiyle çıkarılacak hisse senetlerinin halka arz edilebilmesi için, bu hisse senetlerinin kayda alınması için Kurul'a başvurulması zorunludur (Seri: I, No:22, m.3 f.2).

Özelleştirme kapsamında olanlar dahil ve daha önce halka arz edilmiş ortaklıklarda, hissedarların sahip oldukları hisse senetlerini halka arz edebilmeleri için hisse senetlerinin;

a. Belli bir tertip ve gruba dahil olmaları halinde o tertip ve gruptaki tüm hisse senedi bedellerinin; aksi takdirde ortaklık sermayesinin tamamının ödenmiş olması,

b. Nominal değerleri toplamının, Kurul'a başvuru tarihi itibarıyla ortaklığın nominal sermayesinin oranının en az;

aa. Sermayeleri 250 milyar TL'na kadar olan ortaklıklar için %15,

bb. Sermayeleri 250 milyar ile 500 milyar TL. arasında olan ortaklıklar için %10,

cc. Sermayeleri 500 milyar TL. ve daha fazla olan ortaklıklar için %5 olması,



c. Rehin veya teminata verilmek suretiyle devir veya tedavülünü kısıtlayıcı ve senet sahibinin haklarını kullanmasına engel teşkil edici kayıtların olmaması zorunludur [Seri: I, No: 22, m.5 f.1 (Seri: I, No: 23 ile değişik madde)].

Ayrıca, Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıklarının hissedarlarının ellerinde bulunan hisselerini halka arz etmeleri halinde, halka arz işlemlerinin, bir aracı kuruluş vasıtasıyla yerine getirilmesi ve bu maksatla, halka arz edilecek hisse senetlerinin maliki olan ortak veya ortaklar ile aracı kuruluş arasında halka arza aracılık sözleşmesinin imzalanması şarttır (Seri:VIII, No:21, m.13d).

### **c. Değişken Faizli Tahviller İle Erken İtfa Edilebilir Tahvillerde**

Mevzuata göre, özelleştirme kapsamına alınanlar dahil, kamu iktisadî teşebbüsleri mahallî idareler ile bu idarelerle ilgili özel mevzuat uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idareler ve işletmeler dışındaki ihraççılarca çıkarılan değişken faizli tahviller ile ihraççının veya tasarruf sahibinin talebine bağlı olarak erken itfa edilebilir nitelikteki tahvillerin halka arz yoluyla satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla yapılması şarttır (Seri: II, No:13, m.20).

### **d. Kaydî Değer Haline Getirilen Sermaye Piyasası Araçları ile İlgili İşlemlerde Aracı Kullanma Zorunluluğu**

Seri :IV No: 22 sayılı Kurul tebliği SPK.m.22 hükmüne dayanarak sermaye piyasası araçların kaydî değer haline getirilmesine ilişkin düzenlemeleri hükme bağlamaktadır. Ancak SPK.m.22 hükmü bu tebliğin dayanağını teşkil edemez. Kanunla düzenlenmiş alanda idareye tanınacak düzenleme yetkisinin konusu, ancak bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere gerekli teknik konulara ve teferruata ilişkin olabilir. Yürütme organına verilecek teferruatı düzenleme yetkisinin, mutlak surette kanunca konusu sayılmış hususlara ilişkin olması gerekir. Ayrıca bu düzenleme yetkisi, kanunu değiştirici ve genişletici mahiyette olamaz. Bu bakımdan kıymetli evraka ilişkin TK.m.577 ve müteakip maddeleriyle, sermaye piyasası aracı tanımına ilişkin SPK.m.3b ve SPK.m.7 f.4 hükümleri mevcut olduğu sürece, söz konusu tebliğin hukukî dayanağı da yok demektir. İdare, tebliğ hükmüyle kanunen özellikleri belirlenmiş evrakın vasıf ve niteliklerini değiştiremez.

Bu tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa, tebliğe göre, borsada işlem görsün veya görmesin fon katılma belgeleri ile Borsada işlem gören hisse senetleri, Takasbank nezdinde ve noter huzurunda iptal ve imha edilerek, bu senetler ve belgeler üzerindeki haklar, Takasbank merkezinde bilgisayar ortamında kaydedilmek suretiyle kaydî değer haline getirilecektir (Seri: IV No: 22 m.4). İhraççı bu tebliğ kapsamına girecek sermaye piyasası araçları ihraçında artık senet bastırmayacak, bunun yerine sermaye artırımında farklı haklar veren paylar varsa, her grup için ayrı toplu saklama senetleri düzenleyecek ve bu senetleri Takasbank'a teslim edecek ve bu senetlerle ilgili değişiklikler kayden izlenecektir (Seri: IV No: 22 m.5). Ortaklıklar ve fonlar tara-

findan yapılacak ihraçlarda hisse senetleri ve katılma belgeleri bastırılmaksızın ve buna bağlı olarak ciro ve/veya zilyetliğin geçirilmesine gerek kalmaksızın, mülkiyet devirleri, merkezde kayıt ile gerçekleştirilecektir (Seri: IV, No: 22 m.6).

Bu şekilde kaydî değer haline getirilen sermaye piyasası araçlarından borsada işlem gören ortaklık payları ile ilgili olarak Takasbank merkezindeki işlemler, doğrudan hak sahipleri ya da yetki verdikleri bir aracı kuruluş tarafından yapılabilir. Ancak, Borsada yapılabilen işlemlerle ilgili emirler, aracı kuruluşlar tarafından verilir. Fon payı sahipleri de, merkezdeki işlemlerini, doğrudan kendileri ya da yetki verdikleri aracı kuruluş veya yatırım fonu kurucusu tarafından yaptırılabilirler. Müşteri kimlik bilgilerinin, Takasbank tarafından hazırlanan formatta, kayıt için merkeze başvuran hak sahibi, aracı kuruluş veya kurucu tarafından Takasbank'a verilmesi zorunlu olup, bu bilgilerin doğruluğundan bilgiyi veren sorumludur. (Seri: IV No: 22 m.7). Görülüyor ki, kaydî değer haline getirilen sermaye piyasası araçları ile ilgili olarak, borsa işlemleriyle ilgili emirlerin aracı kuruluş tarafından verilmesi, bir mecburiyet olarak hükme bağlanmıştır.

## SONUÇ

Halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar ve teşkilâtlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini ve halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder. Bu husus halka arzın sadece yeni çıkarılan değil aynı zamanda daha önce çıkarılmış sermaye piyasası araçlarında da söz konusu olduğu ve halka arzın birinci el veya ikinci el piyasalarda yapılabildiğini ifade eder. İhraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydettirilmesi zorunludur.

A.B.D. Hukukunda ise halka arz (public offering), bir menkul kıymetin halka veya özel bir gruba satışının teklif edilmesini ifade eder. Halka arz menkul kıymetlerin çıkarıldıkları andan itibaren, halk tarafından satın alınabilme imkânının varlığını gösterir. Burada iki ihtimal vardır. Birincisinde daha önce satışa sunulmamış ve satılmamış yeni çıkarılan menkul kıymetlerin satışı, ikincisinde ise daha önce çıkarılmış ve ortaklık elinde tutulan veya büyük miktarlarda bir şahsın elinde bulunan menkul kıymetlerin aracı kurumlar vasıtasıyla halka arzı söz konusudur. Halka arzda menkul kıymetler, talep etsin veya etmesin herkese rasgele satışa sunulur. A.B.D. pozitif hukukunda, Türk Hukukunun aksine "halka arz" (public offering) kavramı kanun hükümlerinde yer almakla birlikte tarif edilmemiştir. Buna karşılık, "satış" (sale or sell) kavramı, hukukî bir terim olarak Menkul Kıymetler Kanununda yer almıştır. Satış terimi Menkul Kıymetler Kanununda tarif edilmiştir. Buna göre "bir menkul kıymetin veya menkul kıymete bağlı bir menfaatin, ivaz kar-

şılığı her türlü satış anlaşması veya buna benzer bir hal satışı ifade eder. Mahkemeler de kavramı geniş bir şekilde açıklayarak, finans temini amacıyla halktan para toplamak için uygulanan her türlü metodu satış kavramına dahil etmişlerdir. Ayrıca, para kavramını da geniş anlamda herhangi bir şekilde iktisadî menfaat temini şeklinde kabul etmişlerdir. Ancak "satış" kavramı halka arzı açıklamaktan uzaktır. Bu sebepten SEC. ve mahkemeler hangi çağrı ve satışlarda halka arzın mevcut olduğunu tespitte çalışmışlardır. Mahkemeler, çağrıda bulunulan kimselerin sayısının önemli olmadığına, ortaklık hakkında bilgisi olan veya istediği bilgileri ortaklıktan her zaman elde edebilme ve bunları değerlendirme imkânına sahip kişilere yöneltilen çağrıların halka arz sayılmayacağına karar vermiştir. SEC. bu istisnaları da tekrar ederek; yapılan çağrılar sonucu menkul kıymetleri satın alanların sayısının 35'den fazla olmaması ve bu kişilerin menkul kıymetleri halka devretmek amacıyla almamış olmaları halinde halka arzdan bahsedilemeyeceğini açıklamıştır. Bu istisnaî hallerin dışında menkul kıymetlerin satın alınmasını sağlamak amacıyla yazılı veya sözlü çağrılar yapılması, A.B.D.'de menkul kıymetlerin halka arzı sayılır. A.B.D. Hukukunda da menkul kıymetlerin halka arzı için herhangi bir merciden izin almak gerekli değildir.

Halka arza aracılık, "en iyi gayret aracılığı" veya "aracılık yüklenimi" şeklinde yapılabilir. En iyi gayret aracılığı, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının izahnamede gösterilen satış süresi içinde satılmasını, satılmayan kısmın ise satışı yapana iadesini veya bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü şahıslara satılması, şeklinde tarif edilmektedir.

Aracılık yüklenimi ise Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının; (aa) Halka arz yoluyla satılmasının ve satılmayan kısmının tamamının, bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının (bakıyeyi yüklenim), (bb) Bedeli satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle tamamının satın alınarak halka satılmasının (tümünü yüklenim) ,satışı yapana karşı taahhüt edilmesidir.

Aracı kurumlar aracılıkla ilgili faaliyetlerinde müşterileriyle faaliyetin türlerine göre bir takım yazılı sözleşmeler yapmak zorundadır. Esas itibarıyla gerek halka arz gerek alım satım aracılık veya yatırım danışmanlığı, portföy yöneticiliği, repo ve ters repo işlemleri, vadeli işlemler gibi aracı kurumların faaliyetleri müşterileri ile kendileri arasında bir akdi ifade ederler. SPK. bunlarla ilgili özel sözleşmelerden bahsetmemiştir. Ancak Kurul, bu faaliyetlerle ilgili sözleşmelere özel adlar koymuş ve bunları yazılı şekle tabi tutmuştur.

Halka arz sözleşmesi ,bir veya daha fazla "halka arza ve / veya alım satım aracılık" izin ve yetki belgesi almış olan aracı kuruluşlarla sermaye piyasası araçlarını halka arz veya herhangi bir surette satışa sunan ortaklık yahut hisse senetlerini halka arz eden hissedarlar ve kanaatimizce sermaye piyasası araçlarını satışa sunan tüm gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılabilen, aracı kuruluşların muayyen bir ücret veya komisyon karşılığı, satışa sunulan sermaye piyasası araçlarını, (a) halka arz edeceğini (veya kanaatimizce herhangi bir surette satışa sunacağını) ve bu yolla müşterisi nam ve hesabına veya kendi namına müşterisi hesabına satacağını (en iyi

gayret aracılığı) yahut (b) sermaye piyasası araçlarını kendisi satın alarak kendi nam ve hesabına satacağını (tümünü yüklenim - kesin bağlantı aracılığı) yahut (c) ihraççı ortaklık nam ve hesabına satışı ve satılmayan kısmın kendisi tarafından satın alınacağını (bakiyeyi yüklenim - tam aracılık) ve bunları muayyen bir süre içinde gerçekleştireceğini taahhüt ettiği bir aracılık sözleşme türüdür.

Aracılık yüklenimi ve halka arza aracılık sözleşmesi, esas itibarıyla AngloSakson hukukunun "underwriting" diye adlandırdığı bir müessesedir. Bilim hukuk sistemimize de buradan alınmış ve hatta Kanun gerekçesinde de

"underwrite" kavramına İngilizce olarak yer verilmiştir. "Underwriting" sözleşmesi, ortaklıkların hisse senetlerini halka arz etmeden önce yapılan ve sözleşmede belirtilen miktarda halkın satın almadığı hisse senetlerini aracının alacağını hükme bağlayan bir sözleşmedir.

Türk Hukukunda halka arza aracılık sözleşmesinin konusu tüm sermaye piyasası araçlarının her türlü piyasada alım satımına aracılıktır. SPK.m.7 f.1 hükmü, sözleşme konusunun tüm sermaye piyasası araçlarını ihtiva edeceğini açıkça ifade etmektedir. Doktrinde "aracılık yüklenim sözleşmesinin (yeni adıyla halka arza aracılık sözleşmesinin) hizmet ettiği amacın, menkul kıymet ihraçlarında, ihraç eden ortaklığın pazarlama riskini aracı kurumlara dağıtmak ve ihraçtan beklenen gelirin sağlanmasını garanti etmek" olduğu ifade edilmekte ve bu amacın, ihraç eden ortaklığı ilgilendirmeyen ikinci el piyasa işlemlerine yabancı olduğu sebebine dayanarak, aracılık yüklenim sözleşmesinin yalnızca birinci el piyasasındaki halka arzlara aracılık edilmesi halinde imzalanması gerektiği" sonucuna varılmaktadır. Bize göre ise, bu sebeplerle aracılık yüklenim sözleşmelerini sadece birinci el piyasa işlemlerine hasretmek gerekmez. Çünkü her şeyden önce ikinci el piyasalarında da aracılık yüklenim sözleşmelerinin yapılabilmesi söz konusu amacın gerçekleşmesini engellemez. Aksine ikinci el piyasa işlemlerinde de istikrar, güven ve işlem hacminin artmasına yardımcı olabilir. Kanaatimizce, SPK. m.7 hükmünün amacı, sözleşme yasağı getirmekten çok, bazı özel işlemlerde (halka arz gibi) gerektiğinde sözleşme mecburiyeti getirmeye yöneliktir. Aracılık faaliyetleri ve akit serbestliği göz önüne alınırsa, halka arz suretiyle satış olmasa dahi borsada veya borsa dışındaki bütün aracılık faaliyetlerinde, halka arza aracılık sözleşmesi yapılabilir.

Halka arza aracılık sözleşmelerinde birden fazla edimler taahhüt edilebilir. Satıcıların sözleşmeyle taahhüt edeceği edimler;

- 1) Aracı kuruma sermaye piyasası araçlarını teslim etmek,
- 2) Sermaye piyasası araçlarını satışına ve bununla ilgili muameleleri yapmasına izin ve yetki vermek ve
- 3) Satış karşılığında kurtağ adı verilen muayyen bir komisyonu ödemek yahut alım satım arasındaki farkı aracı kuruma bırakmak taahhüdüdür.

Aracı kurumların taahhütleri bakımından ise edimler esas itibarıyla üç çeşittir. Bu edimlerden ilki; satışı istenen sermaye piyasası araçlarının satıcı

nam ve hesabına veya satıcı hesabına kendi namına aracı kurum tarafından muayyen bir süre içinde halka satışının taahhüdüdür. Aracı kurum burada, sadece pazarlama hizmeti vereceğini ve işin gereğini yerine getireceğini taahhüt etmektedir. İkincisi, satış vaadiyle birlikte muayyen süre içinde satılmayan sermaye piyasası araçlarının kendisi tarafından satın alınacağı şeklinde taliki şarta bağlı bir edimin taahhüt edilmesidir. Üçüncüsü ise sermaye piyasası araçları aracı kurum veya kurumlar tarafından toptan satın alınarak, kendi nam ve hesaplarına halka satılmasının taahhüt edilmesidir. Sözleşmede aracı, halka satılması teklif edilen sermaye piyasası araçlarını, tekrar halka satmak maksadıyla satın almayı kabul etmektedir. Aracılık yüklenim sözleşmelerinde bu edimlerden birisi taahhüt edilebileceği gibi, bunların karışımından meydana gelebilecek birden fazla edim de taahhüt edilebilir.

Halka arza aracılık sözleşmesinin şekli konusunda kanunî bir düzenleme yoktur. Kurul ise bir tebliğ hükmü ile aracılık sözleşmesinin bir türü olan halka arza aracılık sözleşmesinin şekil ve muhtevasını düzenlemiştir. Aracılık sözleşmesi ile konsorsiyum sözleşmesinin bir arada yapılması istendiğinde, her iki sözleşmede yer alacak hükümler, tek sözleşmede birleştirilebilir ve sözleşme, sermaye piyasası aracını çıkaran veya halka arz eden ile konsorsiyum yöneticisi ve konsorsiyuma katılan diğer aracı kuruluşlar tarafından birlikte imzalanır.

Halka arza aracılık (Aracılık) sözleşmeleri, sermaye piyasasında sermaye piyasası araçlarının belli bir süre içinde belli bir fiyatla halka satılması taahhüdünün çeşitli türlerini ihtiva eder. Söz konusu taahhüt veya taahhütlerin mahiyetine göre de sözleşme çeşitleri; (a) kesin bağlantı aracılığı (bakiyeyi yüklenim), (b) en iyi gayret aracılığı, (c) tam aracılık (tümünü yüklenim) yüklenim sözleşmeleri şeklinde adlandırılabilir. Türk Hukukuna mehz teşkil eden A.B.D. mevzuatında da, menkul kıymetlerini halka satmak isteyen ortaklıklar bunu doğrudan doğruya yapabilecekleri gibi, menkul kıymetler piyasasında uzmanlaşmış aracı kurumlar vasıtasıyla da yapabilirler. Sözleşmeye dayanan ve "underwriting" denen bu işlem ve hizmetler değişik şekillerde olabilir. Sözleşmedeki taahhüdün mahiyeti sözleşme çeşitlerini de gösterir. A.B.D. Hukukunda da aracılık yüklenim sözleşmeleri genel olarak üç başlık altında toplanır (a) Eski moda veya kesin bağlantı aracılığı sözleşmesi, (b) En iyi gayret aracılığı sözleşmesi, (c) Tam aracılık sözleşmesi. Sözleşme türleri değişmez ve sabit değildir. Bu üç temel sözleşmedeki taahhütlerin karışımını ihtiva eden sözleşmeler akdetmek de mümkündür. Türk Hukukunda da kanunda ve mevzuatta aksine bir hüküm olmadığı için ve sözleşme serbestliği (BK.m.19) prensibi gereği aynı sonuca varılabileceği kanaatindeyiz.

-A.B.D. Menkul Kıymetler Kanunu'na göre tescil beyannamesinin (registration statement) doldurulmasından önce görüşmeler ve pazarlıklar sadece ihraççı ile aracı kurum arasında mümkündür. Tescil beyannamesinin hüküm ifade edeceği ana kadar menkul kıymetler halka arz edilemez ve bu ana kadar hiçbir sözleşme ve satış yapılan Makul Kıymetler ve Borsa Komisyonu'nun koyduğu kurallar (SEC. rules), "underwriter"lara, sözleşme ile satmayı taahhüt ettikleri muayyen miktar menkul kıymetlerden daha fazla miktarını halka arz ve satabilmesine de izin vermektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu gerekçesi aracılık taahhütlerinin (ve faaliyetlerinin); kesin bağlantı aracılığı, en iyi gayret aracılığı ve tam aracılık şeklinde olabileceğini ve bunların mahiyetini belirtmiştir. Aracı kurumlar bu faaliyetlerinin her biri için Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatına uygun olmak şartıyla ihraççı ortaklıklar ve hatta diğer müşterileriyle sözleşme imzalayabilirler. Bu husus Türk Hukuk sistemindeki sözleşme serbestliği prensibinin de (BK.m.19) bir neticesidir. Aracı kurumlar için aracılık sözleşmeleri (halka arza aracılık sözleşmesi), sözleşmenin her türü için ihtiyardır. Ancak, halka arza aracılık veya alım satım aracılık yapmak isteyen aracı kuruluşlar, diledikleri müşterileriyle gerekli sözleşmeleri "yazılı olarak" yapmak zorundadırlar. Bu bakımdan aracı kurum herhangi bir aracılık yüklenim sözleşmesi imzalamaya zorlanamaz. Buna karşılık, Kurul istisnaı olarak herhangi bir sermaye piyasası aracının halka arz veya satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla ve hatta kesin bağlantı aracılığı suretiyle yapılmasına karar verebilir. Bu halde aracı kurum, sermaye piyasası araçlarını halka arz yoluyla satmak istiyorsa Kurulun öngördüğü Şartlara uymaya ve dolayısıyla, aracılık yüklenim sözleşmesi imzalamaya mecburdur. Kanun ve mevzuata göre aracı kurum tarafından ve dolayısıyla aracılık yüklenim sözleşmesi imzalanarak, halka arz suretiyle menkul kıymet satışının mecbur tutulduğu başlıca istisnaı haller; finansman bonolarında ve hissedarları tarafından halka arz edilen hisse senetlerinde söz konusudur. Diğer tür menkul kıymetlerin halka arz yoluyla satışında da Kurul, SPK.m.22a ve SPK.m.7 f.1 hükümlerinin kendisine tanıdığı yetkilere dayanarak, aracı kurum veya banka tarafından satış şartını da öngörebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, kanunun Kurul'a verdiği yetki "sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışı" ile sınırlıdır ve Kurul bu yetkisini sadece yatırımcıların ve pay sahiplerinin haklarını korumak amacıyla kullanabilir.

Finansman bonolarının halka arz yoluyla satışının yapılabilmesi için, satışın bankalar veya halka arz izni ve yetki belgesi almış aracı kurumlar vasıtasıyla yapılması şarttır. Buna karşılık halka arz edilmeksizin satılan finansman bonolarında aracı kurum vasıtasıyla satış zorunlu değildir.

Bazı hisse senetlerinin hissedarlar tarafından halka arz ve bu suretle satışında da hisse senetlerinin maliki olan ortak veya ortaklar ile aracı kurumlar (veya bankalar) arasında Kurul'ca belirlenecek örneğe uygun bir aracılık yüklenim sözleşmesi imzalanması ve satışın sadece bu aracı kurumlar (veya bankalar) vasıtasıyla yapılması şarttır. Özelleştirme kapsamında olan ortaklıklar için halka arzlarında Kurul'a başvuru Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından doğrudan doğruya yapılabilir ve bu halka arzlarında aracı kuruluşlardan, süre içinde satılmayan hisse senetlerini satın almayı taahhüt etmeleri istenmeyebilir.

Ayrıca, Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıklarının hissedarlarının ellerinde bulunan hisselerini halka arz etmeleri halinde, halka arz işlemlerinin, bir aracı kuruluş vasıtasıyla yerine getirilmesi ve bu maksatla, halka arz edilecek hisse senetlerinin maliki olan ortak veya ortaklar ile aracı kuruluş arasında halka arza aracılık sözleşmesinin imzalanması şarttır.

## *Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği*

Mevzuata göre, özelleştirme kapsamına alınanlar dahil, kamu iktisadi teşebbüsleri mahalli idareler ile bu idarelerle ilgili özel mevzuat uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idareler ve işletmeler dışındaki ihraççılarca çıkarılan değişken faizli tahviller ile ihraççının veya tasarruf sahibinin talebine bağlı olarak erken itfa edilebilir nitelikteki tahvillerin halka arz yoluyla satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla yapılması şarttır.

Borsada işlem görsün veya görmesin fon katılma belgeleri ile Borsada işlem gören hisse senetleri, Takasbank nezdinde ve noter huzurunda iptal ve imha edilerek, bu senetler ve belgeler üzerindeki haklar, Takasbank merkezinde bilgisayar ortamında kaydedilmek suretiyle kaydî değer haline getirilecektir. Bu şekilde kaydî değer haline getirilen sermaye piyasası araçlarından borsada işlem gören ortaklık payları ile ilgili olarak Takasbank merkezindeki işlemler, doğrudan hak sahipleri ya da yetki verdikleri bir aracı kuruluş tarafından yapılabilir. Ancak, Borsada yapılabilen işlemlerle ilgili emirler, aracı kuruluşlar tarafından verilir. Fon payı sahipleri de, merkezdeki işlemlerini, doğrudan kendileri ya da yetki verdikleri aracı kuruluş veya yatırım fonu kurucusu tarafından yaptırılabilirler. Müşteri kimlik bilgilerinin, Takasbank tarafından hazırlanan formatta, kayıt için merkeze başvuran hak sahibi, aracı kuruluş veya kurucu tarafından Takasbank'a verilmesi zorunlu olup, bu bilgilerin doğruluğundan bilgiyi veren sorumludur. Görülüyor ki, kaydî değer haline getirilen sermaye piyasası araçları ile ilgili olarak, borsa işlemleriyle ilgili emirlerin aracı kuruluş tarafından verilmesi, bir mecburiyet olarak hükme bağlanmıştır.

# HUKUKİ MUAMELELERDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN\*

## GİRİŞ

Türk özel hukukunda şahıslar, irade serbestisinin sonucu olarak, iradelerini açıklamak suretiyle kendilerini hak sahibi yapabilirler, borç altına sokabilirler, sahip oldukları hakları ve hukukî durumu etkileyerek daraltabilirler, genişletebilirler veya ortadan kaldırabilirler. Şahıs iradesinin istenen hukukî sonucu doğurabilmesi için oluşması yetmez, ayrıca açıklanması da gerekir. İnsanın iç dünyasında oluşan iradenin dış dünyaya yansıtılması irade açıklamasıdır. İradenin dış dünyaya açıklanması, sözle, yazıyla, tavir ve davranışlarla yapılabilir. Hukukî muamelelerin meydana gelmesinde kurucu unsur olan iradenin anlaşılabilirliği için bir kalıba dökülmesi gerekir. Bir irade beyanının anlaşılacak üzere döküldüğü kalıba, vasıtaya şekil denir<sup>1</sup> Bu mada en geniş olarak irade beyanlarının açıklanmasına yarayan yazı, söz ve davranışlar şekildir. Ancak teknik olarak hukukta şekil kavramı bu ölçüde geniş anlaşılmaz. Hukukta şekilden maksat irade beyanının sonuç doğurabilmesi için bürünmesi gereken ve kanun veya irade ile tespit edilen şekildir.

İrade hürriyetinin sonucu olarak fertler kendi aralarında geçerli olacak hukuku serbestçe tespit edebilirler. Ancak bu serbestinin de bir sınırı vardır. İrade serbestisinin sınırı Borçlar Kanunu'nun 19/II. ve 20/I. maddelerinde gösterilmiştir. Buna göre kanuna, ahlaka aykırı ve imkansız konularda hukukî muamele yapılamaz. Diğer taraftan BK. 11/I m. de "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir." hükmü yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nun 11/I ve 16.m. hükümlerinden hukukî muameleler için şekil serbestisi getirilmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kanunda şekle tâbi tutulan bir hukukî muamelenin, geçerliliğinin söz konusu şekle uygun olması halinde mümkün olacağı BK. 11/II. m. sinde ifade edilmiştir.

Konunun problematiği, kanunun aradığı şekle riayet edilmeden yapılan bir hukukî muamelenin hukukî mukadderatıdır. Acaba kanunda aranan şekle uyulmadan yapılan bir hukukî muamele yok hükmündedir ki yoksa batıl bir muamele midir? Hukukî muamelenin tarafları, şekle aykırı olarak yaptıkları hukukî muameleden doğan edimin karşılıklı olarak ifa edilmesinin veya bir tarafın ifa etmesinin yada bir tarafın ifa talebini karşı tarafın reddetmesinin ne gibi hukukî sonuç doğuracağı bu makalenin konusu olacaktır.

Hukukî muamelelerin kuruluşunda temel kurucu unsur iradedir. Buna mukabil bazen kanunda irade ile birlikte şekil de hukukî muamelenin doğması için kurucu temel unsur olarak belirtilmiş olabilir. Meselâ evlenmede durum böyledir. Ancak BK. 11. m. sinde aranan şekil, hukukî muamelenin kurucu

\* Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2.baskı, Konya 1994, s.3.



unsuru olmayıp geçerlilik unsurudur<sup>2</sup>. Şekle tâbi bir hukukî muamelenin geçerlilik unsurundan mahrum olması halinde tarafların bu muameleyle ilgili olarak hak ve yükümlülüklerinin ne olacağı, bu çalışmayla MK. 2/II. m. si, BK. 11/II., 20/II. maddeleri açısından ele alınacaktır.

## **1. ŞEKLİN KAYNAĞI VE ÇEŞİTLERİ**

### **I- ŞEKLİN KAYNAĞI**

Hukukî muamelelerin geçerliliği için aranan şeklin kaynağı ya kanunda yada tarafların iradesi ile kararlaştırmış oldukları sözleşmede yer alır. Bu bakımdan hukukî muamelenin geçerliliği için aranan bir unsur olan şekil kanunî şekil ve iradî şekil olarak sınıflandırılır.

#### **A) Kanunî Şekil**

Borçlar Kanununun 11/II. maddesinde yer alan genel kurala göre, hukukî muamelelerin geçerliliği için kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde şekilsizlik asıldır. Eğer kanunda bir hukukî muamelenin geçerliliği için şekil aranıyorsa bu hükme göre asıl olan şekilsizlik yerine istisna olan şekil aranır. Hukukî muamelenin kuruluşu veya geçerliliği için şekil zorunluluğu özel olarak kanunda yer alması durumunda aranan şekle kanunî şekil denir.

#### **B) İradî Şekil**

Herhangi bir hukukî muamele için kanunda özel bir şekil öngörülmemişse bunun geçerliliği şekle bağlı değildir. Kanunî şekle tâbi olmayan bir hukukî muamelenin geçerliliği bizzat bu muameleyle taraf olanlarca şekle tâbi tutulmuş olabilir. Burada da hukukî muamelenin geçerliliği için aranan şeklin kaynağı irade olması dolayısıyla iradî şekil söz konusu olur. İradî şekil kanunî şekilde olduğu gibi soyut bir kurala dayanmamaktadır; aksine hukukî muameleyle taraf olanlar arasında geçerli olan bir sözleşme hükmüne dayanmaktadır.

## **II- ŞEKLİN ÇEŞİTLERİ**

### **A) Sözlü Şekil**

Sözlü şekil dendiğinde çoğu kere yanlış olarak şekilsizlik anlaşılır. Halbuki şekilsizlikten maksat hukukî muamele için gerekli olan iradenin yazı ile, söz ile veya tavır ve davranışla ve hatta bazen pasif davranışlarla açığa vu-

<sup>2</sup> Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I., 3. bası, Ankara 1989, s.172.

rulmasıdır. Sözlü şekil ise kanunda belirtilen hukukî muamele için sözlü olarak irade açıklanmasıdır. Bu manada şeklin örneği evlenme ve sözlü vasiyette görülmektedir.

## B) Yazılı şekil

Yazılı şekilden maksat hukukî muamelenin kurulması veya geçerliliği için gerekli olan iradenin yazı ile ifade edilmesidir. Yazı, bilinen herhangi bir alfabe ve dil ile herhangi bir cisim üzerine işaretlenmesidir. Yazılı şekilde iradenin ifade edildiği metin ile bu iradenin aidiyetini belirten imzadan ibarettir. Yazılı şekil adi yazılı şekil, resmi yazılı şekil ve vasıflı yazılı şekil olarak görülür.

### 1. Adi Yazılı Şekil

Eğer kanunda sadece "yazılı şekil" hukukî muamelenin geçerliliği için zorunlu olduğu belirtilmişse adi yazılı şekil söz konusudur. Adi yazılı şekil, iradeyi ifade eden metnin el veya herhangi bir vasıta ile yazılarak aynı metni ihata edecek tarzda imzalanmasından ibarettir.

### 2. Vasıflı Yazılı Şekil

Kanunda bazen iradenin açıklamasında kullanılacak yazının yazılışı, kullanılan vasıta veya usul hakkında bir vasıf aranmış olabilir. Bunun gibi bir vasfın aranması o şeklin vasıflı yazılı şekil olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurur<sup>3</sup>. El yazısı ile vasiyetname vasıflı yazılı şeklin örneğini oluşturur.

### 3. Resmi Yazılı Şekil

Hukukî muamelenin geçerliliğini sağlayacak irade bir resmi memur tarafından yazılarak bunların ilgili şahıslara ait olduğunun tasdik edilmesidir. Resmi yazılı şekli yazarak tamamlayacak memur genel olarak noterlerdir. Bir resmi yazılı şeklin hangi resmi memur tarafından yapılacağı tayin edilmemişse noterler görevli ve yetkilidir. Kanunda özel olarak bir resmi merci gösterilmişse ancak onun tarafından yapılan hukukî muamele geçerli olur.

### 4. Resmi Sicile Tescil

Kanunda bazı hukukî muamelelerin geçerliliği devlet tarafından tutulan sicile kaydedilmeye bağlanmış olabilir. Resmi sicile kaydı aranan hukukî muameleler tescil işlemi yapılmadan sonuç doğurmaz. Mesela vakıf kurmak isteyen bir şahsın iradesi usulüne uygun olarak açıklanmakla beraber sonuç

<sup>3</sup> Keller/Schöbi, 25.

doğurmaz. İrade açıklamasıyla beklenen hukukî sonucun gerçekleşebilmesi için bunun vakıf siciline kaydedilmesi gerekmektedir. Tescil, bunun gibi hukukî muamelelerin geçerliliğini sağladığı için bir çeşit şekildir.

## 5. İlan

Hukukî muamelenin sonuç doğurabilmesi ilan keyfiyetine bırakılmış olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, ilan sonucuna bağlanan hukukî muamelenin geçerliliği, irade açıklamasının meydana getirdiği yeni durumdan iyi niyetle haberdar olamayan üçüncü şahıslar hakkındadır. Genellikle tek taraflı irade açıklamalarının bu açıklamadan haberi olmayan iyi niyetli üçüncü şahıslar hakkında hüküm doğurması amaçlanmaktadır. Esasen keyfiyet ilan edilmese bile durumdan haberi olan şahıslar hakkında ilanın yapılmamış olmasına rağmen sonuç doğurur. Mesela karının temsil yetkisini kaldıran kocanın bu kararı ilan edilmese bile durumdan haberi olan kişiler hakkında geçerlidir. Karının temsil yetkisinin kaldırılmasından haberi olmayan üçüncü şahıslar hakkında bu kararın sonuç doğurması için ilan gerekmektedir.

## 2. ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUCU

Şekle aykırılığın sonuçlarını ortaya koyabilmek için öncelikle şeklin kaynağına bakmak gerekir. Hukukî muamelenin şekle tâbi oluşu bazen kanun tarafından bazen de tarafların iradesi ile kararlaştırılmış olabilir. Şeklin kaynağı, şeklin amacını da belirterek buna riayet edilmemesi halinde sonucuna da işaret etmiş olabilir.

### I- YOKLUK GÖRÜŞÜ

Şekli öngören kanun veya sözleşme, şekli hukukî muamelenin kurucu unsuru olduğunu kabul etmiş olabilir. Bu durumda şekle uyulmadan yapılan hukukî muamele yok sayılır.

Yokluk görüşüne, şeklin hukukî durumunu düzenleyen BK. 11. m.si hükmü müsaade etmemektedir. Zira BK.'nın gerek 11/I fıkrası ve gerekse II. fıkrasında akdın sıhhatinden bahsedilmektedirler. Akdin sıhhati kavramı ise kuruluşu değil geçerliliği ifade etmektedir<sup>4</sup>.

### II- BUTLAN GÖRÜŞÜ

Borçlar Kanunu'nun 11/II. m. sine göre sözleşmenin sıhhati kanunda öngörülüş şekle riayete bağlıdır. Sözleşmenin sıhhatinin kanunda öngörülen şekle bağlı olması, kurucu unsurları mevcut bir sözleşmenin geçerli olması şartını ifade etmektedir. Sözleşme kanunda öngörülen şekle riayet

<sup>4</sup> Eren, s. 317.

edilmeden yapılmışsa, geçersiz olur, batıl olur<sup>5</sup>. Mutlak butlan görüşü olarak nitelendirilen bu görüşe göre şekle aykırılık sözleşmeyi geçersiz kılar, sonradan veya ifa ile geçerlilik sağlanamaz. Şekil noksanlığıyla batıl bir hukukî muamele hakim tarafından resen göz önüne alınır, ilgililer ve menfaati bulunan üçüncü şahıslar şekil noksanlığını ileri sürebilir. Tarafların iyi niyetli olması şekil noksanlığını gidermez. Şekil noksanlığı ile batıl hukukî muamele nin ifası da ona sıhhat kazandırmaz, ifa eden taraf verdiği sebepsiz zenginleşme veya istirdat davası ile geri alabilir<sup>6</sup>.

Mutlak butlan görüşünün yanında, şeklin amacı dikkate alınarak, sonucu mutlak butlana göre daha hafif olan, nispi butlana yaklaşan, kendine özgü geçersizlik görüşü de bulunmaktadır<sup>7</sup>.

### III- KENDİNE ÖZGÜ GEÇERSİZLİK GÖRÜŞÜ

Hukukî muamelelerin şekle tâbi tutulmasında ispat fonksiyonu, tarafların görüşmesinde ciddiyet ve tarafları ikaz gibi fonksiyonları vardır. Şeklin bu tür fonksiyonlarından çıkan amaç tarafları korumaktır<sup>8</sup>. Şekil kurallarının gai yorumundan bu sonuç çıkmaktadır. Şekle aykırılığını sadece taraflar ileri sürebilir, hakim resen şekle aykırılığa dayanarak hukukî muameleyi geçersiz sayamaz<sup>9</sup>.

### 3. ŞEKLE AYKIRILIĞIN İYİLEŞTİRİLMESİ

Şekle uyulmadan yapılan bir hukukî muamele, netice itibariyle ilk anda kendisinden beklenen hukukî sonucu doğurmayacaktır. Bu sonuç özellikle şekle aykırılığa rağmen tarafların geçerliliği arzu etmeleri, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek edimlerini ifa etmeleri gibi hallerde şeklin getiriliş amacının dışına çıkmaktadır.

#### I- TAHVİL

Şekle aykırılık sebebiyle geçersiz bir hukukî muamele ile arzu edilen sonuç şekle tâbi olmayan başka bir muamele ile elde edilebiliyorsa, geçersiz muamelenin yerine bu ikinci muamelenin geçmesi tahvildir. Geçersiz muamelenin geçerli başka bir muameleye dönüştürülebilmesi için öncelikle tarafların bunu arzu etmeleri gerekir. Tarafların mutlaka şekil eksikliği dolayısıyla geçersiz olan muameleyi yapmak gibi bir arzularının bulunması, bundan başka bir hukukî muamele yapmak istememeleri tahvile engel olur. Ayrıca batıl

<sup>5</sup> Eren, s. 313; Kılıçoğlu, Ahmet, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, C. 15, S.1-4, 1989, s.296.

<sup>6</sup> von Tuhr (Edege) Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Ankara 1983, s. 232,233.

<sup>7</sup> Eren, s.315; Kılıçoğlu, s. 299.

<sup>8</sup> Brox, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln, 1981, s. 124, 128.

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, s. 299.

hukukî muamelenin yerine geçebilecek, onun sağladığı sonuçları sağlayabilecek ve geçersizlik sebebi olan şekle tâbi olmayan bir başka hukukî muamelenin de olması gerekir. Bu ikinci muamele birincinin yerine geçtiği zaman onun sağladığı sonucu genişletmemesi gerekir<sup>10</sup>. Mesela yazılı olması gereken bağış vadinin ifa edilmesi halinde elden bağışa tahvil edilmesi, noterde yapılan gayrimenkul satış sözleşmesinin gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine tahvil gibi.

## II- AHLAKA AYKIRILIK SEBEBİYLE TAZMİNAT TALEBİ

Şekle tâbi bir hukukî muamelenin yapılmasında şekle aykırılığı isteyen veya şekle tâbi olarak yapılması gerektiğini bildiği halde ses çıkarmayan ve bilahare şekle aykırılığı ileri süren tarafın bu davranışı şüphesiz ahlâka aykırı bir davranıştır. Ahlâka aykırı bir davranışla ve kusuruyla başkalarına zarar veren taraf bunu tazmin etmekle yükümlüdür. Şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacak bir hukukî muamelenin geçerli olacağına dair karşı tarafı inandıran ve sonra da şekle aykırılık dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğinden zarar gören tarafın bu zararını tazmin etmesi gerekir<sup>11</sup>.

## III- CULPA IN CONTRAHANDE SORUMLULUĞU

Kendi kusuru ile şekle aykırılık dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğine sebep olan taraf sözleşme görüşmelerindeki kusuru dolayısıyla sorumludur. Her ne kadar taraflar arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmamışsa da taraflar akit öncesi ilişkilerindeki kusurlu hareketlerinden sorumludur<sup>12</sup>. Kendi kusuru ile sözleşmenin gerçekleşmesine engel olan veya geçersizliğine sebep olan taraf bu yüzden karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür<sup>13</sup>.

## IV- ŞEKLE AYKIRILIK İDDİASI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

### A) Bilerek Şekle Aykırılığa Sebep Olma

Taraflardan biri, diğer tarafı yapılacak hukukî muamelenin şekle aykırılığa rağmen geçerli olacağına ikna etmişse, buna rağmen şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı dolayısıyla şekle aykırılığa sebep olan tarafın şekle aykırılık sebebiyle geçersizlik iddiası dinlenmez<sup>14</sup>. Bu durum her ne kadar ahlâka aykırılık dolayısıyla

<sup>10</sup> Eren, s. 318.

<sup>11</sup> Feyzioğlu, N.F., Borçlar Hukuku C.I., İstanbul 1976, s.183; von Tuhr, s.232; Kılıçoğlu, s. 311.

<sup>12</sup> Eren, III.,s. 306.

<sup>13</sup> Furrer, Frank, Heilung des Formmangels im Vertrag, Zürich 1992, s.90.

<sup>14</sup> Eren, s.315.

görülen zararın tazminine de imkân veriyorsa da taraflar arasındaki sözleşmenin şekle aykırılığa rağmen geçerli sayılması daha fazla himaye sağlar<sup>15</sup>.

## B) İfa Hali

Şekle tâbi bir hukukî muameleden doğan yükümlülüklerin ifası farklı şekillerde görülebilir. Ani edimli borç ilişkilerinde ifa bir defada yerine getirilirken sürekli borç ilişkilerinde borç devamlı olarak ifa edilir. Bazı borç ilişkilerinde her iki taraf da aynı borç ilişkisinden dolayı karşılıklı olarak yükümlülük altındadırlar. Diğer taraftan bazı edim yükümlülükleri kısım kısım ifaya imkân verirken bazıları ise bir bütün halinde ifa edilmesi gerekir.

Borçlar Kanunu'nda şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz olan hukukî muamelelerin ifa edilmeleri halinde ne gibi bir sonuç doğacağına dair genel bir hüküm yoktur<sup>16</sup>. Buna karşılık özel olaylarla ilgili hükümler mevcuttur. Mesela BK 238/İ. m. ye göre bağışlama taahhüdü yazılı olmalıdır; bağışlama ise BK.237/İ m. ye göre bağışlanan menkulün teslimi ile gerçekleşir. Yazılı olarak yapılması gereken bir bağışlama taahhüdü, bu şekle uyulmadan yapılmış ve bağış taahhüt eden bağış konusu şeyi teslim etmişse artık geçersiz bir sözleşmeye dayanan geçersiz bir borcu ifa etmiş sayılmaz; muteber bir ifade bulunmuş olur. Diğer taraftan MK. 611/İI. m. ye göre mirasın taksimi mirasçılar arasında yazılı olarak yapılması halinde bu sözleşme tarafları bağlar ve taksim sözleşme esaslarına göre yapılır. Mirasçıların kendi aralarında taksim sözleşmesi yapıp fakat yazılı hale getirmemeleri durumunda sözleşme şekil eksikliğinden dolayı geçersiz olup tarafları da bağlamaz. Mirasçılar yazılı olmamakla beraber yaptıkları sözleşmeye uyarak fiilen taksimi gerçekleştirmişlerse MK.611/İI. m. ye göre bu geçerli bir taksimdir.

İsviçre - Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da şekle aykırı olarak yapılan bir hukukî muamelenin iyileştirilmesi ile ilgili genel bir kural yoktur. Alman Hukukunda da münferit olarak şekle tâbi bazı sözleşmelerin ifa edilmesi halinde şekle aykırılığın sonuçlarının ortadan kalkacağı ve şekilsizliğe rağmen hukukî muamelenin muteber olacağı belirtilmiştir<sup>17</sup>. İfa ile birlikte şekilsizliğin sonucu ortadan kalkmaktadır. Buna göre ortaya çıkan hukukî sonucun ifa ile mi yoksa ifadan da geriye giderek sözleşmenin yapıldığı andan mı sonuç doğuracağı konusu tartışmalıdır<sup>18</sup>.

## 1. Bir Tarafın İfası

Gerek karşılıklı borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden olsun ve gerekse bir tarafa borç yükleyen ilişkilerden doğsun, taraflardan biri şekil eksikliği dolayısıyla geçersiz bir sözleşmeye göre ifade bulunursa şekle aykırı hukukî

<sup>15</sup> Kılıçoğlu, s. 311

<sup>16</sup> Ünal, Oguz Kürşat, Maliye Postası Dergisi, Yıl.9 S.193,194,195, s.49

<sup>17</sup> Molitor Erich; Schuldrecht I, AGT. 7.Aufl, Berlin 1962, s.87.

<sup>18</sup> Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, Berlin 1976, s.81.

muamele artık her iki taraf için bağlayıcı hale gelir mi? Bu durumda Genel kurallardan hareketle geçersiz bir sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesi o sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Sözleşmenin geçerli olacağına güvenerek ve karşı tarafın da sözleşme şartlarıyla bağlı olacağına inanarak ifada bulunan tarafın güvenini MK. 2/II. m. de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı korumaktadır. Borçlar Kanunu 11. m. de yer alan şekille ilgili kural şüphesiz amir bir hüküm olup taraflar ve üçüncü şahıslarca her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından da resen uygulanır. Ancak MK. 2. m. de yer alan doğruluk ve güven kuralları ve ikinci fıkrada yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı da emredici bir kural olup herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim de resen uygulamak zorundadır. Bu durumda hakimin önünde uygulanması gereken iki amir kural bulunmaktadır. Hakim karar verebilmek için bunlardan birini ihmal ederek uyuşmazlığı çözebilir. Uyuşmazlıkların çözümünde asıl olan hakkın korunmasıdır. Şekil de esas olarak hakkın korunmasına hizmet eder, bizatihi hakkın kendisi değildir. Bu bakımdan hakkın korunması, esasta haksız olduğu halde şeklin arkasına sığınan kişiye hak tanımakla sağlanamaz. Şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olan sözleşmenin taraflarından biri kendi yükümlülüklerini yerine getirirken bunu kabul eden tarafın karşı edim olarak kendi yükümlülükleri talep edip edindiğinde şekle aykırılığı ileri sürerek savunma yapması hakkın kötüye kullanılması sayılabilir<sup>19</sup>.

## 2. Karşılıklı İfa

Şekle tâbi bir borç ilişkisi şekil eksikliğine rağmen her iki tarafça sözleşmenin kendi aralarında geçerli olduğu inancıyla ifa edilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda sonradan ortaya çıkan menfaat farklılaşması veya başka sübjektif mülahazalarla taraflardan biri şekil eksikliğinden bahisle istihkak talebinde bulunması da mümkündür. Şekil eksikliğini bilerek geçersiz sözleşme ile kararlaştırılan edimi ifa eden taraf, karşı tarafa vermiş olduğunu geri isteyemez<sup>20</sup>. Böyle bir talep için dayanabileceği sebepsiz zenginleşme kuralı buna izin vermez; zira BK. 62/II. m. ye göre borçlu olmadığını bilerek bir şey veren taraf sebepsiz zenginleşme kuralına dayanamaz<sup>21</sup>.

Diğer taraftan karşılıklı olarak borçlu olan taraflardan birinin henüz kendi edimini ifa etmeden karşı taraftan talepte bulunması ve karşı tarafın da şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmamalıdır.

## 3. Tam İfa

Şekle aykırılığı bilerek yaratan ve yükümlülüklerini karşılıklı olarak tam yerine getiren taraflar daha sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri süremezler. Bu konuda Yargıtay'ın görüşü her iki tarafın da borçlarını tam olarak ifa et-

<sup>19</sup> Ünal, s.48

<sup>20</sup> Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 71.

<sup>21</sup> Furrier, s. 113.

mesi halinde şekil eksikliğinin ortadan kalkacağı yolundadır<sup>22</sup>. Bu içtihadı Birleştirme Kararı'yla Yargıtay bir adım daha ileri gitmiş ve MK. 2. m. ye olumlu etki yükleyerek diğer tarafı zorlama imkânını da tanımaktadır<sup>23</sup> Akyol'un "Türk Yargıtay'ının anıt içtihadı" olarak nitelendirdiği bu karardan, kendi yükümlülüklerini yerine getiren alıcının, satılanı teslim ettiği halde tapuda tescile yanaşmayan satıcı aleyhine açtığı tescil davasının kabul edilerek alıcı lehine tescil edilmesi sonucu çıkmaktadır.

#### 4. Kısmî İfa

Kısmî İfa halinde Yargıtay'ın uygulamalarına göre hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından hareketle bir sonuç çıkarılamayacaktır. Son kararlarda<sup>24</sup> da yüzde altmış gibi ifalar karşısında şekil eksikliği bir geçersizlik sebebi olarak görülmekte ve hakkın kötüye kullanıldığı savunması dikkate alınmamaktadır. Tam ifa ile bu karara konu olan kısmî ifa arasında doğruluk ve güven kurallarını uygulama bakımından farklılığı anlamak güçtür. Esasen 1988 tarihli ve 2/2 sayılı İBK. da her ne kadar tam ifadan bahsedilmişse de taraflardan satıcı satılanı teslim etmekle beraber tapuda ferağ işlemlerini yapmadığı görülür. Halbuki satıcının borçları satılanı teslim etmek ve tapu sicili işlemlerini de ikmal etmektir. Yargıtay bu kararıyla her iki tarafın borcunu tam olarak yerine getirme şartını göz ardı ederek tescil davasının kabul edileceğine karar vermiştir<sup>25</sup>. Bundan dolayı kısmî ifada da şartların mevcut olması halinde hakkın kötüye kullanıldığı savunması dikkate alınmalıdır<sup>26</sup>.

#### 5. İfa Hazırlığı

Borçlunun ifa hazırlığında bulunması sadece kendi yükümlülüğünü yerine getirmesine yardım eder. İfa hazırlığı kural olarak borç ilişkisi kapsamında değildir. Bu bakımdan ifa hazırlığının yapılması borcun yerine getirilmesi olmadığı gibi bir ifa hazırlığında bulunulmaması da borca aykırı bir davranış değildir. Bu sebeple ifa hazırlığı yapılması veya yapılmaması bir hukukî sonuç doğurmaz. Ancak geçersiz olmakla birlikte bir sözleşmeye uyulacağına güvenerek ifa hazırlıklarında bulunan tarafın bu durumu, yaptığı masraflar diğer tarafın kusurundan boşa çıkmışsa meydana gelen zarar da doğruluk ve güven kurallarına uymamaktan dolayı tazmin ettirilebilir. Sorumluluk culpa in contrahendo ilkelerine göre olması iyi niyetli tarafın lehinedir. İfa hazırlıkları dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmin ettirilmesi sözleşmeye aykırılık ilkelere göre belirlenir<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> İBK.T. 30.9.1988 E.2 K.2, Uygur, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, I. Cilt, Ankara 1990, s.70

<sup>23</sup> Akyol, s.76.; Ünal, s.51

<sup>24</sup> Y. 13. HD. E. 97/11384. K. 97/1397. T. 25.2.1997 YKD. C. 23 Ağustos 1997, S. 8, s. 1254

<sup>25</sup> Akyol, s.76.

<sup>26</sup> Kılıçoğlu, s.319.

<sup>27</sup> Furrer, s.90.



## **SONUÇ**

Kanunî şekle uyulmadan yapılan bir sözleşmenin hukukî sonucu BK.11/II. m. sine göre geçersizdir. Genel olarak şekil hukukî muamelelerin kurucu unsuru olmayıp geçerlilik unsurudur. Kurucu unsuru mevcut olduğu halde geçerlilik unsurundan mahrum bir hukukî muamele yok sayılamaz, ancak batıldır. Şeklin amacı özellikle tarafların acele karar vermelerini önlemek, yapılacak hukukî muamele etrafında ciddi olarak düşünmesini sağlamak, böylece tarafları korumak olduğu düşünülürse taraflar ifada bulunmakla bu amaç gerçekleşmiş sayılır. Böylece birçok şekle bağlı akdî ilişkiler bu şarta uyulmadığı halde ifa edilmekle geçerli hale gelirler.

Şekle aykırı yapılan bir hukukî muamelenin geçersizliğini bilerek diğer tarafın kasten zararına sebep olanların bu fiili ahlâka aykırıdır. Bu sebeple ahlâka aykırı fiil ile kasten verilen zararlar BK. 41/II. tazmin ettirilebilir.

Tarafların gerçekleştirmek istedikleri amaca geçersiz olan hukukî muamelenin dışında bir başka hukukî muamele ile ulaşmak mümkün ise tahvil yoluna gidilebilir.

Nihayet her bir olay için şekle aykırılığı ileri süren tarafın bu iddiasının hakkın kötüye kullanılması olup olmadığı incelenmelidir. Eğer şekle aykırılığı ileri sürme hakkın kötüye kullanılması sayılabiliyorsa taraflar arasındaki hukukî ilişki şekil eksikliğine rağmen geçerli hale gelir. Fakat bu sonuca ulaşabilmek için genel kurallar koymak mümkün değildir; her olayın özelliklerine göre tarafların davranışları iddia ve savunmaları doğruluk ve güven kurallarına uygun olup olmadığı irdelenmeli eğer MK. 2/II. m. ye aykırılık görülüyorsa şekil eksikliğine dayanan savunma nazarı dikkate alınmadan hüküm kurulmalıdır.

# TÜRK CEZA KANUNUNUN KİŞİNİN HAYATININ KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNDE REFORM ÖNERİSİ

Yrd. Doç. Dr. Hakan HAKERİ

## 1. GİRİŞ

Türk Ceza Kanununda hemen herkes tarafından kabul edilen reform ihtiyacının bir sonucu olarak Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında yeni bir Türk Ceza Kanunu tasarısı hazırlamak üzere teorisyen ve uygulayıcılardan oluşan bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon, çalışmaları sonucunda Türk Ceza Kanunu Ön tasarısını kamuoyuna 1987 yılında sunmuştu. Bilahare ön tasarıya yöneltilen eleştiriler göz önünde tutularak 1989 yılında yeni bir metin daha hazırlanmıştı.

Ancak gerek TBMM'de Türk Ceza Kanunu gibi büyük kanunların görüşülmesi hususundaki içtüzük hükümlerinin yetersizliği ve gerekse öntasarının kanunlaştırılması hususundaki siyasi iradenin bulunmayışının ve hükümetlerin değişmesinin sonucu olarak üzerinden sekiz sene geçmiş olmasına rağmen, ön tasarı kanunlaşamadı. Bununla beraber, ön tasarıdaki bazı hükümlerin yeri geldikçe yürürlükteki ceza kanununa alındığına şahit olduk.<sup>1</sup> Kanunun bütünlüğünü bozan bu yaklaşımın ne kadar doğru olduğu ayrı bir çalışmanın konusu olabilir.

Şu günlerde tekrar bir komisyon kurularak yeniden çalışmalara başlanılmıştır. Her ne kadar bu komisyon kişinin hayatının korunmasına ilişkin hükümler ve ceza kanunu ön tasarısının tümü üzerinde çalışmalarını tamamlamış ise de, komisyonun yeniden toplanmasını vesile bilerek, bu husustaki görüşlerimizi aktarmak istiyoruz.

Bu arada hemen belirtelim ki, komisyonun kişinin hayatının korunmasına ilişkin hükümlerde ön tasarıdaki düzenlemelerden esaslı bir sapmaya gitmediğini tespit etmiş bulunmaktayız. Bu itibarla da, 87 ve 89 ön tasarılarına bu hususta yöneltilen ve yöneltilebilecek eleştirilerin yeni tasarı için de geçerli olacağını ifade etmek gerekir.

## 2. Yürürlükteki Ceza Kanununda Kişinin Hayatının Korunmasına İlişkin Hükümler Hakkında Kısa Bilgi

Ceza kanunumuz adam öldürme ve müessir fiil suçlarını "Şahıslara Karşı Cürümler" başlıklı dokuzuncu bapda düzenlemektedir.<sup>2</sup> Bu bapdaki ilk

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı

<sup>1</sup> Bkz. Hakeri, Hakan, Türk Ceza Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler (Kasım 1990), Tank Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul 1992, s. 99-118

<sup>2</sup> Kişilere karşı cürümler, öntasarıda özel kısmın ilk bölümünde düzenlenmiştir.

üç fasıl ise şunlardan oluşmaktadır: „Adam Öldürmek Cürümleri“ (Md. 448-455), „Şahıslara Karşı Müessir Fiiller (Md.456-460), „Geçen Fasıllara Ait Müsterek Hükümler“ (Md.461-467). TCK 448 de kasten adam öldürme, TCK 449 ve 450 de ağırlatıcı sebepler, TCK 451 62 de hafifletici nedenler, TCK 452 de nedenler (TCK 451, 453, 462).

Cezayı artıran nedenler kazuistik olarak sayılmış olup, kanunda gösterilen nedenler dışında herhangi bir nedenle ceza artırılamaz, hakim in de bu yönde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ağırlaştırıcı nedenler üç gruba ayrılabilir. İlk in mağdurun kişisel özelliklerinden kaynaklanan ağırlatıcı nedenler, ki bunlar karı veya kocanın, kardeşin, ebeveynin, evladın, memur ve milletvekillerinin öldürülmesidir. İkinci grup zehirleme ve işkence suretiyle öldürme; yangın, su baskını gibi vasıtalarla öldürme; birden fazla kişinin öldürülmesi ve son olarak da taammüden adam öldürme halini kapsayan, fiilin işlenme şekli nden kaynaklanan ağırlatıcı nedenler. Üçüncü grup ise subjektif nitelikli ağırlatıcı nedenlerdir. Bunlar da canavarca bir his sevki ile suçun işlenmesi, başka bir suç dolayısıyla adam öldürme ve kan gütme saiki ile adam öldürme halleridir.

Mazur sayılabilen suç işleme nedenleri ve/veya heyecan, öfke hali gibi hususlar ceza kanunlarında önemli bir role sahiptir. Bu açıdan ceza kanunumuzu değerlendirdiğimizde, Türk Ceza Kanununa göre yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi (TCK 453) normal adam öldürmeye nazaran „daha az kınanabilir“ bir fiil olarak sınıflandırılabilir ve bu özelliğiyle de yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi suçu hafifletici neden olarak düzenlenmiştir.<sup>3</sup> Aynı şekilde zina halinde yakalama halinde işlenen adam öldürmeler de (TCK 462) özel bir haksız tahrik hali olarak, kişinin öfkeye kapılmasının sonucu işlenen bir fiil olmak itibarıyla, cezayı hafifleten bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu noktada tereddüt uyandıran hüküm, TCK 451 de düzenlenen hafifletici nedendir. Bu hüküm gereğince, ölüm neticesini kolaylaştıran nedenler nedensellik bağına herhangi bir etkiye bulunmamakta, ancak failin cezası azaltılmaktadır. Bu hafifletici neden diğer bir çok ceza kanunun kabul ettiği öfke ya da mazur görülebilir sebeplerin mevcudiyeti halinde cezanın indirilmesi esasına uymamaktadır. Burada tamamen nedensellik bağı problemine ilişkin bir hüküm getirilmiş ve sorun failin lehine çözülmüştür.

Ceza hukuku sistemimizde intihar suç teşkil etmemekte, ancak TCK 454 de intihara ikna ve yardım cezalandırılmaktadır.

Gerek talep üzerine öldürme ve gerekse ötenaziye ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla da bu fiiller de kasten adam öldürme gibi cezalandırılmaktadır. Ancak hakim TCK 59 gereğince cezada indirim e gidebilecektir.

<sup>3</sup> Bununla beraber annenin içinde bulunduğu ruhsal durumun da etkisi olabilir. Bu hususta ve bu makalede alınan diğer hususlarda ayrıntılar ve atıflar için bkz. *Hakeri, Hakan*, Die Türkischen Strafbestimmungen zum Schutz des Lebens der Person im Vergleich mit dem Deutschen Recht, yayınlanmamış doktora tezi, Köln 1996, s.191-193, 203

TCK 455 de taksirle adam öldürme düzenlenmiştir. Kanunumuz taksiri tarif etmemiştir. Uygulamada taksir bu maddede sayılan taksirin çeşitleri esas alınarak tayin ve tespit edilmektedir.

TCK 461 ve 463 de adam öldürme suçlarına ilişkin özel hükümler konmuştur. Türk Ceza Kanununun bir çok hükmü 1926 yılından beri 30 kezden fazla değiştirildiği halde, gerçek failin tespit edilememesine ilişkin TCK 463 maddesi hükmü 1983 e kadar hiç değiştirilmemiştir. 1983 deki değişiklikte ise sadece cezanın miktarı değiştirilmiştir.

Türk Ceza Kanununun kişinin hayatının korunmasına ilişkin hükümleri cezaların ağırlığı bakımından beşli bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir:

1. Hafif hallerde: 3 yıldan (TCK 454) ya da 4 yıldan (TCK 453), 10 yıla (TCK 454) ya da 8 (TCK 453) yıla kadar ağır hapis<sup>4</sup>,

2. Normal hallerde: 10 ya da 15 yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis (TCK 451),

3. Ağır hallerde: 24 yıldan 30 yıla kadar ağır hapis (TCK 448),

4. Daha ağır hallerde: ömür boyu ağır hapis (TCK 449),

5. Pek ağır hallerde: ölüm cezası (TCK 450).

Görüldüğü gibi birinci ve ikinci kategori ile, ikinci ve üçüncü kategori arasında ceza tehdidinde düzenli bir artış söz konusu değildir.

Ceza tehdidi açısından ceza kanunumuz, TCK 461-463 ün göz önüne alınmasıyla daha da karışık bir hal almaktadır.

Öntasarı ise aşağıdaki derecelendirmeyi öngörmektedir:

1. Hafif hallerde: 1 yıldan 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza (talep üzerine öldürme), 3 yıldan 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza (intihara ikna ve yardım) ya da 4 yıldan 8 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza (yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi),

2. Normal hallerde: 11 ya da 16 yıldan, 15 ya da 21 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza (birleşik hallerde ölüme sebebiyet),

3. Ağır hallerde: 21 yıldan 25 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza (kasten adam öldürme),

4. Daha ağır hallerde: ömür boyu hapis (karı veya kocanın; kardeşin, reşit olmayanların ve zayıfların öldürülmesi),

5. Pek ağır hallerde: ölüm cezası (halen yürürlükteki kanunda da öngörülmüş olan ve aynı şekilde ölüm cezasıyla müeyyidelendirilen ağırlatıcı sebeplerin mevcudiyeti halinde).

<sup>4</sup> Ayrıca bkz. TCK 461, 462 ve 463

### 3. REFORM ÖNERİMİZ<sup>5</sup>

TCK 450/VI'deki ağırlatıcı neden, aynı hususları da kapsamak, ancak yürürlükteki metindeki ifadeler dolayısıyla, cezanın ağırlaştırılmasının mümkün olmadığı halleri de kapsamına almasını sağlamak üzere aşağıdaki gibi değiştirilmelidir: „Halkın selametini tehlikeye düşüren, kullanan tarafından hükmedilememesi mümkün vasıtalarla suçun işlenmesi halinde ceza artırılır“. TCK 450 VI de bahsedilen yangın, su baskını ve gark gibi hususlar, sadece öldürülmesi istenen kişinin değil, onun dışındaki kimselerin de tehlikeye düşürülmesi dolayısıyla ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir. Ancak bu hususu ifade etmek üzere kazuistik bir şekilde bu kavramların kullanılması yersiz olmuştur. Bu durumda örneğin, köprü üzerinden otobandan geçen arabaların üzerine taş atılması olayında, sadece üzerine taş düşen araba açısından değil, olası zincirleme kazalar dolayısıyla çok sayıda kimsenin hayatı açısından bir tehlike söz konusu olmakta ve fail vasıtaya da hükmedememektedir. Halbuki Alman Ceza Kanununda olduğu gibi (§ 211) „halkın selametini tehlikeye düşüren ya da umum için tehlikeli olabilecek vasıtalar“ terimi kullanılmak suretiyle bu tip her ihtimal madde kapsamına alınmış olacaktır. Yürürlükteki hüküm açısından ise bu tip olaylarda, ancak birden fazla kimsenin ölmesi halinde ağırlatıcı neden uygulanabilecektir.

Birden fazla kişinin öldürülmesi haline ilişkin olarak Yargıtay'ın koymuş olduğu ölçütlerin benimsenmesi de doğru olmamıştır. Biz Yargıtay'ın bu türlü bir daraltıcı yoruma gitmesini doğru bulmuyoruz. Birden fazla insanın hayatını düşüncelessly yok edebilen kimseye, sırf aynı neden ve aynı saikle fiili işlemedi diye ağırlatıcı nedeni uygulamamak doğru değildir. Bu itibarla insan hayatına kıymet vermeyecek bir şekilde birden fazla kimseyi öldürme ağırlatıcı neden olarak kabul edilmelidir.

Kan gütme saikiyle adam öldürme ağırlatıcı sebep olmaktan çıkarılmalıdır. Şurası kabul edilmektedir ki, kan davası ile mücadelede TCK 450/X hükmünün bir faydası görülmemiştir. Kaldı ki bu hüküm kusur ilkesine de aykırıdır. Fail kusuruna göre cezalandırılmalıdır.<sup>6</sup> Halbuki kan davasında fail, ailesinin, yakın çevresinin ve geleneklerin etkisi altında gözü kapalı bir şekilde suç işlemektedir.

Mağdurun memur olması halinde, ancak görev dolayısıyla öldürme halinde ağırlatıcı neden öngörülmelidir. Mevcut düzenlemenin memur olanlarla olmayanlar arasında ayırmacılığa yol açtığı düşüncesindeyiz.

TCK 451 mutlaka kaldırılmalı. Zaten öldürmeye elverişli olmayıp da teşebbüs derecesinde kalacak bir fiil için ayrıca böyle bir hüküm konulmasının hiç gereği yoktur.

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hakeri*, Die Türkischen, s.13-254

<sup>6</sup> Nulla Poena Sine Culpa, kusursuz ceza olmaz. Bu prensibin bir gereği de „kusurun ölçüsünden fazla ceza olmayacağıdır“ (=keine Strafe über das Maß der Schuld hinaus). Bu hususta bkz. *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrecht, AT, 5. bası, Berlin 1996, s.23 vd

Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi hafifletici neden olmaktan çıkarılmalıdır. Gayri meşru ilişkiye giren bir kadının 21. yüzyıla girmek üzere olduğumuz zamanımızda doğum kontrol yöntemlerini kullanması gerekir. Bu yolu tercih etmeyerek hamile kalan bir kadının, kanunun müsaade ettiği sınırlar içinde, yani ilk 10 hafta içinde çocuğunu aldırması gerekir. Bunu da yapmayan kadının adam öldürmeye nazaran daha az cezalandırılan kürtajı tercih etmesi lazımdır. Artık bu yola da başvurmeyen bir kadının cezasını hafifletmek için hiç bir sebep kalmamaktadır. Bununla beraber, kadının zayıf bir ihtimal olmakla beraber, bütün bu sayılanlara imkan bulamaması ya da doğum krizi<sup>7</sup> dolayısıyla yeni doğmuş çocuğunu öldürmüş olması hallerinde, az bir indirim öngörülebilir. Ayrıca henüz yeni doğmuş bir canlının öldürülmesinde her ne kadar namus-şeref saikleriyle bir hafifletici neden kabul edilmekte ise de, bu suçun mağdurunun kendini savunacak durumda olmaması ve yaşamının tamamen kendi katil veya katillerine bağlı olmasının da aslında bir ağırlaştırıcı neden olarak göz önünde tutulmak durumunda olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.<sup>8</sup>

Ancak hemen belirtelim ki, ön tasarının yeni doğmuş çocuğun öldürülmesine ilişkin olarak sadece anneyi fail olarak kabul eden hükmünün alınması doğru olmamıştır. Her ne kadar bu hafifletici nedenin anne açısından kaldırılmasını savunuyorsak da, eski hükümdeki gibi annenin babası, kardeşi gibi kimseler açısından hafifletici neden öngörülmesinin gerektiği görüşündeyiz. Yabancı ülke kanunlarında sadece annenin fail olarak kabul edilmesi, o ülkelerin şartları içinde doğru olabilir. Ancak Türkiye'de özellikle doğum yapan kadının babasının, kardeşinin doğumla beraber çocuktan haberdar olarak, namus kurtarma için öldürmesi sıkça rastlanılan bir olgudur. Bu itibarla, yukarıda anne açısından saydığımız imkanları kullanmaları mümkün olmayan bu kimseler açısından hafifletici neden kabul edilmelidir.

İntihara ikna suçü aynen kalmalı, yardım ise ancak yardım edenin intihardan bir menfaatinin varlığı şartına bağlı olarak suç olmalı. Zira ikna ile yardımda kusurun yoğunluğu aynı değildir. Yardımda kişi zaten intihar kararı almıştır. Uygulamadaki yardım olaylarında daha çok acıma duygularıyla harekete geçilmekte, ya da müşterek iştirak hallerinde karşılıklı yardım sözü konusu olmaktadır. Ayrıca mağdurun reşit olmaması hallerinde ceza ağırlaştırılmalı ve mağdurun akıl hastası olması halinde de fail kasten adam öldürmeden cezalandırılmalıdır. Ya da şöyle bir hüküm konulabilir: „Mağdurun hareketinin manasını anlama kudretinden yoksun olduğu ve hareketini yönlendiremediği hallerde, fail kasten adam öldürmeden dolayı cezalandırılır“.

Taksirle adam öldürme suçunda hapis cezası en azından şuursuz taksir halinde komple kaldırılmalı. „zararların tazmini“ (eski hale getirme=Wiedergutmachung) öngörülmeli. Ancak birden fazla kimsenin ölmesi ya

<sup>7</sup> Bunun için ayrı bir hükme de gerek bulunmamaktadır, zira mesele TCK 48 ç.çevesinde çözülebilir.

<sup>8</sup> TCK 453'ün Anayasa'ya da aykırı olduğu ifade edilmektedir, bkz. Artuk, M. Emin, Türk Ceza Kanununda 1980'den Sonra Şahıslara Karşı Cürümler Konusunda Yapılan Değişiklikler, Yeni Türkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos 1996, Sayı 10, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ankara Ağustos 1996, s.626

da yaralanması halinde eski hale getirmenin yanı sıra bir hayır kurumunda çalışma vb. bir mükellefiyet getirilebilir. Neticenin öngörülebilir olmasına rağmen istenmediği hallerde hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesine karşıyız. Bilinçli taksir hallerinde de daha ağır bir ceza öngörülebilir.

Yine özellikle son zamanlarda yoğunlaşan tartışmalar ışığında ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün tespitlerine göre de en çok kazalara neden olan araçların otobüsler olduğu gerçeğinden hareketle, otobüs firmalarının şoför ile ilgili kusurlar dolayısıyla ihmalden kaynaklanan cezai sorumlulukları yoluna da gidilebilir. Ancak bu husus üzerinde ayrıntılı olarak durulması gereken ayrı bir çalışma konusu olabilecek boyutta bir meseledir.<sup>10</sup>

Adam öldürme suçlarına ilişkin önerimiz ise aşağıdaki gibidir:

Madde 1; Kasten adam öldüren, ömür boyu hapis cezasına mahkum edilir.

Madde 2 ya da birinci maddenin ikinci fıkrası; Kabul edilebilir (mazur görülebilir) öfkeden dolayı ya da kabul edilebilir nedenlerle suçun işlenmesi halinde veya diğer cezanın hafifletilmesini gerektiren durumlarda ceza indirilir.

Bu önerinin gerekçesi ise şöyle açıklanabilir: Adam öldürme suçu iki basamaklı olarak düzenlenmelidir. Adam öldürmenin tek bir cezası olur: O da hukuk düzeninin kabul ettiği en ağır cezadır. Yani ya ölüm ya da ömür boyu hapis cezası. Failin şöyle ya da böyle, şu nedenle ya da bu nedenle öldürmüş olması önemli değildir. Bir başkasının hayatına saygısızlığın cezası bu olmalıdır. Ağırlatıcı nedenler diye bir şey kabul edilemez. Çünkü bir insanı öldürmek zaten yeteri kadar ağırdır. Ancak kişiyi bu suçu işlemeye iten etkenler ya da içinde bulunulan ruhi durum gibi nedenlerle ceza hafifletilebilir.

#### 4. SONUÇ

Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinin üzerinden 70 yıldan fazla bir zaman geçmesine rağmen, bu geçen süre zarfında maalesef önemli bir reform yapılmamıştır. Özellikle genel kısmın komple bir reforma ihtiyacı bulunmaktadır.

Öntasarının kişinin hayatının korunmasına ilişkin hükümlerde hemen hiç bir yenilik getirmediğini, çok büyük oranda yürürlükteki kanundaki esasları aynen aldığını, dolayısıyla da 1889 kanunundan büyük oranda sapmadığını söyleyebiliriz. Gerek 87 ve 89 ön tasarılarının ve gerekse yeni tasarının kişinin hayatının korunmasına ilişkin yürürlükteki kanunun hükümlerinde önemli bir değişiklik getirmemesi, yürürlükteki hükümlerin yerinde olduğu ve büyük

<sup>9</sup> Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Hizmetleri Başkanlığı'nın araştırmasına göre, her on bin araca göre kazaya karışma oranı otobüslerde 1369, kamyonetlerde 794, otomobillerde 668 ve kamyonlarda ise 558 olup, en çok ölüm de otobüslerin karıştığı kazalarda olmaktadır, Milliyet Gazetesi 13.9.1997

<sup>10</sup> Bu önemli meseleyi ayrı bir makale konusu yapmayı düşünmekteyiz.

eksikliklere rastlanılmadığının komisyon tarafından kabul edildiği manasına gelmektedir. Her ne kadar bu yeni çalışmanın da, kanunlaşma olasılığı hususunda tahminde bulunmak güç ise de ele geçmiş olan bu reform fırsatının, yabancı ülke kanunları da karşılaştırılmak suretiyle iyi kullanılması gerektiği görüşündeyiz. En azından mehzaz kanunumuzu aldığımız İtalya, Zanardelli kanunundan sonra bir çok köklü değişikliklere gitmiş olmasına rağmen, biz hala Zanardelli kanununun hükümlerinin çoğunu, yeni tasarıda da muhafaza etmekteyiz. Bırakınız Zanardelli kanununu, eski Osmanlı Ceza Kanunundan da (1858 tarihli) alınan hükümler de göz önünde tutulursa, kanunumuzun ve ön tasarının konumuzla ilgili bir çok hükmünün 139 yaşında olduğu anlaşılır.

Bu arada dikkatimizi çeken bir husus yeni Fransız Ceza kanununun 221-1 - 221-5 maddelerinde yer alan adam öldürme suçu düzenlemesi ile Türk Ceza Kanununun düzenlemesi arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Esasen Türk Ceza Kanununun mehzazı olan İtalyan Ceza Kanununun Fransız Ceza Kanunundan etkilenmiş olmasının bir sonucudur bu. Ancak yeni Fransız Ceza Kanununun da çok büyük değişiklikler öngörmemesi dikkat çekicidir. Bu kanun da mağdurun sıfatını, zehirlemeyi, yakın akrabasının öldürülmesini ve tasarlamayı ağırlatıcı hal olarak öngörmektedir.

Biz daha önce ön tasarıların adam öldürmeye ilişkin yürürlükteki kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapmaması karşısında, söz konusu tasarıların kanunlaşmamasını bir şans olarak değerlendirmiştik<sup>11</sup>, zira Türkiye 150 yıllık ithal kanunlar geleneğini aşarak, kendi kanununu yapma fırsatını kaçırmak durumunda kalmaktadır.

<sup>11</sup> Hakeri, Die Türkischen, s.252.



## LA CONCLUSION DES TRAITES INTERNATIONAUX ET LES SYSTEMES CONSTITUTIONNELS

Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY\*

Les traités sont des actes juridiques visant soit à construire une nouvelle relation soit à abroger ou réviser les relations qui existaient déjà entre les Etats. Ils peuvent être conclus par la participation de deux ou plusieurs Etats ou bien par des organisations internationales. En un mot, le traité est tout accord conclu entre sujets de droit international. Le traité demeure, depuis la plus Haute-Antiquité, l'acte qui a scellé les liens, qui a servi à améliorer le commerce, à préparer la guerre comme à établir la paix. Son importance est la manifestation d'une nécessité irréprensible: celle de donner une forme stable à des changements internationaux.

Cet état de fait est expliqué par M. Jean HUBER de la manière suivante: "Chaque année, d'innombrables traités sont négociés, signés et ratifiés; la nécessité d'entretenir des rapports internationaux d'ordre politique, économique et culturel se révèle chaque jour plus exigeante; il est facile de constater, au vu des grandes collections de traités que le nombre des actes inter-étatiques augmente sans cesse"<sup>1</sup>.

"Les Etats ne peuvent vivre isolés dans la société internationale; même les régimes autarciques éprouvent le besoin de nouer des relations avec d'autres Etats, et de conclure avec eux des traités. Or, tout nouvel accord doit, en vertu de la foi due aux traités, respecter les accords antérieurement conclus"<sup>2</sup>.

En fait la communauté internationale a, dans son évolution actuelle, développé d'une façon considérable les rapports entre ses membres. La solidarité internationale ressort des faits. L'autarcie et l'isolement politique ont pu être défendus autrefois comme des théories habiles. Mais dans le monde moderne, les Etats qui en avaient fait des dogmes ont dû capituler.

En conséquence, la nécessité de l'émergence de traités internationaux trouve son origine dans celle des lois. Puisque les traités internationaux peuvent être considérés comme une loi internationale. Mais il est certain qu'au niveau international, il est difficile d'établir une loi véritable en raison de l'absence d'un organe législatif.

Malgré cette difficulté, comme nous venons de le faire remarquer, et vu le fort développement des relations internationales, résultant du prodigieux essor de l'industrie, du commerce et des moyens de

\* Yrd. Doç. Dr. Maître de Conférence Adjoint, Faculté de Droit de l'Université de Gazi

<sup>1</sup> *Le Droit de conclure des traités internationaux*, Thèse, Lausanne, 1951, Imprimerie Ganguin & Laubscher S.A., Montreux, 1951, p. 21.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 24.

communication, l'importance des traités internationaux se fait ressentir dans tous les domaines des rapports internationaux.

En somme, "les traités sont des actes très importants, qui dominent la vie internationale, et il est normal que le droit des gens, les considérant comme des actes solennels, leur ait imposé un certain nombre de conditions de forme"<sup>3</sup>.

Le développement des relations internationales sur lequel nous insistons encore une fois a donné aux traités une place prééminente dans les rapports de droit entre les nations. En effet, dans chaque pays contractant, c'est l'autorité compétente pour faire les lois du pays qui le sera également pour établir les traités. En l'espèce, il sied d'enseigner que la préparation, l'élaboration, la discussion, l'approbation, la ratification d'un traité sont des opérations multiples, essentiellement différentes, qui ne peuvent évidemment être conduites par les mêmes agents.

En conséquence, les traités sont des actes très importants, qui dominent la vie internationale, et il est normal que, le droit international, les considérant comme des actes solennels, leur ait imposé un certain nombre de conditions de formes: la négociation, la signature, la ratification et l'enregistrement. Lorsqu'il s'agit d'un traité international les problèmes suivants se posent:

- Qui peut conclure ce traité?
- Qui peut le ratifier?
- Quelle est désormais sa force obligatoire?

De ce fait, nous pouvons nous apercevoir de plusieurs tentatives internationales visant à codifier les règles concernant le droit des traités. Une de celles-ci est la Convention de Vienne sur le droit des traités dont l'article 2/a définit le traité de la façon suivante: "L'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa domination particulière".

Par conséquent trois conditions sont énoncées dans cet article qui permet de distinguer les traités d'autres accords qui jouent un rôle important dans la vie internationale:

- \* le traité est un accord entre Etats,
- \* le traité est destiné à produire un effet de droit,
- \* le traité se situe dans le cadre du droit international.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> DELBEZ (Louis): *Manuel de droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1948, p. 162.

<sup>4</sup> Voir pour l'explication de ces éléments BASTID (Suzanne): *Les Traités dans la vie internationale*, Economica, Paris, 1985, pp. 19 et ss.; REUTER (Paul): *Introduction au droit des traités*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972, pp. 40 et ss. "On ajoute généralement deux précisions à cette définition de nature coutumière. La première vise à remplacer le substantif "Etat" par l'expression "sujet de droit international". La seconde précise que la finalité du

Il est bon de souligner que l'opération de conclusion d'un traité est d'abord un *attribut de la souveraineté* en même temps que son exercice. Or à qui revient la responsabilité de cette tâche importante? En vertu de l'autonomie constitutionnelle de chaque Etat, ce sont leurs constitutions respectives qui, dans la répartition générale des compétences entre les diverses autorités étatiques, apportent une réponse à ces questions.

En d'autres termes, si la conclusion des traités est, par nature, une matière régie par le droit international, elle dépend également du droit interne. Cette dualité est souvent une source de complications et de difficultés.<sup>5</sup>

### **Section 1. Les Règles de droit interne relatives aux traités.**

Etant donné que tous les systèmes constitutionnels comportent des règles relatives à la conclusion et à l'effet des traités, il nous semble opportun d'énumérer les principaux problèmes sur lesquels interviennent les textes de droit interne:

1° Dans certains Etats (Etat fédéral, Etat avec des provinces autonomes) est parfois prévue la possibilité pour les parties composantes, de conclure des traités dans les domaines relevant de leur compétence<sup>6</sup>.

2° La détermination de l'autorité compétente à conclure les traités.

3° L'autorité compétente pour engager définitivement l'Etat. Les solutions sont très variables et comportent dans beaucoup de cas l'intervention des assemblées politiques sous des formes qui diffèrent suivant les cas: approbation directe, autorisation donnée au Chef de l'Etat pour un engagement définitif, ou autorisation à une autre autorité pour engager l'Etat, etc.

4° Les rapports juridiques entre les traités et les actes juridiques établis dans l'ordre interne. Lorsque le traité est susceptible de s'appliquer dans l'ordre interne, par exemple s'il concerne la condition des individus, la question se pose de savoir quel est son rapport avec la loi interne, celle-ci pouvant être en contradiction avec les termes du traité, qu'elle soit antérieure ou postérieure. Le droit interne et notamment la Constitution peuvent poser des règles à cet égard et l'effet pratique du traité sera affecté de ce fait.

La contradiction peut exister avec la Constitution elle-même. Cette éventualité s'est manifestée avec la participation à des traités qui prévoient une intégration entre Etats comme l'Union européenne. Plusieurs

---

traité est de "produire des effets de droit" (ATTAR (Franck): *Le Droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994, pp. 137-138).

<sup>5</sup> NGUYEN QUOC (Dinh), DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain): *Droit international public*, 3ème Edition, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 116.

<sup>6</sup> Voir par exemple pour le cas des Etats-Unis BATES (Lindell T.): *Les Traités fédéraux et la législation des Etats aux Etats-Unis*, Thèse, Paris, 1915, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1915.

constitutions disposent qu'avant de s'engager définitivement, l'Etat doit procéder à la révision de la constitution pour assurer la mise en harmonie de la règle interne et de la règle internationale.

5° Enfin le droit interne contient des dispositions sur les conditions dans lesquelles le traité sera porté à la connaissance de ceux qui doivent en assurer l'exécution dans le cadre interne de l'Etat<sup>7</sup>.

## Section 2. Notion générale sur la confection des traités.

Le traité international est conclu à la suite d'une procédure complexe, car il est lui-même un acte complexe. On peut dire de lui ce qu'on peut dire de la loi en droit interne: il est une opération à procédure, c'est-à-dire qu'il n'est parfait qu'après l'accomplissement d'une certaine procédure réglementée par l'usage<sup>8</sup>. "Historiquement, à raison de leur importance dans la vie de l'Etat, la conclusion des traités a été entourée d'un certain formalisme"<sup>9</sup>.

Tout traité international soumis à son formalisme ne peut en éluder les prescriptions sans rester imparfait ou vicié. Si nous énumérons les divers stades dans leur ordre chronologique, nous trouvons successivement:

- a/ la négociation,
- b/ la signature,
- c/ l'approbation parlementaire,
- d/ la ratification.

Ces différents actes possèdent tous une signification précise et ils sont tous nécessaires pour que le traité devienne obligatoire<sup>10</sup>.

Certes chaque étape de la conclusion des traités peut être l'objet d'une étude indépendante sauf peut-être la signature. Toutefois notre but se limitant à donner une explication succincte pour mieux comprendre l'importance de la ratification et à proposer une classification dans l'ordre des compétences des organes pour ratifier les traités, nous n'entrerons pas dans le détail de chaque étape.

En outre la difficulté de suivre soigneusement la procédure précitée dans le cas tout d'abord d'une situation urgente à régler, ou bien dans le cas de tensions politiques qui réclament une solution rapide, et dont la ratification reste en suspens car l'ordre du jour des parlements est souvent surchargé, enfin dans le cas d'accords ne touchant qu'à des points d'importance minime

<sup>7</sup> BASTID (Suzanne), op. cit., pp. 11-13 à qui nous empruntons beaucoup de ces renseignements.

<sup>8</sup> ROUSSEAU (Charles): *Droit international public*, T.1, Introduction et sources, Sirey, Paris, 1970, pp. 75-76; le même auteur: *Droit international public approfondi*, Dalloz, Paris, 1958, p. 25.

<sup>9</sup> BASTID (Suzanne), op. cit., p. 33.

<sup>10</sup> Cependant cet état de fait ne recouvre pas l'accord en forme simplifié ni certains traités préparés sous les auspices des organisations internationales.

auxquels ne sauraient convenir de longues démarches, donnent lieu à l'acceptation des accords en forme simplifiée qui restent hors du champ d'étude de ce chapitre.

Ainsi, "comme à propos de tout acte juridique se pose ici la question fondamentale de son efficacité. Pour qu'un acte juridique puisse sortir ses effets, il faut qu'il soit valable, c'est-à-dire qu'il remplisse les conditions exigées par le droit qui le régit. Toutefois, les difficultés affluent dès cette première constatation. Le traité est un acte qui appartient, de part sa nature, au droit des gens et il engage, par ses dispositions, les ordres juridiques nationaux. Pour déterminer le droit qui le régit, on assiste, de la part de la doctrine à des raisonnements se fondant sur des considérations opposées.

Des règles de droit constitutionnel sont placées à côté des principes du droit international public, des maximes d'écoles, dont on n'a pas vérifié la valeur juridique, côtoient les arguments des négateurs d'un ordre international"<sup>11</sup>.

"Les différents stades qu'il faut franchir avant de constater l'application des conventions, forment un tout complexe. Il n'existe en effet pas de règles internationales et il est difficile dans l'histoire et dans les divers systèmes actuels de trouver des procédures de conclusion des traités absolument similaires. On doit donc se contenter d'un état de fait qui, par suite de la minutie de certains organismes, des précautions dont s'entourent quelques Etats, la peur aussi quelques fois, de responsabilités aussi graves, revêt des aspects multiples difficiles à fixer. La plupart des Etats sont conduits à demander l'intervention de plusieurs organes étatiques prévus par leur Constitution pour mener jusqu'à l'efficacité les traités qu'ils se montrent désireux de conclure"<sup>12</sup>.

La négociation est le premier pas dans les étapes de la conclusion des traités, car la naturelle dépendance des Etats les oblige à négocier<sup>13</sup>. Dès qu'un Etat conçoit la nécessité d'un accord par la force de n'importe quel besoin, il prend l'initiative d'engager des pourparlers généralement par le truchement de la diplomatie. Il convient de souligner qu'en principe les Constitutions reconnaissent la compétence de négocier les traités avec les autres pays aux chefs d'Etat. Cependant le chef de l'Etat délègue sa compétence, sous la pression de diverses raisons d'ordre pratique, aux différentes agences de l'organe exécutif précisées dans la législation de chaque pays. L'organe exécutif a donc le droit de négocier; les raisons qui militent en faveur de cet état de fait sont nombreuses.

"Et d'abord, il convient de remarquer que le seul "élément permanent" du gouvernement est l'exécutif; de plus, il faut pour mener à bien des

---

<sup>11</sup> FREYMOND (Pierre): *La Ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Thèse, Lausanne, Imprimerie La Concorde, Lausanne, 1947, p. 28.

<sup>12</sup> DELHOVE (Georges): *Des Compétences en matière de conclusion des traités*, Thèse, Paris, 1949, Dactyl., p. 4.

<sup>13</sup> Voir SAAF (Abdallah): *L'Obligation de négocier en droit international public*, Thèse, Paris-II, 1979, Dactyl.

négociations, une "direction continue" dont ne serait pas capable une Assemblée. Enfin, il faut également le "secret" des négociations, la patience, pour mener à bien des pourparlers longs, compliqués, difficiles".<sup>14</sup> "Pour savoir quelle autorité a la qualité pour traiter au nom d'un Etat, il faut consulter la constitution intérieure de cet Etat. Ajoutons qu'on se trouve dans l'impossibilité de tracer à ce sujet des règles uniformes car les constitutions des différents Etats varient".<sup>15</sup>

D'après les principes généraux de droit constitutionnel, l'initiative de la négociation d'un traité forcément appartient au pouvoir exécutif. Nous pensons que cet état de choses remonte à l'époque de l'apparition de l'Etat où tous les pouvoirs appartenaient à une personne c'est-à-dire à l'organe exécutif. Pour cela M. Marcel BOYER enseigne que "du fait que, lorsqu'un traité est signé, il engage toute une nation vis-à-vis d'une autre, il doit toujours être conclu par celui ou ceux qui représentent la souveraineté de l'Etat".<sup>16</sup>

"Cependant, en raison de la responsabilité ministérielle, de la facilité avec laquelle elle est mise en jeu, il se peut que le pouvoir législatif intervienne avant même que le traité soit conclu. Mais il n'y a là rien qui soit contraire au droit constitutionnel".<sup>17</sup> Par ailleurs, il n'existe pas de règles de droit international autorisant le Chef de l'Etat indépendamment des limites de compétence tracées par le droit constitutionnel, à conclure des traités obligatoires pour l'Etat.

Faute d'une règle de droit international autorisant le chef de l'Etat à conclure des traités internationaux, il faut partir du principe général de droit d'après lequel le représentant d'un sujet de droit ne peut engager ce dernier qu'en tant et pour autant qu'il agit dans les limites de sa compétence et de ses pleins pouvoirs. Sont compétents pour la conclusion des traités internationaux les organes autorisés par le droit constitutionnel. Les limites de la compétence de ces organes sont également fixées par le droit constitutionnel.<sup>18</sup>

Toutes ces constitutions prévoient quels sont les organes qui possèdent la compétence de traiter avec l'étranger. Presque toutes désignent le chef de l'Etat comme responsable de cette activité. Mais il est à

---

<sup>14</sup> DEVAUX (Jean): *Le Parlement français et le vote d'approbation des traités de commerce*, Thèse, Paris, 1921, Imprimerie M. Villain et M. Bar, Paris, 1921, p. 17.

<sup>15</sup> VINESIU (Basile-Alexis): *Des Traités internationaux, conclusion, force obligatoire, exécution*, Thèse, Paris, 1884, Alphonse Derenne, Paris, 1884, p. 110.

<sup>16</sup> *Du Droit de conclure et de ratifier les traités selon le droit public romain et selon le droit public français*, Thèse, Paris, 1888, Imprimerie des Ecoles Henri Jouve, Paris, 1888, p. 16.

<sup>17</sup> BARISIEN (Pierre): *Le Parlement et les traités*, Thèse, Paris, 1913, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, Editeurs, Paris, 1913, p.18.

<sup>18</sup> SCHUCKING (W.): "La Portée des règles de droit constitutionnel pour la conclusion et la ratification des traités internationaux", *Annuaire de l'Institut International de droit Public*, 1930, pp. 225-226.

remarquer qu'il exerce rarement cette compétence.<sup>19</sup> Ce choix s'explique aisément car seul l'exécutif dispose de moyens techniques nécessaires à l'accomplissement de cette tâche. "Q'entend-on par exécutif en l'espèce ? Dans un régime présidentiel, il s'agit du seul chef de l'Etat; dans un régime parlementaire, il est nécessaire de répartir la compétence entre le chef de l'Etat et le gouvernement représenté par son chef ou par le Ministre des affaires étrangères. Naturellement, lorsque les autorités étatiques constitutionnellement compétentes participent personnellement à la négociation, elles n'ont pas besoin de lettres de pleins pouvoirs. Cette dispense est confirmée par l'article 7, §2-a, de la Convention de Vienne"<sup>20</sup>.

Quant à la Turquie<sup>21</sup>, la Constitution de 1982 ainsi que celle de 1961 n'énoncent pas explicitement qui a la compétence de négocier et de rédiger le texte définitif du traité. Mais s'appuyant sur le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif qui existe depuis la Constitution de 1924, l'attribution de cette fonction au pouvoir exécutif ne pose pas de problème constitutionnel.

Par ailleurs certaines dispositions législatives la reconnaissent explicitement ou implicitement au pouvoir exécutif. Sans entrer dans le détail des discussions et en citant seulement les dispositions concernées, ce fait peut être résumé de la manière suivante:

1° Les dispositions législatives actuelles turques relatives aux hommes ayant droit à négocier et à définir le texte du traité sont conformes aux principes du droit international;

2° Dans ce cadre, les personnes à qui sont reconnues les compétences et pour qui les certificats de compétence ne sont pas obligatoires sont:

- le Président de la République<sup>22</sup>
- le Premier Ministre<sup>23</sup>
- le Ministre des affaires étrangères<sup>24</sup>.

Il sied de souligner que la Constitution actuellement en vigueur ne prévoit ni l'opération de signature ni la désignation de la personne compétente pour signer le traité. Cette lacune donna lieu à discussion quant à savoir si le Président de la République avait le droit de signer le traité conclu, pendant le Sommet de Collaboration Economique de la Mer Noire en 1992.

---

<sup>19</sup> Voir DELHOVE (Georges), op. cit., pp. 6 et ss.; FREMOND (Pierre), op. cit., p. 33.

<sup>20</sup> NGUYEN QUOC (Dinh), DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), op. cit., p. 119.

<sup>21</sup> PAZARCI (Hüseyin): *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, 2ème Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989, pp. 136-137 à qui nous empruntons nombre de ces renseignements.

<sup>22</sup> L'alinéa 1 de l'article 1 de la Loi 1773, la section K/2 de la circulaire du Conseil des Ministres datée du 24.06.1969, la circulaire du Ministre des affaires étrangères.

<sup>23</sup> Ibid., idem.

<sup>24</sup> Ibid., idem, plus les articles 2/c et 5 du décret de loi concernant les organisations et les devoirs des Ministres des affaires étrangères (publié au Journal Officiel Turc du 14 décembre 1983, n°18251).

En effet, du fait que, par la nature du système parlementaire, le Conseil des Ministres est responsable des actes législatifs devant l'Assemblée Nationale turque, et indissociablement à ce principe, que la Constitution admet la règle de contreséing selon laquelle tous les actes faits par le Président de la République et qui entraîneront des effets juridiques ne peuvent prendre effet que par le consentement du Conseil des Ministres, on ne peut parler de la compétence du Président de la République de pouvoir signer directement des traités. Par ailleurs, si le traité envisagé est très important, le Président de la République, à la tête de la délégation turque, peut assister à la cérémonie de la signature du traité pour accentuer l'importance du traité en question<sup>25</sup>.

3° Les personnes qui sont envoyées en pays étranger ou auprès des organisations internationales pour élaborer le texte d'un traité sans avoir besoin de l'acte de compétence, sont les suivantes:

- les Présidents des représentants diplomatiques de la Turquie envoyés à l'étranger<sup>26</sup>,

- les Présidents des représentants diplomatiques de la Turquie auprès des organisations internationales<sup>27</sup>.

4° Les fonctionnaires professionnels qui occupent un poste au siège du Ministère des affaires étrangères et ayant compétence de négocier sans avoir besoin de l'acte de compétence dans leur domaine de compétence engagent des pourparlers avec les représentants permanents des pays étrangers, les représentants provisoires à qui a été confiée la représentation du pays étranger et les représentants permanents ou provisoires des organisations internationales<sup>28</sup>.

5° Hormis les personnes que nous venons de citer, toutes les autres personnes doivent recourir à l'acte de compétence pour représenter la Turquie.

6° En ce qui concerne les personnes qui ont besoin d'un acte de compétence, cet acte est en principe délibéré par un décret de la Présidence du Conseil.<sup>29</sup> Dans ce cas, l'acte de compétence préparé par le Ministère des affaires étrangères est signé par le Président de la République, le Premier Ministre et le Ministre des affaires étrangères<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> MEMIS (Emin): "Uluslararası Andlaşmaları İmzalamaya Yetkisi", Argumentum, novembre 1992, n° 28, pp. 456-461.

<sup>26</sup> La circulaire de la Présidence du Conseil de 1969, k/5; la note de la circulaire du Ministre des Affaires étrangères, 2/c.

<sup>27</sup> Ibid., idem.

<sup>28</sup> La circulaire de la Présidence du Conseil de 1969, k/4; la note de circulaire du Ministre des Affaires étrangères, 2/b.

<sup>29</sup> L'article 1 de la Loi n°244 et l'article 4 de la même loi révisé par l'article 8 de la Loi n° 1173.

<sup>30</sup> La circulaire de la Présidence du Conseil de 1969, s.13; la note de la circulaire du Ministre des Affaires étrangères, 2/D, i.



7° Les présidents des représentants de la Turquie envoyés à l'étranger ou auprès des organisations internationales peuvent nommer les fonctionnaires qui dépendent d'eux par un acte déclaratif pour qu'ils puissent engager des pourparlers avec les Etats étrangers ou bien avec les organisations internationales<sup>31</sup>.

8° En principe, le Ministre des affaires étrangères est responsable des pourparlers ainsi que de la rédaction du texte définitif du traité; il est tenu de collaborer avec le ministre concerné par le contenu du traité<sup>32</sup>.

9° Toutefois, la compétence pour mener les pourparlers et pour définir le texte du traité dont le contenu comprend des dispositions techniques, a été confiée sous certaines conditions au Ministre intéressé ou à l'établissement public concerné<sup>33</sup>.

### **Séction 3. Ratification.**

Le mot ratification qui vient du latin "*ratificare*", équivaut à la confirmation de ce qui a été promis, revêt dans le vocabulaire juridique deux sens différents, d'une part en droit civil<sup>34</sup> et d'autre part en droit international. "En droit international public, elle se présente sous la forme d'un échange, par un document déposé dans les termes (date, lieu) prévus par des clauses du traité. Les signataires se font réciproquement savoir qu'ils approuvent le projet élaboré par leurs plénipotentiaires et par là même, ils confirment la situation juridique qui vient d'être créée. Dans le système contemporain, la plupart des traités soulignent la nécessité d'une ratification et en précisent les modalités; particulièrement les Etats signataires se trouvent obligés, en raison des systèmes constitutionnels différents de chaque Etat contemporain et de la tendance toujours croissante vers un plus grand nombre d'Etats signataires, conséquence de la politique des grands blocs économiques et politiques, des grands pôles d'attraction et du principe toujours plus vrai de l'interdépendance, de mentionner quels seront les organes internes compétents pour ratifier"<sup>35</sup>.

En fait le mot "ratification" comprend deux éléments dans la procédure qui la concerne: "la volonté" et "la déclaration de volonté". La première signification se rapporte au sens constitutionnel tandis que la dernière est relative au sens international. La volonté de ratifier s'exprime soit par l'organe législatif soit par l'organe exécutif soit par la participation des deux

---

<sup>31</sup> La circulaire de la Présidence du Conseil de 1969, s.12-13; la note de la circulaire du Ministre des Affaires étrangères, 2/D, ii-iv.

<sup>32</sup> L'article 1/1 de la Loi n° 1171; l'article 2/c du décret de loi n°177 (publié au Journal Officiel turc du 14 décembre 1983, n° 18251).

<sup>33</sup> Le dernier paragraphe de l'article 1/1 de la Loi n° 1171.

<sup>34</sup> Notre étude se limitant au droit international, nous laisserons de côté tout ce qui concerne le droit civil.

<sup>35</sup> DELHOVE (Georges), op. cit., pp. 15-16.

organes. En ce qui concerne la déclaration de volonté de ratifier elle appartient toujours à l'organe exécutif. En nous appuyant sur cette brève explication, nous pouvons dire que l'aspect du droit interne de la ratification concerne la répartition des pouvoirs dans l'Etat. Ceci sera abordé dans la section sur la classification de l'organe ayant compétence de ratifier. Pour cela il nous semble utile de nous pencher sur l'aspect du droit international de la ratification<sup>36</sup>.

La ratification donne aux traités sa consécration définitive, lève le dernier obstacle à son exécution immédiate et met à la charge du gouvernement le soin et le devoir de les faire exécuter. Dans le droit international actuel, la ratification des traités est considérée comme un élément nécessaire et indispensable; elle seule donne au traité sa force obligatoire. Sans ratification, le traité n'est qu'une promesse d'engagement, aussi peut-on dire que, la ratification est aussi nécessaire à l'existence juridique d'un traité que la sanction du pouvoir suprême est indispensable pour la validité de n'importe quel projet de loi. Par la ratification seulement le traité forme un lien parfait et complet entre les parties contractantes.

La ratification est jugée tellement nécessaire pour rendre obligatoire un traité international que l'accomplissement de cette formalité essentielle fait l'objet dans le corps du traité d'une clause spéciale que l'on appelle *réserve de ratification*. Par cette clause, le pouvoir souverain de l'Etat se réserve le droit d'examiner une fois encore les dispositions du traité sorti des négociations avant de prendre une décision définitive et de lier irrévocablement l'Etat. L'on admet que si cette clause n'avait pas été énoncée expressément dans le traité, elle devrait être considérée comme sous-entendue. D'ailleurs, on peut dire que la clause où il est mentionné que chacune des parties contractantes remettra à l'autre un exemplaire du traité équivaut à la réserve tacite de ratification.

La ratification a lieu selon les formes édictées par la constitution de chaque Etat. Elle consiste, généralement, en un écrit signé par le Chef de l'Etat et revêtu de son sceau, par lequel il approuve le contenu du traité conclu en son nom par le Ministre plénipotentiaire et promet de l'exécuter de bonne foi, en tous ses points. La plupart des constitutions modernes confèrent au chef d'Etat le droit de conclure, de négocier et de ratifier les traités, mais elles ont soin d'ajouter que ces traités ou du moins certains d'entre eux ne seront exécutoires qu'après avoir reçu l'approbation du corps législatif.

La réserve de ratification a pour but de permettre au gouvernement et, dans certains cas, aux parlements d'examiner le résultat des négociations internationales et de peser et d'apprécier la valeur du traité avec toutes les circonstances qui s'y réfèrent et de vérifier surtout si les plénipotentiaires se sont bien conformés à leurs pleins pouvoirs et aux instructions qu'ils avaient

---

<sup>36</sup> COUMOUL (Gaston): *Des Conditions de validité des traités internationaux*, Thèse, Toulouse, 1911, Imprimerie J. Fournier, Toulouse, 1911, pp.155-164 à qui nous empruntons cette explication.

reçues. Si l'examen des articles du traité démontre que le traité peut être inutile ou dangereux, la ratification pourra être refusée et la faculté de refus découle du but même de la réserve de ratification et de sa nécessité. Il serait effectivement difficile aujourd'hui d'imposer à un gouvernement l'obligation de ratifier un traité contre lequel se serait prononcée la représentation nationale.

La liberté de choix leur appartenant résulte clairement de la rédaction de l'article 14 de la Convention de Vienne:

"Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la ratification:

a/ lorsque le traité prévoit que ce consentement s'exprime par la ratification;

b/ lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la ratification étaient convenus que la ratification serait requise;

c/ lorsque le représentant de cet Etat a signé le traité sous réserve de ratification; ou

d/ lorsque l'intention de cet Etat de signer le traité sous réserve de ratification ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimé au cours de la négociation".

Il n'existe donc pas de présomption générale en faveur de la ratification; ici encore, tout dépend de l'intention, expresse ou tacite des Etats. En refusant la ratification, l'Etat qui se trouvera dans cette position d'avoir à refuser, justifiera sa conduite en indiquant les justes motifs à son cocontractant. C'est là une obligation de pure courtoisie internationale.

La ratification peut encore être imparfaite; c'est ce qui se produira si le gouvernement d'un pays où l'approbation du Parlement est constitutionnellement requise ratifie le traité sans l'avoir obtenu (le problème de la ratification imparfaite). Ce mode de procéder pourrait entraîner de graves difficultés internationales. L'autre Etat qui aura ratifié régulièrement sera-t-il fondé, dès lors, à exiger l'exécution et au besoin à user de représailles ?

La faculté de ratification est déterminée par le droit constitutionnel de chaque Etat, et, dans les pays à régime parlementaire, la ratification antérieure du chef d'Etat ne peut être que conditionnelle vis-à-vis de l'Etat dont le chef donne la ratification, et suspensive vis-à-vis de l'Etat à qui elle est adressée. La ratification est une manifestation de volonté d'un Etat qui s'exprime à travers un organe représentatif à qui a été confiée la compétence reconnue en droit interne dudit Etat d'approuver un traité par lequel l'Etat sera lié du fait de la signature de son représentant compétent.

La compréhension de la ratification sous cet angle est le fruit d'une longue évolution historique. Même à l'époque où tous les pouvoirs de l'Etat sont détenus entre les mains d'une seule personne, la ratification prenait

place dans la conclusion à la suite de laquelle la mise en application des traités avait lieu.

"La ratification reste une règle essentielle pour tous les traités signés, qu'elle y ait été ou non réservée. Sa valeur dans les rapports internationaux est la même que dans les rapports internes: les engagements conventionnels ne sont obligatoires qu'après ratification valablement donnée d'après les règles constitutionnelles de chaque pays"<sup>37</sup>

"La ratification est de beaucoup la plus intéressante ; elle est le couronnement de toutes les négociations; c'est elle aussi qui marque le commencement de l'exécution des traités".<sup>38</sup> En effet il est naturel que la négociation, qui précède la conclusion d'un traité, ne crée pas d'obligation pour les Etats, aussi cette étape ne soulève-t-elle pas généralement des problèmes juridiques compliqués. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la signature et la ratification.

Jadis, du temps des monarchies absolues, c'était la signature qui représentait l'élément déterminant: le monarque devait ratifier tous les accords qui avaient été signés par son délégué, à moins que ce dernier n'ait outrepassé ses pouvoirs. A mesure que s'accroissait le glissement vers l'absolutisme royal, le souverain transformait le droit de contrôle qu'il exerçait sur l'action accomplie par ses envoyés en un droit d'approbation global du traité signé. Par la même déviation, son engagement définitif allait être subordonné à cette approbation en dépit du maintien du contenu traditionnel des lettres de pleins pouvoirs.

Depuis l'avènement du régime démocratique la situation a changé de tout au tout: les Etats se sont vus reconnaître le droit de refuser de ratifier un accord signé par leur plénipotentiaire, même si celui-ci n'a pas excédé ses compétences afin que les organes représentants le peuple puissent donner leur avis avant que l'Etat n'assume des obligations sur le plan international. La question de la ratification donc ne s'est pas posée chez les anciens auteurs dans le sens de savoir si, un traité une fois régulièrement conclu, il y avait obligation de le ratifier.

Les anciens auteurs appliquèrent au droit international les principes du mandat de droit civil car la doctrine de droit international a fait, pendant longtemps, de larges emprunts au droit privé. Selon cette institution, si le mandataire n'a pas dépassé les limites du pouvoir qui lui avait été confié, le souverain devait ratifier le traité.

Au cours de la domination de la *théorie du mandat* sur les traités, la ratification n'avait aucune signification de lien de droit, elle était une confirmation purement traditionnelle de signature et elle la suivait d'une

---

<sup>37</sup> POLITIS (N.): "La Portée des règles de droit constitutionnel pour la conclusion et la ratification des traités internationaux", Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 1930, p. 220.

<sup>38</sup> VEXLER (Paul): *De l'Obligation de ratifier les traités régulièrement conclus*, Thèse, Paris, 1921, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1921, p.2.

façon si naturelle qu'un refus de ratifier de la part d'un monarque eut été considéré comme une des plus graves atteintes aux traditions diplomatiques des monarchies européennes.

Par ailleurs, au XVIIIème siècle, VATTEL et BYNKERSHOEK constataient déjà l'existence de la ratification royale postérieure à la signature. "La distinction entre la signature et la ratification et leur séparation dans le temps se justifie à plus d'un titre: elle est en pleine harmonie avec les principes modernes de droit public qui n'admettent pas, sans texte légal, de délégation de compétence. D'autre part, elle permet effectivement aux autorités investies du "*treaty making power*" de vérifier si les plénipotentiaires n'ont pas outrepassé leurs instructions. Aucune difficulté diplomatique ne peut surgir de cette vérification, il ne s'agit pas d'une remise en question de la parole donnée du moment que le traité n'est pas encore définitivement conclu. Le délai entre la signature et la ratification peut être utilisé en vue de procéder à un nouvel examen du texte du traité avant d'engager juridiquement l'Etat"<sup>39</sup>.

Le souverain avait cependant le droit de refuser la ratification en s'appuyant soit sur une clause de réserve de ratification soit sur les motifs admis par l'usage du droit international. En d'autres termes, le refus de ratifier pouvait être admis en cas de fortes raisons. En résumé, les anciens auteurs protestèrent contre le refus de ratifier et le désaveu des plénipotentiaires lorsque ces derniers n'avaient pas excédé leurs pouvoirs ou leurs instructions. Les auteurs anciens ont voulu expliquer l'obligation de ratifier par l'analogie qui existait entre les pleins pouvoirs et le mandat du droit civil. Pour ces auteurs, la question d'une ratification ne se posait donc que dans le cas où le mandataire aurait outrepassé ses pouvoirs<sup>40</sup>.

#### **Section 4 : La classification des organes compétents pour ratifier.**

La conclusion et la ratification des traités se distinguent l'une et l'autre par leur caractère et leur effet propre, la première est un acte de préparation où la forme l'emporte sur le fond, la seconde, l'acte de décision où c'est le fond qui domine. Même si, en raison des motifs historiques la plupart des constitutions confient la ratification des traités au Président de la République, cette reconnaissance de compétence n'est pas inconditionnelle.

En effet cet état de fait concerne à la fois le problème de la répartition des pouvoirs dans un Etat et lie à ces raisons son impact historique sur ce sujet. Finalement d'une manière générale, l'exercice du pouvoir de ratifier est subordonné, tout au moins pour les traités les plus importants, sinon pour tous les traités, à l'autorisation préalable du pouvoir législatif, soit des deux Chambres (si elles existent), soit seulement de l'une d'elles, selon le régime

---

<sup>39</sup> NGUYEN QUOC (Dinh), DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), op. cit., p. 129.

<sup>40</sup> VEXLER (Paul), op. cit., pp. 84-85.

politique du pays en question, statuant à la simple majorité ou à une majorité qualifiée. Comme nous venons de l'expliquer, le traité étant un acte de droit international, sa formation est, par sa nature, réglémentée par le droit international qui demeure dans ce domaine la nature coutumière.

Certes la coutume internationale s'établit par la pratique uniforme et constante des membres de la communauté internationale. Or, la pratique, en ce qui concerne la formation des traités, ne s'est pas développée dans le même sens; elle s'est spécialement modifiée, à partir de l'époque où les compétences des chefs d'Etat connurent des limitations.<sup>41</sup> En effet, toutes les questions concernant la compétence de ratifier sont indissociables de cet état de fait et la classification réside donc dans la répartition des pouvoirs dans l'Etat. Par l'apparition de la notion d'Etat moderne, même si les pouvoirs de l'Etat n'appartiennent plus ni à une personne ni à un organe, la formation de cet état de choses ne produit pas de la même façon dans chaque Etat. Cette situation dépend en effet à la fois de l'évolution historique et de l'expérience démocratique.

Il est bien évident que, malgré l'existence d'une répartition similaire des pouvoirs dans les Etats, des divergences apparaissent. C'est la raison pour laquelle dans la doctrine lorsque l'on fait une classification de l'organe compétent pour ratifier, et bien que la base de départ soit identique, plusieurs types de classification prennent forme car, dans chaque classification, le cas des exemples donnés n'est pas le même, d'autre part la base sur laquelle se fonde la classification n'est pas commune par suite du choix de l'auteur. Par la force de cet état de choses, nous nous proposons d'examiner tout d'abord le point commun à toutes les classifications, puis d'analyser les diverses classifications soit suivant les points communs d'une classification en présentant les différentes opinions des auteurs sur une même classification, soit suivant les auteurs si leur classification ne correspond guère à une autre classification.

#### **4.1. Point commun aux classifications.**

\* La période monarchique où le souverain accumulait tous les pouvoirs y compris la ratification des traités fait partie intégrante de chaque classification en raison soit de motifs historiques soit de l'utilité de montrer l'évolution de la notion de ratification dont la source remonte jusqu'à l'Antiquité soit dans le but de dresser un parallèle entre le système où le pouvoir de ratifier revient à l'organe exécutif exclusivement et le système ancien et enfin soit pour éprouver la nécessité des ratifications.

\* Un autre point commun à toutes les classifications émerge de l'utilisation du mécanisme constitutionnel. Dès lors les sources de toutes les classifications sont les textes des constitutions.

---

<sup>41</sup> CELIK (Edip): "La Formation des traités en droit international et en droit turc", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, T.XX, n°36-1970, Istanbul, 1971, p. 15.

Certes au XIXème siècle pendant lequel le domaine de compétence du Parlement s'élargissait de plus en plus tant dans les autres sujets que dans la conclusion des traités. Ceci est le corollaire naturel et indissociable du principe de la séparation des pouvoirs et de son impact sur la formation du système de l'Etat.

Cependant l'application et l'adaptation du principe de séparation des pouvoirs et du système parlementaire n'apparaissent pas de la même façon dans chaque pays tantôt sous l'influence des raisons historiques tantôt sous l'influence de leur propre expérience démocratique. De plus les textes des constitutions choisis comme exemples sont variés dans chaque classification dans lesquelles l'époque de la rédaction joue un rôle non négligeable. De ce fait chaque classification est un reflet de l'époque où elle a été rédigée. Il va sans dire que ceci constitue la faiblesse de chaque classification, car l'évolution et le changement du système politique entraînent à la fois la perte de valeur et la mise en désuétude de ladite classification.

\* Enfin la méthode appliquée par les auteurs dans l'élaboration de la classification n'est que le reflet de leur choix personnel.

## **4.2. Diverses classifications.**

### **4.2.1. 1ère classification.**

Il s'agit de la classification de M. Joseph CHAILLEY et de M. Basile-Alexis VINESIU qui fondent leur travail sur la question de la nécessité de la ratification. D'après eux, deux systèmes différents existent, à savoir:

1° L'autorité compétente qui a donné mandat de négocier est obligée, dans les limites de ce mandat, indépendamment de toute ratification postérieure, qu'elle ne peut d'ailleurs refuser, sauf le cas de forfaiture du plénipotentiaire.

2° Tout traité pour être valable doit être ratifié. Cette ratification n'est pas obligatoire; elle peut être refusée même en dehors des cas de *force majeure*.

La première division de cette classification correspond à l'époque monarchique et n'est plus conforme de nos jours. Son origine réside dans la théorie du mandat du droit civil. "Dans ce système, il ne peut être question de ratification que si l'on conteste l'authenticité ou l'étendue des pouvoirs donnés au mandataire. Le code civil et le bon sens indiquent qu'elle est complètement inutile au cas où le mandataire aura agi conformément au mandat qu'il a reçu. On ajoute que le souverain est lié même dans les cas où le plénipotentiaire aurait outrepassé ses instructions secrètes, car par rapport à l'autre partie contractante il a reçu des *pleins pouvoirs*. Mais si la ratification a été expressément réservée, personne ne conteste que la validité du traité ne soit subordonnée à cette ratification.

Les partisans de ce système constatent cependant que l'usage de la ratification remonte aux temps les plus reculés. Mais ils ne voient là qu'une mesure de précaution contre les préjudices et les embarras que pourraient parfois causer à l'Etat la négligence coupable, la maladresse dangereuse ou la criminelle complicité de ses agents. De sorte que cette ratification ne peut être refusée si le mandataire a fidèlement et consciencieusement observé les termes de son mandat".<sup>42</sup> En fait cette division est très claire et elle peut se résumer en deux propositions dont l'une n'est que le corollaire de l'autre:

" 1° L'autorité compétente qui a donné mandat est obligée, dans les limites de ce mandat, par les actes du mandataire.

2° La ratification du traité signé, ne peut, en théorie, être ni refusée ni accordée, *parce qu'elle n'a pas à être demandée* ; en pratique, cette ratification ne peut être refusée que si le mandataire s'est écarté des termes du mandat, tel qu'on l'a communiqué à la partie cocontractante".<sup>43</sup>

Cette division, qui s'appuie sur des arguments étrangers au droit international, a trouvé des opposants. Les uns s'en écartent légèrement et la prennent même comme point de départ pour arriver à des conclusions un peu différentes; les autres l'attaquent de front et en bouleversent tous les arguments. Dans ce cas là, nous remarquons tout d'abord qu'aujourd'hui la doctrine tombe d'accord unanimement sur la nécessité de la ratification. Au-delà de ceci, il nous semble utile de souligner que le refus de la ratification est admis tant dans la pratique que dans la théorie pour les cas suivants même si le représentant de l'Etat n'outrepasse ni ne respecte ses instructions:

\* Une des possibilités qui se présente, pour refuser un traité, réside dans l'impossibilité physique ou morale ; la première a lieu quand l'exécution de l'engagement entamerait injustement les droits des parties tierces. Dans ces deux cas, il s'ensuit que si l'impossibilité de remplir le traité s'élève ou est découverte avant l'échange des ratifications, cet échange peut être refusé sur ce fondement.

\* Si avant la ratification, l'on découvre l'erreur mutuelle des contractants relativement à un point de fait qui, s'il avait été connu dans ses véritables circonstances, eût empêché la conclusion du traité.

\* Lorsque les traités contiennent des engagements contraires à des lois spéciales ou au droit public interne de l'une des parties.

\* En cas de changements de circonstances dont dépend la validité même du traité soit du fait de sa nature soit par une stipulation expresse (*clausula rebus sic stantibus*), le traité ne pourrait être ratifié.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> VINESIU (Basile-Alexis), op. cit., pp. 170-171.

<sup>43</sup> CHAILLEY (Joseph): *De l'Autorité gouvernementale compétente pour passer les traités internationaux*, Thèse, Paris, 1882, Imprimerie de Georges Rouillé, Auxerre, 1882, pp. 156-157.

<sup>44</sup> Voir *ibid.*, pp. 157 et ss.; VINESIU (Basile-Alexis), op. cit., p. 174.



Quant à la deuxième division, l'on affirme que la ratification est nécessaire à la validité du traité, indépendamment de toute réserve ; que, de plus, cette ratification peut être refusée dans tous les cas, et non seulement lorsque le représentant a outrepassé les limites de son mandat. Les partisans de ce système s'écartent des principes du droit privé en la matière. M. Basile-Alexis VINESIU met en relief de façon explicite la nécessité de la ratification en appuyant sa démonstration sur quatre arguments:

1° La théorie du mandat repose sur des arguments étrangers au droit international, ce qui est une erreur. "En effet il y a une différence énorme entre les pouvoirs accordés par le chef de l'Etat à son agent diplomatique et ceux donnés par un simple particulier à son mandataire. Dans le premier cas, il s'agit des intérêts graves et compliqués d'une nation entière, dans le second, il n'est question que d'une affaire privée.

2° Il importe que les pouvoirs de négocier au nom d'un Etat soient très étendus afin de laisser aux plénipotentiaires la liberté d'agir suivant les circonstances. Mais pour que l'exercice de ces vastes pouvoirs ne devienne préjudiciable à l'Etat, il est absolument indispensable de le soumettre au contrôle sous-entendu de non-ratification.

3° Le chef de l'Etat a le droit de conclure les traités en vertu d'une fonction publique qui lui est confiée, fonction personnelle qu'il ne peut déléguer à personne. Et quand il nomme des plénipotentiaires il ne les charge pas de faire autre chose qu'un projet qu'il est libre d'approuver ou non".<sup>45</sup>

Cet argument juridique lui paraît décisif en faveur du système où la ratification est nécessaire. Il demande si l'on admettrait qu'un député, qu'un magistrat, ou tout autre organe des pouvoirs publics puisse déléguer à quelqu'un la fonction dont il est investi. Evidemment non. "Il en est de même du chef de l'Etat. Toutes ces fonctions ne peuvent être exercées que par les personnes auxquelles elles ont été confiées.

Le rôle des plénipotentiaires est donc de négocier les conditions du traité, d'en discuter les bases, d'en préparer le texte avant de le soumettre à l'approbation du chef de l'Etat qui seul peut conclure le traité. Avant la ratification il n'y a qu'un projet de traité ; et la ratification seule le rend définitif".<sup>46</sup>

4° Le système où la ratification est nécessaire est conforme à la pratique. Même si l'auteur accepte au moins en principe le droit de refus de l'organe compétent à ratifier, il est certain qu'il doit motiver son refus en s'appuyant sur un des motifs de non-ratification que nous avons évoqués précédemment.

---

<sup>45</sup> Op. cit., p. 172.

<sup>46</sup> Ibid., pp. 172-173.

En outre, d'après lui "si le chef de l'Etat a le droit de l'accorder ou non, il a aussi le devoir de ne se prononcer, dans l'intérêt de son pays, qu'après s'être bien rendu compte de la situation. Y a-t-il des motifs assez sérieux, des raisons d'ordre majeur de ne pas ratifier un traité? Qu'il s'abstienne. Dans le cas contraire, la ratification s'impose à lui; car le refus non motivé, quoiqu'il ne soit jamais considéré comme une violation de droit, peut blesser les convenances, porter profondément atteinte au crédit d'un Etat et mettre en péril les rapports de bonne amitié qui existaient entre les contractants. Et c'est pour cela qu'en fait la ratification se traduit aujourd'hui en l'accomplissement d'une simple formalité; elle n'est que très rarement refusée. Grâce à la rapidité des communications, un plénipotentiaire ne signe un traité que s'il a la certitude que l'accord intervenu est conforme aux vues du gouvernement qu'il représente".<sup>47</sup>

M. Basile-Alexis VINESIU souligne que presque toutes les constitutions reconnaissent au pouvoir exécutif la compétence de ratifier. Mais il est d'accord pour que la ratification appartienne au pouvoir législatif afin que la nation n'assume pas des obligations contraires à ses véritables intérêts.<sup>48</sup> Cette deuxième division, si l'on y joint les résultats qu'a obtenus la pratique, est également très nette. Elle peut se formuler ainsi:

"1° Tout traité, même sans qu'il y ait à ce sujet de réserve dans les pouvoirs ou dans le traité lui-même doit, pour être valable, être ratifié.

2° Cette ratification n'est pas obligatoire pour les parties cocontractantes. Elle peut être refusée par l'une d'elle en dehors même de tous cas de force majeure".<sup>49</sup>

M. Joseph CHAILLEY en arrive à la conclusion suivante: "en réalité ces deux systèmes arrivent en pratique à des résultats qui ne sont pas absolument opposés. L'un n'est que le développement de l'autre. Le premier concède que tout traité a besoin de ratification, parce que c'est l'usage constant de la réserver et le second affirme que, indépendamment de toute réserve, cette ratification est nécessaire à la validité du traité. Le premier admet que cette ratification pourra être refusée en un cas, et le second déclare qu'elle peut l'être dans plusieurs autres, d'abord strictement déterminés, ensuite devenus plus nombreux, et dont aujourd'hui la formule pratique est: *Si l'un des contractants a eu des motifs de changer de volonté, motifs dont il est juge*".<sup>50</sup>

Après cette classification qui vient d'être présentée par les auteurs cités, ces derniers posent la question suivante: *quelle est l'autorité compétente pour ratifier?* M. Basile-Alexis VINESIU aurait voulu que la ratification appartienne partout au pouvoir législatif afin que la nation

<sup>47</sup> Ibid., pp. 174-175.

<sup>48</sup> Ibid., pp. 177-178.

<sup>49</sup> CHAILLEY (Joseph), op. cit., p. 169.

<sup>50</sup> Ibid., pp. 169-170.

n'assume pas des obligations contraires à ses propres intérêts. "Lorsqu'il est question d'un traité devant être soumis au Parlement, on n'agit pas comme pour un projet de loi; le Parlement ne peut que l'adopter ou le rejeter complètement; il ne peut faire amendement, ni modification aux articles. C'est une règle partout suivie...La coutume s'explique aisément par la nature synallagmatique du traité dont les clauses ne peuvent être changées que du consentement de tous les contractants. En cas de désaccord, il ne reste qu'une chose à faire: suspendre les délibérations et inviter le gouvernement à s'entendre avec la puissance contractante, et à présenter un nouveau projet ou des articles additionnels. En fait il arrive souvent que le gouvernement retire son traité des chambres et attende purement et simplement une meilleure occasion pour le leur faire approuver"<sup>51</sup>.

Quant à M. Joseph CHAILLEY<sup>52</sup>, il fait une distinction entre ces deux cas à savoir:

\* Le pouvoir exécutif ratifie les traités, quelles que soient la forme du gouvernement et la nature de la constitution. D'après lui, ce système est abandonné par la fondation d'un autre système dans les pays européens où le pouvoir exécutif est tenu d'obtenir le consentement du pouvoir législatif dans certains cas plus ou moins strictement déterminés.

\* Par conséquent, il propose un deuxième système selon lequel, la ratification appartient à l'autorité gouvernementale qui en est investie par la constitution de chaque pays.

#### **4.2.2. IIème classification.**

Ce type de classification se caractérise par la participation des organes à la formation du traité.

##### **4.2.2.1. La classification où la participation du pouvoir législatif à la formation du traité est utilisée comme critère de base.**

Avant d'aborder cette classification, nous nous proposons de remarquer que l'un des fondateurs de cette classification, M.B. MIRKINE-GUETZEVITCH, après avoir publié en 1933 un article en collaboration avec M. Jules BASDEVANT dans lequel figure une classification en six groupes, propose dans son ouvrage intitulé "Les nouvelles tendances du droit constitutionnel", une classification relative à la ratification en quatre groupes à savoir :

"a/ Tous les traités internationaux doivent être ratifiés par le Parlement. C'est par exemple le cas de la République d'Estonie...

---

<sup>51</sup> Op. cit., pp. 178-179.

<sup>52</sup> Op. cit., pp. 172-177.

b/ Assez peu différent de ce premier type, nous trouvons, dit-il, un second type où *la ratification de la plupart des traités appartient au pouvoir législatif* (par exemple l'article 50 de la Constitution autrichienne).

c/ *La ratification du pouvoir législatif n'est nécessaire que pour certains traités* (par exemple l'article 49 de la Constitution polonaise).

d/ *La ratification par le pouvoir législatif n'est requise que pour les traités internationaux dont la teneur a trait à la compétence législative* (article 45, alinéa 3, de la Constitution allemande)"<sup>53</sup>.

En outre M. Paul DE VISSCHER traite, dans son ouvrage<sup>54</sup>, de la compétence de l'organe à ratifier en calquant sur la classification de M. Jules BASDEVANT et de M. B. MIRKINE-GUETZEVITCH. Les auteurs<sup>55</sup> de cette classification considérant l'évolution des institutions constitutionnelles, tendant de plus en plus à un élargissement de la participation de l'organe législatif à la conclusion des traités, proposent une classification descriptive qui se fonde à la fois sur les critères politiques et juridiques. D'après eux, les différents systèmes contemporains à cette classification peuvent être groupés en six parties:

1° Etats où la conclusion rentre dans la compétence exclusive de l'exécutif. Le type en est soit les pays à monarchie absolue, comme le Japon, ou le Siam, par exemple, où seul l'Empereur a le droit de conclure tout traité et où la représentation nationale n'intervient même pas au moment de la ratification. On peut se demander si l'on doit faire entrer dans ce groupe le Vatican puisque le Souverain Pontife concentre en lui-même tous les pouvoirs tant l'exécutif que le législatif. M. Paul de VISSCHER est tout à fait d'accord pour introduire le cas du Vatican dans ce premier groupe.<sup>56</sup>

2° Etats à compétence exclusive de l'exécutif, mais où existe le contrôle politique et législatif des Chambres. C'est le cas typique de la Grande-Bretagne, où la Couronne seule détient le pouvoir de conclure et de ratifier les traités internationaux, mais où la responsabilité politique des ministres y associent le Parlement presque aussi étroitement que dans les Etats du groupe suivant.

3° Etats où certains traités seulement exigent la collaboration du pouvoir exécutif et du législatif, en ce sens que le chef du pouvoir exécutif conclut et ratifie seul en principe les traités, mais la Constitution lui prescrit pour certains traités d'obtenir du législatif l'autorisation de ratifier. Le type de

---

<sup>53</sup> MIRKINE-GUETZEVITCH (B.): *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2ème Edition, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1936, pp. 70-71; le même auteur "*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*", RDP, 1929, pp. 203-204.

<sup>54</sup> *De la Conclusion des traités internationaux*, Etablissements Emile Bruyant, Bruxelles, 1943, pp. 26-120.

<sup>55</sup> BASDEVANT (Jules) et MIRKINE-GUETZEVICH (B.): "*Méthodes de conclusion des traités internationaux*", RDI, T.XI, 1933, pp. 210-217.

<sup>56</sup> Op. cit., p. 28.

ces pays c'est la France, imitée par la Belgique, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, la Tchécoslovaquie et plusieurs autres pays.

4° Ce groupe comprend quelques Etats pour lesquels les traités ne sont définitifs qu'avec le concours de l'exécutif avec la Chambre Haute (type: les Etats-Unis d'Amérique, imités par l'Equateur, et le Liberia).

5° La majorité des Etats donne au chef de l'exécutif le pouvoir de conclure et de ratifier tous les traités, mais après avoir obtenu à cet effet l'autorisation des deux Chambres pour tout traité. Exemple : la Roumanie, le Portugal, l'Albanie, plusieurs Etats de l'Amérique latine, etc. Dans ce groupe, toutefois il convient de faire une place spéciale à Turquie dont la Constitution de 1924 prévoit la compétence de la Grande Assemblée Nationale pour ratifier<sup>57</sup>.

6° Nous avons enfin l'exemple de la Suisse qui admet la participation facultative du peuple, par l'institution du référendum<sup>58</sup>.

Cette classification, au-delà des constitutions en vigueur avec lesquelles elle se trouve en contradiction, peut être critiquée. Tout d'abord dans cette classification la pratique des Etats-Unis suivant laquelle le consentement du Sénat en matière de conclusion des traités par le Président est exceptionnel pour certains cas, ne figure pas en conformité avec son importance. De plus lorsqu'il s'agit du contrôle politique du Parlement sur l'organe exécutif, parle-t-on de compétence exclusive de l'organe exécutif? Peut-on considérer cet état de fait comme un système indépendant par rapport à celui où la participation de l'organe exécutif est nécessaire pour certains traités?<sup>59</sup>

#### **4.2.2.2. La classification portant sur l'importance de l'étendue de la compétence de l'exécutif.**

Comme nous l'avons fait remarquer, en principe la compétence pour conclure un traité revient à l'organe exécutif. Pourtant cette situation est modifiée soit par le principe de la responsabilité du Conseil des Ministres soit par les autres compétences du Parlement sur le Conseil des Ministres soit encore par le système du référendum qui reste un cas exceptionnel (en Suisse). Par conséquent lorsque l'on accepte l'étendue de la compétence de l'exécutif comme critère pour la classification, nous envisageons trois systèmes<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> *Infra.*, pp.

<sup>58</sup> Voir BACOT (Guillaume): "Remarques sur le rôle du référendum dans la ratification des traités", RGDIP, 1978-II, pp. 1024-1050; DE MEURON (André): *L'Autorité des traités internationaux en droit public suisse*, Thèse, Neuchâtel, Imp. Delachaux & Niestlé S.A., Neuchâtel, 1937; FERMAUD (Gaston): *Le Referendum sur les traités internationaux en Suisse*, Thèse, Montpellier, 1932, Imprimerie Mari-Lavit, Montpellier, 1932.

<sup>59</sup> CROZAT (Charles): "Milletlerarasi Muahedelerin Tasdikiyile Ilgili Anayasa Hükümleri" (traduit du français par M. Edip F.CELIK) in A. Samin Gönensay'a Armagan, Istanbul, 1955, p.48.

<sup>60</sup> DEHOUSSE (Fernand): *La Ratification des traités, Essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Thèse, Université de Liège-Faculté de droit, Année académique 1934-1935, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1935, pp. 124

1° *Système où la compétence du chef de l'Etat est, en principe, inconditionnée.*

Dans ce système, soit la compétence du chef de l'Etat en matière de ratification s'exerce en dehors de toute intervention du Parlement soit cette même compétence lui permet d'engager l'Etat sous réserve d'un contrôle à la fois politique et législatif du Parlement. Le principe fondamental, dans ces deux cas, est que l'Etat se trouve internationalement engagé par la ratification du chef de l'Etat. Ce système est pratiqué en Europe dans quatre Etats mais avec différentes modalités. Ce sont: la Grande-Bretagne, la Norvège, la Suède et, depuis la loi du 24 mars 1933 révisant la constitution de la Weimar, l'Allemagne<sup>61</sup>.

2° *Système où l'assentiment du Parlement, requis pour tous les traités ou pour certains d'entre-eux, est une condition de leur validité internationale.*

Il s'agit d'un contrôle exercé par le Parlement en vertu d'un texte constitutionnel exprès. Ce texte se trouve dans la plupart des constitutions qui, précisément, déterminent l'étendue de la prérogative du chef de l'Etat en matière de conclusion de traités. Il subordonne à l'observation des limitations qu'il établit la validité internationale des traités. Ce système se subdivise en deux groupes :

a/ *L'assentiment du Parlement est requis pour tous les traités.*

Quatre constitutions européennes peuvent être classées sous ce type: la Constitution de l'Estonie du 15 juin 1920, article 60; la Constitution des Pays-Bas du 30 novembre 1887, article 58 (révisé en 1922); la Constitution de la Roumanie du 29 mars 1923, article 88 *in fine*; la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874, articles 85, n°5 et 102, n°8.<sup>62</sup>

b/ *L'assentiment du Parlement n'est requis que pour des catégories déterminées de traités.*

Le principe en est que l'assentiment des Chambres ne doit intervenir que toutes les fois où les dispositions du traité portent sur une matière qui demeure sous la compétence du Parlement ou bien sur une matière qui ne peut être réglée que par la loi.<sup>63</sup>

---

et ss. Dans son ouvrage intitulé *Manuel de droit international public*, M. Louis DELBEZ propose la même classification que celle de l'auteur précédent, op. cit., pp. 161-162.

M. Georges NICOLOPOULOS classe les Constitutions quant à l'organe compétent pour ratifier des traités comme le font les autres auteurs cités précédemment sauf que le troisième titre "constitutions qui attribuent cette compétence au pouvoir exécutif et à la Chambre Haute seulement (Sénat)" se s'éloigne de la classification des auteurs en question à savoir que ce troisième groupe constitutionnel n'est relatif qu'à la Constitution des Etats-Unis d'Amérique ainsi qu'à celle de quelques pays de l'Amérique latine (*L'Acte de ratification et sa place dans la procédure diplomatique de la conclusion des traités*, Thèse, Lyon, 1942, Bosc Frères M. & L. Riou, Lyon, 1942, pp. 98-107).

<sup>61</sup> Voir DEHOUSSE (Fernand), op. cit., pp. 125-130.

<sup>62</sup> Voir *ibid.*, pp. 131-132.

<sup>63</sup> Voir les exemples relatifs à cette catégorie de classification, *ibid.*, pp. 133-134.

*3° Système où la portée de l'assentiment parlementaire est controversée.*

La Constitution belge (art.68), le Statut italien de 1848 (art.5), la Constitution du grand-duché de Luxembourg (art.37) énumèrent les traités pour lesquels l'intervention du Parlement est nécessaire. La forme de cette intervention donne lieu à des doutes et à des controverses. En effet le doute provient du libellé de la Constitution. Après un premier paragraphe où le pouvoir de *faire les traités* est dévolu au chef de l'Etat, le texte ajoute que certains traités n'ont d'effet qu'après avoir obtenu l'assentiment des Chambres. Cela signifie-t-il que l'assentiment parlementaire est une condition nécessaire à la validité internationale du traité ou bien limite-t-il la portée de cet assentiment à l'efficacité purement interne de celui-ci?

La doctrine des pays concernés n'apporte pas de solution claire à cette question dit M. Fernand DEHOUSSE qui souligne que l'on s'est finalement orienté vers le système qui fait de l'approbation parlementaire une condition de la validité internationale des traités.

Dans cette classification, à première vue, on s'aperçoit de l'inquiétude dominante à propos de la conformité du traité à la Constitution. Par ailleurs son importance réside à la fois dans la réduction du nombre de systèmes en trois groupes par rapport à la classification précédente<sup>64</sup> en six groupes et dans le fait qu'elle présente un caractère pleinement juridique.

L'auteur de cette classification tient compte des pays européens, notamment de leur système parlementaire. M. Charles CROZAT précise que, depuis la rédaction de cette classification, le système constitutionnel a évolué en matière de conclusion des traités. A partir de ce moment, la classification de M. Fernand DEHOUSSE devenait obsolète et insuffisante pour couvrir tous les systèmes constitutionnels<sup>65</sup>.

#### **4.2.3. Illème classification.**

Cette classification se fonde sur la manifestation des volontés nécessaires concourant à la formation juridique de l'acte de ratification. Suivant cette classification réalisée par M. Charles CROZAT, on peut grouper en trois les systèmes existants en matière de ratification des traités:

*1° Le système où la seule volonté individuelle suffit pour la perfection de l'acte de ratification.* Autrement dit la formation et la déclaration de la volonté étatique appartiennent à un seul organe.

a/ Le chef de l'Etat jouit à la fois de la compétence de conclure et de ratifier les traités (cas du Japon jusqu'à l'acceptation de la Constitution de 1946, le Gouvernement de Vichy en France et le système du Vatican).

---

<sup>64</sup> ZABUNOGLU (Yahya Kâzim): "Antlasmalarin Tasdiki", A.U.H.F.D., T.XVI, n° 1-4, 1959, p.123.

<sup>65</sup> CROZAT (Charles), op. cit., p. 49.

b/ *Presidential Executive Agreements* dans le système des Etats-Unis.

c/ Dans un système parlementaire, le traité et les autres documents internationaux conclus et ratifiés par le chef de l'Etat sans le consentement au préalable du Parlement mais parfois à la fin de la collaboration avec le Conseil des Ministres:

d/ Le système démocratique d'Allemagne (1949) où le traité peut être signé et ratifié soit par le Président de la République soit par le Conseil des Ministres (art. 105).

2° *Le système où la formation juridique de l'acte de ratification est conditionnée par la formation antérieure d'une volonté collective.* L'autorisation préalable de l'organe législatif est requise pour la formation juridique de l'acte de ratification<sup>66</sup>.

3° *Le système où la compétence de ratifier les traités internationaux appartient exclusivement à un organe de caractère législatif.* L'acte de ratification est l'oeuvre de l'organe législatif.

Ce groupe contient la Constitution suisse, la Constitution turque de 1924, les systèmes marxistes (ex URSS et ses pays satellites) et la Constitution de l'Inde.<sup>67</sup> D'après M. Yahya Kâzim ZABUNOGLU, la préférence de M. CROZAT pour cette classification se manifeste par le caractère suivant : la ratification est une expression de volonté. Il va sans dire que le critère qui prend conscience de la formation de cette volonté est donc très pertinent. Cependant cette classification peut être critiquée du fait de ses subdivisions.<sup>68</sup>

#### **4.2.4. IVème classification basée sur la détermination des autorités compétentes selon le droit constitutionnel comparé.**

Ce type de classification se fonde sur le principe de la séparation des pouvoirs ainsi que sur son impact face au système politique de l'Etat. En ce sens, nous trouvons plusieurs types de classification proposés par la doctrine. Nous les étudierons en suivant la date de leur rédaction qui nous permet de pouvoir poursuivre l'évolution du principe de la séparation des pouvoirs.

---

<sup>66</sup> Voir *ibid.*, pp. 53-61.

<sup>67</sup> Voir *ibid.*, pp. 61-67.

<sup>68</sup> ZABUNOGLU (Yahya Kâzim), *op. cit.*, p. 126.



## *La Conclusion des Traités Internationaux et Les Systèmes Constitutionnels*

### *1° La classification de M. Auguste MONIER<sup>69</sup>.*

a/ Pays où l'approbation du pouvoir législatif est toujours nécessaire. Dans ce groupe, il rangeait les Constitutions qui, appliquant le principe de la séparation des pouvoirs, ont confié la négociation des traités au pouvoir exécutif et leur ratification au pouvoir législatif. Ce premier groupe de pays comprend la Confédération helvétique (la Constitution du 29 mai 1874), le Portugal (la Constitution du 29 avril 1826 et l'Acte additionnel à la Constitution du 5 juillet 1852), la Roumanie (la Constitution du 30 juin 1866), les Etats-Unis (la Constitution de 1787), le Mexique (la Constitution du 13 février 1857), la Confédération argentine (la Constitution du 25 septembre 1860), la Bolivie (la Constitution du 15 février 1878), le Brésil (la Constitution du 28 mai 1824), la République de Colombie (la Constitution du 4 août 1866), la République haïtienne (la Constitution du 16 décembre 1888), la République du Salvador (la Constitution du 4 décembre 1883), l'Etat libre d'Orange (la Constitution du 8 mai 1879).<sup>70</sup>

b/ Pays où le droit de ratifier les traités est partagé entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. L'auteur place dans cette classification les constitutions qui ont, à l'exemple de la Constitution française de 1875, accordé le droit de négocier et de ratifier les traités au pouvoir exécutif, sauf certains cas exceptionnels limitativement déterminés, où l'approbation du pouvoir législatif est nécessaire. Ce groupe comprenait l'Allemagne (la Constitution du 16 avril 1871), l'Autriche-Hongrie (la Loi fondamentale du 21 décembre 1867), la Belgique (la Constitution du 7 février 1831), le Danemark (la Constitution du 5 juin 1849), l'Espagne (la Constitution du 30 juin 1876), la Grande Bretagne, la Grèce (la Constitution du 14-28 novembre 1866), l'Italie (le Statut fondamental du Royaume de Sardaigne du 4 mars 1848), le Luxembourg (la Constitution du 17 octobre 1868), les Pays-Bas (la Constitution du 12 octobre 1848), la Serbie (la Constitution du 22 décembre 1888).<sup>71</sup>

c/ Pays où le pouvoir du chef de l'Etat, en matière de traités, est absolu et où les Constitutions méconnaissent complètement le principe de séparation des pouvoirs en matière de traités. Ce troisième groupe, qui tend de jour en jour à diminuer, comprenait selon M. A. MONIER, le Monténégro (la Proclamation du 9-21 mars 1879), la Norvège (la Constitution du 14 novembre 1814), la Russie, la Suède (la Constitution du 6 juin 1809), la Turquie (la Constitution du 23 décembre 1876), le Japon (la Constitution du 11 février 1889).<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> *Du Droit de conclure les traités internationaux, en droit public romain, français et comparé*, Thèse, Toulouse, 1892, Imprimerie Lagarde et Sebillé, Toulouse, 1892, pp. 130-152 ; Nous rencontrons une semblable classification chez un autre français, M. Jean DEVAUX: *Le Parlement français et le vote d'approbation des traités de commerce*, Thèse, Paris, 1921, Imprimerie M. Villain et M. Bar, Paris, 1921, pp. 18-21.

<sup>70</sup> MONIER (Auguste), op. cit., pp. 131-139.

<sup>71</sup> Ibid., pp. 139-151.

<sup>72</sup> Ibid., pp. 152-154.

2° La classification de M. Henri EBREN<sup>73</sup>:

Il y a lieu de souligner tout d'abord que, d'après l'auteur, chaque système est le meilleur dans le domaine de la conclusion des traités là où les circonstances historiques l'ont amené à triompher. Le problème pour déterminer qui peut conclure le traité peut trouver une solution en se référant aux Constitutions de chaque Etat car la solution varie avec chaque Etat, et, le plus souvent, avec la période historique que traverse chaque Etat, en un mot, avec la forme du gouvernement. Mais l'idée générale est que, le droit de traiter étant un attribut de la souveraineté, le droit de conclure définitivement le traité se trouve là où est l'exercice de la souveraineté.

Dans les gouvernements qui rassemblent tous les pouvoirs dans un même organe, le droit de traiter est exercé sans aucun doute possible par cet organe. Quant aux Constitutions qui pratiquent la séparation du pouvoir, le doute peut apparaître. En effet, la conclusion des traités est dans une zone mixte, qui confine à la fois au domaine de l'exécutif et au domaine du législatif. Aussi ces deux pouvoirs se sont affrontés pour la possession de cette zone. Tantôt, s'inspirant de la séparation absolue des pouvoirs, en cette matière, la Constitution attribue le droit de traiter au législatif ou à l'exécutif. Tantôt, pratiquant, en cette matière, une séparation tempérée des pouvoirs, l'exercice du droit de traiter a été partagé entre l'exécutif et le législatif.<sup>74</sup> Face à ces questions, l'auteur propose quatre groupes de classification:

1° Le droit de traiter est exercé par un organe pleinement souverain.

- a/ Etat barbare.
- b/ Monarchie absolue.
- c/ Assemblée souveraine.<sup>75</sup>

2° Le droit de conclure les traités appartient au pouvoir législatif.

- a/ Séparation absolue des pouvoirs.
- b/ Constitution a prioriste.
- c/ Etat fédéral.
  - c.1/ Etats-Unis d'Amérique du Nord.
  - c.2/ Autres Etats à forme fédérale de l'Amérique.
  - c.3/ Suisse<sup>76</sup>.

3° Le droit de conclure les traités appartient à l'exécutif.

Le droit de conclure définitivement les traités ne se rencontre aux mains du pouvoir exécutif que sous un régime monarchique. "L'expérience

<sup>73</sup> *Le Droit de traiter considéré dans ses rapports avec la forme de l'Etat et avec la forme du gouvernement*, Thèse, Lyon, 1900, Typographie & Lithographie A. Ducros, Valence, 1900, pp 240-340.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>75</sup> Voir *ibid.*, pp. 240-247.

<sup>76</sup> Voir *ibid.*, pp. 247-259.

de ce système nous démontre qu'il est utile pratiquement d'abandonner au pouvoir exécutif la direction des relations internationales et la conclusion des traités, mais qu'il est difficile de consacrer à son profit un droit exclusif, et de paralyser, en ce qui concerne les traités, l'exercice du pouvoir législatif dans son domaine propre. Tout système absolu devait être condamné par l'expérience; on devait être amené naturellement à l'adoption d'un système intermédiaire".<sup>77</sup> Ce dernier système constitue la quatrième subdivision de sa classification.

4° *Le droit de conclure les traités est partagé entre le législatif et l'exécutif.*

"Il est, en effet, un système qui concilie tous les autres ; qui reconnaît que le droit de traiter est un attribut de la souveraineté, qu'il doit, par conséquent, être partagé entre les organes qui exercent la souveraineté ; qui, voyant le domaine du droit de traiter confiné aux domaines du législatif et de l'exécutif, le partage entre ces deux pouvoirs suivant leurs attributions propres; qui s'inspire à la fois des idées philosophiques et des nécessités pratiques. C'est un système normal, qui repose et sur la séparation tempérée des pouvoirs, et sur l'idée de la responsabilité ministérielle. C'est le système français, organisé par les lois constitutionnelles de 1875; c'est le système pratiqué par la majorité des Etats. On le trouve même adopté par quelques Etats composés : l'Empire allemand, l'Autriche-Hongrie, la Suède-Norvège"<sup>78</sup>.

"Ce système est caractérisé par les deux traits suivants: 1° il accorde, en principe, le droit de traiter au pouvoir exécutif; 2° mais il limite ce droit, pour certains traités, par la nécessité d'obtenir une autorisation préalable du Parlement"<sup>79</sup>.

3° *La classification de M. Dionisio ANZILOTTI*<sup>80</sup>

Il classifie théoriquement les diverses procédures constitutionnelles d'après le rôle que joue, dans l'élaboration des traités, la volonté des divers organes appelés à y participer. D'après cette conception qui distingue la formation de la volonté de l'Etat de sa déclaration dans le domaine international, trois systèmes seraient à envisager:

a/ Le système où la compétence pour former la volonté de l'Etat et celle pour la déclarer aux tiers appartient au même organe: le chef de l'Etat.

b/ Le système où les deux compétences sont partagées, le chef de l'Etat possédant celle de déclarer la volonté étatique, tandis que la

---

<sup>77</sup> Ibid., pp. 263-264.

<sup>78</sup> Ibid., p. 264.

<sup>79</sup> Ibid., p. 266; voir la règle, les exceptions, la portée des exceptions et le rôle des deux pouvoirs dans la conclusion des traités de ce groupe, *ibid.*, pp. 266-340.

<sup>80</sup> *Cours de droit international, 1er volume: Introduction-Théories générales* (traduction française par Gilbert GIDEL), Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 359-367.

compétence pour former cette volonté appartient à un organe différent, normalement à une assemblée représentative.

c/ Le chef de l'Etat possède la compétence de déclarer la volonté de l'Etat, tandis qu'il partage avec un ou plusieurs autres organes, généralement représentatifs, la compétence en vue de former cette volonté.

Dans un même Etat, ce dernier système peut se combiner avec le précédent, la compétence en ce qui concerne la formation de la volonté étatique existant soit à l'égard de tous les traités, soit à l'égard de certains d'entre-eux seulement. Cette classification qui présente le grand mérite de la clarté, pêche cependant par un excès de systématisation. En effet il n'est pas possible de rencontrer dans la réalité une absolue séparation des deux compétences telle qu'elle est définie dans le second type. On ne peut trouver aucune constitution qui prive entièrement le chef de l'Etat, chargé de déclarer la volonté étatique, de tout pouvoir quant à la formation de cette volonté. Le système turc et le système suisse qui devraient, d'après l'auteur, être les parfaits représentants de ce type, accordent, en fait, une participation importante au chef de l'Etat dans la formation de la volonté étatique, puisque, après approbation des traités par les organes représentatifs, le Président de la République turque ou le Conseil fédéral suisse, restent libres de procéder ou de ne pas procéder à la ratification des dits traités.

Le fait pour ces organes de ne pas procéder à la ratification des traités approuvés par l'Assemblée populaire, peut engager leur responsabilité politique ; ce fait n'aura cependant aucun effet international, et il est donc inexact de dire que le vote de l'Assemblée fédérale suisse ou de l'Assemblée Nationale turque vaut ratification. Il ne constitue, en réalité, qu'un élément nécessaire et essentiel pour la naissance de l'engagement international, mais celui-ci ne peut devenir définitif que moyennant un acte du Conseil fédéral suisse ou du Président de la République turque, acte que ces organes peuvent se refuser à accomplir.

C'est donc à tort, d'après M. Paul DE VISSCHER que, pour justifier la conception d'ANZILOTTI, son compatriote VITTA établit une comparaison entre la ratification des traités et les décisions prises par le corps et collèges de droit public interne. Les corps et collèges auxquels ANZILOTTI fait allusion forment la volonté collective au sens propre et complet du mot, parce que l'organe qui déclarera cette volonté agit sur son ordre, en simple *nuntius* responsable de sa mission à l'égard du collègue qui le mandate et dépourvu de tout pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de l'exercice de cette mission. Du moment, au contraire, où l'organe investi du pouvoir de déclarer la volonté collective est libre de ne pas exercer sa compétence, c'est bien qu'il participe à la formation de la volonté du corps qu'il représente, tant il est vrai que la volonté n'est rien tant qu'elle ne produit un effet de droit.

En faisant cette constatation, M. Paul DE VISSCHER ne voulait pas dire que le chef de l'Etat joue nécessairement le rôle prééminent dans la formation de la volonté de l'Etat. L'étude des diverses procédures

constitutionnelles lui apprendra en effet que si les organes représentatifs n'ont jamais eu le pouvoir d'obliger le pouvoir exécutif à déclarer la volonté étatique, ils ont, au contraire, le pouvoir d'interdire à l'organe chargé de déclarer la volonté, d'user de sa compétence si telle ou telle condition n'a pas été observée. Si la ratification n'est jamais une obligation pour le chef de l'Etat, elle peut, au contraire, lui être parfois interdite.<sup>81</sup>

4° *La classification de M. Joseph BARTHELEM et M. Paul DUEZ*<sup>82</sup>

a/ Système monarchique (absolutiste). L'autorisation parlementaire de ratifier n'est jamais exigée pour aucun traité. Souverain, maître de la politique extérieure, le monarque négocie, conclut, ratifie seul tous les traités. C'est le système des chartes de 1814 et de 1830 (avec une seule exception pour les traités de douane et pour les cessions de territoires). C'est encore le principe qui prévaut théoriquement en Angleterre, où le Roi a gardé toute l'apparence de ses anciens pouvoirs, mais où aussi il ne les exerce que par l'intermédiaire de ministres en accord avec le Parlement.

b/ Système républicain et démocratique. Tout traité, quel qu'il soit, doit être approuvé par le peuple, plus ou moins directement. En d'autres termes, le pouvoir exécutif ne peut ratifier aucun traité sans y avoir été au préalable autorisé par un acte spécial du Parlement. Les exemples des constitutions à ce groupe sont les Constitutions françaises de 1791, de 1793 et de 1848, et la Constitution helvétique. Les auteurs soulignent "qu'il faut faire une place à part à la Constitution des Etats-Unis"<sup>83</sup>.

c/ Enfin, ce dernier groupe qui comprend la majorité des constitutions admet une *solution transactionnelle* entre la tradition monarchique et la doctrine démocratique. Le chef de l'Etat peut, en principe, négocier et ratifier tous les traités: c'est la part faite à la tradition monarchique. Mais, pour certains traités, cette ratification ne peut être donnée qu'après l'autorisation parlementaire: c'est la part de la tradition républicaine. La Constitution française de 1875 représente le prototype de ce groupe<sup>84</sup>.

5° *La classification de Mme Ruth LAPIDOTH (Eschalbacher)*<sup>85</sup>:

Etant donné que sa classification est un résumé de toutes les classifications que nous avons expliquées ci-dessus, nous nous contenterons d'énumérer les titres de sa classification.

a/ Le chef de l'Etat est investi du pouvoir de ratifier les traités.

b/ Le pouvoir exécutif est investi du pouvoir de ratifier les traités.

c/ L'autorité qui détient effectivement la capacité de conclure des accords et d'en assurer l'exécution est compétente pour les ratifier.

<sup>81</sup> DE VISSCHER (Paul), op. cit., pp. 24-25.

<sup>82</sup> *Traité Élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1926, pp. 643-646.

<sup>83</sup> Ibid., p. 643.

<sup>84</sup> Voir ibid., pp. 644-646.

<sup>85</sup> *La Conclusion des traités internationaux en Israël*, Editions A. Pedonne, Paris, 1962, pp. 19-28.

d/ L'organe compétent pour ratifier les traités, sur le plan international est celui qui y a été autorisé par le droit interne.

6° La classification de M. Jacques DEHAUSSY<sup>86</sup> et Messieurs Dinh NGUYEN QUOC, Patrick DAILLIER et Alain PELLET<sup>87</sup>.

### a/ Régimes parlementaires.

a.1/ Régimes parlementaires de type "continental". La Constitution donne une liste des traités dont la ratification est subordonnée à l'approbation parlementaire. Par exemple: la Constitution française de 1958, la Constitution belge du 7 décembre 1831 (art.68), La Constitution grecque du 14 juin 1911 (art.32 et 33), la Constitution italienne du 1 janvier 1948, la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (art.59).

a.2/ Régimes parlementaires de type britannique.

a.2.1/ Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du nord<sup>88</sup>.

a.2.2/ Certains Etats du Commonwealth ont adopté ce type de régime parlementaire ainsi que son impact dans le domaine de la ratification des traités.

M. Dinh NGUYEN QUOC et les autres co-auteurs expliquent le régime parlementaire, en citant les cas de l'Angleterre, de la Constitution belge de 1831 (art. 68) et de la Constitution des Pays-Bas révisée en 1956 (art. 61) comme exemples, de la façon suivante: "selon la règle générale adoptée par ces régimes, le partage de compétence se produit par l'attribution à l'exécutif du pouvoir de ratifier, sous la réserve qu'il doit obtenir l'autorisation préalable du Parlement, non pas pour tous les traités, mais seulement pour ceux qui sont les plus importants et dont la liste est établie discrétionnairement par chaque constitution nationale. Ces régimes consacrent aussi parfois la catégorie des accords en forme simplifiée"<sup>89</sup>.

Il nous semble pertinent d'expliquer également le système parlementaire en la matière<sup>90</sup>. La ratification d'un traité international est la

<sup>86</sup> "Les Traités (conclusion et condition de validité formelle)" in *Juris-classeur de Droit International*, Fascicule 11, pp. 23-26.

<sup>87</sup> Op. cit., pp. 136-140.

<sup>88</sup> Voir DEHAUSSY (Jacques), op. cit., pp. 23-24.

<sup>89</sup> Op. cit., p. 139.

<sup>90</sup> MIRKINE-GUETZEVICH (B.): "La Procédure constitutionnelle de la conclusion des traités internationaux sous le régime parlementaire" in *Mélanges offerts à Ernest MAHAİM*, T.II, Paris, 1935, pp. 173-199 à qui nous empruntons beaucoup de ces renseignements. Consulter également BARISIEN (Pierre), op.cit.; CHOW (S.R.): *Le Contrôle parlementaire de la politique étrangère en Angleterre, en France et aux Etats-Unis*, Thèse, Paris, 1920, Librairie Moderne de Droit et de Jurisprudence Ernest Sagot & Cie, Paris, 1920; COTTEZ (Andre): *De l'Intervention du pouvoir exécutif et du parlement dans la conclusion et la ratification des traités*, Thèse, Paris, 1920, Nouvelle Imprimerie Joseph Buscoz, Savoie, 1920; DAUZAT (Albert): *Du Rôle des chambres en matière de traités*

## *La Conclusion des Traités Internationaux et Les Systèmes Constitutionnels*

prérogative du chef de l'Etat, mais le droit constitutionnel des Etats modernes limite de plus en plus la compétence du chef de l'Etat en matière de ratification des traités internationaux. Le chef de l'Etat ratifie le traité, mais il est obligé au préalable d'avoir l'autorisation du Parlement pour cette ratification.

Les Chambres sous le régime parlementaire participent à la conclusion des traités internationaux à deux stades différents: a/ sous une forme indirecte pendant la négociation des traités et b/ directement en donnant par un vote formel leur autorisation au chef de l'Etat de ratifier un traité international.

Le problème essentiel qui se pose à propos du rôle des Chambres sous le régime parlementaire dans la conclusion des traités internationaux est celui de la répartition des compétences entre l'exécutif et le législatif. Sous le régime parlementaire, on peut trouver, à l'heure actuelle de répartition constitutionnelle des compétences entre l'exécutif et le législatif dans la conclusion des traités internationaux:

1° Une certaine catégorie seulement de traités internationaux nécessite l'intervention du Parlement; les autres relèvent de la compétence du pouvoir exécutif; c'est le type *franco-belge*. La limite entre les traités où le pouvoir exécutif seul est compétent, et les traités où le concours du législatif est obligatoire, même tracé formellement dans un texte constitutionnel, n'est jamais rigide et c'est la pratique qui interprète cette limite.

2° Suivant la lettre de la Constitution, tous les traités demeurent dans le domaine exclusif de la compétence du pouvoir exécutif, mais le régime parlementaire qui exige le consentement du Parlement dès qu'il y a une dérogation à la Loi ou une dépense quelconque, transforme ce monopole de l'exécutif en une forme de collaboration avec le pouvoir législatif se rapprochant du type franco-belge précité. Le type (Angleterre) est d'autant plus intéressant que c'est la pratique et rien que la pratique qui établit la participation du Parlement à la conclusion des traités internationaux.

3° Selon la Constitution, tous les traités, pour être valablement ratifiés par l'exécutif doivent être d'abord approuvés par le parlement; c'est le cas le plus simple, qui doit attirer le moins intérêt, vu la simplicité de la construction; aucun traité n'est valable s'il n'est pas approuvé par le parlement; autrement dit, la compétence du parlement est absolue.

Mais ces trois formes du contrôle législatif de la conclusion des traités internationaux si différentes qu'elles soient dans les textes constitutionnels respectifs, se rapprochent les unes des autres sous le régime parlementaire. Ce qui est le plus caractéristique dans le régime parlementaire, c'est le

---

*internationaux*, Thèse, Paris, 1899, Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie Félix Alcan, Editeur, Paris, 1899; DHOMMAEUX (Jean): "Le Rôle du Parlement dans l'élaboration des engagements internationaux: continuité et changements", RDP, 1987, pp. 1449-1488; SAIDJ (Luc): *Le Parlement et les traités, la loi relative à la ratification ou à l'approbation des engagements internationaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979.

contrôle politique exercé par les Chambres sur les actes du gouvernement, responsable devant le Parlement. Ce contrôle politique qui découle du principe de la responsabilité ministérielle et qui est exercé par la mise en mouvement du vote de méfiance ou de confiance, est souvent, sous le régime parlementaire, beaucoup plus important que les dispositions constitutionnelles concernant la participation des Chambres à la conclusion des traités.

Ces trois formes présentent la même réalité politique parce que le contrôle politique du Parlement sous le régime parlementaire est le phénomène le plus important et le plus efficace. Somme toute la différence entre ses trois formes constitutionnelles n'est pas si importante, et bien que la technique juridique de la conclusion des traités internationaux soit différente, selon ces trois formes, la signification politique de la participation du Parlement à la conclusion des traités internationaux est la même, étant donnée la règle générale du contrôle politique du Parlement. La conséquence immédiate de l'introduction du régime parlementaire est l'impossibilité juridique et politique pour le gouvernement de déroger à une loi ou de toucher à la bourse de l'Etat sans le consentement formel du Parlement. C'est une règle fondamentale de la pratique parlementaire qui a ses répercussions dans la conclusion des traités internationaux.

#### **b/ Régimes présidentiels.**

##### **b.1/ Aux Etats-Unis<sup>91</sup>.**

La Constitution fédérale du 17 septembre 1787, article 2, section 2, limite rigoureusement les pouvoirs du Président d'engager l'Etat: "Le Président aura le pouvoir, sur l'avis et le consentement du Sénat, de conclure des traités, pourvu que ces traités réunissent la majorité des deux tiers des sénateurs présents". Toutefois la pratique des *executive agreements*, conclus par l'exécutif seul, s'est considérablement développée.

b.1.1/ En ce qui concerne les traités formels, la règle de principe posée par la Constitution s'explique par l'histoire du fédéralisme américain. Tout en acceptant de créer l'Etat fédéral et de lui abandonner le pouvoir de conclure des traités, les Etats membres entendaient conserver la possibilité de contrôler l'exercice de cette compétence. Comme le Sénat les représente et non la Chambre des représentants, ils ont confié uniquement à cet organe, où ils siègent à égalité, la mission d'assurer ce contrôle auquel, au surplus ils ont assujéti tous les traités.

b.1.2/ Les *executive agreements* constituent la principale réaction de l'exécutif contre ces dispositions constitutionnelles trop rigoureuses. Afin de

---

<sup>91</sup> Voir CRAS (A.): "Les Executive agreements aux Etats-Unis", RGDIP, 1972, pp.973-1045; JEZE (Gaston): "Du Rôle des Chambres dans l'approbation ou l'exécution des traités internationaux d'après la Constitution des Etats-Unis de l'Amérique du Nord", RDP, T.XXI, 1904, pp. 455-514; PINTO (R.): "Les Pouvoirs du Sénat américain en matière de traités", RDP, 1950, pp. 363-382; RUSSOTTO (Jean): *L'Application des traités self-executing en droit américain*, Thèse, Lausanne, Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A., Montreux, 1969.



les doter d'une base constitutionnelle, on a invoqué les articles de la Constitution fédérale qui disposent que le Président "sera le chef suprême de l'armée et de la marine des Etats-Unis...", "recevra les ambassadeurs et les ministres...", "veillera à la fidèle exécution des lois". Ainsi, si le Président peut conclure seul les accords militaires, c'est parce qu'il est chef des armées. On a poussé l'interprétation jusqu'à inclure dans la notion d'accords militaires ce qui intéresse la sécurité des Etats-Unis. Enfin, devant veiller à la fidèle exécution des lois, le Président peut conclure des accords nécessaires à l'exécution des lois votées par le Congrès, son action en ce sens étant même présentée comme plus démocratique qu'en matière de traités puisque dans ce cas, il se place également sous le contrôle de la Chambre des représentants qui a participé au vote desdites lois. C'est la raison pour laquelle des accords sont désignés par l'expression *congressional executive agreement*.

En vertu de la même habilitation, il conclut encore tous les accords qu'il juge nécessaire pour permettre aux Etats-Unis de remplir leurs obligations internationales contractées dans les traités antérieurs.

#### b.2/ Dans le Tiers-Monde.

Les systèmes constitutionnels retenus sont très divers; souvent inspirés très directement, de ceux en vigueur dans les pays industrialisés, ils se caractérisent néanmoins en règle générale par une prédominance marquée de l'exécutif (par exemple la Constitution algérienne<sup>92</sup> du 22 novembre 1976 (art. 111 et 158), la Constitution marocaine de 1972 (art.31)). De nombreuses constitutions d'Etats d'Afrique francophone se calquent presque mot à mot sur la Constitution française de 1958 avec parfois une tendance plus marquée au présidentielisme comme dans la Constitution sénégalaise de 1963 (art.76)<sup>93</sup>.

#### c/ Gouvernements d'Assemblée.

M. Jacques DEHAUSSY classe les cas de la Suisse et de la Turquie (la Constitution de 1924) dans ce groupe. D'après lui, l'ex-URSS et les démocraties populaires (la Constitution polonaise du 20 avril 1947, art. 49; la Constitution de la République démocratique d'Allemagne du 7 octobre 1949) présentent un autre groupe en la matière<sup>94</sup>. Tandis que M. Dinh NGUYEN QUOC et ses co-auteurs, bien qu'ils soient d'accord sur le cas de la Suisse, considèrent les pays socialistes à régime de parti unique comme une subdivision de ce groupe (la Constitution soviétique du 7 octobre 1977, art. 121 et 131, la Constitution chinoise du 4 décembre 1982, art. 67 et 81)<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Voir BEDJAOU (M.): "Aspects internationaux de la Constitution algérienne", AFDI, 1977, pp. 75-94.

<sup>93</sup> NGUYEN QUOC (Dinh), DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), op. cit., p. 139.

<sup>94</sup> Op. cit., pp. 25-26.

<sup>95</sup> Op. cit., pp. 136-137.

7° La classification de M. Charles ROUSSEAU<sup>96</sup>.

Au point de vue du droit comparé, le système constitutionnel de ratification des traités se range d'après cet auteur en trois catégories, impliquant tantôt la compétence exclusive de l'exécutif, tantôt la compétence exclusive du législatif, tantôt un partage de compétences entre l'exécutif et le législatif. En effet sa classification se fonde sur la répartition des compétences étatiques entre l'exécutif et le législatif.

**a/ Compétence exclusive de l'exécutif.**

Ce groupe comprend le *régime monarchique* et le *régime autoritaire*. Etant donné que nous avons déjà abordé au-dessus ce type de classification, nous nous proposons de ne pas en parler dans ce paragraphe.

**b/ Compétence exclusive du législatif.**

Ce groupe se manifeste dans le système du gouvernement d'Assemblée comme la Constitution turque de 1924. Dans le système soviétique initial (Constitution du 9 juillet 1923), la ratification de traités relevait de la compétence exclusive du Congrès des Soviets, organe suprême de l'Union et, dans l'intervalle des sessions du Congrès, du Comité central exécutif de l'Union. Légalisant une évolution coutumière, l'article 49 lettre i de la Constitution du 5 décembre 1938 a fait oeuvre décentralisatrice en attribuant la ratification des traités au présidium du Conseil suprême de l'Union, c'est-à-dire à une délégation restreinte de ce conseil suprême, élue par lui. Une formule analogue (ratification par le Présidium) a été consacrée dans certaines "démocraties populaires" de l'Europe orientale (Bulgarie, Hongrie, Roumanie, Yougoslavie). A notre avis, le cas de l'ex-URSS ainsi que celui des démocraties populaires ne peuvent guère être expliqués sans connaître leur système. Mais ceci demeure hors de notre sujet. Dès lors, nous nous contenterons de nous référer aux quelques ouvrages essentiels en la matière<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> *Le droit international public approfondi*, pp. 35 et ss ; *Cours de droit international public*, Paris, 1958-1959, Polycopie., pp. 55 et ss.; *Droit international public*, T.I, pp. 94 et ss. Cette classification est admise en droit turc par les auteurs suivants: M. Ozer ESKIYURT: *La Conclusion des traités en Turquie*, Thèse, Paris, 1970, Dactyl., pp. 80-89; M. Osman Nuri UMAN: *Esasiye Hukuku (Ana Yasa Hukuku)*, Ankara, 1939, pp. 148-149; M. Edip F. CELIK: *Milletlerarası Hukuk*, T.I., 2ème Edition, Filiz Kitabevi, Istanbul, 1987, pp. 77-80; les auteurs français aussi prennent parti en général pour cette classification, par exemple: M. Claude-Albert COLLIARD: *Institutions internationales*, 4ème Edition, Dalloz, Paris, 1967, pp. 239-242; M. David RUZIE: *Droit international public*, 9ème Edition, Mémentos, Dalloz, 1991, p. 21.

<sup>97</sup> *L'Etat soviétique et le Droit* (sous la direction de V. TCHKHIKVADRE), Editions du Progrès, Moscou, 1971; LAVIGNE (Pierre et Marie): *Regards sur la Constitution soviétique de 1977*, Economica, Paris, 1979; MIRKINE-GUETZEVITCH (B.): *Les Constitutions européennes*, T.I, PUF, Paris, 1951, pp.83-98; VIRET (Jean): *Le Droit international à travers les Constitutions des Etats socialistes*, Thèse, Université d'Aix-Marseille III, 1975, Dactyl., notamment pp. 190 et ss.

### **c/ Le partage de compétences entre l'exécutif et le législatif.**

Il constitue le droit commun de la plupart des Etats. D'après l'auteur, il est nécessaire de faire à cet égard une distinction entre les Etats européens, restés fidèles dans l'ensemble au moins en Occident au régime parlementaire, et les Etats américains, qui pratiquent le régime présidentiel. Une place spéciale doit être réservée au régime suisse, qui a résolu le problème de façon originale. Ce groupe se divise en trois parties qui sont 1° le régime parlementaire, 2° le régime présidentiel et 3° le régime suisse. Les deux premières ont déjà été étudiées dans une partie précédente, nous n'aborderons donc que les traits principaux de la troisième partie.

En Suisse, malgré la lettre de la Constitution du 29 mai 1874, dont l'article 85-5° mentionne, au nombre des compétences exclusives de l'Assemblée fédérale, "les alliances et les traités avec les étrangers", la compétence de ratification après autorisation de l'Assemblée fédérale appartient au Conseil fédéral.

Mais l'originalité de ce système tient à ce que le peuple peut participer à la conclusion des traités internationaux. Depuis 1921 en effet, (modification de l'article 89 de la Constitution à la suite de la votation fédérale du 30 janvier 1921), les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou plus de 15 ans peuvent être soumis à l'adoption ou au rejet du peuple si la demande en est faite par 30000 citoyens ou par 8 cantons. Il est arrivé à plusieurs reprises en Suisse que le peuple ait donné son avis sur les traités importants comme par exemple la question de leur adhésion à l'Union européenne, par le biais du référendum.

#### **4.2.5. Vème classification basée sur la primauté d'un organe de l'Etat<sup>98</sup>.**

D'après M. Pierre FREMOND<sup>99</sup>, il est difficile de grouper les constitutions selon un schéma qui tient compte de toutes leurs nuances. Il est néanmoins nécessaire que la classification choisie soit assez précise pour indiquer avec exactitude les tendances générales des textes constitutionnels envisagés, et qu'en même temps, elle soit assez large pour que l'on ne soit pas obligé de créer une catégorie spéciale pour chaque pays. La classification tripartite, généralement employée, correspond à ces exigences. Elle distingue les types suivants:

\* En premier lieu les régimes qui autorisent les chefs d'Etats à conclure les traités sans l'approbation des Chambres.

---

<sup>98</sup> BASDIT (Suzanne), op. cit., pp. 42-46; DELHOVE (Georges), op. cit., pp. 109-143; FREYMOND (Pierre): *La Ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Thèse, Lausanne, Imprimerie La Concorde, Lausanne, 1947, pp. 56-77.

<sup>99</sup> Op. cit., p. 56.

\* Deuxièmement le régime où le législatif a seul la compétence de conclure.

\* Enfin les constitutions où l'exécutif partage cette compétence avec le Parlement.

Ces distinctions, quoique très générales permettent cependant de dégager trois systèmes dont l'importance ne saurait être niée et de plus elles n'excluent pas les classifications supplémentaires.

#### **a/ La primauté de l'exécutif.**

Ce groupe correspond au système monarchique et au système autoritaire que nous avons déjà examinés. Pour cela nous ne les réexaminerons plus. Cependant il est bon de souligner que ce type de classification ne s'apparente plus aux idées générales de droit public actuellement en vigueur. Les monarchies européennes de l'ancien régime ont longtemps appliqué ce régime, mais aujourd'hui il présente surtout un intérêt historique.

#### **b/ La primauté du législatif.**

Ce groupe a été également analysé précédemment.

#### **c/ Le partage de compétence entre le législatif et l'exécutif.**

Afin de donner un champ d'action plus libre au pouvoir exécutif, afin qu'il puisse conduire une politique efficace, on prévoit de réduire le nombre des traités soumis aux Chambres par une énumération limitative dans les constitutions. "Ce système paraît avoir correspondu d'une façon adéquate aux régimes parlementaires européens, tant républicain que royaux. C'est la Constitution belge de 1831 qui a consacré cette délimitation entre les pouvoirs accordés au chef d'Etat et au Parlement. Les lois constitutionnelles françaises de 1875 se sont largement inspirées du régime belge et leur influence a beaucoup ajouté au crédit du système"<sup>100</sup>.

Le système franco-belge a servi d'exemple à plusieurs Etats. Les accords en forme simplifiée se trouvent grâce à ce partage de compétences rentrer d'office dans les limites du pouvoir exécutif. Et l'on n'est pas obligé, pour faire reconnaître leur validité, de recourir à des constructions juridiques qui, souvent, manquent de base constitutionnelle précise. M. Pierre FREMOND fait remarquer que ce système concilie d'une manière judicieuse les exigences du contrôle parlementaire avec l'initiative et les responsabilités que doit pouvoir prendre un gouvernement<sup>101</sup>.

Quant à M. Georges DELHOVE<sup>102</sup>, il classe ce groupe sous trois types:

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 73.

<sup>101</sup> Ibid., idem.

<sup>102</sup> Voir op. cit., pp. 125-143.

a/ Pays associant le législatif et l'exécutif pour certains traités.

b/ Pays associant le législatif et l'exécutif pour tous les traités.

c/ Pays attribuant une compétence partagée entre l'exécutif et la Chambre Haute pour tous les traités.

Cette étude nous apprend, qu'en droit international, la question de l'organe investi du pouvoir de ratifier les traités n'est pas encore résolue. En effet il n'existe pas en droit international de norme généralement reconnue à ce sujet, et, d'autre part, la théorie reconnaissant aux dispositions du droit interne un effet international est soutenue par de nombreux auteurs.

En conséquence, nous pouvons constater aujourd'hui une tendance croissante, dans le domaine du droit constitutionnel, à associer le Parlement à la ratification des traités. Cette évolution apparaît clairement dans les Constitutions des nouveaux Etats créées après la deuxième guerre mondiale. En outre, dans plusieurs pays à la suite d'une révision de la Constitution écrite ou en vertu de l'usage, la liste des traités soumis à l'autorisation de l'organe législatif a été prolongée.

Il est évident, alors que de nos jours l'évolution historique de la démocratie débouche sur la prédominance du législatif dans la conclusion des traités internationaux, que l'opinion publique se voit garantir un contrôle sur les engagements internationaux de l'Etat. Toutefois, cette démocratisation dans le domaine des relations internationales est imitée généralement aux seuls traités (au sens strict) soumis à la ratification tandis que le pouvoir exécutif reste souvent libre d'engager l'Etat par des accords en forme simplifiée qui échappent au contrôle parlementaire.

Néanmoins, ces dernières années, certaines constitutions ont commencé à disposer non seulement du procédé classique de la conclusion des traités mais aussi à réglementer les autres procédés tels que : l'expression du consentement par la signature, l'adhésion, l'approbation et l'acceptation, ce qui normalement peut assurer une démocratisation complète dans le domaine des relations internationales<sup>103</sup>.

En ce qui concerne l'histoire constitutionnelle de la Turquie, il va sans dire que, de la fondation de l'Empire ottoman jusqu'à l'acceptation de la Constitution de 1876, le système de monarchie absolue où le sultan jouissait des pleins pouvoirs pour ratifier les traités a persisté. Par la Constitution de 1876, la Turquie passa à la phase de la monarchie constitutionnelle qui, à ses débuts, ne prévoyait pas un changement en la matière. La révision de 1908 a changé la situation en reconnaissant au Parlement ottoman le pouvoir de participer aux ratifications dans certains cas<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> ESKIYURT (Ozer), op. cit., pp. 88-89.

<sup>104</sup> Voir ATAY (Ender Ethem): *Les Règles du droit turc relatives aux engagements internationaux*, Thèse, Tome I, Aix-en-Provence, Avril 1996, pp 221-232.

Sous la période républicaine, la première Constitution admit le système de gouvernement d'Assemblée et accorda le droit de ratifier les traités au Parlement.<sup>105</sup> Bien que reconnaissant ce système, la Constitution de 1924 prévoyait certains principes essentiels du système parlementaire. Dans la doctrine, presque unanimement, les auteurs prétendent que la Constitution de 1924 entre dans la classification de l'organe législatif pour ratifier les traités.<sup>106</sup> Sur ce point, M. Suat BILGE fait remarquer que cela ne correspond pas au cas de la Constitution de 1924 du fait de différences entre le texte de la Constitution et son application pratique.<sup>107</sup>

La Constitution actuelle comme la précédente (1961) s'éloigne du principe de la ratification par l'organe législatif car elle a été rédigée suivant les principes du système parlementaire. De ce fait, en principe, la ratification des traités demeure dans le domaine de l'organe exécutif mais, pour les cas précisés dans l'article 90, l'approbation du Parlement n'est pas nécessaire.<sup>108</sup>

## BIBLIOGRAPHIE

- ANZILOTTI (Dionisio):** *Cours de droit international, 1er volume: Introduction-Théories générales* (traduction française par Gilbert GIDEL), Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929.
- ATAY (Ender Ethem):** *Les Règles du droit turc relatives aux engagements internationaux*, Thèse, Tome I, Aix-en-Provence, Avril 1996.
- ATTAR (Franck):** *Le Droit international entre ordre et chaos*, Hachette, 1994.
- BACOT (Guillaume):** "Remarques sur le rôle du référendum dans la ratification des traités", RGDIP, 1978-II.
- BARISIEN (Pierre):** *Le Parlement et les traités*, Thèse, Paris, 1913, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, Editeurs, Paris, 1913.
- BARTHELEM (Joseph) - Paul DUEZ:** *Traité Élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1926.
- BASDEVANT (Jules) et MIRKINE-GUETZEVICH (B.):** "Méthodes de conclusion des traités internationaux", RDI, T.XI, 1933.
- BASTID (Suzanne):** *Les Traités dans la vie internationale*, Economica, Paris, 1985
- BATES (Lindell T.):** *Les Traités fédéraux et la législation des Etats aux Etats-Unis*, Thèse, Paris, 1915, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1915.
- BEDJAOUI (M.):** "Aspects internationaux de la Constitution algérienne", AFDI, 1977.

<sup>105</sup> Voir *ibid.*, pp. 233-252.

<sup>106</sup> Voir *ibid.*, pp. 258-290.

<sup>107</sup> "Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akti", A.U.S.B.F.D., T.XXII, juin 1967, n°2, p. 102.

<sup>108</sup> Voir ATAY (Ender Ethem), *op. cit.*, pp. 291-345.

*La Conclusion des Traités Internationaux et Les Systèmes Constitutionnels*

- BILGE (Suat):** "Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akti", A.U.S.B.F.D., T.XXII, juin 1967, n°2.
- BOYER (Marcel):** *Du Droit de conclure et de ratifier les traités selon le droit public romain et selon le droit public français*, Thèse, Paris, 1888, Imprimerie des Ecoles Henri Jouve, Paris, 1888.
- CELIK (Edip):** "La Formation des traités en droit international et en droit turc", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, T.XX, n°36-1970, Istanbul, 1971.
- CELIK (Edip F.):** *Milletlerarası Hukuk*, T.I., 2ème Edition, Filiz Kitabevi, Istanbul, 1987.
- CHAILLEY (Joseph):** *De l'Autorité gouvernementale compétente pour passer les traités internationaux*, Thèse, Paris, 1882, Imprimerie de Georges Rouillé, Auxerre, 1882.
- CHOW (S.R.):** *Le Contrôle parlementaire de la politique étrangère en Angleterre, en France et aux Etats-Unis*, Thèse, Paris, 1920, Librairie Moderne de Droit et de Jurisprudence Ernest Sagot & Cie, Paris, 1920.
- COLLIARD (Claude-Albert):** *Institutions internationales*, 4ème Edition, Dalloz, Paris, 1967.
- COTTEZ (Andre):** *De l'Intervention du pouvoir exécutif et du parlement dans la conclusion et la ratification des traités*, Thèse, Paris, 1920, Nouvelle Imprimerie Joseph Buscoz, Savoie, 1920.
- COUMOUL (Gaston):** *Des Conditions de validité des traités internationaux*, Thèse, Toulouse, 1911, Imprimerie J. Fournier, Toulouse, 1911.
- CRAS (A.):** "Les Executive agreements aux Etats-Unis", RGDIP, 1972.
- CROZAT (Charles):** "Milletlerarası Muahedelerin Tasdikıyla İlgili Anayasa Hükümleri" (traduit du français par M. Edip F.CELIK) in *A. Samin Gönensay'a Armagan*, Istanbul, 1955.
- DAUZAT (Albert):** *Du Rôle des chambres en matière de traités internationaux*, Thèse, Paris, 1899, Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie Félix Alcan, Editeur, Paris, 1899.
- DEHAUSSY (Jacques):** *De la Conclusion des traités internationaux*, Etablissements Emile Bruyant, Bruxelles, 1943.
- DEHAUSSY (Jacques):** "Les Traités (conclusion et condition de validité formelle)" in *Juris-classeur de Droit International*, Fascicule 11.
- DEHOUSSE (Fernand):** *La Ratification des traités, Essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Thèse, Université de Liège-Faculté de droit, Année académique 1934-1935, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1935.
- DEHOUSSE (Fernand):** *Manuel de droit international public*.
- DELBEZ (Louis):** *Manuel de droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1948.
- DELHOVE (Georges):** *Des Compétences en matière de conclusion des traités*, Thèse, Paris, 1949, Dactyl.
- DE MEURON (André):** *L'Autorité des traités internationaux en droit public suisse*, Thèse, Neuchâtel, Imp. Delachaux & Niestlé S.A., Neuchâtel, 1937.
- DEVAUX (Jean):** *Le Parlement français et le vote d'approbation des traités de commerce*, Thèse, Paris, 1921, Imprimerie M. Villain et M. Bar, Paris, 1921.

- DHOMMAEUX (Jean):** "Le Rôle du Parlement dans l'élaboration des engagements internationaux: continuité et changements", RDP, 1987.
- EBREN (Henri):** *Le Droit de traiter considéré dans ses rapports avec la forme de l'Etat et avec la forme du gouvernement*, Thèse, Lyon, 1900, Typographie & Lithographie A. Ducros, Valence, 1900.
- ESKIYURT (Ozer):** *La Conclusion des traités en Turquie*, Thèse, Paris, 1970, Dactyl.
- L'Etat soviétique et le Droit* (sous la direction de V. TCHKHIKVADRE), Editions du Progrès, Moscou, 1971.
- FERMAUD (Gaston):** *Le Referendum sur les traités internationaux en Suisse*, Thèse, Montpellier, 1932, Imprimerie Mari-Lavit, Montpellier, 1932.
- FREYMOND (Pierre):** *La Ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Thèse, Lausanne, Imprimerie La Concorde, Lausanne, 1947.
- HUBER (Jean):** *Le Droit de conclure des traités internationaux*, Thèse, Lausanne, 1951, Imprimerie Ganguin & Laubsher S.A., Montreux, 1951.
- JEZE (Gaston):** "Du Rôle des Chambres dans l'approbation ou l'exécution des traités internationaux d'après la Constitution des Etats-Unis de l'Amérique du Nord", RDP, T.XXI, 1904.
- LAPIDOTH (Eschalbacher) (Ruth):** *La Conclusion des traités internationaux en Israël*, Editions A. Pedonne, Paris, 1962.
- LAVIGNE (Pierre et Marie):** *Regards sur la Constitution soviétique de 1977*, Economica, Paris, 1979.
- MEMIS (Emin):** "Uluslararası Andlaşmaları İmzalamaya Yetkisi", Argumentum, novembre 1992, n° 28.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.):** *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2ème Edition, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1936.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.):** "Les nouvelles tendances du droit constitutionnel", RDP, 1929.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.):** "La Procédure constitutionnelle de la conclusion des traités internationaux sous le régime parlementaire" in *Mélanges offerts à Ernest MAHAİM*, T.II, Paris, 1935. **MIRKINE-GUETZEVITCH (B.):** *Les Constitutions européennes*, T.I, PUF, Paris, 1951.
- MONIER (Auguste):** *Du Droit de conclure les traités internationaux, en droit public romain, français et comparé*, Thèse, Toulouse, 1892, Imprimerie Lagarde et Sebillé, Toulouse, 1892.
- NGUYEN QUOC (Dinh), DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain):** *Droit international public*, 3ème Edition, L.G.D.J., Paris, 1987.
- NICOLOPOULOS (Georges):** *L'Acte de ratification et sa place dans la procédure diplomatique de la conclusion des traités*, Thèse, Lyon, 1942, Bosc Frères M. & L. Riou, Lyon, 1942.
- PAZARCI (Hüseyin):** *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1.Kitap, 2ème Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989.
- PINTO (R.):** "Les Pouvoirs du Sénat américain en matière de traités", RDP, 1950.



*La Conclusion des Traités Internationaux et Les Systèmes Constitutionnels*

- POLITIS (N.):** "La Portée des règles de droit constitutionnel pour la conclusion et la ratification des traités internationaux", Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 1930.
- REUTER (Paul):** *Introduction au droit des traités*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972
- ROUSSEAU (Charles):** *Cours de droit international public*, Paris, 1958-1959, Polycopie..
- ROUSSEAU (Charles):** *Droit international public approfondi*, Dalloz, Paris, 1958.
- ROUSSEAU (Charles):** *Droit international public, T.I, Introduction et sources*, Sirey, Paris, 1970
- RUSSOTTO (Jean):** *L'Application des traités self-executing en droit américain*, Thèse, Lausanne, Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A., Montreux, 1969.
- RUZIE (David):** *Droit international public*, 9ème Edition, Mémentos, Dalloz, 1991.
- SAAF (Abdallah):** *L'Obligation de négocier en droit international public*, Thèse, Paris-II, 1979, Dactyl.
- SAIDJ (Luc):** *Le Parlement et les traités , la loi relative à la ratification ou à l'approbation des engagements internationaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979.
- SCHUCKING (W.):** "La Portée des règles de droit constitutionnel pour la conclusion et la ratification des traités internationaux", Annuaire de l'Institut International de droit Public, 1930.
- UMAN (Osman Nuri):** *Esasiye Hukuku (Ana Yasa Hukuku)*, Ankara, 1939.
- VEXLER (Paul):** *De l'Obligation de ratifier les traités régulièrement conclus*, Thèse, Paris, 1921, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1921.
- VINESIU (Basile-Alexis):** *Des Traités internationaux, conclusion, force obligatoire, exécution*, Thèse, Paris, 1884, Alphonse Derenne, Paris, 1884.
- VIRET (Jean):** *Le Droit international à travers les Constitutions des États socialistes*, Thèse, Université d'Aix-Marseille III, 1975, Dactyl.
- ZABUNOGLU (Yahya Kâzim):** "Antlasmaların Tasdiki", A.U.H.F.D., T.XVI, n° 1-4, 1959.