

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 13**

**Sayı: 1**

**Yıl : 2005**



## SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### **Sahibi**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına  
Prof. Dr. Mehmet AYAN (DEKAN)

### **Editör (Editor)**

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ  
asavas@selcuk.edu.tr

### **Yayın Kurulu (Editorial Board)**

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

### **Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) \***

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. A. Can TUNCAY (Bahçeşehir Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Çağ Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)	

### **Haberleşme Adresi (Communication Address)**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA  
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05  
<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>  
e-mail: hukukfak@selcuk.edu.tr  
© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ISSN: 1306-8075**

\* Danışma Kurulu üyeleri soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... 3

### MAKALELER / ÖZEL HUKUK

İCRA VE İFLÂS SUÇLARI ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER ..... 7

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK STATÜSÜNÜN  
KAYBEDİLMESİ ..... 33

Arş. Gör. Aytekin ÇELİK

### MAKALELER / KAMU HUKUKU

BM'NİN KURULUŞ AŞAMASINDA BARIŞI VE İNSAN  
HAKLARINI KORUMAYA YÖNELİK BELGELER IŞIĞINDA  
GÜNCEL BİR SAPTAMA ..... 55

Doç. Dr. İlyas DOĞAN

ANAYASANIN 90. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK  
ÇERÇEVESİNDE MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARIN İÇ  
HUKUKTAKİ YERİ ..... 77

Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETİMİ BAĞLAMINDA  
ANAYASA MAHKEMESİNİN MEŞRUIYETİ..... 109

Dr. Musa SAĞLAM

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

### **TEZ ÖZETLERİ**

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ ..... 129

Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

ULUSLARARASI HUKUKTA TANIMA KURUMU ve KUZEY  
KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ ..... 157

Arş. Gör. Selcen ERDAL

**Makaleler**

---

---

**Özel Hukuk**



## İCRA VE İFLÂS SUÇLARI ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

YRD. DOÇ. DR. İBRAHİM ERCAN\*

### ÖZET

*Diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukuk sisteminde de borcunu yerine getirmeyen borçluların cezalandırılması artık kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nda cebri icranın etkinliğinin sağlanması düşüncesiyle icra ve iflâs suçları öngörülmüştür. İcra ve iflâs hukuku uygulaması açısından son derece büyük bir öneme sahip olan bu suçlarla ilgili olarak, Türkiye'de son yıllarda iki büyük tartışma yaşandı. Bu tartışmalardan ilki, bu suç ve cezaların Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olup olmadığı ile, ikincisi ise, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi karşısında bu suç ve cezaların uygulanması ile ilgili olmuştur. İşte bu çalışmada, bu tartışmalar incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** İcra ve iflâs suçları, mukayeseli hukukta icra ve iflâs suçları, icra ve iflâs suçlarının anayasaya aykırılığı, TCK m. 5 ve icra ve iflâs suçları.

### SUMMARY

*As in other modern law systems, also in Turkish law system, a debtor could not be punished because of non-payment. However, some enforcement and bankruptcy offences are arranged in law for the effect of the execution. Regarding these offences, there are two great discussions in the practise of execution and bankruptcy law in Turkey. One of them is whether these offences and its punishment against to the article 38/VIII of Turkish Constitution. And the other is relating to enforcement of these offences and punishments against to the article 5 of New Turkish Criminal Act. In this article these discussions are surveyed*

**Keywords:** Execution and bankruptcy offenses, Execution and bankruptcy offenses in the comparative law, Unconstitutionality of the execution and bankruptcy offenses, Execution and bankruptcy offenses and articles 5 of the Turkish penal law.

### A-GİRİŞ

Her ne kadar çağdaş hukuk sistemlerinde borcunu ödemeyen borçluların cezalandırılması, kural olarak artık kabul edilmese de, cebri icranın etkinliğinin sağlanması için, cebri icrayı yerine getiren kamu otoritesine karşı gelenlerin cezalandırılması kabul edilmektedir. Cebri icranın etkinliğini sağlayan bu

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

yaptırımlar küçük farklarla modern hukuk sistemlerinin çoğunda öngörülmüşlerdir.

Türk İcra ve İflâs Kanunu'nda borcunu yerine getirmeyen borçlunun cezalandırılması, kural olarak<sup>1</sup> söz konusu değildir. Ancak cebri icranın etkinliğinin sağlanması düşüncesiyle icra ve iflâs suçları öngörülmüştür. Bu Suçlar, 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'ndan beri vardır. 2004 sayılı mevcut İcra ve İflâs Kanunu'nda bunların sayıları artmıştır. Zaman içerisinde yapılan Kanun değişiklikleri ile bu suçların sayılarında belirgin bir artış meydana gelmiştir. Bu suçların öngörülmesinin temel nedenlerinden birisi, kötü niyetli borçlularla mücadele etmektir<sup>2</sup>. Gerçekten uygulamada icra ve iflâs suçlarının alacakların tahsili konusunda çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu nedenle bu düzenlemelerin beklenen amaca önemli ölçüde hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Buna rağmen, icra ve iflâs suçları ile ilgili olarak son yıllarda iki önemli tartışma yaşandı.

Bunlardan ilki, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 15. maddesi ile Anayasanın 38. maddesine eklenen “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü nedeniyle yaşandı. Çünkü Anayasa'daki bu değişiklikten sonra, icra ve iflâs suçlarının Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olup olmadığı tartışılmaya başlandı. Mahkemeler baktıkları dosyalarda icra ve iflâs suçlarına ilişkin cezaları uygulamamaya başladılar. Böylece konu önce Yargıtay'a daha sonra da Anayasa Mahkemesi'ne taşındı. Bu arada bu dönem içerisinde, durumu fırsat bilen birçok borçlu borçlarını ödememeye başladılar. İcra mahkemelerindeki davalar adeta kilitlenme noktasına geldi.

Yukarıda belirtilen ilk tartışma bittikten çok kısa bir süre sonra, icra ve iflâs suçları ile ilgili ikinci bir tartışma yaşanmaya başladı. Bu tartışmanın nedeni ise, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesiydi. “Özel kanunlarla ilişki” başlığını taşıyan bu hüküm, “Bu kanunun hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” şeklindedir. Söz konusu hüküm 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan 10. maddenin

---

<sup>1</sup> Bu kuralın tek istisnası olarak, İİK m. 344 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hükümde, mahkeme kararıyla ödemek zorunda olduğu nafaka borcunu ödemeyen nafaka borçlusunun, alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilmesi öngörülmüştür.

<sup>2</sup> Bkz. **Yılmaz, E.**, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi'ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra ve İflâs Suçları, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, M.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 497; **Kuru, B.**, İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, Ankara 1962.



tamamen zıttı bir düzenleme getirmekteydi. Gerçekten, eski hükümde, özel kanunlarda farklı bir düzenleme öngörülmediği sürece, Eski Ceza Kanunu'ndaki genel hükümlerin geçerli olacağı hükme bağlanırken, yeni hükümde, Yeni Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel kanunlardaki ceza içeren hükümler için de geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeden sonra bir kez daha dikkatler icra ve iflâs suçlarına yöneldi. Bu suçlara ilişkin cezaların paraya çevrilemeyeceğine ve ertelenemeyeceğine ilişkin İİK m. 352/b hükmünün TCK m. 5 karşısında zımnen ilga edildiği tartışılmaya başlandı. Çünkü bu düzenleme yapılırken başlangıçta icra ve iflâs suçları konusunda bir önlem (düzenleme) öngörülmemişti. Başka bir ifade ile, icra ve iflâs suçlarının uygulamada oynadığı çok önemli rolü adete göz ardı edilmişti. Bu tartışmalardan sonra bir kez daha icra mahkemeleri icra suçlarına ilişkin cezaların uygulanması konusunda tereddütler yaşamaya başladılar. Sonunda uygulamadan gelen haklı talepler karşısında önce, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna geçici bir madde eklendi. Daha sonra, 5358 sayılı Kanun ile icra ve iflâs suçları yeniden düzenlendi.

İşte, bu çalışmamızda, icra ve iflâs suçları ile ilgili olarak son yıllarda yaşadığımız bu tartışmalar değerlendirilecektir. Bu tartışmaların sağlıklı değerlendirilebilmesi için, incelemede mukayeseli hukuktaki düzenlemelere de kısaca değinilmiştir. Çünkü, özellikle Anayasa'da yapılan değişiklik, Avrupa Birliği Hukuku ile uyum sağlanması amacıyla yapıldığına göre, sorunun doğru irdelenmesi için çeşitli Avrupa devletlerinin bu konudaki hukukî düzenlemelerin ortaya konulması yararlı olacaktır.

## **B-MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER**

### **I-İsviçre Hukuku**

İcra ve İflâs Kanunumuzun mehazı olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 91. maddesinde haczin yerine getirilmesi konusunda borçluya bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bu maddede borçluya iki tane yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülükler, geçici haciz ve ihtiyati haciz için de geçerlidir<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> **Lebrecht, A.E.** Art.91 SchKG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin, A./Bauer, T./Steahelin, D., Basel/Genf/München, 1998, Nr. 3; **Amonn, K./Walther, F.**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Siebte überarbeitete und auf den Rechtsprechung gebrachte Auflage, Bern 2003, § 22 Nr. 29.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

İlk olarak, borçlu, haciz sırasında hazır bulunmak veya kendisini bir temsilci ile temsil ettirmek zorundadır (Anwesenheitspflicht)<sup>4</sup>. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu İsviçre Ceza Kanunu'nun (StGB) 323. maddesine göre cezalandırılacaktır<sup>5</sup>. Bunun yanında, dinlenmesi gerekli ise, kendisine mal beyanında bulunma ihtarı yapılmış olması kaydıyla, zabıta tarafında zorla getirilebilir. Bu son yaptırım, borçlunun iflâs idaresinin talimatlarına uymaması halinde de söz konusu olabilecektir (SchKG m. 229 I)<sup>6</sup>.

SchKG m. 91'de ayrıca, borçluya borcuna yetecek kadar malın haczi için, malvarlığı hakkında bilgi vermek (mal beyanında bulunmak) (Auskunftspflicht) mecburiyeti de getirilmiştir. Buna göre, borçlu, gerek kendisinde gerekse üçüncü şahıslarda bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek kadar olan miktarını bildirmek zorundadır.

Borçlu, haczi kabil bir malını saklar ise, StGB m. 163'de<sup>7</sup> düzenlenen haciz dolandırıcılığı (Pfändungsbetrug) suçunu işlemiş olacak, dolayısıyla cezalandırılacaktır<sup>8</sup>.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinin dördüncü fıkrasında, borçlunun yanında, onun bir mal veya alacağını elinde bulunduran üçüncü şahıslar için de, bu mal ve alacağı hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiş;

---

<sup>4</sup> Borçlu, haczi kabil mallarını icra dairesine bildirmişse, onun veya temsilcisinin yokluğunda da haciz yapılabilir. Ancak, bu durumda, borçlunun hacizden sonra hacizden haberdar edilmesi gerekir. Bu durumda, haciz, haciz tutanağının borçluya tebliğinden sonra tamamlanmış sayılır (**Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 6; BGE, 112 III 14, 16; **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 28; **Jaeger, C./Walder, H.U./Kull, T.M./Kottmann, M.**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erlaetert für den praktischen Gebrauch, 4. Auflage, Band I, Zürich 1997, Art. 91, Nr. 4).

<sup>5</sup> **Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 18; **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 33.

<sup>6</sup> **BGE** (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı), 87 III 89.

<sup>7</sup> 91. maddede borçlu hakkında uygulanacak cezai hükümler parantez içerisinde belirtilmiştir. İsviçre'de 1994 yılında Federal İcra ve İflâs Kanununda yapılan değişiklik sırasında, 91. madde de yeniden kaleme alınmıştır. Bu yapılırken, maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendinde düzenlenen haciz dolandırıcılığı (Pfändungsbetrug) suçunun karşılığında parantez içerisinde Ceza Kanununun 164. maddesi yazılmıştır. Bu maddede, malvarlığının azaltılması yoluyla alacaklılarının zarara uğratılması suçu öngörülmüştür. İsviçre hukukunda bu düzenlemenin yanlışlıkla yapıldığı, dolayısıyla burada kastedilen maddenin 164 değil, eskiden olduğu gibi, 163. madde olduğu belirtilmektedir (Bkz. **Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 19).

<sup>8</sup> **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 33; **Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 18.

bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin Ceza Kanununun 324. maddesine göre cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır<sup>9</sup>.

Bunların dışında, SchKG m. 222' de, müflise (onun ölümü halinde yetişkin olan aile efradına), iflâs dairesine bütün malvarlığı hakkında bilgi vermek ve gerektiğinde emre amade olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğünü yerinde getirmeyen müflis, StGB m. 323/4 ve 326 gereğince hapis cezası ile cezalandırılacaktır<sup>10</sup>.

Yukarıda borçlu için getirilen mal beyanı mükellefiyeti ve buna uyulmaması halinde ortaya çıkan cezai hükümler, borçluya ait bir malı veya parayı elinde bulunduran üçüncü şahıslar ve resmi kurumlar hakkında da geçerli olacaktır (SchKG Art. 222/4-5)<sup>11</sup>.

Yukarıda belirtilen suçlar dışında, İsviçre Ceza Kanunu'nda (Art. 163-171 ve 323/324) başka suçlar da düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Maddenin beşinci fıkrasında, bu yükümlülük, resmi kurumlar için de öngörülmüştür. Her ne kadar, diğer hükümlerin aksine beşinci fıkrada Ceza Kanunu hükümlerine yollama yapılmamış ise de, İsviçre hukukunda, üçüncü kişiler gibi resmi kurumların da cezalandırılabilirlikleri kabul edilmektedir (Bu konuda bkz., **Lebrecht**-SchKG, Art. 91, Nr. 30; **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 34 vd.; **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, SchKG Art. 91 Nr. 31).

<sup>10</sup> Bu konuda bkz., **Amonn/Walther**, § 44 Nr. 3 vd.; **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, SchKG Art. 222 Nr. 2 vd.

<sup>11</sup> **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, SchKG Art. 222 Nr. 4 vd.

<sup>12</sup> Art. 163, Betrügerischer Konkurs und Pfaendungsbruch (hileli iflâs ve haciz dolandırıcılığı); Art. 164, Glaebigerschaedigung durch Vermögensminderung (Alacaklısını zarara sokmak kastıyla varlığını eksiltme); Art. 165, Misswirtschaft (Kendi eylemi ile aczine neden olma veya mali durumunu bilerek ağırlaştırma); Art. 166, Unterlassung der Buchführung (Kanunen tutulması gereken defterlerin tutulmaması); Art. 167, Bevorzugung eines Glaebigers (Alacaklılardan birinin diğer alacaklıların zararına kayırılması); Art. 168, Bestechung bei Zwangsvollstreckung (İflâs veya Konkordatoda isteği doğrultusunda karar verilmesi için çıkar sağama); Art. 169, Verfügung über mit Beschlagbelegte Vermögenswerte (Hacedilen, iflâsta kayıt altına alınan veya malvarlığının terki suretiyle konkordatodaki mallar üzerinde tasarruf edenlerin cezalandırılması); Art. 170, Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages (Hile ile Konkordatonun tasdikinin sağlayıcıların cezalandırılması); Art. 171, Gerichtlicher Nachlassvertrag (Mahkeme içi konkordato-Bu maddede, 163, I, 164, I, 165, I, 166 ve 167. maddelerde düzenlenmiş bulunan cezaların mahkeme içi konkordatoda da geçerli olacağı düzenlenmiştir). Bu konuda bkz. ayrıca, **Amonn/Walther**, § 14 Nr. 1-2.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

### II-Alman Hukuku

Alman icra ve iflâs hukukunda da borçlunun hukukî ve cezaî sorumluluğunu düzenleyen hükümler öngörülmüştür.

Borçlunun malları hakkında icra dairesine bilgi verme yükümlülüğü, Alman Medenî Usul Kanunu'nun (ZPO)<sup>13</sup> 836. maddesinde düzenlemiştir. Ancak, bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımı olarak sadece tazminat talep etme hakkı öngörülmüştür<sup>14</sup>. Borçlunun borçlusu olan üçüncü şahıs için de ZPO § 840 gereğince malvarlığı hakkında bilgi verme yükümlülüğü öngörülmüş ve buna uyulmamasının yaptırımı olarak yine sadece tazminat ödenmesi hükme bağlanmıştır<sup>15</sup>.

Bunun dışında aşağıda belirtilen hallerde, Alman icra ve iflâs hukuku sisteminde borçlu için hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülebilmektedir.

a) ZPO § 807'ye göre, yapılan haczin alacaklının alacağını karşılamaması halinde veya alacaklının yapılacak haczin alacağını karşılamayacağını inandırıcı bir şekilde ortaya koymasından sonra, borçludan mal beyanında bulunması istenecektir.

Borçlunun mal beyanında bulunmak zorunda kaldığı bir diğer durum da, ZPO § 883'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, alacaklı menkul teslimi için borçluya karşı icra takibine girer; ancak takip konusu menkul mal bulunmazsa, alacaklının talebi ile borçludan söz konusu malın nerede olduğunun belirtilmesi istenir.

Borçlu, yukarıda belirtilen mal beyanı ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, ZPO § 901' göre, onu mal beyanında bulunmaya zorlamak için hapis ile tazyik edilir. Ancak, bu süre altı aydan fazla olamaz (ZPO § 913). Bunun dışında, borçlu mal beyanında bulununca hemen salıverilir (ZPO § 902 II). Ayrıca, alacaklı talep ederse, mal beyanında bulunmayan bir borçlu da

---

<sup>13</sup> Almanya'da ayrıca bir icra kanunu bulunmamaktadır. Cebri icraya ilişkin hükümler Medeni Usul Kanununun (Zivilprozessordnung) 8. Kitabında § 704 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

<sup>14</sup> **Brox, H./Walker, W-D.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, Nr. 646; **Stöber, K.**, in: Zöllner Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, Kommentar, Begründet von Richard Zöllner, 22. neubearbeitete Auflage, Köln 2001, § 836 Nr. 9 vd. **Smid, S.**, § 836 Nr. 10 in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 3, München 1992.

<sup>15</sup> **Brox/Walker**, Nr. 621 vd.; **MünchKommZPO-Smid** § 840, Nr. 19 vd.; **Zöllner/Stöber-ZPO** § 840 Nr. 12 vd.

serbest bırakılır. Bu şekilde, bırakılan borçlu, alacaklının talebi ile mal beyanında bulunması için tekrar hapis ile tazyik edilir (ZPO § 911).

Mal beyanında bulunması için altı ay süre ile hapis ile tazyik edilen bir borçlu, mal beyanında bulunmamış ise, başka bir borcundan dolayı ve başka bir alacaklının talebi ile yeniden hapis ile tazyik edilebilir (ZPO § 914).

b) Borçlunun hapis ile tazyik edilmesi sonucunu doğuran bir diğer düzenleme de, ZPO § 888 I öngörülmüştür. Bu maddeye göre, konusu misli olmayan bir şeyin yerine getirilmesindeki ilâmların icrasında, borçlu, icra emrine rağmen yükümlülüğünü yerine getirmese, para ile tazyik veya hapis ile tazyik edilebilir. Burada öngörülen hapis ile tazyikin süresi, ZPO § 888 I c.3, ZPO § 913 atf gereği en fazla altı aydır. Bunun yanında, para cezasını ödemeyen borçlunun bu cezası da hapis ile tazyike dönüştürülebilir. Bu cezaların verilebilmesi için, borçlunun kusurlu olması şart değildir. Borçlu, icra emrini yerine getirirse, hemen bırakılır<sup>16</sup>.

Bunların yanında, ZPO § 890'da da, bir şeyin yapılmamasına ve bir şeye katlanmasına ilişkin ilâmların icrasında, icra emrine uymayan borçlu için yine para cezası ve hapis ile tazyik öngörülmüştür. Bu maddeye göre, borçlu yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapmaz veya katlanmak zorunda olduğu bir davranışa katlanmaz ise, önce hafif para cezası ile (Ordnungsgeld) cezalandırılır. Bu para cezasının tahsil edilememesi halinde, bu sefer altı ayı geçmemek üzere hafif hapis cezası ile cezalandırılır<sup>17</sup>.

Buradaki hapis ile tazyikin azami haddi iki yıl olarak düzenlenmiştir (ZPO § 890 I son cümle).

c) Alman icra hukuku sisteminde borçlu için hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngören diğer bir hüküm de, ihtiyati haciz ile ilgili bölümde bulunmaktadır. Buna göre, Alman hukukunda ihtiyati haciz, borçlunun malları üzerine konan ihtiyati haciz (dinglicher Arrest) ile borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haciz (persönlicher Arrest) olmak üzere ikiye ayrılır.

İkincisinde, borçlunun hapsedilmesi veya onun şahsi hürriyetinin, kimliklerine el konulması, sürekli olarak bulunduğu yeri yetkili merciiye bildirme yükümlülüğü gibi başka bir şekilde sınırlandırılması söz konusudur. Borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haczin amacı, mallar üzerindeki ihtiyati haciz olduğu gibi, sadece, borçlunun mallarının haczedilmesini güvence altına almaktır. Borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haciz, doğrudan doğruya bir cebri

<sup>16</sup> **Jauernig, O.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 20 Auflage, München 1996, s. 123, vd.; **Brox/Walker**, Nr. 1086; **Schilken, E.**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, München 1992, § 888 Nr. 15; **Zöller/Stöber-ZPO** § 888 Nr. 10 vd.

<sup>17</sup> **MünchKommZPO-Schilken** § 890 Nr. 23; **Zöller/Stöber-ZPO** § 890 Nr. 3.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

icra aracı olarak kullanılamaz. Bunun yanında, borçlunun şahsı üzerinde ihtiyati haciz kararı alınabilmesi, bazı sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna göre, borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haciz, ikincildir. Yani, mallar üzerindeki ihtiyati haciz ile hedefe gitme imkânı varsa, şahıs üzerinde ihtiyati hacze karar verilemez. Ayrıca, borçlunun şahsı üzerinde ihtiyati haciz kararı verilecekse, mümkün olduğu kadar en hafif tedbirden başlanılmalıdır<sup>18</sup>.

d) Son olarak, hâkim, borçlu hakkında bir ceza kararı verirken, her zaman, Türk hukukunda da kabul edilen ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre, para cezası ile sonuç alınması mümkün olan durumlarda, öncelikle ona hükmetmesi, hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngörülecekse, en hafifinden başlanılmalıdır.

### III-Avusturya Hukuku

İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi, Avusturya icra hukukunda da, borçlunun hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması<sup>19</sup> mümkündür.

a) Avusturya hukukunda da borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, Avusturya İcra Kanunu'nun (Exekutionsordnung) 47. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Söz konusu Kanununun 48. maddesinde de, süresi içerisinde mal beyanında bulunmayan borçlunun cezalandırılması öngörülmüştür. Buradaki cezanın süresi toplam altı ayı geçmemesi gerekir. Borçlu, mal beyanında bulunduğu anda ceza sona erecektir (Avusturya İcra Kanunu § 48; II). Borçluya ceza verilebilmesi için, onun mal beyanında bulunmamayı mahkeme huzurunda reddetmiş olması gerekir. Mal beyanında bulunmaktan kaçınma mahkeme huzurunda değil de, icra memuru huzurunda gerçekleşmişse, borçluya ceza verilemez<sup>21</sup>.

Avusturya İcra Kanunu'nun 49. maddesinde ise, borçluya malvarlığında sonradan meydana gelen artışları bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

<sup>18</sup> Bu konuda bkz. **Özekes, M.**, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 61 vd.; **Heinze, M.**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band III, § 917 ve 918; **Vollkommer, M.**, in: Zöllner Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, Kommentar, Begründet von Richard Zöllner, 22. neubearbeitete Auflage, Köln 2001, § 916 ve 917.

<sup>19</sup> Ancak, bu hukuk sistemlerinde, öngörülen bu tedbirler klasik anlamda hürriyeti bağlayıcı ceza değil, sadece cebri icranın uygulanmasını temin eden zorlayıcı tedbirler (Beugemittel) dir.

<sup>20</sup> Bkz., **Angst, P./Jakusch, W./Mohr, F.**, Exekutionsordnung mit erläuternden Anmerkungen, Schriftum und einer Übersicht über die Rechtsprechung, 14., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien 2004, § 47.

<sup>21</sup> **Angst/Jakusch/Mohr** EO § 48 Nr. 9.

b) Yine Alman hukukunda olduğu gibi, burada da, bir şeyin yapılmasına ilişkin bir ilamı (ilamın konusu misli olmayan bir şey olması gerekir) veya bir şeyin yapılmamasına ya da bir şeye katlanmaya ilişkin bir ilamın yerine getirilmesine muhalefet eden borçlu, altı aya kadar hapis ile tazyik edilir (Avusturya İcra ve İflâs Kanunu m. 354 ve 355)<sup>22</sup>.

## C-İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR

### I-Genel Olarak

Cumhuriyetin kurulmasından sonra, cebri icra ile ilgili kabul edilen ilk kanunumuz<sup>23</sup>, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'ndan alınan 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'dur. Ancak, bu Kanun fazla uzun ömürlü olamamıştır. Söz konusu Kanuna getirilen en önemli eleştiri, Kanunun kötü niyetli borçlular ile mücadele konusunda yeterli olamaması idi. Gerçekten doktrinde, Kanunun İsviçre'deki uygulamaya göre hazırlandığı, oysa ülkemizde başkalarının hakkına saygı bilincinin yeteri kadar yerleşmediği, aksine başkalarını sömürmenin marifet sayıldığı, bu nedenle borçluların borçlarını ödememek için, her türlü çareye başvurmaya çalıştıkları ifade edilerek, söz konusu Kanun bu yönüyle eleştirilmiştir<sup>24</sup>.

1424 sayılı Kanunu'nun başarısızlığa uğramasından sonra, bu başarısızlıktan da ders alınarak, yine İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu esas alınarak halen yürürlükte olan 1932 tarihli 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun ile mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) arasında en önemli farklardan birisi, icra ve iflâs suçlarıdır. Gerçekten İcra ve İflâs Kanunumuzda mehz Kanundan farklı olarak icra ve iflâs suçları çok ayrıntılı olarak düzenlenmişlerdir. Ayrıca, kötü niyetli borçlularla mücadele için, bu suçların sayısı zaman içerisinde yapılan kanun değişiklikleri ile de giderek artmıştır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Bkz. **Holzhammer, R.**, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Dritte neubearbeitete Auflage, Wien 1989, s. 105, 311 vd., 314 vd.; 317 vd.; **Angst/Jakusch/Mohr** EO § 354 ve 355'teki açıklamalar.

<sup>23</sup> Cumhuriyetin kurulmasından önce, ülkemizde, icra ve iflâs hukuku ile ilgili hükümlerin yer aldığı 1295/1296 tarihli "İâmatı Hukukiyenin Sureti İcrasına Dair Muvakkat Kanun" ve onun yerini alan 28 Nisan 1330 (1914) tarihli "İcra Kanunu Muvakkati" vardı. Her iki Kanunda da borcunu ödemeyen borçlular için hapis öngörülmekte idi (Bkz. **Uyar, T.**, İcra ve İflâs Hukukundan Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflâs Suçları), Manisa 1987; s. 2).

<sup>24</sup> **Yılmaz, s. 496; Umar, B.**, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 139.

<sup>25</sup> **Yılmaz, s. 497.**

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

İcra ve İflâs Suçları hakkındaki İcra ve İflâs Kanunu'nun hükümlerini üç bölümde toplamak mümkündür: 1- "Cezai Hükümler" başlığını taşıyan "On Altıncı Bap" hükümleri (m. 331-354); 2- Hapisle Tazyik Hükümü (m. 76) 3- Taksiratlı ve Hileli İflâs" başlığını taşıyan "On Üçüncü Bap" hükümler (310-311)<sup>26</sup>.

### **II-İcra ve İflâs Kanunu'nun On Altıncı Bap'ında Düzenlenmiş Bulunan Suçlar**

Bu bölümde çeşitli suçlar öngörülmüştür. İncelemenin sınırlarının aşılması için, bu suçların her birisinin ayrıntısına inilmeyecek, sadece başlık halinde verilmekle yetinilecektir. Bu bölümde düzenlenen suçlar şunlardır:

-Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu azaltmak suçu (İİK m. 331);

-Kendi eylemi ile aczine neden olma veya durumu bilerek ağırlaştırma suçu (İİK m. 332);

-İflâs ve konkordato işlerinde kişisel menfaat temin etmek suçu (İİK m. 333);

-Konkordatoda veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşürmek veya borçların uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılması koşullarına uymamak Suçu (İİK m. 334);

-Üzerinde kiralayanın hapis hakkı bulunan eşyanın kaçırılması veya gizlenmesi ve tahliyesi gereken yerin başkasına işgal ettirilmesi suçu (İİK m. 335);

-Müflisin mallarını iflâs idaresine vermemek ve müflisin alacaklarını iflâs dairesine bildirmemek suçu (İİK m. 336);

-Mal beyanında bulunmamak suçu (İİK m. 337);

-Borçlunun defteri yapılmış olan malları, aynen veya istenildiği zamanki kıymetiyle iflâs dairesine vermemesi suçu (İİK m. 337/2, 167);

-Müflisin mallarının defteri tutulurken hazır bulunmaması ve bu malları iflâs dairesinin emrine hazır bulundurmaması suçu (İİK m. 337/2, 209);

-İflâsın tasfiyesi süresince, müflisin iflâs dairesinin emirlerine uymaması suçu (İİK m. 337/2, 216);

-Ticareti terk hükmüne aykırı davranmak suçu (İİK m. 337/a);

-Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak suçu (İİK m. 338);

-Mal beyanından sonra, kazancında meydana gelen artışı bildirmemek suçu (İİK m. 339);

---

<sup>26</sup> **Yılmaz**, s. 497.



- Taahhüdü ihlal suçu (İİK m. 340);
- Çocuk tesliminden kaçınmak suçu (İİK m. 341);
- Hükmen teslim edilen taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar girmek suçu (İİK m. 342);
- Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması veyahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine muhalefet suçu (İİK m. 343);
- Nafaka borcunu ödememek suçu (İİK m. 344);
- Gerektiği halde sermaye şirketinin iflâsını istememek suçu (İİK m. 345/a);
- İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılan ihalelerde, kendisine veya başkasına vaat olunan yarar karşılığında artırmada çekilme veya artırmaya katılmama suçu (İİK m. 345/b).

### **III-İcra ve İflâs Kanunu m. 76'da Düzenlenen Hapis İle Tazyik Suçu**

İİK m. 76'ya göre, mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez.

Bunun dışında, yukarıda da belirtildiği gibi, mal beyanında bulunamamak, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak ve mal beyanından bulunduktan sonra, kazancında meydana gelen artışı bildirmemek de, Kanun'da sırasıyla 337, 338 ve 339. maddelerde suç olarak düzenlenmiştir.

### **IV- İcra ve İflâs Kanunu'nun On Üçüncü Bap'ında Düzenlenmiş Bulunan Hileli İflâs ve Taksirli İflâs Suçları**

İcra ve İflâs Kanunu'na göre, üç türlü iflâs vardır; adli iflâs, taksirli iflâs ve hileli iflâs. Adi iflâs Türk hukukunda suç olarak öngörülmediği halde, taksirli ve hileli iflâs suç olarak düzenlenmişlerdir<sup>27</sup>. Hangi hallerin hileli iflâs, hangi hallerin taksirli iflâs olduğu İcra ve İflâs Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Taksirli iflâs halleri Kanun'da (m. 310 ve 337a, III) tahdidi

<sup>27</sup> Bu konuda bkz., **Muşul, T.**, İflâs Suçları, Taksirli ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998; **Yıldırım, M. K.**, Hileli İflâs Suçları, İstanbul 2000; **Görgün, Ş.**, Hileli ve Taksirli İflâs (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1972/1, s. 433-451); **Yılmaz, E.**, İflâsın Kamu Hukuku Bakımından Sonuçları ve Müflisin Saygınlığını Yeniden Kazanması (Türkiye Noterler Birliği Dergisi 1976/9, s. 53-56, 1976/10, s. 73-78); **Özgenç, İ.**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar Ankara 2002, s. 106 vd.; **Çolak, H.**, İcra- Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

olarak sayılmışken, hileli iflâs halleri (m. 311) örnek kabilinden sayılmıştır<sup>28</sup>. Hileli ve taksiratlı iflâsa verilecek cezalar ise, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 506 ile 507. maddelerinde düzenlenmiş idi. Ancak, bu hükümlerde, hangi fiillerin hileli ve taksiratlı iflâs oluşturduğu hususunda herhangi bir açıklık yoktu. Bu itibarla hangi fiillerin hileli veya taksiratlı iflâs olarak nitelendirilebileceği hususunda İcra ve İflâs Kanunu'na başvurmak gerekiyordu<sup>29</sup>.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda hileli ve taksiratlı iflâs 161<sup>30</sup> ve 162.<sup>31</sup> maddelerde düzenlenmiştir. Eski Ceza Kanunu'nun aksine Yeni Kanun'da sadece ceza belirtilmekle kalmayıp, suçun unsurları da düzenlenmiştir. Ayrıca, taksiratlı iflâsın düzenlendiği 162. maddede, suçun unsuru olarak, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet vermek şeklinde oldukça genel bir ifade kullanılmıştır. Buna karşılık, hileli iflâsın düzenlendiği 161. maddede ise, hileli iflâsın varlığı için bazı durumların gerçekleşmiş olması şart koşulmuştur. Dolayısıyla, Yeni Ceza Kanunu'nda İcra ve İflâs Kanunu'na zıt bir düzenlemenin varlığı dikkati çekmektedir. Gerçekten,

---

<sup>28</sup> **Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 19 Bası, Ankara 2005, s. 676-677; **Muşul, s. 63, 91; Muşul, T.**, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005, s. 1215, 1222; **Kuru, B.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ek Kitabı, İstanbul 2004, s. 1190-1191; **Yıldırım, s. 39; Uyar, s. 12, 18;** hileli iflâs için aksi düşüncede, **Özgenç, s. 109 vd.**

<sup>29</sup> **Özgenç, s. 107; Uyar, s. 9-10; Üstündağ, S.**, İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2002, s. 192.

<sup>30</sup> Madde 161 – “Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflâsa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflâsın varlığı için;

a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,

b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,

c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,

d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilânço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi, gerekir.”

<sup>31</sup> Madde 162 – “Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâsa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

İcra ve İflâs Kanunu'nda tahdidi olarak sayılan taksiratlı iflâs<sup>32</sup> halleri Yeni Ceza Kanunu'nda genel bir düzenlemeye çevrilmiş; buna karşılık, örnek kabilinden sayılan hileli iflâs halleri ise, tahdidi duruma getirilmiştir<sup>33</sup>.

### **D-İCRA VE İFLÂS SUÇLARININ ANAYASA'NIN 38. MADDESİNE AYKIRI OLUP OLMADIĞI SORUNU**

Avrupa Birliği Hukuku ile uyum çerçevesinde, 03.01.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasa'mızda değişiklikler yapıldı. Söz konusu Kanun'un 15. maddesi ile Anayasa'mızın 38. maddesine eklenen bir fıkra ile "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü getirildi.

Bu hüküm, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokolde Yer Alanlardan Başka, Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokolün 1. maddesinde yer alan hükmün aynen tekrarıdır<sup>34</sup>.

Uygulama açısından son derece önemli olan bu hükmün gerekçesini, Anayasa koyucu; "Sözleşme kavramına borçlar da dâhildir" şeklinde oldukça kısa tutmuştur<sup>35</sup>. Bu hükmün kabul edilmesinden sonra, İcra ve İflâs

<sup>32</sup> Yeni Türk Ceza Kanunu'nda bu hükmün başlığı "taksirli iflâs" olarak nitelendirilmiştir.

<sup>33</sup> "Hileli iflâs suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Madde metninde bu seçimlik hareketler belirlenmiştir" (Maddenin gerekçesinden-TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı 664, s. 568; **Özgenç, İ.**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 899).

<sup>34</sup> **Yılmaz, s.493; Çetiner, A.**, Anayasanın 38. maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra ve İflas Suçları bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi 2002/1, s. 172-173; bkz. Ayrıca, **Akılloğlu, Tekin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı" Kuralı, AIHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 3 vd.; **Feyzioğlu, Metin**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması- Anayasa ve Caza Hukuku Açısından Bir İnceleme- AIHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 16 vd.

<sup>35</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 4709 sayılı Kanun ile ilgili görüşmeler sırasında, Anayasa Komisyonu Başkanı da, "Bu hüküm, borçlar hukuku ilişkisinden kaynaklanan -tekrar ifade ediyorum; borçlar hukuku ilişkisinden

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

Kanunu'nda öngörülen suçların bu hükme aykırılık teşkil edip etmeyeceği, uygulama ve doktrin tarafından hararetle bir şekilde tartışılmıştır. Bunun yanında görülmekte olan birçok davada, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki çeşitli ceza hükümlerinin Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olduğu itiraz olarak ileri sürülmüş veya mahkemeler re'sen bu konuda karar vermişlerdir. Tartışma önce Yargıtay'ın önüne gelmiş; Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuda çeşitli kararlar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu İİK m. 74, 75 ve 337. maddelerinde düzenlenen mal beyanında bulunmama suçunun Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olup olmadığı konusunda; bu konuda benzer düzenlemelerin başka hukuk sistemlerinde de bulunduğuna ilişkin çeşitli kaynaklara atıf yaptıktan sonra, söz konusu suç ile korunmak istenen hukuki yararın borcun ödenmesi olmayıp, kanun hükmüne uyulmasının sağlanması suretiyle, cebri icranın etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasına ilişkin kamu otoritesi olduğunu, bu nedenle, belirtilen suçun sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile ilgisi bulunmadığına karar vermiştir<sup>36</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu İİK m. 338/1'de düzenlenen gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma suçunun Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olup olmadığı konusunda ise; "... bu suçun, yasadaki kaynaklanan bir yükümlülüğün yasadaki koşullara uygun ancak gerçeğe aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenen kusur sorumluluğuna dayanan bir suç olduğu, bu suçla korunmak istenen hukuki yararın kamu güveni olduğu ve eylem neticesinde alacaklının zarara uğrayıp uğramamasının da suçun oluşumunda etkisinin bulunmadığı dikkate alındığında bu suçun yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla, İY'sının 338/1. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma suçu, Anayasa'nın 38. maddesine 4709 sayılı Yasa ile eklenen 9. fıkrada öngörülen ve

---

kaynaklanan- borçlarını rızasıyla ödeyemeyen bir borçlunun bu yüzden hapis cezasıyla cezalandırılmasını yasaklamıştır. Borcun ödenmemesi, ya borçlunun malvarlığı bulunmadığı için çaresizlikten veya buna rağmen kötü niyetten olabilir. Birinci halde, yani, kendi ihmali veya kusuru olmaksızın borcunu ödemekte acele düşen kişi, bu yüzden hapis cezasına çarptırılmaz; ancak, borçlunun hırsız veya kasten borcunu ifa etmektен kaçınması halinde, protokolün bu hükmünden yararlanması mümkün değildir." şeklinde görüş beyan etmiştir (21. Dönem, 3. Yasama Yılı, 26.09.2001 tarihli 133. Birleşim Tutanakları,-www.tbmm.gov.tr).

<sup>36</sup> **CGK** 22.02.2002 tarih ve 2002/17-298 E. 2002/2 K. (YKD 2002/4, s. 604 vd.

kamu makamlarının kişi özgürlüğünü kaldırma yetkisini sınırlayan yasak kapsamında değerlendirilemez” şeklinde karar vermiştir<sup>37</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, İİK m. 340’da düzenlenen taahhüdü ihlal suçu ile ilgili olarak da<sup>38</sup>, hacizden önce yapılan taksitle ödeme anlaşması ile hacizden sonra yapılan taksitle ödeme anlaşması, başka bir ifade ile alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşması ile alacaklının muvafakati aranmadan yapılan taksitle ödeme anlaşması arasında ayırım yapmıştır. Alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasını Genel Kurul, Anayasa m. 38, VIII’de öngörülen bir sözleşme olarak değerlendirmiş; dolayısıyla sanığa bu durumda ceza verilebilmesi için, sanığın borcunu hangi nedenle veya nedenlerle yerine getirmediğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, alacaklının muvafakati olmaksızın yapılan taksitle ödeme anlaşması gereğince yapılan ödeme taahhüdü, sözleşmeden değil, kanundan kaynaklanmaktadır. Burada alacaklının muvafakatine gerek yoktur. Bu nedenle, borçlunun ödeme şartını ihlalinin hürriyete bağlayıcı ceza ile cezalandırılması Anayasa’nın anılan hükmüne aykırı değildir.

Yukarıdaki karara karşı yazılan muhalefet şerhinde ise, gerek alacaklının muvafakati ile, gerekse alacaklının muvafakati aranmadan yapılan taksitle ödeme anlaşması çerçevesinde, borçlunun taahhüt ettiği ödemeyi gerçekleştirememesinin cezalandırılmasının Anayasa m. 38 VIII’e aykırı olmadığı belirtilmiştir. Bu görüş sahipleri düşüncelerine gerekçe olarak, alacaklının muvafakati ile kararlaştırılan ödeme şartı da, geçerli ve kesinleşen icra takibi esnasında yapıldığını, bu nedenle araya kamu otoritesinin girdiğini, dolayısıyla yükümlülüğün sadece sözleşmeden kaynaklandığının ileri sürülemeyeceğini göstermişlerdir<sup>39</sup>.

Söz konusu iki görüş arasında, Anayasa m. 38 VIII’de öngörülen “yerine getirememeye” ile İİK m. 340’daki “makbul bir sebep” kavramlarının yorumlanması açısından farklılık vardır. Çoğunluk görüşüne göre, “makbul sebep” kavramı “yerine getirememeye kavramına göre daha dardır. Bu nedenle, üst norm olan ve sanık lehine olan hükümler getiren yeni düzenleme çerçevesinde, sanığın borcunu hangi nedenle veya nedenlerle yerine getiremediğinin araştırılarak, hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk vardır. Buna

<sup>37</sup> **CGK** 29.01.2002 tarih ve 2001/17-407 E. 2002/133 K. (YKD 2002/4, s. 614 vd.; bu konuda bkz. ayrıca, **CGK** 29.01.2002 tarih ve 2001/17.HD.-295 E. 2002/14 K. (YKD 2002/8, s. 1242 vd.

<sup>38</sup> **CGK** 22.01.2002 tarih ve 2001/17-294 E. 2002/1 K. (YKD 2002/3, s. 451 vd.

<sup>39</sup> **CGK** 22.01.2002 tarih ve 2001/17-294 E. 2002/1 K. (YKD 2002/3, s. 460.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

karşılık, azınlık görüşüne göre, “makbul sebep” şartı, “yerine getirememeyi” de kapsamaktadır<sup>40</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin Anayasa m. 38 VIII’e aykırılığı iddiası nihayet Anayasa Mahkemesinin önüne de geldi. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlerin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verdi<sup>41</sup>.

Anayasa Mahkemesi, İİK m. 337’de süresi içerisinde mal beyanında bulunmayanın cezalandırılmasına ilişkin hükmün Anayasa m. 38, VIII’e aykırı olmadığı yolundaki kararının gerekçesini şu şekilde ortaya koymuştur; “Bu suçun konusu, cebri icra işlemlerinin yürütülmesi sırasında borçluya yasa ile getirilen bir yükümlülüktür. Nitekim bu husus, mal beyanında bulunmama suçunu konu alan 11.12.1957 günlü16/28 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, prensip itibariyle İcra ve İflâs Kanununa vazolunan cezai hükümler borçluyu kanun emirlerine itaate mecbur etmek ve dolayısıyla alacaklının hakkını kolayca istihsal eylemek için bir nevi müeyyideden ibarettir şeklinde açıklanmıştır.”

“İtiraz konusu düzenlenen suç konusu eylem, Anayasanın 38’inci maddesinin 8’inci fıkrasında sözü edilen, doğrudan sözleşmenin yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Bununla korunmak istenen hukuki yarar, yasa hükmüne uymak suretiyle cebri icranın etkin bir şekilde yürütülerek kamu otoritesinin sağlanmasıdır.”

“Bu nedenlerle kural, Anayasanın 38’inci maddesinin 8’inci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

Anayasa Mahkemesi, İİK m. 338 ile ilgili olarak da, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, yasal yükümlülüğün, yasadaki koşullara uygun ancak hakikate aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenen bir suç olup, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olmadığını, bu nedenle, hükmün Anayasaya uygun olduğuna karar verdi.

---

<sup>40</sup> **CGK** 22.01.2002 tarih ve 2001/17-294 E. 2002/1 K. (YKD 2002/3, s. 460. Bu saydığımız hükümlerden başka, İİK m. 344’de düzenlenen nafaka borcunu ödememe suçunun da Anayasa m. 38, VIII hükmüne aykırılığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Genel Kurul, bu hükümde öngörülen suçun kanundan değil, mahkeme kararından kaynaklandığını belirterek, söz konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir (**CGK** 11.12.2001 tarih, 2001/17 HD-281 E. 2001/284 K.-YKD 2002/6, s. 923 vd.).

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 21.11.2002 tarih ve 2001/415 Esas-2002/166 Karar sayılı kararı (28.2.2003 tarihli Resmi Gazete- [www.rega.basbakanlik.gov.tr](http://www.rega.basbakanlik.gov.tr))

Son olarak, 340. madde ile ilgili olarak, söz konusu kuralın doğrudan sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olmadığını, bu kuralın temel amacının, kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğinin sağlanması olduğunu, bu nedenle Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetti. Mahkeme ayrıca, bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne itibar etmeyerek, hem alacaklının muvafakati ile, hem de alacaklının muvafakati olmadan yapılan taksitle ödeme taahhüdünün ihlalinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verdi.

İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen cezaların, Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olup olmadığı hususu, doktrinde de tartışıldı. Bu konuda doktrinde ortaya çıkan ortak görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen suç ve cezaların Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olmadığıdır<sup>42</sup>. Bu görüş sahiplerinin temel gerekçesi, bu suç ve cezaların doğrudan doğruya sözleşmeden değil, kanundan doğmasıdır. Ayrıca, birçok Avrupa ülkesinde de benzer suç ve cezaların bulunması, bu görüş sahiplerinin dayandığı başka bir gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu m. 340'da öngörülen alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının Anayasa'nın anılan hükmüne aykırılığı konusunda doktrinde de tereddüt yaşanmıştır<sup>43</sup>. Ancak, sonuçta burada da, borçlunun cezalandırılabilmesi için, makbul bir sebep olmaksızın taksitle ödeme taahhüdünü ihlal etmesi gerektiğinden, bu şartların gerçekleşmesi halinde borçlunun cezalandırılmasının Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiştir<sup>44</sup>.

Yukarıda mukayeseli hukuk konusunda yapılan incelemede<sup>45</sup>, Avrupa Birliği ülkesi olan Almanya ile Avusturya ve yine Avrupa Birliği üyesi olmamakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne imza koyan ve Avrupa'nın önemli ülkelerinden olan İsviçre'de de cebri icranın etkinliğinin

<sup>42</sup> Bkz., **Yılmaz**, s. 494; **Yılmaz, Ejder**, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 71; **Bozer, Ali**, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 81-82; **Çetiner**, s. 180; **Feyzioğlu**, s. 30 vd.;

<sup>43</sup> Bkz. **Yılmaz**, s. 494; **Yılmaz-Panel**, s. 71; **Feyzioğlu**, s. 32.

<sup>44</sup> **Yılmaz**, s. 494; **Yılmaz-Panel**, s. 71; **Feyzioğlu**, s. 32. Ancak, Feyzioğlu'na göre, makbul sebep kavramının dar yorumlanması Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olacaktır (s. 32-33).

<sup>45</sup> Bkz., yuk. B.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

sağlanması amacıyla zorlayıcı tedbirler öngörüldüğü ortaya konuldu. Bu tedbirler, hakkın yerini getirilmesini üzerine alan devletin bunu etkin bir şekilde yapabilmesini sağlamaya yöneliktir. Zira, bilindiği gibi, devlet, toplumsal barışı tesis etmek amacıyla kural olarak ihkak-ı hakka izin vermemekte, hakkın yerini getirilmesini kendi tekeline almaktadır. Devletin üzerine aldığı bu görevi etkin bir şekilde yerine getirmesi için, bazı tedbirlere başvurma ihtiyacı vardır. İşte, icra hukukunda öngörülen bu tedbirler bu amaca yöneliktir.

Anayasa'da yapılan son değişikliğin hangi hususları kapsadığı konusunda, kanaatimce şöyle bir ayırım yapmak gerekir. Doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi konusundaki hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin hükümler artık Anayasa ile bağdaşmayacaktır. Buna karşılık, ihlali cezalandırılan yükümlülük, doğrudan doğruya sözleşmeden doğmuyor, araya başka bir otorite giriyorsa, burada söz konusu otoritenin ihlali söz konusu olacaktır. Örneğin, Yargıtay'ın da belirttiği gibi, HUMK m. 113/A' da korunan, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin otoritesidir<sup>46</sup>. Mahkeme kararının etkinliğinin sağlanması amacıyla, bu karara uymayanlara ceza öngörülmüştür. Dolayısıyla, burada doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun ihlali söz konusu değildir. Aynı şekilde, icra ve iflâs suçlarında da doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmemesi söz konusu değildir. Burada söz konusu olan, devletin hakkın yerine getirilmesi konusundaki ödevinin etkin bir şekilde sağlanmasıdır. İİK m. 340'a göre, alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının ihlali de doğrudan sözleşmeden doğan bir borç taahhüdünün ihlali söz konusu değildir. Çünkü sonuçta burada da taksitle ödeme taahhüdü icra dairesi önünde yapılmaktadır ve bununla icra takibi durmaktadır<sup>47</sup>. Bu nedenlerle, mal beyanında bulunmama, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, taksitle ödeme taahhüdünün ihlali ve icra iflâs hukukuna ilişkin diğer cezaların Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olmadığı kanaatindeyim.

### **E.5358 SAYILI KANUN İLE İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER**

İcra ve iflâs suçları deyim yerinde ise, yukarıda izah edilen Anayasa m. 38, VIII'e aykırılık badiresini atlattıktan sonra, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5.

---

<sup>46</sup> Bkz. **CGK** 09.03.1992, 7-50/74 (**Gökcan, Hasan Tahsin**, Mühür Bozma, Yediemin Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Zarara Yol Açan Yediemin ile Haksız Tedbir Uygulatana Karşı Tazminat Davaları, Ankara 2001, s. 209; **Ercan, İbrahim**, İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 925 vd.

<sup>47</sup> **Yılmaz**, s. 494.



maddesinden dolayı yeni bir tartışmanın konusu oldular. Anılan hükme göre, bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Ceza Kanunu ile özel kanunlardaki cezai hükümler arasındaki ilişki, 765 sayılı TCK'nın 10. maddesinde de düzenlenmişti. Bu maddeye göre; "Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur." Bu hükme göre, bir konuda, özel kanunlarda özel bir hüküm var ise, TCK'nın genel mahiyetteki hükümlerinin, bu konuda uygulanmayacaktır<sup>48</sup>. Yeni Türk Ceza Kanunu ise, buna tamamen zıt bir düzenleme getirerek, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel kanunlardaki cezai hükümler bakımından da geçerli olacağını hükme bağlamıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında, Kanunun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan diğer kanunlarda yer alan, çeşitli suç tanımlarının yanı sıra, iştirake, suçların içtimaina, müsadereye, cezanın ertelenemeyeceğine veya para cezasına çevrilemeyeceğine ilişkin hükümlerin zımnen ilga edilmiş sayılacağı iddia edildi<sup>49</sup>.

Bu düzenlemeden kuşkusuz en çok icra ve iflâs suçları etkilendi. Söz konusu düzenleme karşısında, İcra ve İflâs Kanunu'nun ceza kararnameini düzenleyen 352/a<sup>50</sup> maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen cezaların

<sup>48</sup> **Özgenç-Şerh**, s. 95.

<sup>49</sup> Bkz. **Özgenç-Şerh**, s. 96.

<sup>50</sup> Söz konusu madde şöyleydi: "Bu Kanunda yazılı olup cezasının üst sınırı altı aya kadar hafif hapis veya yalnızca hafif veya adli para cezası veya bunlardan biri veya ikisi olan suçların failleri hakkında duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesiyle karar verilebilir. Şikâyet dilekçesini veya dava beyanını alan icra mahkemesi, işin ceza kararnamesiyle sonuçlandırılabilceği kanısına varırsa 349 uncu madde hükmünü uygulamaz. Bu takdirde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 386 ncı maddesinin ikinci fıkrası, 387, 388, 389 uncu maddeleri ve 390 ncı maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 391 inci maddesi hükümleri uygulanır. İcra mahkemesi, şikâyet konusu ile ilgili dosyayı, sanığın nüfus kayıt örneğini ve sabıka kaydını getirtir. Hakim, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 388 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususlara ek olarak borcun ödenmesi halinde 354 üncü maddeye göre bütün sonuçlarıyla birlikte cezanın düşeceği hususunu ceza kararnamesine yazar. Hafif hapis cezası içeren ceza kararnamesine itiraz halinde bu Kanun hükümlerine göre yargılama yapılır. Ceza kararnamesiyle sadece para cezasına hükmolunduğu hallerde itiraz, icra mahkemesinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenir. İtiraz dilekçesinin verilmesi, aleyhine itiraz olunan ceza kararnamesinin yerine getirilmesini durdurur. Hâkim evrak üzerinde yapacağı

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

tecil edilemeyeceği, para cezasına ve tedbirlere çevrilemeyeceğine ilişkin 352/b<sup>51</sup> hükmünün geçerliliği tartışılmaya başlandı. Anayasa'nın 38, VIII hükmünün konulmasından sonra olduğu gibi, icra ceza mahkemeleri icra ve iflâs suçlarına ilişkin dosyaları bekletmeye başladılar<sup>52</sup>. Bu durum, kuşkusuz ticari hayatı bir kez daha olumsuz olarak etkilemeye başladı. Kötü niyetli borçlulara da borçlarını ödememe veya geciktirmek için fırsat tanıdı.

Uygulamada ortaya çıkan bu olumsuzlukların giderilmesi düşüncesiyle, 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı Kanunla<sup>53</sup> Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bir geçici madde eklendi. Bu madde ile Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesine aykırı olan özel kanunlardaki düzenlemelerin, ilgili kanunlarda gerekli değişiklik yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar geçerli kalmaları sağlandı.

Yukarıda sözü edilen Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanundaki geçici madde çerçevesinde, 31.05.2005 tarihli 5358 sayılı Kanun ile icra suçlarının cezaları yeniden düzenlenerek, bu cezalar Türk Ceza Kanunu ile uyumlu hale getirildi<sup>54</sup>. Bu bağlamda, söz konusu Kanunun 23.

---

inceleme sonucunda itirazı yerinde görürse itiraz konusu hakkında karar verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.”

Bu arada bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu da ileri sürülmüş; ancak Anayasa Mahkemesi, 01.07.2004 tarih ve 2004/11 E. 2004/93 K. Sayılı kararı ile, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (www.anayasa.gov.tr).

<sup>51</sup> Bu hüküm şu şekilde idi: “Bu Kanun uyarınca hükmolunan cezalar tecil edilemez, hürriyeti bağlayıcı cezalar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde yazılı para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, failleri hakkında Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükmü uygulanmaz.” Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı iler sürülmüş; ancak, Anayasa Mahkemesi hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır (Bkz., 11.03.1986 tarih ve 1985/32 E. 1986/9 K; 26.05.1992 tarih ve 1992/31 E. 1992/37 K. ve 04.02.1996 tarih ve 1996/65 E. 1997/31 K. sayılı kararları- www.anayasa.gov.tr.).

<sup>52</sup> Bkz. Örneğin; **16. HD.**, 16.02.2005 tarih ve 2005/2460 E. 2005/773 K. (YKD 2005/6, s. 910 vd.).

<sup>53</sup> **RG.:** 18.05.2005/25819; **16. HD.**, 09.02.2006 tarih ve 2005/12708 E. 2006/565 K. (YKD 2006/5, s. 777 vd.).

<sup>54</sup> Söz konusu Kanun'un genel gerekçesi şu şekildedir: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bakımından özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması zorunlu bulunmaktadır.”

“31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla Yeni Türk Ceza Kanunu ve buna bağlı olarak bazı kanunların 1 Nisan 2005 olan yürürlük tarihleri 1 Haziran 2006 olarak yeniden belirlenmiştir. Bu çerçevede 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun

maddesiyle, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi nedeniyle zimnen ilga edildikleri kabul edilen İcra ve İflâs Kanunu'nun ceza kararnamesini düzenleyen 352/a maddesi ile icra ve iflâs suçlarının tecil ve paraya çevrilmelerini yasaklayan 352/a maddeleri yürürlükten kaldırıldı. Aynı madde ile ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'nun "Konkordato komiserinin sorumluluğu" başlıklı 334/a, "Kendisine teslim edilen malları vermeyenler hakkındaki cezalar" başlıklı 336/a maddeleri de yürürlükten kaldırıldı.

Erteleme ve paraya çevirme yasağı kalktıktan sonra, icra ve iflâs suçlarına ilişkin cezalar için TCK m. 50'de öngörülen kısa süreli hapis cezasına<sup>55</sup> seçenek yaptırımlar uygulanabilme ihtimali ortaya çıktı. Örneğin bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar, adli para cezasına dönüştürülebilecekti. Bunun yanında, TCK m. 51'e göre bunların ertelenmesi de söz konusu olabilecekti. Hatta TCK m. 50, III'e göre, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak şartıyla, otuz gün ve daha az süreli hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi gerekecekti. İcra ve iflâs suçlarına ilişkin cezalar, genellikle, otuz gün ve daha az süreli oldukları için, bu yeni düzenleme karşısında, paraya çevrilmesi zorunluluğu oraya çıkacak, dolayısıyla bu cezaların etkinliği ortadan kalkmış olacaktır.

İşte yukarıda belirtilen sakıncaların ortadan kaldırılması düşüncesiyle, 5358 sayılı Kanunla, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen birçok icra ve iflâs suçunun cezası, hapis cezası yerine "disiplin hapsi" veya "tazyik hapsine" dönüştürüldü. Böylece, bu cezaların para cezasına dönüştürülmesi veya ertelenmesi imkânı (veya sakıncası) ortadan kaldırıldı<sup>56</sup>.

Öte yandan, Yeni Türk Ceza Kanunu m. 46'da hafif hapis, hapis ve ağır hapis ayırımı kaldırıldı<sup>57</sup>. Ayrıca, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile de, yürürlükte olan diğer kanunlardaki ağır hapis cezaları hapis cezasına; hafif hapis cezaları ise, idari para cezasına dönüştürüldü. Başka bir ifade ile, diğer kanunlara göre, hafif hapis cezası

---

ceza içeren hükümlerinin yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir."

"2004 sayılı İcra ve İflâs Kanuna yukarıda sayılan nedenlerle gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır."

<sup>55</sup> TCK m. 49, II'ye göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

<sup>56</sup> **Pekantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin, Meral/Özekes, Muhammet,** İcra ve İflâs Hukuku, 4949 ve 5092 sayılı Kanunlara ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerle Birlikte, 3. Bası, Ankara 2005, s. 523.

<sup>57</sup> Bkz. **Özgenç-Şerh,** s. 600 vd.; **Çolak, Haluk,** İcra Suçları ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 53, 2005, s. 96.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

gerektiren fiiller, artık suç olmaktan çıkarılıp kabahatlere dönüştürüldü<sup>58</sup>. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hafif hapis cezalarının bir kısmı da hapis cezasına dönüştürüldü<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Özgenç-Şerh, s. 606-607.

<sup>59</sup> Yeni Kanun ile birlikte İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen suçlar için beş farklı yaptırım öngörülmüştür: Bunlar:

**1-Hapis cezası:** Hapis cezasını gerektiren suçlar şunlardır; a) Kendi eylemi ile aczine neden olma veya durumu bilerek ağırlaştırma suçu (İİK m. 332); b) İflâs ve konkordato işlerinde kişisel menfaat temin etmek suçu (İİK m. 333); b) Konkordatoda veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşürmek veya borçların uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılması koşullarına uymamak Suçu (İİK m. 334); c) Ticareti terk hükmüne aykırı davranmak suçu (İİK m. 337/a); d) Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak suçu (İİK m. 338); e) Hükmen teslim edilen taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar girmek suçu (İİK m. 342); f) Gerektiği halde sermaye şirketinin iflâsını istememek suçu (İİK m. 345/a).

**2-Hapis ve adli para cezası:** Hapis ve adli para cezası gerektiren suçlar şunlardır: a) Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltme suçu (İİK m. 331); b) Ticaret şirketlerini idare edenlerin alacakları zarara uğratmak kastıyla işletmenin borçlarını ödemeyerek alacaklıları zarara sokmak suçu (İİK m. 333/a); c) Üzerinde kiralayanın hapis hakkı bulunan eşyanın kaçırılması veya gizlenmesi ve tahliyesi gereken yerin başkasına işgal ettirilmesi suçu (İİK m. 335); d) İcra ve İflâs Kanuna göre yapılan ihalelerde, kendisine veya başkasına vaat olunan yarar karşılığında artırmada çekilme veya artırmaya katılmama suçu (İİK m. 345/b).

**3-Adli para cezası:** Adli parasını gerektiren suçlar şunlardır: a) Müflisin mallarını iflâs idaresine vermemek ve müflisin alacaklarını iflâs dairesine bildirmemek suçu (İİK m. 336).

**4-Disiplin hapsi:** Disiplin hapsi gerektiren suçlar şunlardır: a) Mal beyanında bulunmamak suçu (İİK m. 337); b) Borçlunun defteri yapılmış olan malları, aynen veya istenildiği zamanki kıymetiyle iflâs dairesine vermeme suçu (İİK m. 337/2, 167); c) Müflisin mallarının defteri tutulurken hazır bulunmaması ve bu malları iflâs dairesinin emrine hazır bulundurmaması suçu (İİK m. 337/2, 209); d) İflâsın tasfiyesi süresince, müflisin iflâs dairesinin emirlerine uymaması suçu (İİK m. 337/2, 216); e) Mal beyanından sonra, mal kazancında meydana gelen artışı bildirmemek suçu (İİK m. 339).

**5-Tazyik hapsi:** Tazyik cezasını gerektiren suçlar şunlardır: a) Taahhüdü ihlal suçu (İİK m. 340); b) Çocuk tesliminden kaçınmak suçu (İİK m. 341); c) Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması

Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu'nda hapis cezalarının, TCK m. 5 gereği ve 5358 sayılı Kanun ile 352/b maddesi ile yürürlükten kaldırıldığı için, TCK m. 50 ve 51 hükümleri çerçevesinde para cezasına dönüştürülebilmeleri/dönüştürülmeleri veya ertelenmeleri elbette mümkündür<sup>60</sup>.

#### F-SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu ile mehzaz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) arasındaki temel farklardan birisi de, icra ve iflâs suçlarıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda mehzaz Kanundan farklı olarak, icra ve iflas suçları ayrıntılı ve kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu temel farklılık, iki ülke arasındaki toplumsal gerçeklerden kaynaklanmaktadır. Gerçekten ülkemizde kötü niyetli borçlularla mücadele konusunda daha etkin tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bununla birlikte icra ve iflâs suçları sadece bize özgü bir kurum değildir. Bu suçlar, bizdeki kadar ayrıntılı olmasa da, İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuklarında da bulunmaktadır. Bu suçların, bu ülkelerin Anayasalarına ve imza koydukları insan hakları sözleşmesine uygunluğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir.

Buna rağmen, ülkemizde, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile Anayasa'nın 38. maddesine "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü eklendikten sonra, bu suçların Anayasa'nın anılan bu hükmüne aykırı olup olmadığı tartışılmaya başlandı. Önce Yargıtay (İİK m. 340. maddesine göre, alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının ihlalinin cezalandırılması dışında), sonra Anayasa Mahkemesi icra ve iflâs suçlarının Anayasa'ya aykırı olmadığına haklı olarak karar verdiler. Ancak, bu arada, mahkemeler, icra ve iflâs suçlarına ilişkin ceza hükümlerini uygulamadıkları için, piyasalarda ciddi sıkıntılar yaşandı.

İcra ve iflâs suçlarında doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmemesi söz konusu değildir. Burada söz konusu olan, devletin hakkın yerine getirilmesi konusundaki ödevinin etkin bir şekilde sağlanmasıdır. Başka bir ifade ile, bu suçlarla korunmak istenen hukuki yarar, kanun hükmüne uymak suretiyle cebri icranın etkin bir şekilde yürütülerek kamu otoritesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali değil, kanundan doğan bir yükümlülüğün ihlali söz konusudur. İİK m. 340'a göre, alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının ihlalinde de doğrudan sözleşmeden doğan bir borç

---

vayahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilam hükümlerini muhalefet suçu (İİK m. 343); d) Nafaka borcunu ödememek suçu (İİK m. 344).

<sup>60</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes**, s. 523.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

taahhüdünün ihlali söz konusu değildir. Çünkü sonuçta burada da taksitle ödeme taahhüdü icra dairesi önünde yapılmaktadır ve bununla icra takibi durmaktadır. Bu nedenlerle, mal beyanında bulunmama, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, taksitle ödeme taahhüdünün ihlali ve icra - iflâs hukukuna ilişkin diğer cezaların Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatindeyim.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde, 756 sayılı Eski Ceza Kanunu'nun bu hükme karşılık gelen 10. maddesinin aksine, Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel kanunlardaki ceza içeren hükümler bakımından da geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden sonra, İcra ve İflâs Kanunu'nun icra ve iflas cezalarının paraya çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceğine ilişkin 352/b maddesinin zımnen yürürlükten kalktığı kabul edilmeye başlandı. Bunun sonucu olarak uygulamada bir kez daha icra ve iflas suçlarına ilişkin cezaların uygulanması konusunda ciddi sorunlar yaşanmaya başlandı. Çünkü kanun koyucu, ortaya çıkabilecek bu boşluğu ve bunun getireceği sorunları öngörememişti. Gecikmeli de olsa, önce 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı Kanunla Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna eklenen geçici madde ile sonra 5358 sayılı Kanun ile bu sorun giderildi.

Ancak, Kanun koyucunun bu tehlikeyi baştan öngörmemesi, bu konuda tedbir almaması eleştirilmesi gereken bir husustur. Belki de bu husus son yıllarda yapılan baş döndürücü! Kanun yapma çalışmalarından kaynaklanmıştır.

Son olarak, cebri icranın etkinliğinin sağlanması için, icra ve iflâs suçları Türk icra ve iflas hukuku uygulamasının bir gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun bundan sonra bu etkinliği zaafa uğratacak düzenlemelerden kaçınması, bu konu ile ilgili düzenlemelerde çok daha titiz davranması gerekir.

## BİBLİYOGRAFYA

**Akılhoğlu, T.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı" Kuralı, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 3 - 12.

**Amonn, K./Walther, F.**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Siebte überarbeitete und auf den Rechtsprechung gebrachte Auflage, Bern 2003.

**Angst, P./Jakusch, W./Mohr, F.**, Exekutionsordnung mit erläuternden Anmerkungen, Schrifttum und einer Übersicht über die Rechtsprechung, 14., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien 2004.

**Bozer, A.**, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 81-82.

**Brox, H./Walker, W-D.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2003.

**Çetiner, A.**, Anayasanın 38. maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra ve İflas Suçları bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi 2002/1, s.171-181.

**Çolak, H.**, İcra Suçları ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 53, 2005, s. 72-106.

**Feyzioğlu, M.**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması- Anayasa ve Caza Hukuku Açısından Bir İnceleme- AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 15 -35.

**Gökcan, H. T.**, Mühür Bozma, Yediemin Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Zarara Yol Açan Yediemin ile Haksız Tedbir Uygulatana Karşı Tazminat Davaları, Ankara 2001.

**Görgün, Ş.**, Hileli ve Taksirli İflâs (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1972/1, s. 433-451).

**Holzhammer, R.**, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Dritte neubearbeitete Auflage, Wien 1989.

**Jaeger, C./Walder, H.U./Kull, T.M./Kottmann, M.**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, 4. Auflage, Band I, II, Zürich 1997.

**Jauernig, O.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 20 Auflage, München 1996.

**Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 19 Bası, Ankara 2005.

**Kuru, B.**, İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, İstanbul 2004.

**Lebrecht, A.E.** Art.91 SchKG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin, A./Bauer, T./Steahelin, D., Basel/Genf/München, 1998.

**Muşul, T.**, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005.

**Muşul, T.**, İflâs Suçları, Taksiratlı ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998.

## İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

**Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin, M./Özekes, M.**, İcra ve İflâs Hukuku, 4949 ve 5092 sayılı Kanunlara ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerle Birlikte, 3. Bası, Ankara 2005.

**Schilken, E.**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, München 1992. (**MünchKommZPO-Schilken**)

**Smid, S.**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 3, München 1992. (**MünchKommZPO-Smid**)

**Stöber, K.**, in: Zöllner Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, Kommentar, Begründet von Richard Zöllner, 22. neubearbeitete Auflage, Köln 2001 (**Zöllner/Stöber-ZPO**).

**Özekes, M.**, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

**Özgenç, İ.**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005. (**Özgenç-şerh**).

**Özgenç, İ.**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar Ankara 2002.

**Umar, B.**, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

**Uyar, T.**, İcra ve İflâs Hukukundan Suç Sayılan Fiiller( İcra-İflâs Suçları), Manisa 1987.

**Üstündağ, S.**, İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2002.

**Yılmaz, E.**, İflâsın Kamu Hukuku Bakımından Sonuçları ve Müflisin Saygınlığını Yeniden Kazanması (T. Noterler Birliği Dergisi 1976/9, s. 53-56, 1976/10, s. 73-78).

**Yılmaz, E.**, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi’ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra ve İflâs Suçları, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, M.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 493-502.

**Yılmaz, E.**, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 71-73. (**Yılmaz-Panel**).

**Yıldırım, M. K.**, Hileli İflâs Suçları, İstanbul 2000.



## HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK STATÜSÜNÜN KAYBEDİLMESİ

ARŞ. GÖR. AYTEKİN ÇELİK\*

### ÖZET

*Bu çalışmanın konusu halka açık anonim ortaklık statüsünün kaybedilmesidir. Bir anonim ortaklığın kapalı veya halka açık olması anonim ortaklık, alacaklılar ve yatırımcılar başta olmak üzere pek çok kesim açısından önem taşır. Çalışmada sırasıyla halka açık anonim ortaklık statüsünün kaybedilmesi yolları, halka açık anonim ortaklık statüsünün kaybedilemeyeceği haller ve halka açık anonim ortaklık statüsünün kaybedilmesinin sonuçları incelenmiştir.*

***Anahtar Kelimeler :** Halka açık anonim ortaklık, Kapalı anonim ortaklık, sermaye piyasası, halka arz, hisse senedi*

### ABSTRACT

*The subject of this study is the lose of the statute of the publicly held corporation. Being the corporations publicly held has a crucial importance especially for the creditors, for the company itself, for the investors and for many sections. It has been mainly pointed out in this study that; the cases that cause the lose of the statute of the publicly held corporation, the cases that the statute of the publicly held corporation will never be lost, the conclusion of the lose of the publicly held corporation.*

***Keywords:** Publicly held corporation, Closed corporation, Capital market, Shares of stock, share*

### GİRİŞ

Anonim ortaklıklar, esas olarak bir ticaret ortaklığı olmalarının yanında, iktisadi hayatta diğer ticaret ortaklıklarından çok farklı fonksiyonları ifa etmektedir. Zira anonim ortaklıklar, halkın iktisadi kalkınmaya katılımının sağlanmasında bir araç olarak görülmektedir. Özellikle sermaye piyasası hukukundaki düzenlemeler incelendiğinde bu husus açıkça ortaya çıkmaktadır. Anonim ortaklıklardan beklenen bu fonksiyonun gerçekleştirilebilmesi için anonim ortaklıkların halka açık olmaları gerekir. Halka açık olmayan (kapalı) anonim ortaklıkların bu tür bir fonksiyonu yerine getirebilmeleri mümkün

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

değildir<sup>1</sup>. Zira kapalı anonim ortaklıkların, diğer ticaret ortaklıklarından farklı ekonomik ve sosyal fonksiyonları yerine getirebilecek bir yapısı mevcut değildir. Anonim ortaklıkların halka açılmaları, piyasalar ve yatırımcılar için olduğu kadar anonim ortaklıklar açısından da yararlıdır. Zira anonim ortaklıklar, halka açılarak kolay yoldan ve ucuz bir şekilde finansman ihtiyaçlarını karşılayabilmektedir<sup>2</sup>.

Anonim ortaklıklar, ticaret ortaklıklarının tip değiştirmelerine ilişkin hükümler çerçevesinde bir başka ticaret ortaklığına dönüşebilecekleri gibi kendi tipleri içerisinde sınıf da değiştirebilirler. Yani bir anonim ortaklık, kapalı anonim ortaklıktan HAAO'ya geçebileceği gibi HAAO'dan kapalı anonim ortaklığa da geçebilir. Ancak anonim ortaklıkların bu şekilde sınıf değiştirmeleri TTK m. 152 anlamında bir "tip değiştirme" değildir. Dolayısıyla anonim ortaklık tipi içerisindeki sınıf değiştirmelere TTK m. 152'nin kıyas yoluyla dahi uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira burada söz konusu olan bir tip değiştirme değil bir kanuni rejimden bir başka kanuni rejime geçmektir<sup>3</sup>.

Ticaret Kanunu'nda tip değiştirme belirli bir usule bağlanmasına rağmen sınıf değiştirme konusunda her hangi bir usul öngörülmemiştir. Bu durum, özellikle HAAO statüsünün çoğunluğun iradesi olmaksızın kazanılıp kazanılmayacağı konusunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur<sup>4</sup>.

Bir anonim ortaklığın kapalı veya halka açık olması anonim ortaklık, alacaklılar ve yatırımcılar başta olmak üzere pek çok kesim açısından önem taşır. Zira kapalı anonim ortaklıklara uygulanacak hükümlerle, HAAO'lara uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır. Kapalı anonim ortaklıklara Ticaret Kanunu hükümleri uygulanırken, HAAO'lara hem Sermaye Piyasası Kanunu

---

<sup>1</sup> *Arkan*, Sabih, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976, 2.

<sup>2</sup> *Arkan* 2; *Ünal*, O. Kürşat, Sermaye Piyasasında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999, 16; *Moroğlu*, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu, 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, 60.

<sup>3</sup> *Tekinalp*, Ünal, AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Tescilinin Hukuki Niteliği, BATİDER, Aralık 1993, C.19, Sa. 1, 30, 32. Burada bir tip değil sınıf değiştirme olduğu konusunda *Poroy*, Reha/*Tekinalp*, Ünal/*Çamoğlu*, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2003, 254.

<sup>4</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Karahan*, Sami, Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması, BATİDER, C.21, Sa. 2, 34 vd.; *Tekinalp* 32 vd.; *Teoman*, Ömer, Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arzlanmış Sayılması ve Çoğunluğun İradesi, BATİDER, Haziran 1994, C.17, Sa. 3, 283 vd.; *Ünal* 32 vd.

hem de gerektiğinde Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. HAAO'lar çok ortaklı bir yapıya sahip olmaları ve ekonomik açıdan ortaya koydukları büyük önemlerinden dolayı farklı bir düzenlemeye ihtiyaç göstermektedir. HAAO'larda işletmeci pay sahibi-yatırımcı pay sahibi ayırımında<sup>5</sup>, yatırımcı pay sahibinin ön plana çıkmasından dolayı, bu ortaklıklarda öncelikle yatırımcıların korunması amaç edinilmiştir. Nitekim Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat incelendiğinde, asıl amacın yatırımcıların korunması olduğu görülmektedir<sup>6</sup>. Bu nedenle anonim ortaklığın Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuata tâbi olması yatırımcılar açısından yararlıdır. Aynı şey alacaklılar açısından da söz konusudur. Zira HAAO'lar üzerinde ciddi bir denetimin söz konusu olması<sup>7</sup> alacaklılar açısından da yararlıdır. Buna karşılık halka açık olma, ortaklıklar açısından düşünüldüğünde çok avantajlı değildir. Zira halka açılmayla birlikte anonim ortaklık, Ticaret Kanunu hükümlerinin yanında Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatla getirilen hukuki düzenlemelere de uygun hareket etmek zorunda kalmaktadır. Bu nedenle yatırımcılar ve alacaklıların anonim ortaklığın halka açık olmasını arzu edeceği, buna karşılık anonim ortaklıkların halka açık olma konusunda istekli olmayacakları ileri sürülmektedir<sup>8</sup>.

Türk Hukukunda HAAO'lar ile ilgili düzenlemeler 1962 yılında gündeme gelmiştir. 1962 yılından 1981 yılına kadar sermaye piyasasına ilişkin çeşitli kanun tasarıları hazırlanmıştır. Ancak bu tasarılar kanunlaşmamıştır. Aynı süre içerisinde çeşitli kuruluşlar tarafından toplantı, seminer ve açık oturumlar düzenlenmiştir. Nihayetinde bu çabalar 1981 yılında 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Bu ayırım konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Ünal*, O.Kürşat, Türk Hukukunda Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramı, Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.2, Sa. 1, Mart 1998, 7, 8; *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu) 474.

<sup>6</sup> Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatla yatırımcıların haklarını koruyan pek çok düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemelerden bazıları; bağımsız denetim yükümlülüğü, yatırımcıları koruma fonu, kamunun aydınlatılmasına ilişkin düzenlemeler şeklinde ifade edilebilir.

<sup>7</sup> HAAO'lar üzerinde ortaklık içerisinde gerçekleştirilen iç denetimin dışında SPK ve bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılan dış denetim de söz konusu olmaktadır.

<sup>8</sup> *Karahan* 28.

<sup>9</sup> *Aytaç*, Zühtü, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, 11 vd.; *Arkan*, Sabih, Yüzden Fazla Ortağı Bulunan Anonim Ortaklığın Sermaye Piyasası Kanunu Karşısındaki Durumu, Ankara Barosu Dergisi, Y.1982, Sa. 3, 367; *Ünal* (2) 10; *Domanıç*, Hayri, Halk Sermayesinin Anonim Şirketlere

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

HAAO kavramı, Türk Hukukunda ilk defa 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kanunî bir kavram olarak düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Sermaye Piyasası Kanunu'nun ilk halindeki "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddede HAAO'nun tanımına yer verilmediği gibi diğer maddelerde de HAAO kavramından bahsedilmemiştir. HAAO kavramı, Sermaye Piyasası Kanunu'na 29.04.1992 tarihli 3794 Sayılı Kanun<sup>11</sup>'la girmiştir. Söz konusu kanununun 3. maddesinde HAAO kavramı tanımlanmış ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun III. Bölümünün başlığı "İhraççılar ve Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Hükümler" olarak değiştirilmiştir. Bu kanunda ayrıca HAAO kavramı ile yakından ilgili olan halka arz ve ihraççı kavramlarına da yer verilmiştir. İhraççı "Anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir" (SerPK m. 3/h). İhraç ise "sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışidir" (SerPK m. 3/c). Bu iki kavram birlikte değerlendirildiğinde ihraççı kavramının her türlü sermaye piyasası aracı ihraç edenleri dolayısıyla HAAO'ları da kapsayan bir üst kavram olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>12</sup>.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda HAAO'nun tanımı yapılmamış sadece hangi ortaklıkların halka açık olacağı açıklanmıştır<sup>13</sup>. Bir anonim ortaklığın halka açık anonim ortaklık statüsünü kazanması için hisse senetlerinin<sup>14</sup> halka

---

Katılmasını Sağlayacak Bazı Tedbirler, Reha POROY'a Armağan, İstanbul 1995, 118.

<sup>10</sup> Ünal 21; Ünal (2) 11, 19.

<sup>11</sup> Bu kanun 13.05.1992 tarih ve 21227 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>12</sup> Ünal 21, 33; Ünal (2) 11, 24.

<sup>13</sup> HAAO'nun tanımı 1. ve 2. Sermaye Piyasası Kanunu tasarılarında yer almıştır. Arkan bu tasarılarından yola çıkarak HAAO'yu "paylarını halka arz etmek üzere bu kanuna (Sermaye Piyasası Kanunu) göre kurulmuş anonim ortaklıklarla, Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş olup, paylarını halka arz etmek isteyen ve bunun için de kanunun gereklerini yerine getirmek zorunda olan anonim ortaklıklar" şeklinde tanımlamaktadır (Arkan 16).

<sup>14</sup> HAAO statüsünün kazanılması açısından halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının hisse senedi olması gerekir. Hisse senedi dışında kalan sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmesi HAAO statüsünün kazanılması sonucunu doğurmaz (Tanör Reha, Türk Sermaye Piyasası, C.2, İstanbul 2000, 184; Ünal 33, 34; Ünal (2) 19).

arz<sup>15</sup> edilmesi veya arz edilmiş sayılması gerekir. Halka arz anonim ortaklıklar tarafından bizzat yapılabileceği gibi aracı kuruluşlar vasıtasıyla da yapılabilir. SerPK m. 3/c’de belirtilen şekilde hisse senetlerinin halka arz edilmesi anonim ortaklığın HAAO statüsünü kazanması sonucunu doğurur. Hisse senetlerinin kimin tarafından halka arz edildiği hususu, anonim ortaklığın HAAO statüsünü kazanması açısından önemli değildir<sup>16</sup>. Halka arz, ister anonim ortaklık tarafından yapılmış olsun isterse pay sahipleri tarafından yapılmış olsun anonim ortaklık, HAAO statüsünü kazanır (Seri: I No: 26 sayılı Tebliğ<sup>17</sup> m. 5). Bu açıdan halka arz sonucunda ulaşılan ortak sayısının da herhangi bir önemi yoktur. Yani ortak sayısı halka arz sonucunda 250’yi geçse de geçmese de HAAO statüsü kazanılır<sup>18</sup>. Zira HAAO statüsünün kazanılmasında temel ölçü ortak sayısı değil, hisse senetlerinin halka arz edilmesidir<sup>19</sup>.

HAAO statüsünün kazanılması açısından hisse senetlerinin halka arz edilmesinin dışında farazi bir ölçü de kabul edilmiştir. Buna göre hisse senetleri fiilen halka arz edilmemekle beraber halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar da HAAO statüsünü kazanırlar. Hisse senetlerinin hangi halde halka arz edilmiş sayılacağı SerPK m. 11/II’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “Pay sahibi sayısı 250<sup>20</sup>’yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz

<sup>15</sup> Halka arzın tanımı SerPK m. 3/c’de yapılmıştır. Buna göre halka arz; “*Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder*”.

<sup>16</sup> **Arkan** (2) 369.

<sup>17</sup> “Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği”. Bu tebliğ, 15.11.1998 tarih ve 23524 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde bu tebliğ, I/26 şeklinde ifade edilecektir.

<sup>18</sup> **Karahan** 32.

<sup>19</sup> **Ünal** 36; **Karahan** 32; **Arkan** 17; **Ünal** (2) 11, 19, 20. Hatta hisse senetleri, mevzuattaki hükümlerine aykırı bir şekilde halka arz edilse bile (izinsiz halka arz) anonim ortaklık HAAO statüsünü kazanır (**Karahan** 42,45; **Ünal** 36). Ancak bu durum izinsiz halka arzdan kaynaklanan cezai ve idari sorumluluğu ortadan kaldırmaz (**Karahan** 43, 45). Hisse senetlerinin bağlı nama yazılı olması durumunda ne izinli ne de izinsiz halka arz söz konusu olabilir (**Karahan** 44).

<sup>20</sup> Sermaye Piyasası Kanunu’nun ilk şeklinde bu sayı 100, birinci Sermaye Piyasası Kanunu tasarısında 500, ikinci Sermaye Piyasası Kanunu tasarısında

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar”<sup>21</sup>. Ortak sayısının 250’yi geçmesi kendiliğinden (de facto) HAAO statüsünü kazandırır<sup>22</sup>. Burada gerçek anlamda (fiili olarak) bir halka arz söz konusu olmamakla birlikte ortak sayısının 250’yi geçmesi, halka arzla amaçlanan sonuca ulaşıldığı yönünde aksi ispatlanamayan bir karine olarak kabul edilmektedir. Anonim ortaklıkların ortak sayıları HAAO statüsünün kazanılmasında etkili olduğu kadar bu statünün kaybedilmesinde de etkilidir<sup>23</sup>.

HAAO statüsü, hisse senetlerinin halka arzı veya arz edilmiş sayılmasıyla kendiliğinden kazanılır. HAAO’nun SPK kaydına geçmesi kurucu değil açıklayıcı bir nitelik taşır. Anonim ortaklık bu şartları gerçekleştirdiği tarihten itibaren (geriye etkili olarak) HAAO statüsünü kazanmış sayılır<sup>24</sup>.

### I- HAAO STATÜSÜNÜN KAYBEDİLMESİ YOLLARI

HAAO statüsünün kazanılması şartları Sermaye Piyasası Kanunu’nda düzenlenmiştir. Ancak bu statünün kaybedilmesine ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu’nda her hangi bir hüküm yoktur. Bu husus, SPK tarafından çıkartılan tebliğlerle düzenlenmiştir.

HAAO statüsünün kazanılması için gerekli olan şartların ortadan kalkması, aynı zamanda HAAO statüsünün kaybedilmesine sebep olur. Ancak bu şartların ortadan kalkmasının dışında da HAAO statüsünün kaybına sebep olan bir takım hususlar kabul edilmiştir.

HAAO statüsünün kazanılabilmesi için hisse senetlerinin halka arz edilmesi veya halka arz edilmiş sayılması gerekir (SerPK m. 3/g). Bu şartlardan hisse senetlerinin halka arz edilmiş olması şartının ortadan kalkması mümkün değildir. Zira bu şart, hisse senetlerinin halka arz edilmesiyle gerçekleşmekte, bunun geriye dönüşü hiçbir şekilde mümkün olmamaktadır. Halka arz

---

ise 50’dir ( *Arkan* 17). 2005 yılında kamuya açıklanan Sermaye Piyasası Kanunu Tasarı’sında bu sayı 500 olarak düzenlenmiştir (Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı m. 12).

<sup>21</sup> Ortak sayısı kıstasına göre bir anonim şirketin halka açık sayılmasını esas alan SerPK sisteminin modern anlayışla bağdaşmadığı ileri sürülmektedir (TTK Tasarısı Genel Gerekçesi No 117).

<sup>22</sup> *Teoman* 290; *Pulaşlı*, Hasan, Şirketler Hukuku, Adana 2003, 220; *Karahan* 53, 61; *Günel*, Vural, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 1986, 28. Aksi yönde *Tekinalp* 32, 33.

<sup>23</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II.1.

<sup>24</sup> Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti SPK tarafından yapılır. İhtilaf halinde SPK kararları aleyhine yargı yoluna başvurulabilir *Poroy* (Tekinalp/Çamoğlu) 254.

neticesinde hisse senetlerine halk tarafından bir talep olmasa bile bu hisse senetlerinin alınması kurucular, ortaklar veya aracı kuruluşlar tarafından taahhüt edilmiş olduğundan halka arz, halk tarafından rağbet görmemiş olsa bile gerçekleşir. Bu açıdan halka arz sonucunda ortak sayısının 250'yi geçip geçmemesi de bir önem taşımaz. Zira HAAO statüsünün kazanılmasında temel ölçü "hisse senetlerinin halka arzı" dır<sup>25</sup>.

Buna karşılık "hisse senetlerinin halka arz edilmiş sayılması" şartının ortadan kalkması mümkündür. Hisse senetlerinin halka arz edilmiş sayılmasında, anonim ortaklığa halka açıklık statüsünü kazandıran şey, hisse senetlerinin halka arzı değil, ortak sayısının kanun tarafından öngörülen miktarı geçmesidir. Kanun koyucu ortak sayısının belirli bir miktarı aşmasıyla halka arzla amaçlanan sonucun gerçekleştiğini varsaymaktadır<sup>26</sup>. Bu nedenle ortak sayısının kanun tarafından öngörülen miktarın aşağısına düşmesi halinde ortaya konulan bu varsayımın bir dayanağı kalmamaktadır. Dolayısıyla nasıl ki ortak sayısının belirli bir miktarı aşması, anonim ortaklığa halka açıklık statüsünü kazandırıyor, ortak sayısının belirli bir miktarın aşağısına düşmesi de bu statünün kaybedilmesine yol açabilecektir.

### **1- Ortak Sayısının 200'ün Altına Düşmesi ve Ortak Sayısının Tespiti**

#### **A- Ortak Sayısının 200'ün Altına Düşmesi**

Ortak sayısının kanunda belirtilen sayının altına düşmesi halinde bu durumdan HAAO statüsünün ne şekilde etkileneceği Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmemiştir. SerPK m. 11/IV'de ihraççıların Sermaye Piyasası Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülüklerinden muafiyet şartları düzenlenmiştir. Burada belirtilen şartlar arasında ortak sayısının belirli bir miktarın altına düşmüş olmasıyla ilgili bir husus yoktur. Ancak söz konusu hükmün son cümlesinde "Bu muafiyet şartları, ihraççıların Kurul kaydından çıkma veya çıkarılma esasları ile halka arz işlemlerinden kısmen muafiyet şartları tebliğlerle belirlenir" denilerek muafiyet şartlarının tebliğlerle düzenleneceği belirtilmiştir. SPK'da kanunun bu hükmüne istinaden konuyu Seri: IV No: 9 sayılı "İhraççıların Muafiyet Şartlarına ve Kurul Kaydından Çıkarılmalarına İlişkin Esaslar Tebliği<sup>27</sup>"nde düzenlemiştir.

<sup>25</sup> *Arkan* 17; *Karahan* 32; *Ünal* 36.

<sup>26</sup> *Karahan* 50.

<sup>27</sup> 27.12.1994 tarih ve 22154 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu tebliğ, bugüne kadar pek çok değişikliğe uğramıştır. Tebliğdeki son değişiklik 07.07.2004 tarih ve 25515 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Seri:IV No: 33

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

IV/9 sayılı tebliğde HAAO'lardan başvuru tarihinden itibaren geçmiş iki yıl içerisinde ortak sayısının 200'ün altında olduğunu mahkeme kararı ile tespit ettirenlerin talep üzerine SPK kaydından çıkabilecekleri düzenlenmiştir (m. 5/I).

HAAO statüsünün kazanılmasında temel ölçü, hisse senetlerinin halka arzı olmakla beraber, ortak sayısının belirli bir miktarı aşması halinde de HAAO statüsü kazanılabilir. Burada gerçek anlamda bir halka arz söz konusu olmamasına rağmen hisse senetleri halka arz edilmiş varsayılmaktadır. Farazi ölçü olarak ifade edilen bu durumun gerçekleşebilmesi için ortak sayısının 250'yi geçmesi gerekir<sup>28</sup>.

HAAO'ların ayrıcı unsurlarından birisi de ortaklarının çok sayıda olmasıdır<sup>29</sup>. Kanun koyucu da bu düşünceden yola çıkarak ortak sayısı belirli bir miktardan fazla olan anonim ortaklıkların kapalı anonim ortaklık olarak kalmalarına izin vermemektedir. Ortak sayısının çokluğu HAAO statüsünü de beraberinde getirmektedir. Yani ortak sayısının çokluğu, bazen HAAO statüsünün kazanılmasının sebebi bazen ise sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ortak sayısının belirli bir miktarı aşması, anonim ortaklığa HAAO statüsünü kazandırırken (SerPK m. 11/I) ortak sayısının belirli bir miktarın altına düşmesi HAAO statüsünün kaybedilmesine sebep olur (IV/9 m. 5/I). Ancak HAAO statüsünün kazanılabilmesi için gerekli olan ortak sayısı ile, HAAO statüsünün kaybedilmesi için gerekli olan ortak sayısı farklı şekilde düzenlenmiştir. HAAO statüsünün kazanılabilmesi için ortak sayısının 250'yi aşması gerekirken (SerPK m. 11/I), HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için ortak sayısının 200'ün altına düşmesi gerekir (IV/9 m. 5/I)<sup>30</sup>.

HAAO statüsünün kazanılması ile kaybedilmesi için aranan ortak sayıları arasında farklılık yaratılması kanaatimizce isabetlidir. Bu şekilde ortak sayılarındaki küçük değişikliklerin, HAAO statüsünü olumsuz yönde

---

sayılı tebliğ ile yapılmıştır. Seri: IV No: 9 sayılı bu tebliğ, çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde IV/9 şeklinde ifade edilecektir.

<sup>28</sup> Sermaye Piyasası Kanunu değişiklik tasarısında, kapalı anonim ortaklıklara HAAO'ların iştiraki halinde de halka arzın gerçekleşmiş sayılacağı teklif edilmektedir (*Ünal* 35).

<sup>29</sup> *Arkan* 17; *Ünal* 35.

<sup>30</sup> HAAO statüsünün kazanılması için gerekli olan ortak sayısı ile kaybedilmesi için gerekli olan ortak sayısı arasındaki bu farklılık doktrinde eleştirilmektedir. *Karahan*, HAAO statüsünün kazanılabilmesi için kanunda düzenlenen ortak sayısının (250'nin) (farklı bir sayının değil) altına düşülmesi halinde HAAO statüsünün kaybedilmesi gerektiği görüşündedir (*Karahan* 58).



etkilememesi amaçlanmaktadır. Aksi takdirde ortak sayısının mesela 248'e düşmesi ve bunun devamlılık arz etmesi halinde HAAO statüsü kaybedilecek, ortak sayısının bir müddet sonra 250'yi geçmesi üzerine HAAO statüsü tekrar kazanılacaktır. Bu durumda bazı yazarlarca ileri sürülen aynı yıl içinde HAAO statüsünün kazanılıp, kaybedilmesi durumu belki söz konusu olmayacak ancak aynı yıl olmasa bile kısa bir süre içerisinde ortak sayısındaki küçük değişiklikler neticesinde statü değişikliği ile sıkça karşılaşılabilir. HAAO statüsünün kaybında 250 yerine 200 sayısının esas alınması en azından bu şekilde gerçekleşecek statü değişikliklerini, 50 ortağa kadar gerçekleşecek ortak sayısı azalmalarında engelleyecektir.

Ortak sayısının tebliğde belirtilen miktarın altına düşmesi tek başına HAAO statüsünün kaybedilmesine sebep olmaz. Ayrıca ortak sayısındaki bu azalmanın iki yıl boyunca devam etmesi gerekir. Devamlılık, IV/9 sayılı tebliğin 5. maddesinin IV/26 sayılı tebliğ ile değiştirilmeden önceki halinde "HAAO'lardan, başvuru tarihinden itibaren geçmiş iki yıl içerisinde veya iki olağan genel kurulda devamlı olarak ortak sayısının 175 (200)'in altında olduğunu...çıkarılabilirler" şeklinde açıkça belirtilmiştir. Maddenin değişiklikten sonraki halinde ise bu durum "başvuru tarihinden itibaren geçmiş iki yıl içerisinde ortak sayısının 200'ün altında olduğunu ....çıkarılabilirler" şeklinde ifade edilmiştir. Madde de açıkça bir devamlılığın aranmaması günü birlik devirlerle HAAO statüsünün kaybedilebileceği anlamına gelmez. Madde metninde açıkça belirtilmemesine rağmen HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için ortak sayısındaki azalmanın iki yıl boyunca devamlılık göstermesi gerekir. Ayrıca ortak sayısındaki bu azalma, IV/9 m. 5/I'de belirtilen belgelere dayanarak mahkeme kararıyla tespit ettirilmelidir.

Ortak sayısının 200'ün altına düşmesi sebebiyle HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için hisse senetlerinin halka arz edilmemiş olması gerekir<sup>31</sup>. Yani HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için bu statünün "hisse senetlerini halka arz ederek" kazanılmamış olması veya bu statü kazanıldıktan sonra hisse senetlerini halka arz edilmemiş olması gerekir. Zira hisse senetlerini halka arz eden ortaklıklar açısından ortak sayısı, ne HAAO statüsünün kazanılmasında ne de kaybedilmesinde etkili olmaz. Bu nedenle hisse senetlerini halka arz ederek HAAO statüsünü kazanan bir anonim ortaklığın, ortak sayısı 200'ün altında olsa bile HAAO statüsünü kaybedebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde ortak sayısı 250'yi geçtiği için HAAO statüsünü kazanan bir anonim ortaklık, daha sonra hisse senetlerini halka arz etmişse ortak sayısı 200'ün altına düşse bile HAAO statüsünü kaybedemez. Hisse senetlerinin halka arz edilmesi halinde artık hisse senetleri halka arz edilmiş sayılan bir ortaklık değil hisse senetlerini halka arz etmiş bir ortaklık söz konusu olur. Hisse senetlerini halka arz eden

<sup>31</sup> *Ünal* 37; *Ünal* (2) 21.

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

anonim ortaklıklar açısından ise ortak sayısının HAAO statüsünün kazanılmasında ve kaybedilmesinde her hangi bir önemi yoktur<sup>32</sup>.

Ortak sayısı ölçü alınarak HAAO statüsünün kazanılmasıyla, kaybedilmesi arasında önemli farklılıklar vardır. Zira ortak sayısının 250'yi geçmesiyle HAAO statüsü kendiliğinden (de facto) kazanılırken<sup>33</sup>; ortak sayısının 200'ün altına düşmesi halinde HAAO statüsü kendiliğinden kaybedilmemektedir. Ortak sayısının 200'ün altına düşmesi sebebiyle HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için öncelikle durumun IV/9 m. 5/I'de belirtilen belgelere dayanarak mahkeme kararıyla tespit ettirilmesi<sup>34</sup> ardından da SPK'dan talepte bulunulması gerekir (IV/9 m. 5/I).

Ortak sayısının 200'ün altına düşmesinden dolayı HAAO statüsü kaybedildikten sonra ortak sayısı 250'yi tekrar geçerse anonim ortaklık<sup>35</sup>, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde SPK'ya bildirimde bulunmak zorundadır (IV/9 m. 5/III).

### B- Ortak Sayısının Tespiti

Anonim ortaklıkların sahip oldukları ortak sayısı, hem HAAO statüsünün kazanılmasında hem de kaybedilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle anonim ortaklıkların ortak sayısının gerçek durumunun tespit edilmesi oldukça önemlidir. Ancak Sermaye Piyasası

---

<sup>32</sup> *Ünal* 37; *Ünal* (2) 21.

<sup>33</sup> *Teoman* 290; *Pulaşlı* 220; *Karahan* 53, 61; *Günel* 28. Aksi yönde *Tekinalp* 32, 33.

<sup>34</sup> Bu karar bir delil tespiti şeklinde olabileceği gibi bir dava şeklinde de olabilir. Uygulamada genellikle bu kararın bir delil tespiti niteliğinde olduğu ve SPK'nın bu tespitleri kabul ettiği görülmektedir (*Poroy* (Tekinalp/ Çamoğlu) 255. *Poroy*, tebliğ ile bir mahkemeye görev verilmeyeceğini bu nedenle kararın bir dava şeklinde de olabileceğinin kabulü halinde IV/9 m. 5 hükmünün, ancak mahkeme tarafından görevinin bir kanun ile ilişkilendirilmesi ve hukuki menfaat bulunması halinde anlam kazanacağını ileri sürmektedir. Yazar ayrıca IV/9 m. 5'de belirtilen belgeleri emredici olarak görmemektedir. Ortak sayısının 250'nin altına düştüğünün mahkeme tarafından tespiti dava şeklinde talep edilirse, bu dava çekişmesiz yargıya tâbi olmalıdır. Mahkemenin ortak sayısının tespitine ilişkin verdiği karar, nihai bir karar olduğundan temyiz edilebilir (*Poroy* (Tekinalp/ Çamoğlu) 255).

<sup>35</sup> Bildirim yükümlüğü sadece anonim ortaklık için söz konusu değildir. Anonim ortaklık dışında bankalar, aracı kuruluşlar, hükümet komiserleri ve iş ve işlemleri dolayısıyla ortak sayısının 250'yi geçtiğini tespit eden diğer resmi görevlilerde durumu öğrendikleri tarihten itibaren 30 gün içerisinde SPK'ya bildirimde bulunmak zorundadır (I/26 m. 32).

Kanunu'nda ortak sayısının tespitine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Anonim ortaklıkların ortak sayılarının nasıl tespit edileceği SPK tarafından çıkarılan tebliğlerde düzenlenmiştir.

Anonim ortaklıkların ortak sayıları konusunda çeşitli usulsüzlüklerin yapılabilmesi mümkündür. Mesela anonim ortaklık, HAAO statüsünü kazanmak istediğinde saman adamlar sayesinde Sermaye Piyasası Kanunu'nda öngörülen ortak sayısını aşabilir, HAAO statüsünü kaybetmek istediğinde ise payların tek elde toplanmasını sağlayarak ortak sayısını tebliğde belirtilen miktarın altına düşürebilir. Bu usulsüzlüklerin HAAO statüsünün kazanılmasında ve kaybedilmesinde etkili olmaması için ortak sayısının tespitinin sıkı şartlara bağlanması gerekir. Bu nedenle hem HAAO statüsünün kazanılmasında<sup>36</sup> hem de kaybedilmesinde<sup>37</sup> ortak sayısının hangi esaslar çerçevesinde tespit edileceği tebliğlerde düzenlenmiştir.

Bir anonim ortaklığın ortak sayısının 250'yi geçip geçmediği I / 26 m. 32'ye göre şu şekilde belirlenir:

“Ortaklıklar, ortak kayıt defteri, genel kurul katılanlar cetveli, kâr payı dağıtımına dair muhasebe kayıt ve belgeleri, kuruluş ve sermaye artırımında başvuran ortaklara ilişkin kayıt ve belgelerle ve ortaklığın ortaklarla ilişkilerine ait diğer işlemler sırasında herhangi bir şekilde ortak sayılarının 250'den fazla olduğunu belirleyebilirler.

Ortaklık denetçileri, ortaklığın ortak sayısının 250'den fazla olduğunu tespit ettiklerinde durumu Kurula iletilmek üzere ortaklık yönetim kuruluna yazı ile bildirmek zorundadırlar.

TTK gereğince anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarına katılan komiserler, Kanuna tabi olduğu halde Kurula kayıtlı olduğunu belgeleyemeyen ortaklıkları, katılanlar listesinden ya da diğer şekillerde öğrendiklerinde, durumu, ispatlayıcı belgeleriyle Bakanlıkları kanalıyla Kurula bildirmekle yükümlüdürler.

Diğer resmi görevlilerle banka ve aracı kurumlar iş ve işlemleri dolayısıyla ortak sayısının 250'yi aştığını öğrendiklerinde, Kurula kayıtlı olduğunu belgeleyemeyen bu tür ortaklıkları ispatlayıcı belgeleri de ekleyerek 30 gün içinde yazıyla Kurula bildirmekle yükümlüdürler.”

Buna karşılık ortak sayısının 200'ün altında olup olmadığının tespiti ise IV/9 m. 5/I'de;

“Halka açık anonim ortaklıklardan, başvuru tarihinden itibaren geçmiş iki yıl içerisinde ortak sayısının 200 ün altında olduğunu; pay sahipleri defteri,

<sup>36</sup> I/ 26 sayılı tebliğ m. 32/II.

<sup>37</sup> IV/9 sayılı tebliğ m. 5/I.

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

genel kurul katılanlar cetveli, kar dağıtımına ilişkin muhasebe kayıt ve belgeler, kuruluş ve sermaye artırımına ait kayıt ve belgeler ile benzeri belge ve işlemlere dayanarak, mahkeme kararı ile tespit ettiren halka açık anonim ortaklıklar, talep üzerine Kurul kaydından çıkarılabilirler“ şeklinde düzenlenmiştir.

HAAO statüsünün kazanılması ve kaybedilmesinde ortak sayısının tespiti yukarıda görüldüğü gibi farklı şekilde düzenlenmiştir. En önemli farklılık ortak sayısının 200'ün altına düştüğünün tespitinin “ mahkeme kararı<sup>38</sup> “ ile yapılacak olmasıdır. Ortak sayısının 250'yi geçtiği ise anonim ortaklıklar, hükümet komiserleri (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı kanalıyla) ve diğer resmi görevlilerle bankalar ve aracı kuruluşlar tarafından yazılı olarak, ispatlayıcı belgelerle birlikte SPK'ya bildirilmek zorundadır. Bunun için ortak sayısının 250'yi geçtiğinin mahkeme kararıyla tespitine gerek olmadığı gibi HAAO'nun bu konuda bir iradesinin de olmasına gerek yoktur. SPK, anonim ortaklıkların Kurul kaydına alınmasında başka bir ifadeyle HAAO statüsünü kazanmalarında daha esnek davranmaktadır. Oysa anonim ortaklıkların HAAO statüsünü kaybetmelerinde ortak sayısının 200'ün altına düştüğünün IV/9 m. 5/I'de belirtilen belgelere dayanarak mahkeme kararıyla tespit edilmesi ayrıca HAAO tarafından talepte bulunulması gerekmektedir. Yani anonim ortaklıkların ortak sayısı kıstasına göre HAAO statüsünü kazanmaları, kaybetmelerine göre daha kolay gerçekleşmektedir.

Bir HAAO'nun ortak sayısının azalmasını gerekçe göstererek halka açıklık statüsünü kaybedebilmesi için her şeyden önce böyle bir talepte bulunduğu tarihten itibaren geçmiş iki yıl boyunca devamlı olarak ortak sayısının 200'ün altına düşmesi ve bu durumun mahkeme kararıyla tespit ettirilmesi gerekir. Dolayısıyla öncelikli olarak HAAO tarafından ortak sayısının 200'ün altına düştüğünün belirlenmesi amacıyla bir tespit davasının açılması veya delil tespitinin yaptırılması gerekir. HAAO, delil tespitinde veya tespit davasında ortak sayısının 200'ün altında olduğunu;

- a- pay sahipleri defteri
- b- genel kurul katılanlar cetveli
- c- kâr dağıtımına ilişkin muhasebe kayıt ve belgeleri

d- kuruluş ve sermaye artırımına ait kayıt ve belgeler ile benzer belge ve işlemlere dayanarak ispatlayabilir (IV/9 m. 5/I). Tebliğde belirtilen bu belgeler tahdidi değildir. Bu durum tebliğde “... ve benzeri belge ve işlemlere dayanarak...” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla HAAO, IV/9 m. 5/I'de sayılan belge ve işlemler ile bunlara benzer belge ve işlemlere dayanarak ortak sayısının 200'ün altına düştüğünü ispatlayabilir.

---

<sup>38</sup> Mahkeme kararının niteliği konusundaki tartışma için bkz. dn. 34.

Doktrinde hamiline yazılı hisse senetleri sahiplerinin genel kurulda oy haklarını düzenleyen TTK m. 360/III ile genel kurul toplantılarına davetin şeklini düzenleyen TTK m. 368'de belirtilen usullerden de ortak sayısının tespitinde yararlanılabileceği ileri sürülmektedir<sup>39</sup>. Bunun dışında belirli teşviklerden yararlanmanın ortak sayısının 200'den fazla olması şartına bağlı olduğu durumlarda HAAO'nun bu teşviklerden yararlanmaya devam ettiği hallerde ortak sayısının 200'den fazla olduğu karine olarak kabul edilebilir<sup>40</sup>. Ancak HAAO'nun açacağı tespit davasında veya delil tespitinde IV/9 m. 5/I'de belirtilen belgelerle bunun aksini ispatlayabileceği kabul edilmelidir. Zira ortak sayısı 200'ün altında olmasına rağmen HAAO hala bu teşviklerden yararlanıyorsa bunun yaptırımı HAAO statüsünün devamı değil, çeşitli idarî veya cezaî müeyyideler olmalıdır.

Ortak sayısının tespiti açısından hisse senetlerinin nama veya hamiline yazılı olmaları arasında önemli farklılıklar vardır. Hisse senetlerinin nama yazılı olması durumunda ortak sayısının tespiti kolaydır. Zira TTK m. 417/IV'e göre hisse senetlerinin devrinin ortaklığa karşı geçerli olabilmesi için pay defterine kayıt zorunlu olduğundan ortak sayısı pay defterine bakılarak tespit edilebilir. Hisse senetlerinin hamiline yazılı olması durumunda ise böyle bir imkan söz konusu olmadığından ortak sayısı, genel kurula katılanlar cetvelinden tespit edilir. Ancak hamiline yazılı hisse senetleri sahiplerinin genel kurul toplantısına katılmamaları halinde ortak sayısının tespiti güçlük arz eder<sup>41</sup>.

Bir hisse senedine birden fazla kişinin malik olması halinde TTK m. 400/I'de ki<sup>42</sup> düzenlemeye paralel olarak ortak sayısının tespitinde bunları tek kişi olarak kabul etmek gerekir. Aynı şekilde inançlı işlemlerin söz konusu olması durumunda hisse senetlerini inançlı bir şekilde devralanlar ortak sayısının tespitinde dikkate alınmamalıdır<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> *Arkan* (2) 370.

<sup>40</sup> *Günel* 55.

<sup>41</sup> *Karahan* 59.

<sup>42</sup> TTK m. 400/I'de ki düzenleme şu şekildedir: "*Hisse senedi şirkete karşı bölünemez. Bir hisse senedinin birden fazla sahibi bulunduğu takdirde bunlar, şirkete karşı haklarını ancak müşterek bir mümessil vasıtasıyla kullanabilirler. Müşterek bir mümessil tayin etmedikleri takdirde şirketçe bunlardan birisine yapılacak tebliğ hepsi hakkında muteber olur.*"

<sup>43</sup> *Ünal* 38.

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

### **2- HAAO'nun Aktif Toplamının SPK'nın Belirlediği Miktarın Altında Kalması**

HAAO statüsünün kaybedilmesi yollarından biri de, HAAO'ların geçmiş iki yıllık mali tablolarının aktif toplamının devamlı olarak SPK'nın belirlediği miktardan<sup>44</sup> az olmasıdır (SerPK m. 11/IV, IV/9 m. 5/II). Bu şekilde hisse senetleri halka arz edilen veya ortak sayıları 250'yi geçtiği için hisse senetleri halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkların varlıksal değerlerinin küçüklüğünden dolayı HAAO statüsünü kaybedebilecekleri kabul edilmiştir<sup>45</sup>. Geçmiş iki yıllık mali tabloların aktif toplamının SPK'nın belirlediği miktardan az olması durumunun da ortak sayısının 200'ün altına düşmesinde olduğu gibi iki yıl devam etmesi gerekir.

HAAO'nun aktif toplamının esas alınacağı mali tabloların SPK tarafından belirlenmiş standartlara uygun olarak hazırlanmış olması gerekir. Bunun dışında aktif toplamın SPK'nın belirlediği miktardan az olduğu HAAO tarafından değil yeminli mali müşavir raporu ile tespit ettirilecektir. Burada aktif toplamın belirlenen miktardan az olduğu sadece HAAO'ya ait mali tablolar esas alınarak tespit edilebilir. HAAO'nun başka bir takım belge ve işlemlere dayanarak aktif toplamının geçmiş iki yılda devamlı olarak belirlenen miktarın altında kaldığını ispatlayabilmesi mümkün değildir. SPK, ortak sayısının 200'ün altına düşmesi nedeniyle HAAO statüsünün kaybında olduğu gibi burada da ispat konusunda sıkı şartlar ortaya koymuştur. Ancak burada mahkeme kararı aranmamıştır.

HAAO'nun geçmiş iki yıllık aktif toplamının devamlı olarak SPK tarafından belirlenen miktarın altında kalması, kendiliğinden HAAO statüsünün kaybına yol açmaz. Ortak sayısının azalması nedeniyle HAAO statüsünün kaybında olduğu gibi burada da HAAO statüsünün kaybı konusunda HAAO'nun talepte bulunması gerekir.

Aktif toplamın SPK tarafından belirlenen miktarı tekrar aşması halinde anonim ortaklık bu durumu, öğrendiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde SPK'ya bildirmek zorundadır (IV/9 m. 5/III). SPK, yapacağı inceleme sonucunda gerçekten aktif toplam konusundaki miktarın aşıldığını tespit ederse anonim ortaklık tekrar HAAO statüsünü kazanır.

---

<sup>44</sup> HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için esas alınacak miktar 2005 yılı için 191.264 milyar TL'dir. Aktif toplam konusunda öngörülen bu sınır, her yıl Maliye Bakanlığı'nca ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılarak dikkate alınır (IV/9 m. 7). Bu miktar 2001 yılı için 2 milyar, 2002 yılı için 85 milyar TL, 2003 yılı için ise 134 milyar TL, 2004 yılı için 172 milyar TL'dir.

<sup>45</sup> *Poroy* (Tekinalp/Çamoğlu) 255.

## II- HAAO STATÜSÜNÜN KAYBEDİLEMEYECEĞİ HALLER

HAAO'lar belirli şartların varlığı halinde Sermaye Piyasası Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerden kısmen veya tamamen muaf tutulabilir. Söz konusu muafiyet şartları Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmemiş, kanunda bu şartların tebliğlerle düzenleneceğini belirtilmiştir. SPK, kanunun bu hükmüne dayanarak IV/9 sayılı tebliği çıkarmıştır.

IV/9 sayılı tebliğde HAAO'ların ortak sayılarının 200'ün altına düşmesi ve aktif toplamalarının SPK tarafından belirlenen miktardan az olmaları halinde talep üzerine Kurul kaydından çıkabilecekleri düzenlenmiştir (IV/9 m. 5/I, II). Aynı tebliğde belirli nitelikteki HAAO'ların bu şartlar gerçekleşse dahi kurul kaydından çıkamayacakları yani HAAO statüsünü kaybedemeyecekleri belirtilmiştir (IV/9 m. 1/II).

### 1- HAAO Statüsünün Hiçbir Şekilde Kaybedilemeyeceği Haller

Hisse senetleri borsada işlem gören HAAO'lar, HAAO statüsünün kaybedilmesine ilişkin şartlar gerçekleşse dahi HAAO statüsünü kaybedemezler. Bu nedenle hisse senetleri borsada işlem gören HAAO'ların mali tablolarının aktif toplamı SPK tarafından belirlenen miktardan az olsa bile HAAO statüsünü kaybetmeleri mümkün değildir. Aynı şekilde bu HAAO'ların ortak sayılarının devamlı olarak 200'ün altına düşmesi de HAAO statüsünün kaybına yol açmaz. Zira ortak sayısının azalması sebebiyle HAAO statüsünün kaybedilebilmesi için HAAO statüsünün hisse senetlerinin halka arz edilmiş sayılması kistasıyla yani ortak sayısının 250'yi geçmiş olması sebebiyle kazanılmış olması gerekir. Oysa hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar "hisse senetleri halka arz edilen" ortaklıklardır. Hisse senetleri halka arz edilen ortaklıkların HAAO statüsünü kazanmalarında ve kaybetmelerinde ise ortak sayısı etkili değildir. Dolayısıyla tebliğin bu hükmü olmasa bile hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların ortak sayılarının 200'ün altına düştüğünü ileri sürerek HAAO statülerini kaybetmeleri söz konusu olamazdı.

Hisse senetleri borsada işlem gören ortaklıkların dışında kayıtlı sermaye sisteminde bulunan HAAO'lar da ortak sayılarının 200'ün altına düştüğünü veya aktif toplamalarının SPK tarafından belirlenen miktarın altında kaldığını ileri sürerek HAAO statüsünü kaybedemezler ( IV/9 m. 1/II).

HAAO'ların faaliyet alanları da HAAO statüsünün kaybedilmesi açısından önemlidir. Eğer HAAO, aracı kurum, portföy yönetim şirketi, yatırım danışmanlığı veya yatırım ortaklığı alanlarında faaliyet gösteriyorsa "ortak sayısı" veya "aktif toplam" kistaslarına dayanarak HAAO statüsünü kaybedemez (IV/9 m. 1/II). Dikkat edilecek olursa HAAO statüsünü kaybedemeyecek olan bu ortaklıkların tamamı sermaye piyasasında faaliyet göstermektedir. Aslında burada belirtilen kurumların HAAO olarak kurulmaları zorunlu değildir, bu kurumların anonim ortaklık olarak kurulmaları yeterlidir.

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

Ancak burada belirtilen kurumlar bir kez HAAO statüsünü kazandıktan sonra artık bu statüyü, hiçbir şekilde kaybedemezler.

### 2- HAAO Statüsünün Üç Yıl Süreyle Kaybedilemeyeceği Haller

HAAO'ların, hisse senetlerinin borsada işlem görmesi, kayıtlı sermaye sisteminde bulunmaları ve faaliyet alanlarının IV/9 m. 1/II'de belirtilen konulardan olması durumunda HAAO statüsünü kaybetmeleri hiçbir zaman mümkün değildir. Buna karşılık, SPK bazı durumlarda HAAO statüsünün kaybedilemeyeceği zamanı belirli bir süreyle sınırlandırmıştır.

HAAO'ların son bilanço aktif toplamının en az %15'inin tahsisi veya HAAO'nun tüzel kişiliğini sona erdirerek kurulan HAAO'ların (özelleştirme kapsamında olanlar dahil), SPK kaydına alındıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile HAAO statüsünü kaybedebilmeleri mümkün değildir (IV/9 m. 5/IV). Bu şekilde kurulan bir HAAO'nun ortak sayısı 200'ün altına düşse veya aktif toplamı SPK tarafından belirlenen miktardan az olsa bile anonim ortaklığın Kurul kaydına alınmasından itibaren 3 yıl geçmedikçe HAAO statüsü kaybedilemez. Bu HAAO'ların, HAAO statüsünü kaybetmeleri ancak bu statünün kazanılmasından itibaren 3 yıl geçtikten sonra söz konusu olabilir.

### III- HAAO STATÜSÜNÜN KAYBEDİLMESİNİN SONUÇLARI

Halka açık olmayan (kapalı) anonim ortaklıklar ile HAAO'lar temelde bir anonim ortaklık olmalarına rağmen her iki ortaklığın özellikleri, yapısı, organları ve pay sahiplerinin hukuki durumu ayrı kanuni rejimlere tabi tutulmuştur<sup>46</sup>. Her iki anonim ortaklık aynı tip içerisinde yer almakla beraber farklı sınıfları ifade etmektedir. Bu durum hem teorik açıdan hem de pratik açıdan önemli sonuçlar doğurmaktadır<sup>47</sup>. Bu sonuçlardan en önemlisi anonim ortaklığa hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı konusudur. Zira anonim ortaklık halka açık değilse Ticaret Kanunu hükümleri, halka açık ise hem Sermaye Piyasası Kanunu hem de gerektiğinde Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu arasında ciddi farklılıkların olduğu göz önüne alındığında anonim ortaklığın hangi sınıfta yer aldığı hususunun ne derece önemli olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu arasındaki farklılıklar incelendiğinde Sermaye Piyasası Kanunu ile getirilen düzenlemelerin genellikle yatırımcıları koruyucu nitelikte olduğu görülmektedir. Bu nedenle Sermaye Piyasası Kanunu ile getirilen hükümlerin ortaklık yönetimini elinde bulunduran sermaye çoğunluğunun aleyhine olduğu ileri sürülmektedir<sup>48</sup>. Hatta bazı

---

<sup>46</sup> *Tekinalp* 32.

<sup>47</sup> *Karahan* 28.

<sup>48</sup> *Karahan* 28.



yazarlar, anonim ortaklığın HAAO sınıfına geçmesinin her hangi bir avantajlı yönünün kalmadığını aksine bunun anonim ortaklık açısından külfetli bir iş olduğu görüşündedir<sup>49</sup>. Anonim ortaklık açısından düşünüldüğünde HAAO sınıfına geçmenin külfetli bir iş olduğu kabul edilebilir. Ancak yatırımcılar açısından düşünüldüğünde, Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak Sermaye Piyasası Kanunu ile yatırımcıları koruyan pek çok hüküm ve müessesenin getirilmiş olması, HAAO statüsüne geçmenin pek çok olumlu yönünün de olduğunu ortaya koymaktadır.

### 1- Anonim Ortaklık Açısından Sonuçları

Anonim ortaklıklar, HAAO statüsünü kazanmalarıyla birlikte sınıf değiştirmekte ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tâbi olmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu, yatırımcıları korumak amacıyla Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak anonim ortaklıklar açısından pek çok yükümlülük getirmiştir. Anonim ortaklıklar, HAAO statüsünü kazanmalarıyla birlikte bu yükümlülüklerle tabi olurlar. Ancak Sermaye Piyasası Kanunu, anonim ortaklıklar açısından sadece yükümlülük getirmemektedir. Sermaye Piyasası Kanunu'yla anonim ortaklıklara Ticaret Kanunu'nda söz konusu olmayan pek çok imkan da sağlanmaktadır.

HAAO statüsünün kaybedilmesiyle birlikte anonim ortaklıklar, Sermaye Piyasası Kanunu ile getirilen yükümlülükleri yerine getirme mükellefiyetinden kurtulacakları gibi bu kanunla kendilerine verilen hakları kullanma imkanlarını da kaybedeceklerdir. Yani HAAO statüsünün kaybedilmesi, anonim ortaklık açısından hem olumlu hem de olumsuz bir takım sonuçlar doğurmaktadır.

HAAO statüsünün kaybedilmesi yani anonim ortaklık tipi içerisinde sınıf değiştirme, anonim ortaklığın yapısı, ortakların hukuki durumu ve ortaklığın denetimi konusunda çeşitli değişiklikler meydana getirir<sup>50</sup>. Anonim ortaklıklar HAAO statüsünü kaybetmeleriyle birlikte bu statünün kendilerine sağladığı imkanlardan yararlanma hakkını da kaybederler. Sermaye Piyasası Kanunu, HAAO'lar açısından Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen pek çok imkan sağlamaktadır. Mesela Sermaye Piyasası Kanunu ile HAAO'lara; kayıtlı sermaye sistemine geçme (SerPK m. 12), Ticaret Kanunu'nda öngörülen tavan miktarın üzerinde tahvil çıkarabilme (SerPK m. 13), varlığa dayalı menkul kıymet ihracı (SerPK m. 13/A), hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil çıkarma (SerPK m. 14), oydan yoksun hisse senedi ihracı (SerPK m. 14/A), depo edilen menkul kıymet sertifikası ihracı (SerPK m. 11), içerden öğrenenlerin ticaretinin

<sup>49</sup> *Arkan* 18.

<sup>50</sup> *Tekinalp* 36.

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

engellenmesi (SerPK m. 47) vb. pek çok imkan tanınmaktadır<sup>51</sup>. Anonim ortaklık, HAAO statüsünü kaybetmesiyle birlikte yukarıda sayılan bu imkanlardan yararlanma imkanını kaybeder. Ancak kayıtlı sermaye sisteminde bulunan anonim ortaklıklar açısından özel bir durum söz konusudur. Kayıtlı sermaye sisteminde bulunan bir HAAO'nun, HAAO statüsünü kaybedebilmesi için ilk önce kayıtlı sermaye sisteminden çıkması gerekir. Zira kayıtlı sermaye sisteminde bulunan anonim ortaklıkların HAAO statüsünü kaybedebilmeleri mümkün değildir ( IV/9 m. 1/II).

HAAO statüsünün kaybedilmesiyle birlikte anonim ortaklıklar Sermaye Piyasası Kanunu ile getirilen bir takım imkanlardan yararlanma imkanını kaybederken bu kanunla getirilen pek çok yükümlülükten de kurtulurlar. Zira Sermaye Piyasası Kanunu yatırımcıların korunmasını amaç edindiğinden HAAO'lara yatırımcıları koruyucu pek çok yükümlülük getirmektedir.

HAAO statüsünün kaybedilmesiyle birlikte anonim ortaklık üzerindeki SPK denetimi ve mali tablo ve raporları bağımsız denetim yaptırma zorunluluğu ortadan kalkar<sup>52</sup>. Anonim ortaklık sadece iç denetçiler tarafından denetlenir. Ancak ortaklığın isteğe bağlı olarak bağımsız denetim yaptırmasında bir engel yoktur. Bunun dışında kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde HAAO'lara Sermaye Piyasası Kanunu ile pek çok yükümlülük getirilmiştir. Anonim ortaklık, HAAO statüsünü kaybetmesiyle birlikte bu yükümlülüklerle tabi olmaktan da kurtulur.

### 2- Yatırımcılar ve Alacaklılar Açısından Sonuçları

HAAO statüsünün kaybedilmesi, anonim ortaklık açısından hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğururken yatırımcılar ve alacaklılar açısından genellikle olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü anonim ortaklığın, HAAO statüsünü kaybetmesiyle birlikte Sermaye Piyasası Kanunu ile ortaklar ve alacaklıları korumak amacıyla getirilen hükümlerin hiçbirisi uygulama alanı bulamayacaktır.

HAAO statüsünün kaybedilmesinin ortaklar ve alacaklılar açısından en önemli sonucu, anonim ortaklığın denetimi konusunda kendisini gösterir. Zira anonim ortaklığın halka açık olması durumunda hem Ticaret Kanunu'nda düzenlenen iç denetim, hem de SPK ve bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılan denetim söz konusu olmaktadır. Anonim ortaklık üzerindeki bu çok yönlü denetim her şeyden önce ortaklar ve alacaklılar açısından önem

---

<sup>51</sup> *Ünal* 42; *Pulaşlı* 223, 224; *Ünal* (2) 9, 23; *Moroğlu* 62; *Tanör*, 197 vd.; 571, 572; *Poroy* (Tekinalp/Çamoğlu) 257, 258.

<sup>52</sup> TTK Tasarısı, anonim ortaklıkların tamamı açısından bağımsız denetim yaptırma yükümlüğü getirmektedir (m. 397 vd.). Dolayısıyla Tasarı'nın kabulünden sonra böyle bir durum söz konusu olmayacaktır.

taşımaktadır. Ancak anonim ortaklığın HAAO statüsünü kaybetmesiyle birlikte anonim ortaklık üzerinde sadece iç denetim söz konusu olacaktır<sup>53</sup>. İç denetimin Ticaret Kanunu'nda yetersiz bir şekilde düzenlendiği<sup>54</sup> göz önüne alındığında, ortaklar ve alacaklıların HAAO statüsünün kaybedilmesiyle birlikte Sermaye Piyasası Kanunu ile getirilen hükümlerle karşılaştırıldığında korumasız bir durumla karşı karşıya kalacakları muhakkaktır.

Uygulamaya bakıldığında kötü niyetli yöneticilerin anonim ortaklığın HAAO statüsünü kazanmasını engellemeye çalıştıkları görülmektedir. Gerçekte ortak sayıları 250'nin üzerinde olmasına rağmen resmi olarak ortak sayısı 250'nin altında pek çok anonim ortaklık bulunmaktadır. Buradaki tek amaç, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuattaki yatırımcıları koruyucu düzenlemelerin uygulanmasını engellemektir. HAAO statüsünün bir takım usulsüzlükler neticesinde kaybedilmesinde de aynı sonuç ortaya çıkabilir. Bu nedenle HAAO statüsünün kaybedilmesi sıkı bir takım şartlara bağlanmıştır.

### SONUÇ

Bir anonim ortaklığın, anonim ortaklık tipi içerisinde sınıf değiştirerek HAAO statüsünü kazanabilmesi mümkün olduğu gibi aynı şekilde bu statüyü kaybederek kapalı anonim ortaklık haline gelmesi de mümkündür. HAAO

<sup>53</sup> TTK Tasarısı'nda anonim şirketlerin denetim sistemi, TTK sistemine göre tamamen değiştirilmiştir. TTK Tasarısı'na göre anonim şirketlerin denetimi bundan böyle sermaye piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketler gibi kural olarak bağımsız denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilecektir (TTK Tasarısı m. 400) .

<sup>54</sup> *Poroy* (Tekinalp/Çamoğlu) 251, 366; *Karşlı*, Muharrem, Sermaye Piyasası-Borsa -Menkul Kıymetler, 4. Baskı, İstanbul 1994, 561; *Sarıslan*, Mücella, Bağımsız Dış Denetimin Ekonomik ve Malî Denetim Mevzuatı İçerisindeki Yeri, Vergi Sorunları Dergisi, 1990/V, 14; *Pamukçu*, Celal, Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Şubat 1990, 5; *Doğan*, Zeki/*Hatunoğlu*, Zeynep, Vergi Gelirlerinin Artmasını Sağlayan Bağımsız Dış Denetimin Türkiye Açısından Önemi, Yaklaşım Dergisi, Yıl: 4, S. 45, Eylül 1996, 131, *Ansay*, Tuğrul, Anonim Şirketin Murakabesi Yolları, Batider, C. 1, S. 1, Ocak 1961, 58; *Aytaç*, Zühtü, Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Batider, C. X, Yıl: 1979, 179; *Birsel*, Mahmut T., Anonim Şirketlerde Murakabe Uzvunun Önemi ve Yeminli Hesap Mütahassıslığı Mesleği, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 1959, 131; *Sümer*, Ayşe, Sermaye Piyasasında Meslek Kuralları ve Türk Hukukunda Uygulanması, İstanbul 2001, 89; *Küçüksozen*, Cemal, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara 1999, 122; *Arslan*, İbrahim, Şirketler Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Konya 2004, 256; *Tekinalp*, Ünal, Denetleme, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, 122.

## Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kaybedilmesi

statüsünü kazanma şekli ve şartlarıyla kaybetme şekli ve şartları birbirinden farklıdır. HAAO statüsünün kazanılması, bu statünün kaybedilmesine göre daha kolaydır. HAAO statüsü, kanunda belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden kazanılır. Bunun için başka bir işlem yapmaya gerek yoktur. Anonim ortaklığın SPK kaydına alınması açıklayıcı niteliktedir. Oysa HAAO statüsünün kaybedilmesinde hem kanun ve tebliğlerde belirtilen şartların gerçekleşmesi hem de HAAO'nun bu yönde bir talepte bulunması gerekmektedir.

HAAO statüsünün kaybedilmesi için aranan şartlar ile kazanılması için aranan şartlar birbirinden farklıdır. Ortak sayısının 250'yi geçmesi anonim ortaklığa HAAO statüsünü kazandırırken, bu statünün kaybedilebilmesi için ortak sayısının devamlı olarak 200'ün altına düşmesi gerekir. Bu durum bir çelişki olarak düşünülebilirse de kanaatimizce böyle bir düzenlemenin yapılmış olması isabetlidir. Zira HAAO statüsünü kazanan bir anonim ortaklığın, bu statüyü kaybetmesinin zorlaştırılması en başta yatırımcılar ve alacaklılar açısından önem taşır.

HAAO statüsünün kaybedilmesi bazı anonim ortaklıklar açısından hiçbir zaman mümkün değildir. Bazı HAAO'lar ise bu statüyü kazanmalarından itibaren üç yıl geçmedikçe HAAO statüsünü kaybedemezler. HAAO statüsünün kaybedilmesine ilişkin düzenlemelerin tamamı göz önüne alındığında, yatırımcıların menfaatlerinin korunması açısından HAAO statüsünün mümkün olduğu sürece devamının arzu edildiği, bu nedenle HAAO statüsünün kaybedilmesinin zorlaştırıldığı görülmektedir. Zira bir anonim ortaklığın HAAO statüsünü kaybetmesi yatırımcıların ve alacaklıların aleyhine olup, şirket yönetimini elinde bulunduran çoğunluğun lehinedir. Yatırımcıların korunması açısından HAAO statüsünün muhafazası oldukça önemlidir. Bu nedenle bazı anonim ortaklıkların bu statüyü kaybetmeleri zorlaştırılmış, bazı HAAO'ların ise bu statüyü kaybetmeleri engellenmiştir.

HAAO statüsünün kaybı, bu statünün kazanılmasında olduğu gibi önemli sonuçlar doğurur. Bu statünün kazanılması veya kaybedilmesi her ne kadar bir tip değiştirme niteliğinde olmasa da burada bir sınıf değişikliği söz konusu olduğundan anonim ortaklığın yapısında ve ortakların hukuki durumlarında pek çok önemli değişiklik meydana gelir. Bu değişikliklerin ortaya çıkmasının en önemli sebebi, kapalı bir anonim ortaklığa uygulanacak hükümlerle, HAAO'ya uygulanacak hükümlerin farklılık taşımasıdır.

**Makaleler**

---

**Kamu Hukuku**



**BM'İN KURULUŞ AŞAMASINDA BARIŞI VE İNSAN  
HAKLARINI KORUMAYA YÖNELİK BELGELER IŞIĞINDA  
GÜNCEL BİR SAPTAMA**

**DOÇ. DR. İLYAS DOĞAN\***

**ÖZET**

*Bu çalışmada BM'nin "kuruluş aşamasındaki belgeler" ifadesi ile BM Şartı ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (EİHB) kast edilmektedir. Söz konusu iki belgede yer alan amaçlar ve ilkeler incelenmektedir. BM Şartında işaret edilen başlıca amaçlar; insan haklarına saygı, dünya barışının korunması ve halkların sosyal ve ekonomik bakımdan gelişmelerine olanak sağlanmasıdır. Bu amaçlardan ilk ikisi bu çalışmada bilhassa irdelenmeye çalışılacaktır. Söz konusu belgelerde ortaya konan ilkelerin hatırlanmasının zorunlu olduğuna işaret edilmektedir.*

*Bu amaç ve ilkelerin özellikle ABD ve İngiltere önderliğinde gerçekleştirilen II. Irak Savaşı (belki daha doğru ifade "işgal" olmalı) ile beraber "devletler uygulaması"nda geline noktanın BM tarafından son 60 yılda oluşturulan devletler camiası sisteminde bir kırılma manasına gelip gelmediği sorgulanmaktadır. Çünkü BM Güvenlik Konseyince kabul edilen 8.10.2002 tarihli ve 1441 sayılı kararın Kuveyt Savaşı sırasında uygulanan önlemlere atıfta bulunmak ve kimyasal silah denetimlerine Irak'ın izin vermesinin ötesinde, savaş araçları kullanmayı öngördüğü oldukça şüphelidir.*

*BM Şartında yer alan "güç kullanma yasağı"nın bir manasının kalıp kalmadığı sorusunu sormak bilimsel ve vicdani bir gerekliliktir. Çünkü bu soru sahneye çıkabilecek Çin gibi bu ilkelerle hiç de barışık olmayan bir devletçe aynı davranışların sergilenmesi halinde insanlık açısından hatırlanması gerekebilir. Böyle bir hatırlamanın dürüstçe olabilmesi için, -her ne kadar bilim dünyası ile güç politikaları her zaman örtüşmese de, zamanı boşa harcamamak gerekir. Güç kullanma yasağının sadece küçük devletlere uyma yükümlüğü getirdiğini öne sürmek her halde bizi yeniden 20.yüzyıl başlarındaki devletler arası kaos ortamına geri götürecektir ki bu yeniden sömürge politikaları üretmek anlamına gelecektir.*

**Anahtar kelimeler:** *BM, Güç kullanma yasağı, Irak, 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, BM Şartı*

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### ABSTRACT

*In this study by the documents during the stage of establishing it is meant the UN Charter and 1948 Universal Declaration of Human Rights. The principles and aims which take place in the documents mentioned above are examined. The main objectives which are indicated in the UN Charter are respect for human rights, the protection of world peace and to provide instruments for the social and economic development of peoples. The first two of these objectives will be specifically analysed in this study. This study determines that it is obligatory to remember the principles which are set up by the documents mentioned.*

*It is questioned that whether the point of "states' practices" which has been reached with the Second Iraq War by the leadership of USA and the UK (the correct word might be occupation instead of war) means a turning point in the system of international society constructed in the last 60 years by the UN.*

*It is a scientific and conscientious necessity to ask whether "prohibition of use of force" in the UN Charter has any meaning anymore. It may be needed to remember this question for humanity, when a state likes Chine which is not in peace with these principles show same behaviours. To have this remembering fairly, time should not be wasted even though the scientific world and power policies do not overlap. To claim that the prohibition of use of force is obligation only for the small states will probably bring us back to the chaos among states in the beginning of 20<sup>th</sup>. Century. This means to produce imperialist policies again.*

**Key words:** *The UN, the prohibition of use of force, Iraq, 1948 Universal Declaration of Human Rights, The UN Charter.*

### I-Konunun Ana Çerçevesi

Bu çalışmada Birleşmiş Milletlerin kuruluşunda izlenen en önemli iki amaç olan barışın sağlanması ve insan haklarına saygıda günümüz uluslar arası sisteminin içinde bulunduğu duruma ilişkin bir saptama yapmak amacı güdülmektedir. Gerek BM Şartı gerek 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ile barış ve özgürlüğe ulaşmak amaçlanmıştır.

2001'den beri ABD ve müttefiki ülkelerin BM karar mekanizmalarını izlemeye gerek duymaksızın giriştikleri eylemler bu iki belge ile amaçlanan hedeflerin ne anlama geldiklerinin sorgulamayı zorunlu kılmaktadır. Çünkü söz konusu ülkelerin davranışları BM karar mekanizmalarının BM ile beraber kurulan devletler hukuku düzenini ciddi bir inanılabilirlik krizi ile karşı karşıya bırakmıştır. Bu durum "ulus ötesi" yada "ulusal üstü" ve insan haklarının üstünlüğüne dayalı bir dünya düzeninden söz etmeyi giderek daha da güçleştirmektedir.

Dikkati çeken husus literatürde insan haklarına saygı vurgusu karşısında başka, ABD tarafından temsil edilen fetihçi emperyal nitelikli kavramların öne geçtiğidir. İki kutuplu dünya düzeninin yıkılması sonrasında ortaya çıkan yeni



ortamı ifade etmek için kullanılan global *gouvernance* terimi daha çok ABD'nin kendi çıkarlarını dış politikasının tek hedefi haline getirdiği bir dış politika ile özdeş hale gelmektedir. Bu durum ortada bir dünya devletleri camiası krizi bulunduğu görüşünü daha da güçlendirmektedir.

II.Dünya Savaşı sonrasında kurulan dünya sisteminin kurucusu devletler hala dünyanın kaderini belirleme gücünü ellerinde bulundurmaktadırlar. Buna rağmen II. Dünya Savaşının öğrettiklerinden hareketle elde edilen insanlık kazanımların gene bu kazanımlarda sürükleyici rol oynamış devletlerce sabote edildiği izlenimi vermektedir.

Çalışmada öncelikle söz konusu iki belgenin temel özellikleri ve amaçları felsefi desteklerine de işaret edilerek incelenmeye çalışılmaktadır. Diğer yandan şimdiye kadar bağlayıcı olduğuna inanılan güç kullanımı yasağının ihlalinin var olan uluslar arası hukuk düzenini parçalama tehdidi olgusu dikkate alınacaktır. Güç kullanma yasağının belli güçlü devletlerce görmezlikten gelinmesi yeni bir sömürgecilik ve yayılcılık döneminin başlayıp başlamadığı şüphelerini de beraberinde getirmektedir. Böyle bir sorgulamanın yol açabileceği yıkıcı sonuçları önceden kestirmek her ne kadar mümkün olmasa da üzerinde düşünmeye değer bir insanlık sorunu ile karşı karşıya bulunduğumuz öne sürülebilir. Ancak öncelikle II. Dünya Savaşı yıllarında barış ve özgürlük arayışında egemen olan felsefi ortama kısaca göz atmakta yarar vardır.

### **II-BM Öncesinde İnsan Haklarını Koruma ve Dünya Çapında Barışı Tesis Düşüncesine Kısa Bir Bakış**

Dünya çapında barışı korumak amacıyla bir dünya organizasyonu düşüncesinin felsefi alanda eskiden beri savunulmakta olduğu ifade edilmelidir. Roma imparatoru Augustus ortaya attığı *pax romana* görüşü ile bir dünya devleti fikrini ortaya atmıştı. Roma İmparatorluğunun ortadan kalmasından sonra Avrupa'da bir çok düşünce adamı dünya barışının yeniden tesisi için Roma'nın yeniden kurulması görüşünü savunmuşlardır. Bu konudaki görüşler ortaçağ Avrupa'sında 15.yüzyıla kadar uzanmaktadır. Roma'nın çöküşünden sonra dünya çapında bir örgüt kurulması fikri kilise öğretisinde kendine yer bulmuştur. Augustinus M.S. 398 de yazmış olduğu *De civitate dei* adlı eserinde dünya çapında örgütlenecek bir devlet detaylı olarak anlatmaktaydı. Evrensel bir dünya barışı görüşünü detaylarıyla işleyen I. Kant'tır. Kant, bütün dünyada yetki sahibi olacak bir organizasyon kurulması fikrini 1795'te yazmış olduğu "Ebedi Barış Hakkında" adlı eserinde işlemiştir. İlginçtir ki insanlık ve evrensel çoğu büyük öğretiler belki de en fazla barıştan söz etmişlerdir. Fakat en zor muhafaza edilen de barış olmuştur. Bu durumun geçmişte olduğu gibi günümüzde de devam ettiğini vurgulamaya bile gerek yoktur. Bütün bu karamsar ama doğru tespitler

BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

gene de insanlığı barışa dayalı bir uluslar arası sistem kurma çabasından geri bırakmamıştır<sup>1</sup>.

#### **A-Milletler Cemiyeti ve İnsan Hakları**

Birleşmiş Milletler Örgütü dünya çapında barış ve güvenliği korumak amacıyla kurulan **ilk** uluslar arası kuruluş değildir. Dünya barışı düşüncesi I.Dünya Savaşı sonrasında ABD başkanı Wilson tarafından 18.1.1918'de yayınlanan *14 İlke Açıklamasında* da yer almaktaydı. Wilson'un ilkeleri arasında değindiği dünya çapında barışı koruma amaçlı teşkilat olan **Milletler Cemiyeti Sözleşmesi** 28.4.1919 Paris Barış Konferansında galip devletlerce hazırlandı. Milletler Cemiyeti bünyesinde üç temel organ öngörülmekteydi bunlar:**Genel Kurul, Sekreterlik ve Uluslar Arası Daimi Adalet Divanı** idiler<sup>2</sup>. *Uluslararası Adalet Divanı* sürekli bir mahkeme olmasına rağmen ancak ilgili devletlerin rızası bulunduğu takdirde karar verebilme yetkisine sahip bir mahkeme niteliğindedir.

1919 Paris Barış Konferansı sırasında Milletler Cemiyeti Tüzüğü hazırlanırken getirilen bir istisna bu örgütün insan hakları konusunda her hangi bir inisiyatif almasını engelleyecekti. Wilson ilkeleri arasında devletlerin "içişleri" istisnası öngörülmüş değildi. Buna rağmen bizzat Wilson'un teklifiyle Milletler Cemiyeti Şartına şöyle bir hüküm eklenmiştir: "*Üye devletlerden biri bir konunun, devletler hukuku bakımından tamamen kendi iç işlerini ilgilendirdiğini iddia ederse, söz konusu durum Milletler Cemiyeti Genel Kurulunca kabul edildiği takdirde o devlete herhangi bir tavsiye yada müdahalede bulunulmaz*"<sup>3</sup>. Devletlerin egemenliği lehine getirilen söz konusu istisna bu aşamada henüz insan hakları ve özgürlüklerinin uluslar arası hukukun konusu olarak görülmediğini göstermektedir. II. Dünya savaşı öncesinde III. Reich Almanya'sında Yahudilere yapılanlar Hitler tarafından iç işleri konusu olarak izah edilmekteydi. Esasen dünya kamuoyu da yapılan soy kırımını başlangıçta bir insan hakları sorunu olarak görmekten çok Almanya'nın iç meselesi olarak görmeyi tercih ettiler. İngiliz başbakanı Attlee ancak Avam Kamarasında ilk olarak 22. Ağustos 1945'te yapmış olduğu konuşmasında soykırımının bir içişleri meselesi olmadığını itiraf edebilmiştir<sup>4</sup>. İnsan haklarını devletlerin iç sorunu olarak görme anlayışının faturası ağırdı. Bu durumun

---

<sup>1</sup> Ipsen, Knut, **Völkerrecht**, 5. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2004, s. 468-469

<sup>2</sup> Ipsen, Knut, **Völkerrecht**, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 1999, s.408-410

<sup>3</sup> Guradze, Heinz, **Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht**, Otto Schwarz Verlag, Göttingen 1955, s.62

<sup>4</sup> Guradze, s.62 Dipnotu 4

tespiti beraberinde insan haklarını korumayı da esas alan yeni bir devletler hukuku sistemi kurulmasını getirecekti. Ne var ki özellikle Doğu Bloku çökünceye kadar bu konuda da Avrupa İnsan Haklarını Koruma Sözleşmesi dışında büyük bir ilerleme sağlandığı söylenemez.

### **B-Milletler Cemiyeti ve Dünya Barışı**

*Milletler Cemiyetinin* başlıca amacı dünya barışını korumak, devletler arası ihtilafların savaşa başvurmaksızın halledilmesini temin etmektir. Fakat Cemiyet Tüzüğüne savaşa yasaklanmış değildi. 2.10.1924 tarihli Zürih Protokolü, 16.10. 1925 tarihli Lokarno Antlaşması ve 27.8.1928 tarihli Briand-Kolleg Paktı (Paris) gibi devletler arası belgelere rağmen savaşı yasaklayıcı bir dünya düzeni getirilemedi. Savaşın devletler hukuku alanında hukuk dışı sayılması ancak uzun bir tarihsel gelişimin sonunda mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda Milletler Cemiyetinin kurulduğu 1920'li yıllarda henüz başka devletlere saldırı düzenlenmesi yasaklanmamıştı. Milletler Cemiyeti Tüzüğü'nün 12.maddesi devletlere aralarında savaşa tutuşmadan önce sorunu barışçı yollarla çözmelerini öngörmekle beraber savaşı yasaklamamaktaydı<sup>5</sup>. Her ne kadar savaşın ahlakılığı ve ahlaka aykırılığı sorgulansa da hukuka aykırı sayılmamaktaydı.

Milletler Cemiyeti I. Dünya savaşı sonrası ortaya çıkan insan hakları sorunlarıyla da ilgilenmeye çalışmıştır. Ancak bu uğraş daha çok savaşın yol açtığı kolektif insani problemleri çözmeye çaba harcama çerçevesinde gelişmiştir. Bu anlamda Milletler Cemiyeti savaş sonrası ortaya çıkan toplu göç yada toplu sığınma sorunları ile başa çıkmaya çalışmıştır. Bu çabaların bir devamı olarak 1904'te hazırlanmış olan Kadın Ticaretinin Yasaklanması ve 1910 da hazırlanmış olan Çocuk Ticaretini Önleme sözleşmeleri Milletler Cemiyeti zamanında 1921 ve 1933 tarihlerinde devletlerce imzalanmıştır. 27.7.1929 tarihli Yaralıların Tedavisi ve Savaş Esirlerine Muamele Hakkında Sözleşme Milletler Cemiyeti döneminde hazırlanan bir antlaşmadır. Fakat bu antlaşma Milletler Cemiyeti tarafından değil Uluslar Arası Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlanmıştır<sup>6</sup>. Milletler Cemiyeti böylece bir yandan savaşı önleme yönünde gayretler sarf ederken diğer yandan savaş gerçeğini dikkate alarak savaşın daha insani koşullarda cereyan etmesini sağlamaya çalışmıştır.

Savaşın devletler hukukuna aykırı sayılması süreci ancak 1928'de güçlü Avrupalı devletler arasında imzalanan Briand- Kellog Antlaşması ile gündemde yerini alabilecektir. Bu sözleşmede devletlerin birbirlerine saldırması açıkça

<sup>5</sup> Bardeleben, Herbert, **Die zwangsweise Durchsetzung im Völkerrecht**, Diss. Leipzig 1930, s. 48

<sup>6</sup> Kimminich, Otto, **Menschenrechte Versagen und Hoffnung**, Georg Müller Verlag, München-Wien 1973, s. 94-95

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

yasaklanmıştır. Söz konusu sözleşme imzalandıktan kısa bir süre sonra II. Dünya Savaşını doğuran gelişmeler nedeniyle somut bir sonuç doğurmamıştır. Ancak BM'nin kurulmasıyla bu sözleşmede ifade edilen amaçlar devletler hukukunda kalıcı hale gelebilecektir. Başlangıçta söz konusu sözleşmeye katılmayan devletler için bunun bağlayıcı olmayacağı öne sürülmekteydi<sup>7</sup>. Savaşın hukuk dışı sayılması çabaları II.Dünya Savaşına kadar sonuçsuz bir çaba olarak görülmekteydi.

Milletler Cemiyeti'nin amacının dünya barışını kollektif bir biçimde korumak olduğu açıktı. Ne var ki bu örgüt kendinden bekleneni verememiş ve sonuçsuz kalmıştır. Bu durumun ortaya çıkmasında karar mekanizmalarının işlememesinin yanında dünyanın önemli devletlerinin bir çoğunun bu örgüte ABD gibi ya hiç yada Almanya ve SSCB gibi kısa süreli üye olmalarıydı. Almanya bu örgüte 1926'da üye olmuştur. Nazi Rejiminin kurulmasıyla artık bu örgütün kararlarını tanımamıştır. SSCB ise Milletler Cemiyetine 1934'te kabul edilmiş, fakat; 1940'ta Finlandiya ile savaşı gerekçe göstererek örgütten ayrılmıştır.

I.Dünya Savaşı sonrası insanlığın yeniden benzeri bir kitlesel felaket yaşamaması amacıyla Milletler Cemiyeti kurulmuştu. Fakat söz konusu uluslar arası organizasyon kısa sayılabilecek bir sürede kendinden beklenenleri yerine getiremez hale düşmüştür. Bu durumun ortaya çıkmasında şüphesiz uluslar arası politikadan kaynaklanan nedenler mevcuttu. Savaş sonrası yapılan barış antlaşmalarının kaybeden devletlerce adil bulunmayışı adeta yeni bir top-yekun felakete sürükleyecek olan savaşın da habercisiydi.

Milletler Cemiyeti insanlığı bir felakete sürükleyen II.Dünya Savaşını önlemekte yetersiz kalmıştı. Gerek bu kuruluşun karar verme mekanizmalarının çabuk tıkanması, gerek güçlü devletlerin kendi çıkarları hakkında ödün vermeye yanaşmaması ve hatta bu teşkilatı kendi çıkarlarını hayata geçirmek için bir araç gibi görmeleri böyle bir sonucu kaçınılmaz hale getirmiştir.

### III-BM Şartı

II.Dünya Savaşının gidişatı tedricen galip devletler lehine dönmeye başlamadan bile insanlığın bu tür felaketler karşısında korunması ve sorunları barışçı yollardan çözülebilmesi için daha etkili bir dünya örgütlenmesi fikri ifade edilmeye başlanmıştı. 14.08.1941 de yayınlanan Atlantik Bildirisinde ABD Başkanı ve İngiliz başbakanı Churcill, sınırların zorla değiştirilemeyeceği, ulusların istedikleri rejimi belirleyecekleri, ekonomik gelişmenin ve uluslar arası ticaretin destekleneceği, insanlığın korku ve endişeden uzak yaşayacağı bir

---

<sup>7</sup> Doehring, Karl, **Völkerrecht**, 2. Neubearbeitete Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2004, Rn. 567-569

dünya için bütün devletlere çağrıda bulunulmaktaydılar<sup>8</sup>. Bu manada İngiliz-Amerikan ittifakında yer alan 26 devlet 1 Ocak 1942 de savaş sona erdiğinde “Birleşmiş Milletler” adıyla dünya çapında faaliyet göstermek üzere yeni bir örgüt kurulacağını ilan etmişlerdir. Söz konusu açıklamada düşman devletlerin bu teşkilata üye olarak kabul edilmeyeceği özellikle vurgulanmaktaydı. Kurulacak olan bu örgütün amacının sadece yaşama hakkını, özgürlük hakkını, devletlerin bağımsızlığı, din özgürlüğünü korumakla yetinmeyeceği ve aynı zamanda insan haklarını korumayı ve uluslara arası alanda hakkaniyeti sağlamayı<sup>9</sup> da hedefleyeceği ilan edilmekteydi. Kurulacak olan dünya çapında örgütün dinleri de korumaktan bahsetmesinde şüphesiz Yahudilere karşı gerçekleştirilen soykırımın rolü vardı. Açıklamada bulunan 26 devletin yanına savaşın sona erdiği 1945’e kadar Almanya’nın müttefiki olmayan 21 devlet daha katılmıştır. Bunlar arasında Türkiye de bulunmaktaydı.

Yeni kurulacak olan BM’nin hangi ilkelere dayanması gerektiği ve önceliklerinin neler olacağı önemliydi. Bu bağlamda Milletler Cemiyeti başarısızlığı ve totaliter devletlerin savaş öncesi savaş sırasında yaptıkları uygulamalar ilk anda göze çarpmak önemli hususlardı. Bir başka ifade ile kurulacak olan BM daha önce yaşanan olumsuzlukların yeniden zuhur etmemesi için gerekli kurum ve vasıtalara sahip olmalıydı.

BM örgütünün kurulması ile gelinen nokta göz önüne alındığında; ulus devletlerin bağımsız davranma yetkileri açısından bir kırılma noktası olduğunu kabul etmek zorunludur. Nitekim BM’nin kurulması yolunda müttefik dört büyük devlet (Çin<sup>10</sup>, Sovyetler Birliği, İngiltere ve ABD) arasında 1944’te Washington’da yapılan hazırlık konferansında bu durum hissedilmişti. Zira yeni kurulacak örgüte insan hakları alanında tanınacak yetkiler geleneksel egemenlik anlayışı dogmaları ile çelişmekteydi. Bundan dolayı yeni kurulacak örgütün insan hakları konusundaki işlevi BM Şartı için hazırlanan taslak metinde ancak gevşek bir uzlaşma ile dile getirilebilmişti. Bu bağlamda kurulacak olan yeni örgütün “ uluslar arasında barış ve dostça ilişkilerin gelişmesi için” “insan haklarına ve özgürlüklere saygıyı destekleyeceği” vurgulanmakla

<sup>8</sup> Bildiri metni için bkz. Mangoldt, Hans von/Rittberger, Volker, (Hrsg.) (v. Mongoldt/Rittberger), **Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer**, Band I/1, C.H.Beck, 1995, s.3

<sup>9</sup> Sieghardt, Paul, **Die geltende Menschenrechte**, Übers. v. Gerta Machacek, Engel Verlag, Straßburg; Arlington 1988, s.72

<sup>10</sup> Çin BM’de 1971’e kadar Milliyetçi Çin Cumhuriyeti tarafından temsil edilmiştir. Bkz. Gareis, Sven Bernhard-Varwick, Johannes, **Die Vereinten Nationen**, 2.Aufl., Leske-Budrich Verlag, Opladen 2002, s. 33

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

yetinilmekteydi<sup>11</sup>. Güçlü devletlerin bile bu konuda duraksamalarının bir kuruntu olmadığı daha sonra insan hakları alanında ortaya çıkan sözleşmelerde devletlerin iç egemenliklerine getirilen sınırlamaların da gösterdiği gibi doğrulayacaktır.

İnsan hakları alanında sürekli hissedilen ve yaşanan somut gerçeklerden biri güçlü devletlerin kendi çıkarlarını her zaman insan haklarından daha önde gördükleri ve değerlendirdikleridir. Bu durum en bariz şekilde Birleşmiş Milletlerin faaliyetlerinde, aldığı kararlarda görülmektedir. İnsan haklarına saygı konusu çoğu zaman güçlü devletlerin uymak zorunda oldukları bir kural gibi görülmemektedir. Şüphesiz bu geline noktada BM'nin kuruluşunda savaş galibi devletlerin kendi lehlerine elde ettikleri ayrıcalıkların önemi büyüktür. Bu bağlamda dünya devletleri daha San-Fransisko'da toplanmadan önce 4-11.Şubat 1945 tarihleri arasında toplanan beş güçlü devlet BM Güvenlik Konseyinde kendilerine veto hakkı tanınması konusunda anlaşmışlardı. Milletler Cemiyeti döneminde yaşanan tikanıklıkların tekrar etmemesi gerekçesiyle izlenen bu yöntem diğer devletlerce daha başlangıçta güçlü devletler lehine ortaya çıkan bir dengesizlik olara görülmüş uluslar arası hukuka ve adalete olan güveni derinden zedelemiştir. Daha pratik bir çözümün ne olacağı bir yana beş büyük devletin uygulamaları ve çıkarıcı tutumları bu güvensizlik duygusunun haksız olmadığını kanıtlamaktadır. Çünkü söz konusu devletler veto yetkilerini insanlığın yada insan haklarının korunması için değil sadece kendi ülke çıkarlarını korumak için kullanmaktadırlar.

Savaşın sona ermesiyle birlikte BM'nin kurulması ve temel ilkelerini belirlemek amacıyla San Fransisko kentinde 25.4.1945'te toplanan devlet temsilcileri BM Şartını hazırlamışlardır. Hazırlık çalışmaları sırasında daha önce yaşanan dünya çapında aksamalar ve insan hakları ihlallerine dikkat çekilmiştir. Bu manada özellikle Latin Amerika ülkeleri temsilcileri daha önceki geleneksel anlayışı ağır biçimde eleştirmişlerdir. Söz konusu devletler, insan haklarına olan inancın sadece girişte vurgulanmasıyla yetinilmemesini talep etmişlerdir. Bu konuda yapılan eleştiriler en olumlu sonuç vermiştir<sup>12</sup>. BM'ne üye olacak her devlet bu Şartı imzalamakla yükümlüdür. Böyle olunca en azından üye devletlerin<sup>13</sup> tâbi oldukları ortak bir devletler hukuku kuralları manzumesinin artık söz konusudur. Bu konuda üye devletlerden bazılarına ayrıcalık yada istisna tanınmış değildir.

---

<sup>11</sup> Partsch, Karl Josef, **Hoffen auf Menschenrechte: Rückbesinnung auf eine internationale Entwicklung**, Verlag A. Fromm, Zürich 1994, s.30-31

<sup>12</sup> Partsch, s. 31

<sup>13</sup> Halen Birleşmiş Milletler üye 191 ülkenin listesi için bkz. Herdegen, Martin, **Völkerrecht**, 3. Auflage, C.H.Beck, München 2004, s.271 vd.

#### IV-BM Şartına Göre Örgütün İnsan Haklarına İlişkin Amaç ve Görevleri

BM Şartının devletler arası ilişkilerde<sup>14</sup> ve insan hakları alanında yeni bir çığır açtığı söylenebilir. BM Şartının başlangıç bölümünde<sup>15</sup> “insan haklarına, insan kişiliğinin ve onurunun yüceliğine” olan inanç vurgulanmakta ve “cinslerin ve ulusların eşitliği”ne de dikkat çekilmektedir. (Başlangıç/I) Başlangıcın birinci paragrafının son cümlesinde ise BM Teşkilatına dünya üzerinde sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlayarak yaşam standartlarının yükseltilmesini destekleme görevi verilmektedir. Başlangıçta üzerinde durulan başlıca iki önemli nokta bulunmaktadır, bunlar; insan haklarına saygı, barışın bütün dünyada egemen kılınması ve dünya halklarının sosyal ve kültürel ilerlemelerinin desteklenmesidir.

Şartın başlangıcında BM Örgütünün dünya barışını ve güvenliğini korumakla görevli olduğu vurgulanmaktadır. BM bu amaca ulaşmak için adalete uygun barışçı yöntemlerle devletler arası anlaşmazlıkları alacağı kolektif tedbirlerle muhafaza edecektir. Bu anlamda bozulan barışın yeniden tesisi için çaba harcayacaktır. Esasen barışın bozulduğu ve kargaşanın egemen olduğu bir dünyada diğer alanlarda somut bir sonuç elde etmek olanaksızdır.

Şartın 1.maddesinde temel ilke ve amaçlara yer verilmiş olmakla beraber amaçlar ve temel ilkeler arasında açık bir ayrıma gidildiği söylenemez. Örneğin hem 1/I. maddede hem de m.2/III’te uyumsuzlukların barışçı yollarla çözülmesi gereğine işaret edilmektedir. İnsan haklarının korunmasının başlangıç, m.1/III ve m.55.(c) maddesi birlikte ele alındığında “BM’nin ikinci ana hedefi olduğu” anlaşılmaktadır.

Şartın 2.maddesi üye devletlere 1.maddede yer alan amaçlara uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Bu nokta 24.10.1970 tarihli Genel Kurul tarafında kabul edilen (Friendly Relations-Declaration) “BM Şartı Bağlamında Devletlerarası İşbirliği ve İyi İlişkiler Kurulmasına Hakkında Devletler Hukuku

<sup>14</sup> Kimminich, s.93

<sup>15</sup> BM Şartının tam metni için bkz. Mangoldt, Hans von/Rittberger, Volker, (Hrsg.) (v.Mangoldt/Rittberger), **Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer**, Band I/1, C.H.Beck, 1995, s.12-69; (Hrsg.) Watzal, Ludwig, **Menschenrechte Dokumente und Deklarationen**, Herausgeber: Bundeszentrale für politische Bildung, 3., aktualisierte und erweiterte Auflage, Bonn 1999, s.38-52 ; Piatti, Celestino, **Menschenrechte-Ihr internationaler Schutz**, C.H.Beck, 3., Neubearbeitete Auflage, München 1992, s.1-5

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

İlkelerine İlişkin Açıklama”da da tekrar edilmektedir<sup>16</sup>. Söz konusu 2625 Sayılı BM Genel Kurulu Kararında devletlerin BM şartı ile bağdaşmayacak şekilde güç kullanma konusunda birbirlerini tehdit etmemeleri, dünya barışını tehlikeye düşürmemeleri tavsiye edilmektedir. Güç kullanma yasağının yeniden vurgulanmış olması BM Şartına aykırı silahlı güç kullanmaya hukuken müsamaha edilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Uluslar Arası Adalet Divanının Genel Kurulca alınan bu kararın üzerinde özellikle durduğu ve adeta Genel Kurul kararlarından bazılarını arkasındaki “psikolojik öge”yi<sup>17</sup> dikkate alarak bu karara adeta bir devletler hukuku teamülü derecesi tanınması güç kullanma yasağı konusundaki hukuki dayanakların sadece BM şartı ile sınırlı olmadığını göstermektedir.

Dünya barışının korunması için ve gerekirse BM üyelerinin saldırgana karşı güç kullanımı için dayanışma içine girmeleri bir temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer temel ilkelerden biri de devletlerin birbirleri karşısında hak ve yetkiler eşit olarak kabul edilmeleridir. Devletler egemenlikleri bakımından eşit kabul edilmeleri nedeniyle birbirlerinin egemenliklerine ve sınırlarına saygı göstermekle mükelleftirler. Yine devletlerin eşit statüde olmaları birbirlerinin iç işlerine karışmama yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir.

BM Şartında insan haklarına sadece başlangıç dışında aşağıda belirtilen maddelerde de insan haklarına yer verilmektedir: Bunlar; m.1.(3), m.13/I -b), m.55 (c), m.56, m.62(2), m.73 ve m.76(c) maddeleridirler. Kısaca bu maddelerin içeriği göz önüne alındığında söz konusu maddelerin insan hakları hukuku alanında bir standart yaklaşımın doğmakta olduğunu göstermektedir. BM Şartının 1.maddesi “amaçlar ve temel ilkeler” başlığını taşımaktadır. 1.maddenin birinci ve ikinci fıkralarında BM’ye dünya barışını koruma, uluslar arası alanda güç kullanımını ve barışı tehdit eden gelişmeleri giderici önlemler alma yetkisi tanınmaktadır. BM Şartının m.1/III hükmü ise “ekonomik, sosyal, kültürel” sorunların üstesinden “insani biçimde” gelmek için uluslar arası işbirliği öngörmektedir. Aynı fıkranın devamında hiçbir cins yada ırk, dil, din ayrımı gütmeksizin insan hakları ve temel özgürlüklerine saygının güçlendirilmesi ve desteklenmesi BM’nin amaçlarından biri olarak sayılmaktadır. BM Şartının m.13/I-b hükmünde BM Genel Kuruluna hiçbir ayırım yapmaksızın ekonomik, sosyal -kültürel, eğitim, sağlık, insan hak ve özgürlükleri alanında uluslar arası işbirliğinin geliştirilmesi için tavsiyelerde bulunma yetkisi tanınmaktadır.

---

<sup>16</sup> 2625 Sayılı BM Genel Kurulu Kararı metni için bkz. **Sartorius II** (Internationale Verträge Europarecht Textsammlung) Lieferung 2004 C.H.Beck Ipsen, Nr. 6

<sup>17</sup> Mengiler, Özgür, **Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü**, (Doktora Tezi) Platin 2005 Ankara, s.241



Şartın m. 55/c bendinin de BM'nin insan haklarına saygı ve insan hak ve özgürlüklerinin hayata geçirilmesini destekleme görevi yeniden vurgulanmaktadır. 56.maddenin başlangıç cümlesi devletlere 55.maddede öngörülen amaçların hayata geçmesi için BM ile işbirliğine gitme yükümlülüğü öngörmektedir. Bir başka ifade ile insan haklarına saygı amacıyla işbirliği yapmak, devletlere bir yükümlülük olarak belirlenmiştir.

BM Şartının 61.maddesi Ekonomik ve Sosyal Konseyi düzenlemektedir. Şartın 62/II hükmünde Ekonomik ve Sosyal Konseye insan hak ve özgürlüklerine saygı ve hayata geçirilmesi için her türlü tavsiyede bulunma görevi verilmiştir. Şartın 62/III.maddesinde bu organa BM Genel Kuruluna görev alanıyla ilgili her türlü tavsiyelerde bulunma yetkisi tanınmaktadır.

BM Şartının 73.maddesi devletlere sömürge yönetimi altındaki halkların haklarına riayet etme yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu düzenlemede genel anlamda sömürge halkların ekonomik, sosyal, politik, kültürel ve eğitim alanlarında kendilerini geliştirmelerine destek olunması arzu edilmektedir.

Şartın 76(c) maddesi ilgili devletlere vesayeti altındaki halklara BM Şartının 1.maddesinde öngörülen amaçlara uygun davranmaları yükümlülüğü getirmektedir. Yeni sömürge yönetimleri kurulmadığı takdirde şimdilik bu hüküm tarihi nitelikli bir kural gibi gözükmektedir.

#### **V-BM Şartının Devletler Hukuku Bakımından Niteliği**

Şartın uluslar arası alanda ve devletlerin iç hukuku bakımından hukuksal değeri ve ne anlama geldiği; nasıl yorumlanması gerektiği, insan haklarının geleceği bakımından baştan beri büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle BM Şartını sadece savaş sonrası yaraları sarmaya yönelik bir metin gibi görmemek gerekir. Şartın getirdiği belki de en önemli yenilik insan hakları sorununu, artık, devletlerin iç işleri olarak gören anlayışını radikal bir değişime uğratmasıdır. En azından son yıllara kadar bu konu ciddi bir itiraz ile karşılaşmamıştır. Bu nedenle Şart, insan hakları konusunda devletlerin sadece birbirleriyle olan ilişkilerinde değil kendi vatandaşları ve hatta sınırları içinde bulunan herkese karşı insan haklarına saygılı davranma yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle BM Şartı etkileri sadece devletler hukuku alanıyla sınırlı olmayan bir belge niteliğindedir. Bir başka ifade ile insan haklarının hem devletler hukuku alanında hem de iç hukuk alanında korunmasını öngören bir koruma rejiminin temel ögesini oluşturduğu söylenebilir<sup>18</sup>. BM Şartının oluşturulması evrensel ilkelere dayalı bir dünya arayışını yeni bir yola sokmuştur. Bu yeni yol devletler sistemini aşamalı bir şekilde bir otoritenin

<sup>18</sup> Kimminich, s.95-96

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

gözetiminde oluşturulacak otoriteyi dikkate almaya dönük bir arayıştır<sup>19</sup>. BM Güvenlik Konseyi Şartın 24.maddesi gereğince örgütün amaçlarını gerçekleştirme ve dünya barışını korumakta bağlayıcı karar alma yetkisine sahip bir organdır. Böyle olunca BM sistemine aykırı davranışları önlemek her şeyden önce aralarında daimi üyelerin de bulunduğu bütün devletlerin görevidir. Fakat bu düşünce veto yetkisine sahip bir devletin Şartı ihlal etmesi olasılığında gerçek bir açmazla karşı karşıya kalmakta ve BM ile kurulan devletler camiası düzeninin sorgulanmasını haklı olarak gerektirmektedir.

BM Şartında yer alan hükümler bir devlet veya birden çok devlet tarafından dikkate alınmadığında ne yapılabilir? Bu sorunun cevabı en çok da açık bir BM kararı olmaksızın Irak'ta askeri varlığını sürdüren devletler açısından cevaplanmalıdır. Bu soruya hukuki olarak verilecek cevap ile uluslar arası politika gereğince verilen cevaplar çoğu kez çelişmektedir. Şarta uyulmadığının BM Genel Kurulu tarafından tespiti ve bu yönde bir karar alınmasının hukukten bir sonuç doğurması mümkün değildir. Çünkü Genel Kurul kararları tavsiye niteliğindedir<sup>20</sup>. Bu durum, güçlü devletlerin bu kararları yok saymalarına olanak tanımaktadır.

BM kararlarının gerektiğinde güç kullanarak uygulanabilmesi için BM Güvenlik Konseyinde kararın kabul edilmesi ve beş ayrıcalıklı devletten hiçbiri tarafından veto edilmemesi gerekir. Bu durum "uluslar arası barış ve güvenliğin sürekli üyelerin anlaşmasına"<sup>21</sup> bağımlı olması sonucu doğurmuştur. Ne var ki beş güçlü devlet arasında böyle bir uzlaşmaya varılabilmesi gerçekte bu beş ülkenin de çıkarlarının uyum içinde olmasına bağlıdır. Veto yetkisine sahip devletlerden biri Şarta aykırı davrandığı takdirde böyle bir uzlaşma olasılığı ortadan kalkmaktadır. Bir başka deyişle yaptırım gücüne sahip BM kararı her zaman çıkmadığı gibi çıkması halinde de insan haklarını koruma sisteminin bir gereği olarak uygulanmamaktadır. Her ne kadar 1. Körfez Savaşı'nda olduğu gibi kararlar insan haklarını koruma amacıyla uygulanıyor görünse de daha ağır insan hakkı ihlalleri ile neticelenebilmektedir. Söz konusu savaşta gelişmiş ülkelerin yeni silah teknolojilerini denediklerini saklamaya bile gerek duymamaları bir kanaat oluşturmada yol gösterici olabilir.

BM Şartının 39.maddesinde işaret edilen barışın hangi hallerde tehdit edildiğini saptamak her zaman kolay olmamaktadır. BM Güvenlik Konseyinin

---

<sup>19</sup> Cox, Robert W., Multilateralism und Weltordnung“ in: Robert W. Cox, **Weltordnung und Hegemonie- Grundlagen der „Internationalen Politischen Ökonomie“**, (Forschungsgruppe Europäische Gemeinschaften) Marburg 1998, s. 98-99

<sup>20</sup> Bu konuda öğretilerdeki farklı yaklaşımlar için bkz. Mengiler, s. 241-243

<sup>21</sup> Mengiler, s.91

aldığı 8.10.2002 tarihli ve 4644. birleşiminde almış olduğu 1441 sayılı kararda Irak'ın sahip olduğu silahların dünya barışını tehdit ettiği ve bu nedenle silahın denetimi için gereken adımları atmadığı takdirde Şartın VII.bölümüne atıfta bulunmaktadır. Ancak gereken adımlar olarak silah üretiminin denetlenmesine değinilmektedir. Bu kararın gerektiğinde güç kullanımına gidilebileceğine işaret olarak okunması<sup>22</sup> ciddi bir yorum sorunudur. Zira BM Şartının VII.Bölümünde işaret edilen tek önlem silahlı müdahale değildir. Nitekim diğer daimi üyeler bu kararı silahlı güç kullanmaya izin verme şeklinde yorumlamadıkları için ABD öncülüğünde oluşan koalisyonu rahatlatacak yeni bir Güvenlik Konseyi kararı elde edilememiştir. Savaşın gerçek olmayan nedenlere dayanarak başlatıldığı ve bu durumun daha baştan beri ABD yöneticilerince bilindiği anlaşıldığına göre 1441 sayılı karar Irak'a saldırıyı meşrulaştırmada çok fazla işe yaramayacaktır.

Güvenlik Konseyine daimi üye beş devlet kendi çıkarları ile bağdaşması halinde BM Şartını tamamen hiçe saymakta da tereddüt duymamaktadırlar. Esasen II. Irak Savaşı sonucu ABD ve müttefiklerince gerçekleştirilen işgal konusunda insan hakları teriminden söz etmek yerine sömürgeciliğin yeni bir versiyonundan bahsetmek daha dürüstçe olsa gerekir.

BM Şartında sıkça kullanılan ve evrensel manada bir asgari insan hakları standardı oluşmasında 10 Aralık 1948'de yayımlanan EİHB'nin etkisi genellikle kabul görmektedir. EİHB'nde ortaya konan insan hakları standartları devletlerin tutum ve davranışlarını değerlendirmede, hükümetlerin aldıkları önlemlerin içeriğini uluslar arası örgütlerin davranışlarında bir rehber özelliği kazanmıştır. Bu durumu değiştirmeye dönük faaliyetlerin güçlü devletlerden kaynaklanıyor olması insanlığın geleceğine ilişkin barışa dönük fikirler oluşturmaya olan cesareti kırmaktadır.

#### VI-Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB)<sup>23</sup>

Amerikan Bağımsızlık Savaşı sırasında ortaya çıkan hak bildirimleri ve özellikle 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde de bir çok insan haklarına yer verilmişti. Fakat bir sentezin yapılmasına da gerek vardı. 18. ve 19. yüzyılda ortaya çıkan insan hakları anlayışının yeni koşullar çerçevesinde

<sup>22</sup> Bkz. <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/682/26/PDF/N0268226.pdf?OpenElement>

<sup>23</sup> Bildiri metni için bkz. Sieghardt, P., **Die geltende Menschenrechte**, s. 195-200 ; Watzal, L., **Menschenrechte Dokumente und Deklarationen**, Herausgeber: Bundeszentrale für politische Bildung, 3., aktualisierte und erweiterte Auflage, Bonn 1999 ; **Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte (Grundsätze und Definitionen)**, Hrsg., Internationale Juristen-Kommission, Genf 1967, s.82-87; Bildirinin Türkçe metni için bkz. Gündüz, Aslan, **Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler, Örnek Kararlar)**, 4. Bası, Beta, İstanbul 2000, s. 271 vd.

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

yeniden değerlendirilmesi zorunluymuştu. Batı Avrupa'da sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan işçi sınıfı ve talep ettiği haklar vardı. Bunların bir bölümü sanayi toplumlarında karşılanmıştı. 1917 Devrimi ile birlikte kurulan SSCB rejimi tamamen ayrı bir toplum ve insan anlayışını temsil etmekteydi. Bunun yanında yeni bağımsızlığını kazanan devletler ve özellikle İslam dünyasında var olan toplum ve insan anlayışı da ayrı bir farklılık arz etmekteydi.

İnsan haklarının ülkelerin iç hukuklarına ithali ve dünya çapında bir duyarlılık oluşmasında 20. yüzyılda yaşanan olumsuz deneyimlerin rolü diğerlerinden çok daha belirleyici olmuştur. Yaşanan dünya savaşları, Almanya'da Hitler örneği ve gerçekleştirdiği soykırımı 1948 BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin ortaya çıkmasında en önemli faktörlerden biri olmuştur<sup>24</sup>. Bazı yazarlar BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesindeki insan haklarının devletler hukuku alanında bu denli güçlü bir şekilde vurgulanmasını "kopernikvari bir devrim"<sup>25</sup> olarak nitelemişlerdir. Bu tespitlerin doğruluğu ancak bütün dünya devletlerinin aynı ölçüde konuya önem vermeleri ve bu bildiriye yer alan hakları kendi çıkarları için araçsal bir argüman olarak kullanmamaları halinde mümkün olabilir.

### A-Hazırlanışı ve İçeriği

BM dünya çapında kararlar alacak bir teşkilat olduğuna göre hazırlanacak olan insan haklarına ilişkin belge üzerinde genel bir uzlaşmaya varma ihtiyacı kaçınılmazdı. Genel olarak bütün dünyada kabul edilebilecek bir insan hakları belgesi nasıl olmalıydı? Bu sorunun cevabını bulmak amacıyla UNESCO başkanı İngiliz biyolog Julian Huxley, Mart 1947'de bir çalışma grubu oluşturarak bu sorunun yanıtını bulmaya çalıştı. Çalışma çok sayıda ülkede önde gelen kanaat önderleri ile yapılan görüş alışverişine dayanmaktaydı. Yapılan görüş alışverişleri ve sorulara verilen cevaplar farklı kültürel ve toplumsal yapılara rağmen birbirine yakındı. Ortaya çıkan sonuca göre; hazırlanacak olan insan hakları bildirisi sadece 18.yüzyılda Fransa ve Amerika'da ortaya çıkan özgürlük anlayışına dayanmamalıydı. Bunun yanında 19. ve 20. yüzyılda meydana gelen toplumsal değişimleri, bu zaman diliminde ortaya çıkan sosyal ve ekonomik hakları da dikkate almalıydı. Diğer yandan ortaya konacak olan insan hakları belgesinin devletler açısından bağlayıcı

---

<sup>24</sup> Bielefeldt, Heiner, "Der Universalität der Menschenrechte und die Pluralität der Kulturen", in: (Hrsg.) Eduard J.M. Kroker- Bruna Deckampst, **Das Menschenbild der freien Gesellschaft (Globalisierung und Europäische Integration)**, Frankfurter Allgemeine Buch, Frankfurt/Main, 2000, s. 56

<sup>25</sup> Bielefeldt, s. 3

olması ve gerektiğinde dava edilebilir nitelikte olması gerektiği ortaya çıkan bir başka ortak eğilimdi<sup>26</sup>.

Dünya çapında önemli toplum önderleri ve düşünce adamları ile yapılan röportajlarda eleştirel yanıtlar da verilmekteydi. Örneğin Mahatma Gandhi, Huxley'e yazdığı bir mektupta hakların isimlendirilmesinden çok içeriğinin doldurulmasının önemine dikkat çekmekteydi. Öte yandan Müslüman toplumlarda batılı anlamda bireysel haklardan çok beslenme, giyinme, barınma, eğitimin sağlanması gibi hayati ihtiyaçların daha çok önemsendiği anlaşıyordu<sup>27</sup>.

UNESCO'nun yaptığı araştırmada konuyla ilgili hukuki engellere de dikkat çekilmekteydi. İnsan haklarına saygı konusunun, nihai olarak, devletlerin kendi inisiyatifine bırakılmaması gerektiği yönünde bir eğilim göze çarpmaktaydı. Bu bağlamda hazırlanacak belgede devletlerin egemenlikleri ile insan haklarına saygı arasında doğru bir denge kurulması ve devletlerin bu ilkeleri çeşitli bahanelerle kötüye kullanmaları veya ortadan kaldırmalarını önleyici mekanizmalar getirilmesi tavsiyeler arasındaydı<sup>28</sup>. Ancak bütün bu çabalar ve görüşlere rağmen, uygulamada, özellikle soğuk savaş döneminde EİHB doğu ve batıda farklı algılanmaya devam edecekti<sup>29</sup>. Şüphesiz bu durumda geleneksel kültürel farklılıklardan daha çok ideolojik bölünmüşlüğün rolü büyüktü.

San Fransisko'da 1945'te düzenlenen toplantıya katılan 50 devletten sadece 20'si gelişmekte olan ülkelerdendi. Bir başka deyişle 1946-1948 arası BM Genel Kurulunda çoğunluk endüstrileşmiş batı ülkelerindeydi. BM Genel Kurulu'nun ilk toplantısına başlangıçta Panama tarafından sunulan bir uluslar arası insan hakları şartı tasarısı sunuldu. Böylece EİHB'nin hazırlanması çalışmaları başlamış oldu.

EİHB'nin görüşmeleri ve madde metninin biçimlendirilmesi Ekonomik ve Sosyal Konseyde(ECOSOC)<sup>30</sup> gerçekleştirilmiştir. ECOSOC'in ilk oturumu ABD temsilcisi bayan Elanor Roosevelt başkanlığında açılmıştır. Yapılan

<sup>26</sup> Partsch, s. 32-33

<sup>27</sup> Partsch, s. 33

<sup>28</sup> Partsch, s. 34

<sup>29</sup> Sosyalist ülkeler de „insanın hukuk normlarıyla değil oluşturulacak komünist geleneklerle özgürleşeceklerini” EİHB ile ilgili çalışmalarda ısrarla vurgulamaktan geri kalmamışlardır. Örneğin bkz. Poppe, Eberhard, **Die “Allgemeine Erklärung der Menschenrechte” in der Gegenwart -Zum 30. Jahrestag ihrer Verabschiedung-** Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaftlichen der DDR Gesellschaftswissenschaften, Berlin 1979, s.4

<sup>30</sup> Bkz. Opitz, Peter J., **Die Vereinten Nationen**, UTB, München 2002, s. 203

BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

görüşmelerde devletleri doğrudan bağlayıcı bir sözleşme yerine ilk adım olarak Genel Kurul tarafından oylanacak bir bildiri hazırlama konusunda bir uzlaşmaya varıldı. İnsan Hakları Komisyonu tespit edilecek hakların nasıl hayata geçirileceği konusunu bir yana bırakarak insan hakları konusunda temel prensiplerin tespitine yöneldi. Bu Bildiride yer alan haklara aşağıda kısaca değinilecektir:

(1)Klasik manada birey hak ve özgürlükleri Bildiride yer almıştır. Bunlar yaşama, özgürlük, güvenlik ve insan onuru (Würde der Person) işkence ve keyfi tutuklanma yasağıdır.

(2)Bildiride bireyin grup içinde kullanabileceği haklara da yer verilmiştir. Bunlar aile kurma, dernek kurma, konut edinme, vatandaşlık ve sığınma haklarıdır.

(3)Bildiride yer alan üçüncü grup hak kategorisi ise siyasal haklardır. Vicdan, düşünce ve düşünceyi yayma, inanma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yapma hakkı, örgütlenme ve seçimlere katılma haklarıdır.

(4)Bildiride sadece klasik hak ve özgürlüklere değil aynı zamanda sosyal devlet sisteminde ve sosyalist ideolojide önemli yer tutan sosyal haklara da yer verilmekteydi. Bunlar; çalışma, çalışacağı yeri serbest seçme, sosyal güvenlik, eğitim görme, seyahat etme, kültürel yaşam hakkı ve entelektüel sanat yaratma hakkı olarak sıralanmaktaydı.

#### **B-1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin Hukuki Niteliği**

EİHB'nin politik-ahlaki otoritesi konusunda bir duraksama yoktur. Zira söz konusu belge daha başlangıçta güçlü doğmuştur. Şöyle ki; BM Genel kurulunda EİHB konusunda yapılan oylamada çekimser oy kullanan devletler olmasına karşın, ret oyu hiç kullanılmadı. Bu durum daha başlangıçta söz konusu belgenin bir deklarasyon olmanın çok ötesinde manalar içerdiğinin habercisiydi. Bildirinin II. Dünya Savaşı sonrası hazırlanan hemen bütün anayasalara etkisi bir yana; başta AİHS olmak üzere bir çok devletler hukuku sözleşmesinde bu bildiriye açıkça atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle Bildirinin açık yaptırım içeren devletler arası antlaşma veya sözleşmelerden daha güçlü bir psikolojik güce sahip olduğu söylenebilir. Ancak durum böyle olmakla beraber bir "genel açıklama" niteliğindeki bu belgenin devletlere uyması zorunlu yükümlülükler getirip getirmediği devletler hukuku bakımından tartışmaya açıktır.

EİHB'nin hukuksal bağlayıcılığına ilişkin haklı tereddütler hazırlanmış biçiminden de kaynaklanmaktadır. Bildiri bir devletler hukuku sözleşmesi olarak değil bir BM Genel Kurulu Kararı niteliğindedir. Bilindiği gibi Genel Kurul kararları zorlayıcı güce sahip değildir. Bu nedenle bildirinin devletler hukuku anlamında bir sözleşme olmadığı konusunda görüş birliği vardır. Bununla beraber Bildiride yer alan bir çok hakkın başka devletler hukuku

sözleşmeleriyle koruma altına alındığı da konunun bir başka boyutunu oluşturmaktadır<sup>31</sup>.

EİHB'nin siyasal-ahlaki bakımdan günümüzde elde ettiği saygı her türlü şüpheden uzaktır. İnsan hakları standartların dünya çapında gündeme gelmesi Birleşmiş Milletler 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ile olmuştur. Bildirge her ne kadar siyasal ilkeler içeren ve hukuki yaptırımdan yoksun bir belge olsa da önceden kestirilemeyecek ölçüde sembolik bir anlam kazanmıştır. Esasen devletler hukuku alanında gerçekleşen değişimler sembolik olmanın ötesine geçmiştir<sup>32</sup>. Bu nedenle kamu hukukçularının çoğunluğu EİHB'ni "insan haklarının korunmasında bir dönüm noktası" olarak kabul etmektedirler. Fakat bu belgenin sadece "BM çabalarının taçlandırıldığı" bir metin olmadığına da işaret edilmektedir<sup>33</sup>. Buradan hareketle EİHB'nin insanlığın, daha doğru ifade ile bir bakıma batı dünyasının 50 yıl geçmeden yaşadığı iki büyük savaş ve arada edinilen deneyimlerin doğal bir ürünü olduğu söylenebilir. Bununla beraber söz konusu belge BM çatısı altında biçimlenmiştir. Bu da tarihsel olarak saptanması gerekli ayrı bir önemli noktadır.

Bildirinin hukuki bakımdan bağlayıcılığı konusunda bir görüş birliği olduğu söylenemez. Bildirinin bir devletlerarası sözleşme olmadığı yukarıda da ifade edildiği gibi şüpheden uzaktır. Başlangıçta EİHB ile açıklanan hakların dünya halklarına ve uluslarına ulaşılması hedeflenen genel ideal olduğu ifade edilmektedir.

Diğer yandan çok sayıda devletlerarası sözleşmede ve evrensel nitelikli yada bölgesel nitelikli insan haklarına ilişkin belgede EİHB'nin referans kaynağını oluşturduğu vurgulanmaktadır. Örneğin hem AİHS'de hem de 7.4.1951 tarihli Amerikalılararası İnsan Hakları Deklarasyonu'nda EİHB'de yer alan anlayışa ve amaçlara ulaşmanın ortak hedef olduğuna işaret edilmektedir. Diğer yandan II. Dünya Savaşı sonrasında hazırlanan anayasalarda EİHB'nin etkisi kuvvetle hissedilmektedir. Söz konusu çok sayıda anayasada ya doğrudan yada dolaylı olarak Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin insan haklarına ilişkin tanımlamalarından yararlanmışlardır. Ancak bütün bu gerekçeler bile Bildirinin devletler hukuku anlamında bağlayıcı olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Bununla beraber bazı noktalar vardır ki EİHB'nin devletler bakımından bağlayıcı olduğunu savunmayı kolaylaştırmaktadır. Örneğin Bildiride yer alan

<sup>31</sup> Hailbronner, Kay, „Der Staat und Einzelne als Völkerrechtssubjekte“ in: Vitzthum, von Wolfgang Graf, (Hrsg.), **Völkerrecht**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin- New York, 1997, s.242

<sup>32</sup> Bielefeldt, “Der Universalität der Menschenrechte und die Pluralität der Kulturen”, s. 47

<sup>33</sup> Kimminich, s. 93

BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

kölelik yasağı bağlayıcı bir devletler hukuku teamülü (ius cogens) mertebesine<sup>34</sup> ulaşmıştır. Diğer yandan Bildiride yer verilen haklar bir insan hakları standardı oluşmasını hedeflenmiştir. Her hangi bir insan hakkı ihlali değerlendirilirken EİHB de yer verilen ölçütlere sıkça başvurulması ortak standart oluşturduğuna ilişkin kanaatin en güçlü kanıtlarındandır.

### **VII-BM Şartı Bağlamında Güç Kullanma Yasağı ve ABD'nin Irak'a Saldırısı**

Savaşın devletler hukukuna aykırı sayılması süreci yukarıda da kısaca ifade edildiği gibi ancak 1928'de güçlü Avrupalı devletler ve ABD'nin de katılmasıyla imzalanan Briand- Kellog Antlaşması ile devletler hukukuna girmiştir. Bilindiği gibi sözleşmede devletlerin birbirlerine saldırması açıkça yasaklanmıştır. Fakat bu Sözleşme, imzalandıktan kısa bir süre sonra II. Dünya Savaşını doğuran gelişmeler nedeniyle somut bir sonuç doğurmamıştır. Ancak BM'nin kurulmasıyla bu sözleşmede ifade edilen amaçlar devletler hukukunda kalıcı hale gelebilecektir. BM Şartında güç kullanmaya ilişkin hususlar VII.Bölümde yer almaktadır. 39.madde Güvenlik Konseyine barışın tehdit edilmesi veya bozulması durumunu saptama yetkisi tanımaktadır. Böyle bir saptama yapıldıktan sonra barışın yeniden tesisi amacıyla ne tür önlemler alınması gerektiğini belirlemesi gerekir. Güvenlik Konseyi Şartın 41 ve 42.maddelerinde işaret edilen önlemlerden hangilerinin devreye sokulacağına karar verecektir. Bu önlemler ambargo ve diğer zorlama araçları olabileceği gibi silahlı müdahale de olabilir.

Güç kullanma yasağı zamanla emredici bir devletler hukuku yasağı teamülüne dönüşmüştür. Uluslararası Daimi Adalet Divanı 1986'da verdiği bir kararda (Nikaragua v. ABD) güç kullanma yasağının devletler hukukunda bir gelenek kuralı haline dönüştüğünü ve ayrıca konunun BM Şartında da açıkça düzenlendiğini<sup>35</sup> vurgulamıştır. Konunun BM Şartında düzenlenmiş olması tartışmaları ve spekülasyonları gereksiz kılmaktadır.

Güç kullanma yasağını çiğneyen devlet saldırgan olarak nitelenir. Bu konuda somut gelişmeler yukarıda da ifade edildiği gibi ancak 1945'ten sonra yaşanacaktır. Fakat gene de ortada ciddi hukuksal belirsizlikler vardır. Bunun başlıca nedeni saldırının kesin şekilde tanımlanamamış olmasıdır. Başka devlete karşı güç kullanmak yasaklanan bir eylem olmasına rağmen henüz tam olarak tanımlanamamış değildir. Saldırı suçunun ne olduğu konusunda BM Şartı yeterince açık olmadığından BM Genel Kurulu, 1970'te 2625 (XXV) ve 1974'te 3314 (XXIX) sayılı kararları ile konuya açıklık kazandırmaya çalışmıştır. Bu kararlarda güç kullanmanın içeriği belirlenmeye çalışılmış ve

---

<sup>34</sup> Hailbronner, s. 242

<sup>35</sup> Doehring, Rn. 567-569



devletler arasında dostane ilişkilerin önemine işaret edilmiştir<sup>36</sup>. Ancak bu kararlarda da yapılan tanımlamanın örnek niteliğinde olduğu, nihai bir tanımlama olmadığına işaret edilmektedir<sup>37</sup>. Günümüzde “önleyici saldırı” terimi yer bulmakta ve özellikle ABD tarafından Ortadoğu ülkelerine Irak’a müdahalede bir haklılık gerekçesi olarak kullanılmaktadır. Üstelik yabancı literatürde bu çerçevede yapılan saldırının belirli koşullarda hukuka aykırı olmayacağı yönünde görüşlere de rastlanmaktadır<sup>38</sup>. Önleyici saldırının hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmeden önce güç kullanmanın meşruluk koşullarını incelemek yöntem bakımından daha uygun görünmektedir.

Günümüz devletler hukukunda bazı hallerde silahlı güç kullanılması hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu durumları kısaca;

- (1) kendi kendini savunma (meşru müdafaa),
  - (2) devletin bağımsızlığını koruma,
  - (3) kendi vatandaşının hayatını koruma ve
  - (4) insani amaçla müdahale,
- olarak sırlamak mümkündür.

Devletlerin kendi ulusal varlığını koruma ve dıştan yada içten gelen saldırıları etkisizleştirmek için gereken önlemleri alma yetkisine sahip olduğu konusunda bir duraksama yoktur. Haksız saldırı ile karşılaşan bir devlet başka devletlerden yardım alma hakkına sahiptir. Bu mekanizma 1991 Körfez krizinde olduğu gibi bazen çok çabuk, bazen de; Bosna’da olduğu gibi uzun bir süre sonra ve dolaylı olarak devreye girebilmektedir.

Uluslar arası örgütlerde kendini merkez ülkeler olarak gören güçlü devletler bu bağlamda özellikle ABD, çevre ülkelerinin merkez ülke çıkarlarına rağmen davranmalarını engelleme konusunda son derece titiz davranmaktadırlar. Eşit oy ilkesinin geçerli olduğu uluslar arası örgütlerde bazen III. Dünya ülkelerinin merkez ülkelere rağmen kararlar aldıkları görülmektedir. BM Güvenlik Konseyinde olduğu gibi merkez ülkelerin veto kullanamadıkları durumlarda zaman zaman durumun tam olarak kontrol edilemediği örnekler gerçekleşmektedir. Fakat burada da merkez ülkeler bu örgütlere yapmaları gereken mali katkılardan imtina ederek bu kurumları ya işlevsiz bırakmakta ya

<sup>36</sup> Deklarasyonlardan ilkinde (GA Res. 2625, XXV, v.24.10.1970 ) güç kullanma yasağı genel olarak tanımlanmaktaydı. 14.12.1974 tarihinde BM G. Kurulu başka bir kararla (GA Res. 3314, XXIX) ayrıntılı bir saldırı tanımı yapmıştır. Söz Konusu karar metinleri için bkz. **Sartorius II** (Internationale Verträge Europarecht Textsammlung) Lieferung 2004 C.H.Beck Ipsen, Nr. 6 ve Nr. 7

<sup>37</sup> Doehring, Rn. 573

<sup>38</sup> Örneğin bkz. Doehring, Rn. 574

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

da fazlaca kendi istekleri dışına çıkmalarına mani olmaktadır. ABD'nin zaman zaman BM'e olan mali desteğini askıya alması buna tipik bir örnektir. Uluslar arası sistemde merkez ülkelerin hegemonya durumunu riske sokan davranışlar da gene şiddetli karşılık bulmaktadır. Bu bağlamda 1991'de cereyan eden Körfez Krizi dünya ekonomisinde oluşan hiyerarşiyi bozma girişimi olarak değerlendirilmiş ve cezalandırılmıştır<sup>39</sup>. Ancak bu cezalandırma en azından BM Şartına uygun karar mekanizmaları kullanılarak yapılmıştı. II.Irak Savaşında bu unsur da eksik olduğundan ortada güç kullanma yasağının ihlali bulunduğu görüşünü çürütebilecek yeterli kanıt bulunmamaktadır. Bu manada dayanak olarak başlangıçta öne sürülen Irak'ın biyolojik ve kimyasal silah bulundurduğu argümanının savaşın daha başlangıcında dünya kamuoyunu ve ilgili ülke halklarını kandırma amaçlı psikolojik bir ikna çabasından öte bir şey olmadığı ortaya çıkmıştır. Bu durumda güç kullanma yasağının çiğnendiği açık bir şekilde ortaya çıkmıştır.

2001 New York Ticaret merkezi ikiz kulelere yapılan saldırı da G.W. Bush'un yönetime gelmesiyle ivme kazanan emperyalist dünya politikalarına haklılık kazandırma noktasında işe yaramıştır. Böylece ABD açısından ABD'nin güvenliğini yani salt kendi çıkarlarını dünyanın güvenliği karşısında tercih edilmiştir<sup>40</sup>.

Gerçi II.Irak Savaşı ile beraber ABD ve özellikle Almanya, Fransa ve Rusya arasında derin görüş ayrılıkları oluşmuştur. Buna karşılık AB açısından üzerinde durulması gereken ciddi bir sorun da kendini göstermiştir. Krizde İspanya, İtalya ve Polonya gibi AB üyesi devletler ABD ile beraber hareket ederek ona askeri alanda destek vermişlerdir. Bunun yanında II.Irak Savaşında ABD son on yıldan beri sürdürdüğü dünyanın bütün ekonomik zenginliklerini sadece kendi halkının emrine verme anlayışını bütün çıplaklığı ile ortaya koymuştur. Bu nedenle ABD kendisinin de aktif desteğiyle kurulan Birleşmiş Milletler şemsiyesindeki devletler hukuku sistemi yine aynı devlet tarafından açıkça göz ardı edilmiştir. Zira Irak'a müdahale BM Şartındaki gerekli meşruluk kriterlerini içermemektedir. ABD artık uluslar arası hukukun üstünlüğü söylemini ancak kendi çıkarları ile dolaylı olarak çelişmediği takdirde bir önem atfetmektedir. Hali hazırda ABD'nin kendi hukuku devletler hukuku sisteminin

---

<sup>39</sup> Cox, Robert W., Multilateralismus und Weltordnung“ in: Robert W. Cox, **Weltordnung und Hegemonie- Grundlagen der „Internationalen Politischen Ökonomie“**, (Forschungsgruppe Europäische Gemeinschaften) Marburg 1998, s. 107

<sup>40</sup> Bischoff, s. 40-41

hiyerarşik olarak üzerine çıkartılmıştır<sup>41</sup>. Üzerinde dünya milletlerinin önemli oranda uzlaştıkları bir hukuk düzeninin ABD tarafından geçersiz addedilmesi ve ancak bu devlet dışında kalan güçsüz devletler açısından mana ifade etmesi artık var olan gelen uluslar arası sistemin de yeniden değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.

ABD kendisinin meşru müdafaa hakkını kullandığını öne sürse bile bu konuda öğretide haklı olarak işaret edilen ölçülülük kriterlerini daha baştan beri aşmıştır. Her ne kadar Şartın 51.maddesinde açıkça ölçülülükten bahsedilmese bile meşru müdafaa hedef statükonun yeniden kurulmasıdır<sup>42</sup>. ABD tarafından kullanılan savaş yöntem ve araçları bütün Ortadoğu'yu ABD eksenli bir biçimlendirme amacı gütmektedir. Bu nedenle artık doğru olmadığı ortaya çıkan Irak rejimince yasak silahlar geliştirilmesi veya bulundurulmasından farklı bir durum söz konusudur.

### **Sonuç Yerine**

İnsan haklarına saygı konusunun devletlerin iç işlerine taalluk eden bir konu olmaktan çıkmasında hem BM Şartının hem de Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin önemli bir rol oynadığı ve hatta dönüm noktası oluşturduklarını muhakkaktır. Günümüzde insan haklarına saygı konusunda ortaya çıkan çok taraflı sözleşmelerde her iki belgenin, özellikle, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin ilham kaynağı işlevi gördüğünü göstermektedir.

Ne var ki Birleşmiş Milletler ile beraber kurulan devletler hukuku sistemi iki kutuplu dünyanın çökmesi ile ciddi bir denge krizine maruz kalmıştır. Söz konusu sistemde ortaya çıkan kaygan zemin genelde büyük devletlerin özelde ABD'nin devletler hukuku kurallarını kendilerince ve çoğu kez keyfi bir şekilde yorumlamalarına yol açmıştır. Büyük devletlerin sadece kendi ülke çıkarlarını önceleyen, adeta şimdiye kadarki insanlığın uluslararası hukuk ve insan hakları konusundaki kazanımlarını görmezden gelen tavırları gözden kaçmamaktadır. Buna karşılık Avrupa Birliği ülkelerinin insan hakları konusundaki ısrarları uygarlık adına olumlu bir nokta olarak not edilmelidir. Gene de bu durum, Avrupa ülkelerinin pek çoğunun da ABD ile birlikte hareket ettiği gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.

Uluslararası ilişkilerde izlenen yöntemler 2001 New York İkiz Kulelere saldırı sonrasında radikal bir değişime uğramıştır. Ortada yeni tür bir MCartycilik'in olduğunu söylemek için kanıtlar tartışmaya gerek bırakmayacak

<sup>41</sup> Bischoff, Joachim, "Rekonstruktion des Westens? (Europa zwischen Selbstbehauptung und transatlantischer Partnerschaft)", in: **Supplement der Zeitschrift Sozialismus**, 5/2004, s.37-38

<sup>42</sup> Keskin, Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı yay., Ankara 1998, s. 51

## BM'nin Kuruluş Aşamasında Barışı ve İnsan Haklarını Korumaya Yönelik ..

kadar görünür durumdadır. Fakat bu baskılara karşı durabilecek güçte bir karşı kutbun bulunmayışı ölçsüz davranışları teşvik edici bir işlev görmektedir.

Açık bir BM kararı olmadan savaş açmak, kendi çıkarlarını saklama gereği bile duymadan inandırıcılıktan uzak gerekçelerle Ortadoğu'da girişilen işgal 60 yıldan beri oluşan devletler hukuku açısından sistemi sarsıcı bir gelişmedir. Hele bu eylem büyük devletlerce gerçekleştirilmişse durumun vahameti daha da artmaktadır. Güç kullanma yasağını çiğneyen devlet saldırgan olarak nitelenir. Bu yapılmadığı takdirde devletler arası ilişkiler için yeni kuralları dürüstçe ilan etmek gerekecektir.

İnandırıcılık sorunu olan yorumdan hareketle BM'nin bağlayıcı açık kararı olmaksızın savaş açılması BM ile beraber kurulan uluslar arası sistemin sorgulanmasını da beraberinde getiren bir kırılma noktasıdır. Böyle bir sorgulama gereksinimi kuvvetle hissedildiği oranda insan hakları alanındaki olumsuz yansımalar artacaktır. Batının güvenliğini gerekçe göstererek Ortadoğu'nun özgürlüğünü ortadan kaldırmanın dünya çapında insan haklarına saygı düşüncesinin güvenilirliğini sekteye uğraması kaçınılmazdır. Adaletsiz bir savaşın insanlığın yüzyıllar boyunca edindiği kazanımlar ile meşru gibi gösterilmeye çalışılması inandırıcı olmayan ve boşuna bir çabadır.

Irak'a yayılcı amaçlarla yapılan saldırının hukuksal dayanak sorunu ile malul olduğu görülmektedir. İlle de bir gerekçe bulmak zorunlu ise bu durumda ABD karar mekanizmalarının yorumlarını ölçü almak gerekecektir. Dünya devletler camiası bir yol ayrımına gelmiştir ve bu durumda iki seçenektan birini tercih ile karşı karşıyadır:

(1) Birinci seçenek BM ile kurulan sistem ve kurallara göre hareket etmektir. Böyle bir tercih Irak Savaşında gerçekleşen insanlığa karşı suçlar ve savaş kurallarını göz ardı eden ve haklı bir nedeni bulunmayan bu ortamda "saldırganı" tespit etmektir. Dünya devletlerinin bu tespiti yapabilecek ölçüde bilgili bürokratlarının olmadığı her halde ileri sürülemez.

(2) İkinci seçenek ise Amerikan yasalarını ölçü alarak Irak'a ve aslında bütün Ortadoğu'ya yapılan saldırıyı meşru kabul etmektir. Bu durumda kurt ve kuzu hikayesinin sonucunu yeniden yaşamak dışında bir seçenek kalmayacaktır. Yada yeniden 19.yüzyıldaki üstün uluslar ve itaat etmekle yükümlü, hammadde sağlamak dışında bir önemi olmayan insan topluluklarına yeni bir isimlendirme yapmak gerekecektir

## ANAYASANIN 90. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK ÇERÇEVESİNDE MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARIN İÇ HUKUKTAKİ YERİ

YRD. DOÇ. DR. FARUK BİLİR\*

### ÖZET

*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" hükmü getirilmiştir. Getirilen değişiklik bazı konularda sınırlı olsa da, milletlerarası andlaşmaların Türk hukukundaki yerini netleştirmiştir. Değişiklik sonucunda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların çatışma halinde, kanunlardan üstün olduğu benimsenmiştir. Bu değişikliğe göre, milletlerarası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu tek nokta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalardır. Diğer konulardaki anlaşmalar bakımından üstünlük söz konusu değildir. Bu milletlerarası anlaşmaların, Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak anayasal değere sahip olması anlamına gelmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Anlaşma, Anayasa Değişikliği, Normlar Hiyerarşisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. Maddesi

### ABSTRACT

*With the substitution in the last part of the article the ninetieth of the Constitution of the Republic of Turkey it has been pointed out that 'in case of the contradiction between international agreements regarding the basic rights and freedoms approved through proper procedure and domestic laws, due to different provisions on the same issue, the provisions of international agreements shall be considered'.*

*However confined it is to some subjects, it clarified the place of the International Agreements in the Turkish law. It is concluded that if there is a contradiction between them the international agreements have a priority over laws. According to this amendment the priority is only about the International Agreements which contain basic rights and freedoms. There is no priority over other issues.*

*International agreements play more important role in the Turkish Hierarchy of Norms than the laws. That means that they have functionally constitutional value.*

**Keywords:** International Agreement, Constitutional Amendment, Hierarchy Of Norms, European Convention On Human Rights, The Article The Ninetieth Of The Constitution Of The Republic Of Turkey.

---

\* S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü getirilmiştir<sup>1</sup>. Bu Anayasa değişikliğinin gerekçesinde şu görüşlere yer verilmektedir “Dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur”<sup>2</sup>. Madde gerekçesinde ise, şu görüşlere yer verilmektedir: “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir”<sup>3</sup>. Belirtmek gerekir ki, yapılan değişiklik, bu konuda yapılan tartışmalara son noktayı koyacak nitelikte değildir. Bu değişiklik te bazı yönlerden tartışma yaratacak niteliktedir. Getirilen değişiklik bazı konularda sınırlı olsa da, milletlerarası andlaşmaların Türk hukukundaki yerini netleştirmiştir. Değişiklik sonucunda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların çatışma halinde, kanunlardan üstün olduğu benimsenmiştir<sup>4</sup>. Ancak, bu düzenleme ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa ile çatışması halinde ne yapılacağı konusu hala açıklığa kavuşturulamamıştır . Ayrıca hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar olduğu konusu açık değildir. Yine, bu değişiklik sadece antlaşmaları mı, yoksa başka adlarla anılan insan hakları belgelerini de kapsayıp kapsamadığı tartışma konudur. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, kanun milletlerarası andlaşmalardan daha ileri

<sup>1</sup> Resmi Gazete, 22. 5. 2004, Sayı: 25469.

<sup>2</sup> Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 2. Yasama Yılı, S. Sayısı: 430; Bu değişikliğe ilişkin düzenleme 2001 Anayasa değişikliğinin 32.maddesinde “kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır” biçiminde yer almış, ancak bu değişiklik, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından kabul edilmemiştir. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>.02.03.2006.

<sup>3</sup> Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 2. Yasama Yılı, S. Sayısı: 430.

<sup>4</sup> ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005, s. 226.

bir hüküm öngörüyorsa, yine de milletlerarası andlaşmalara mı üstünlük tanınacağı konusu tartışma yaratacak niteliktedir<sup>5</sup>. Bu çalışmada değişiklik öncesi yapılan tartışmalara girmeksizin, yeni getirilen düzenleme çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Çalışmada, gerek değişiklik öncesi gerekse değişiklik sonrası, yargı organların konuyla ilgili kararlarına da yer verilecektir.

### 1- 2004 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNDEN ÖNCEKİ DURUM

2004 Anayasa değişikliğinden önceki Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”. Bu hüküm çerçevesinde Türk hukukunda milletlerarası andlaşmaların yeri konusunda bir çok tartışma yapılmıştır. Anayasanın ilgili hükmü doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda başlıca iki görüş ortaya çıkmıştır. Bunlardan birinci görüş, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir” hükmünden hareketle, milletlerarası andlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer aldığıdır<sup>6</sup>. Genelde kabul edilen bu görüş yargı organları tarafından da benimsenmiştir. İkinci görüş ise, Milletlerarası andlaşmaları Anayasal ya da kanun üstü bir konumda kabul eden görüştür<sup>7</sup>. Bu görüşe göre, insan haklarına

<sup>5</sup> KABOĞLU, İbrahim, “Hukuka Yeni Düzenleme”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268.20.02.2006>

<sup>6</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002, s. 212- 213; PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 27- 28; GÖZLER, Kemal, Anayasal Normların Geçerliliği Sorunu, Bursa 1999, s. 286 vd; GÖZER, Kemal, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 2000, s. 39; TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 67; GÜLMEZ’ e göre, “uluslararası andlaşmaların kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunun düşündüğümüz ‘kanun hükmünde’ sözcüklerini, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk kurallarının eşdeğer olduğu biçiminde yorumlamamak, koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası Sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı yolunda değerlendirmek daha doğrudur”, GÜLMEZ, Mesut, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslar arası Kurallar”, Amme İdaresi Dergisi, C.21, Sayı:4, Aralık 1988, TODAİE Yayını, s. 41.

<sup>7</sup> BATUM, Süheyl, Avrupa İnan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, s. 31; SOYSAL, Mümtaz, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

ilişkin sözleşmeler özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi niteliği gereği diğer sözleşmelerden farklı bir özellik taşımaktadır “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özellikleri itibariyle, Sözleşme organları içtihadına uyulması zorunlu kılan, hatta Sözleşmeci tarafa gerekiyorsa uygunluğu anayasa değişikliği yoluyla sağlama ödevi altına sokan bir metindir. Taraf ülkeler Sözleşme Hukukuna iç hukuklarını uydurma amacıyla sürekli bir gözden geçirme ödevi altındadırlar<sup>8</sup>.”

---

Uluslar arası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı 2, Ankara 1996, s. 16- 17; AKILLIOĞLU, Tekin, “Uluslar arası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri”, Tarık Zafer Tuna’ya Armağanı, İstanbul 1992, s. 51; GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1996, s. 20; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s. 193; TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 478; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s. 52 vd; YÜZBAŞIOĞLU’na göre, “ Anayasa’nın 2’nci maddesinin insan haklarına yollama yaptığı da göz önüne alındığında; Anayasa’nın özellikle bu 2’nci ve 15’nci maddelerinin birlikte yorumundan çıkan sonuç, insan haklarına ilişkin uluslar arası andlaşmaların, uluslarüstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde de en üstte yer aldığıdır. Başka bir ifade ile, Türk hukuk düzeninde, kurallar kademelenmesinde, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve bu nitelikteki insan hakları belgeleri Anayasa üstü değer taşır” YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Sayı:1, Mayıs 1994, s. 34; ÇELİK, Edip F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Özel Sayısı), Sayı:1- 3, Yıl:9, 1988, s. 50 vd; TANİLLİ, Server, Devlet ve Demokrasi, İstanbul 1996, s. 602- 603; GÖREN, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1999, s. 204; CANSEL, Erol, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi”, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7- 10 Mayıs 1990, (Türk Raporu), Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 17, C. 2, s. 23; TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, Ankara 2004, s. 194.

<sup>8</sup> AKILLIOĞLU, s. 51; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2003, s. 11- 12; ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s. 94 vd; DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması, Ankara 2003, s. 96; ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s. 96; KABOĞLU’na göre, “Avrupa Sözleşmesi’nin normlar hiyerarşisindeki yeri üzerine yapılan tartışmada, Anayasa-üstü niteliği daha bir savunulabilir ise de, doğrudan insan haklarına ilişkin sözleşmeler ile diğerleri arasında yapılacak ayırmada kullanılacak ölçütleri belirlemenin her zaman kolay olmadığı da göz önüne alınmalıdır. Bu bakımdan, denetim kriteri açısından değil etki doğurduğu sonuçlar bakımından yaklaşmak daha yerinde



Bütün bir hukuk sisteminin içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşmenin Anayasal değerinde olduğunu hatta kimi yönlerden anayasa üstü konumda bulunduğunu ayrıca söylemek fazladır<sup>9</sup>. Ayrıca bazı yazarlara göre, milletlerarası insan hakları sözleşmelerinin kanunlardan üstün ve anayasal değerinde olduğu sonucuna anayasanın 15. maddesinden ulaşmak mümkündür. Bu görüşe göre, “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”Savaş sıkıyönetim ve olağan üstü haller bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada ön görülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir”. Savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla izin verildiğine göre, bunun olağan zamanlarda evleviyetle geçerli olması gerekir. Dolayısıyla, bu yorum kabul edilirse ulusal üstü insan hakları hukukunun iç hukukta anayasal değere sahip olduğu görüşüne pozitif bir dayanak sağlanmış olacaktır<sup>10</sup>. Görüldüğü gibi, insan hakları ilişkin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuk bakımından üstünlüğü kabul eden görüşler, haklı olarak bu sözleşmelerin kanunlardan üstün ve anayasal değerinde olması gerektiğini ifade etmektedir.

## 2- 2004 ANAYSA DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRAKİ DURUM

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve

---

görünüyor. Sözleşme sistemi içerisinde kaldığı sürece, Sözleşme hükümlerine dokunulmadığı ve mevzuatı (Anayasa dahil) buna uygun hale getirme gereği bulunduğuna göre, üstünlüğü de kabul edilmiş oluyor. Kaldı ki, Avrupa Mahkemesi kararları bile Anayasa üzerinde bir etki yarattığına göre, bu özellik Sözleşme açısından öncelikle savunulabilir. Öte yandan; Anayasa'nın 90. maddesine göre uluslar arası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda tartışırken “kanun hükmünde” oluşu, onlara normatif değer atfeden bir buyruk mu, yoksa normlar hiyerarşisindeki yerini belirleme ölçütü mü olduğu da göz önüne alınmalıdır. Bizce birinci özelliği baskındır” KABOĞLU, İbrahim. Ö., Özgürlükler Hukuku, Ankara 2002, s. 231- 232.

<sup>9</sup> AKILLIOĞLU, s. 51; TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU'na göre, İnsan Hakları Avrupa Hukuku ve bu nitelikteki insan hakları belgeleri Anayasa üstü değer taşımaktadırlar. TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 478.

<sup>10</sup> ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005, s. 353; TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, 15.02.2006.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü getirilmiştir.

Bu değişikliğe göre, milletlerarası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu tek nokta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalardır. Diğer konulardaki anlaşmalar bakımından üstünlük söz konusu değildir. Bu milletlerarası anlaşmaların, Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak anayasal değere sahip olması anlamına gelmektedir<sup>11</sup>. Milletlerarası andlaşmaların kanunlara üstünlüğünden

---

<sup>11</sup> GÖZLER, yapılan bu değişikliğin eksik bir düzenleme olduğunu şu gerekçelerle açıklamaktadır: “Türkiye’de milletlerarası andlaşma ile kanun arasında hiyerarşi kurulamaz; çünkü her ikisi de Meclisin adı çoğunluğuyla kabul edilirler. Eğer milletlerarası andlaşmalara kanun üstü ve dolayısıyla anayasal bir değer tanınacaksa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adı çoğunluğu tarafından değil, Meclisin üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunmasını öngörmektir. Mantık ve normlar hiyerarşisi bunu gerektirir. Bu yapılmazsa, bu şu anlama gelir ki, meclisin adı çoğunluğu normalde dokunamayacağı Anayasaya, milletlerarası andlaşmaları uygun bulmak suretiyle dokunabilecektir. Bu ise, Türkiye’de Anayasanın üstünlüğünün çiğnenmesi demektir. Katı bir Anayasa sistemine sahip ülkemizde Anayasa, Meclisin adı çoğunluğu tarafından değil, ancak nitelikli çoğunluğu tarafından değiştirilebilir. O hâlde, Türk hukuk sisteminde milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer atfedilemez. Milletlerarası andlaşmalara illâ kanun üstü bir değer, yani anayasal bir değer verilmesi isteniyorsa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adı çoğunluğuyla değil, üçte iki gibi nitelikli çoğunluğuyla kabul edilmesini şart koştuktan ibarettir. Eğer 90’ıncı maddeye “kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması hâlinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır” diye bir cümle ilâve edilmesi isteniyorsa, hemen arkasından “bu andlaşmalar, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunabilirler” şeklinde ikinci bir cümle ilâve etmek gerekir”. <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>. 21.05.2004; TURHAN’a göre, “Antlaşmalar ve özellikle de insan hakları antlaşmaları ulusal hukuk normlarından üstündür ve bu antlaşmaların yargı yerlerince öncelikle uygulanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu nedenlerle parti kapatma davalarında uygulanması gereken hukuksal metinler arasındadır. O halde, Siyasi Partiler Yasasındaki hükümler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki kurallarla uyuşmuyorsa, Anayasa Mahkemesi yasadaki kurallar yerine Sözleşme hükümlerini uygulamak durumundadır” TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>. 15.02.2006.

bahsedebilmek için, kanunla temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesi gerekir. Yani bu konuda bir çatışma olması gerekir. Çatışma olmayan konularda milletlerarası andlaşmaların kanunlara genel bir üstünlüğünden bahsedebilmek mümkün değildir<sup>12</sup>.

Aynı konuya ilişkin farklı hükümler olması durumunda milletlerarası andlaşmaların üstün olduğunu bu Anayasa değişikliğine göre söylemek mümkündür. “Farklı hükümler içermek” den anlaşılması gereken kanunun sözleşmeye aykırı olması demek değil, kanunun sözleşme ile çatışması demektir<sup>13</sup>. Yani, kanun ile çelişkili olan sözleşmelere üstünlük tanınmaktadır. Belirtmek gerekir ki, milletlerarası andlaşmanın çok genel, kanun hükmünün ise ayrıntılı ve somut olması durumunda bir çatışma söz konusu olmayacaktır<sup>14</sup>. Andlaşma ile düzenlenen konuda Anayasada ve kanunlarda bir düzenlememe olmaması halinde, tabi olarak bir çatışmadan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda, milletlerarası andlaşma tüm Devlet organları; idari makamları, yasama ve yargı organları tarafından doğrudan uygulanabilecektir<sup>15</sup>. Milletlerarası andlaşma ile kanun bir konuyu aynı şekilde düzenlemişler ise veya kanunda ya da milletlerarası andlaşmalarda o konuya ilişkin hüküm yoksa bir çatışmadan söz etmek te mümkün olmayacaktır. Andlaşma Anayasa ile uyumlu

---

Rıza Türmen bu konuda şunları belirtmektedir: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bütün taraf devletler için, başka devletlere bağlı olmaksızın var olan, nesnel yükümlülükler getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Avrupa’nın kamu düzenini temsil ettiğini vurgulamıştır. Böyle olunca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasındaki ilişkide, sonraki yasa (lex posteriori) ya da özel yasa (lex specialis) kurallarının geçerli olmayacağı kanısındayım. Bunun ötesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa’da bir ortak hukuki alan yaratmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ve bu kararlarda belirlenen esaslar bütün Avrupa ülkelerinde geçerli olan ortak hukuki standartları yansıtmaktadır. Avrupa Birliği üyeliğine aday olan Türkiye’nin bu ortak hukuki alan dışında kalması olanağı yoktur. Türk yargı organlarının da kendilerini ulusal sınırları aşan daha büyük bir hukuki topluluğun bir üyesi olarak görmeleri önem taşımaktadır” TÜRME, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı17, Ankara2000, s.37.

<sup>12</sup> ATAR, s. 349.

<sup>13</sup> ATAR, s. 350.

<sup>14</sup> ATAR, s. 350.

<sup>15</sup> YÜZBAŞIOĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği”, s. 34; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 86.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

ancak kanun ile çatışıyorsa bu durumda Anayasaya Aykırılık sorunu vardır. Eğer bu sorun çözülmüşse Anayasa ile uyumlu olan andlaşma ile kanun arasındaki sorunda kendiliğinden çözülmüş olacaktır<sup>16</sup>. Bu değişiklikle, milletlerarası andlaşmalar kanunlardan üstün bir konuma yükseltilmekte ve iç hukukumuzun doğrudan bir parçası haline gelmiş olmaktadır<sup>17</sup>. Bu düzenlemede öngörülen “uyuşmazlık” kavramı salt kanunlarla sınırlı değildir. Bu kavramın kanun hükmünde kararname ve idarenin diğer düzenleyici işlemleri de kapsadığını söyleyebiliriz<sup>18</sup>. Çünkü, insan haklarıyla ilgili andlaşmaların kanunlar dışındaki düzenleyici işlemlerle çatışması durumunda, uyuşmazlığa kanun dışındaki düzenleyici işlemlerin uygulanması bu düzenlemenin amacına aykırı düşer<sup>19</sup>.

Bu değişiklik milletlerarası anlaşmaların anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ile ilgili bir hüküm içermemektedir. Yani, milletlerarası anlaşmalara karşı yargı yolu yine kapalıdır. Bu nedenle, bu sakıncayı önlemek için, kanunla uygun bulunan andlaşmalar bakımından Anayasa Mahkemesinin ön denetimine tabi tutulması yönünde bir düzenleme öngörülebilir<sup>20</sup>.

Yapılan bu değişiklik, doktrinde yapılan milletlerarası anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda yapılan tartışmaları önemli ölçüde

---

<sup>16</sup> YÜZBAŞIOĞLU, “İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, s. 86.

<sup>17</sup> SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara 2005, s. 73.

<sup>18</sup> ALİEFENDİOĞLU, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, s. 215.

<sup>19</sup> GÜLMEZ, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, s. 69

<sup>20</sup> Türkiye Barolar Birliği 2001 Anayasa Önerisinde konuyla ilgili şu düzenleme öngörülmüştü: “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi, uluslar arası andlaşmaların anayasaya uygunluğunu öndenetim yoluyla değerlendirir... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar yasa hükmündedir. Ön denetime tabi olan uluslar arası andlaşma ile yasanın çatışması halinde, andlaşma hükümleri esas alınır. Anayasanın insan haklarına ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında, Türkiye’nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler de göz önünde tutulur” Bkz. Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 2001, s. 63; Yalnızca uluslararası andlaşmalara yönelik önleyici denetim için bkz, ONAR, Erdal, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara 2003, s. 139- 140.

netleştirmiştir<sup>21</sup>. Ancak bu değişiklik bazı konulardaki tartışmalara son noktayı koyamamıştır. Örneğin yapılan düzenlemede sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmesi, hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar olduğu konusunda ileride yeni bir tartışma doğurabilir<sup>22</sup>. Çünkü pek çok milletlerarası anlaşma şu veya bu şekilde temel hak ve özgürlüklerle ilgili olabilir Bu hükmün doğrudan veya dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklere ilgili milletlerarası anlaşmaları kapsadığını söylemek mümkündür<sup>23</sup>. Hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar olduğu hususunun sayma yoluyla belirtilmesinin de yararlı olmayacağını söyleyebiliriz. Çünkü, bu anlaşmaların hepsinin sayılması durumunda, bazılarının unutulması, ihtimal dahilinde olacağı gibi, sonradan yapılan milletlerarası anlaşmaların eklenmesi hususu da sürekli yenileme ihtiyacını doğurabilir<sup>24</sup>. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki hüküm Türkiye'nin onayladığı bütün temel hak ve hürriyetlere ilişkin bütün milletlerarası anlaşmaları kapsamaktadır<sup>25</sup>. Bu

<sup>21</sup> ARSLAN, s. 226; ERDOĞAN' a göre, " Antlaşmaların normatif değeriyle ilgili olarak 90. maddede yer alan başka bir hüküm de, bunlara karşı Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını öngören son fıkra hükmüdür. Bu hükmün, kanunlarla uluslar arası antlaşmalar arasında ikinciler lehine bir normatif hiyerarşi kurmuş olup olmadığı öteden beri doktrinde tartışmalıdır. Bununla beraber, 90. maddede yapılan söz konusu değişiklikten sonra böyle bir hiyerarşinin mevcut olmadığı sonucuna varmak gerekiyor. Çünkü, eğer böyle bir hiyerarşi var olsaydı, sadece insan haklarıyla ilgili antlaşmaların kanunlara üstün olduğunu belirtmek gereksiz olurdu" Erdoğan, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 2004, s. 262; Erdoğan, Mustafa, Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 265.

<sup>22</sup> KABOĞLU, İbrahim, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" , İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 228.

<sup>23</sup> ATAR, s. 350; SABUNCU, bu hükmün doğrudan insan haklarıyla ilgili milletlerarası anlaşmaları kapsadığını ifade etmektedir. SABUNCU, s. 74.

<sup>24</sup> KUZU, Burhan, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" , İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 30.

<sup>25</sup> *Usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalardan başlıcaları şunlardır: Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslar arası Sözleşmesi (1965-2002), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966-2003), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslar arası Sözleşmesi (1966-2003), Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (1979-1985), İşkence ve Başka*

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

düzenleme, kişisel hak ve hürriyetleri, siyasi hak ve hürriyetleri, ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve hürriyetleri kapsadığı gibi yeni kuşak hak ve hürriyetleri de kapsamaktadır. Belirmek gerekir ki, temel hak ve hürriyetlerle ilgili bazı andlaşmalar münhasıran bu konuyu düzenleyebilir, bazı andlaşmalar kısmen bazı andlaşmalarda bir ve birkaç madde ile bu konuyu düzenleyebilir. Tabi burada, münhasıran düzenleme getiren andlaşmalarla kısmen düzenleme getiren andlaşmalarda bir sorun yoktur. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir veya birkaç madde içeren andlaşmalar bakımından, kanun ve andlaşmanın çatışması durumunda, andlaşmaya öncelik verilmesi tabi ki düşünülemez. Ancak bu konuda da söz konusu sorunun andlaşmaya uygun yorum sonucunda çözülmesi düşünülebilir<sup>26</sup>.

---

*Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme (1987/1988), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989/1994), Zorla Çalışma Sözleşmesi (1932/1998), Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948/1993), Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi (1949/1951), Ücret Eşitliği Sözleşmesi (1953/1967), Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (1959/1960), Ayrımcılık Sözleşmesi (Meslek ve Çalışma) (1960/1967), Asgari Yaş Sözleşmesi (1967/1998) Çocukların Çalışmalarının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi (2000/2001), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950/1954), İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 sayılı protokol (1952/1954), İnsan Hakları Sözleşmesine ek 6 sayılı protokol (1983/2003), Avrupa Sosyal Şartı (1961/1989), Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu (1964/1968), Sosyal Güvenlik Avrupa sözleşmesi (1972/1977), GÜLMEZ, Mesut, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale.htm>.15.02.2006; YÜZBAŞIOĞLU, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasıyla ilgili şu öneride bulunmaktadır: "Ulusalüstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği antlaşma hükümleriyle kanunların çatışması halinde, antlaşma hükümleri uygulanır", YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "Oluşturulmakta olan Avrupa Anayasası Doğrultusunda 1982 T.C. Anayasasında Yapılması Gereken Değişiklikler", Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2002, s. 140; GÜLMEZ ise mevcut sorunları ortadan kaldıracak şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan hakları antlaşmaları, bu antlaşmalar ile Anayasa'ya da kapsayan ulusal hukukun çatışmasından doğan tüm uyumsuzluklarda öncelikle uygulanır", GÜLMEZ, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", s. 82.*

<sup>26</sup> PAZARCI, Hüseyin, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 161.

Yapılan değişiklikte “temel hak ve hürriyetler” kavramı yerine, insan hakları kavramının kullanılması daha uygun olurdu. Çünkü, temel hak ve hürriyetler kavramı anayasada düzenlenen hak ve hürriyetleri kapsamaktadır, insan hakları kavramı ise bu kavrama göre daha geniştir<sup>27</sup>. Ayrıca, bilindiği gibi insan hakları öğretisinde, temel/temel olmayan haklar ayrımı giderek terk edilmektedir<sup>28</sup>. Dolayısıyla, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaları”, “insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalar” şeklinde anlamak gerekir<sup>29</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu maddenin gerekçesinde “insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalar” ifadesi yer almıştır.

Kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmanın somut bir olayda uygulanabileceğini söylemek mümkündür<sup>30</sup>. Somut bir olay olmaksızın, soyut olarak kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmanın çatışmasından bahsedebilmek mümkün değildir<sup>31</sup>. Bu

<sup>27</sup> GÖREN, Zafer, Anayasa ve Sorumluluk, Ankara 1995, s. 32.

<sup>28</sup> KABOĞLU, İbrahim, “Hukuka Yeni Düzenleme”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268.20.02.2006>

<sup>29</sup> ERSOY, Uğur, “Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuka Etkisi”, Hukuk Gündemi, Sayı:3, Aralık 2005, s. 67.

<sup>30</sup> ATAR, s. 350.

<sup>31</sup> GÜLMEZ'e göre, dayanağı yasalar olan düzenleyici metinlerdeki farklı kurallar da, uluslararası anlaşmaların temel alınmasını ve çatışma durumunda uygulanmasını gerektirir. Bu görüşe göre, “Anayasa, kanun hükmünde kararnamele kişisel ve siyasal haklar konusunda düzenleme yapılmasını yasaklamış ise de, ekonomik ve sosyal haklar konusunda bu yolu kapatmamıştır. Dolayısıyla, ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir KHK kuralı ile onayladığımız bir anlaşma kuralının çatışması olasıdır ve bu durumda, anlaşmanın öncelikle uygulanması gerekir. Öte yandan, uluslararası anlaşmaların yasayla açık ve doğrudan bir çatışma içinde olmamasına karşın, bu yasaya dayanılarak çıkarılan ve yasaya aykırı bir düzenleme yapan bir tüzük ile çatışması da olanaklıdır. Bu durumda da, kanımca uluslararası anlaşmanın / sözleşmenin uygulanması gerekir. Tüzükteki aykırılığın yönetsel yargı yoluyla giderilmesi olanağının bulunması, bu aykırılık varoldukça uluslararası sözleşmenin uygulanmasına engel değildir. Ek cümlede yalnızca kanunlardan söz edildiği ileri sürülerek, insan haklarıyla ilgili bir sözleşme kuralı yerine yasalar dışındaki ulusal hukukun uyuşmazlığa uygulanması, bu düzenlemenin amacına aykırıdır ve uyuşmazlığın uluslararası denetim ve koruma organlarına taşınmasına yol açacaktır, açmalıdır” GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale.htm>. 15.02.2006.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

durumda ancak aykırılık söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, “farklı hüküm içermeyen” aykırılık sorununu içermemektedir.

Somut bir olayda yani kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma arasındaki çatışmayı tespit edecek ve bunu ortadan kaldıracak, andlaşma veya sözleşmeyi uygulayabilecek mercii, yetkili bir idare organı ya da yargı organı olabilir<sup>32</sup>. Özellikle yargı organlarının çatışmada durumunda, sözleşmeye üstünlük tanımları gerekmektedir. Ancak söz konusu düzenleme yasama organını da bağlayıcı niteliktedir. Yasama organı bir milletler andlaşmayı kabul ettikten sonra, yapacağı kanuni düzenlemelerle andlaşma ile çelişkili olabilecek düzenlemelerden kaçınması gerekir<sup>33</sup>. Ayrıca yeni yapılan bu düzenleme Türkiye'nin imzalamış olduğu, milletlerarası andlaşma niteliği taşımayan milletlerarası temel hak ve özgürlüklere ilgili belgeleri kapsamamaktadır. Başka bir ifadeyle, hukuksal yükümlülük doğurması söz konusu olmayan bildirge ve tavsiye gibi belgeleri kapsamaz<sup>34</sup>. Ancak, GÜLMEZ'inde belirttiği gibi, bu tür belgelerin, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin de çatışma sorununun çözülmesinde göz önünde bulundurulmasına ve esas alınmasına bir engel olmadığını söylemek mümkündür<sup>35</sup>.

Maddede geçen “esas alınır” hükmünün, milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanınması, milletlerarası anlaşmaların öncelikle uygulanması şeklinde anlaşılması gerekir. Yani kanunun bir kenara bırakılarak, milletlerarası anlaşmaların uygulanması demektir<sup>36</sup>.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, kanun milletlerarası anlaşmalardan daha ileri bir hüküm öngörüyorsa, yine de milletlerarası anlaşmalara mı üstünlük tanınacağı konusu tartışmalıdır. KABOĞLU'nun belirttiği gibi, burada 'maksimum standart' ilkesine göre, kanuna öncelik tanınması gerektiği öne sürülebilir. Fakat bu kez, güvence ölçütü ile sınırlama ilkesi arasındaki ayırım sorunu karşımıza çıkar. Daha az sınırlayıcı

---

<sup>32</sup> ATAR, s. 351.

<sup>33</sup> ERSOY, s. 68.

<sup>34</sup> GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale.htm>.15.02.2006.

<sup>35</sup> GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale.htm>.15.02.2006.

<sup>36</sup> GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale.htm>.15.02.2006.



hüküm koyan yasa ile uluslararası belge arasında fark belirebilir. Bu varsayımda yasa uygulanmaz ise, iki ayrı uygulama biçimi ortaya çıkabilir. Birinci olarak güvence konusunda daha ileri ulusal düzenleme geçerli olmalı, sınırlama konusunda ise değil. İkinci olarak ta sınırlandırmada daha az sınırlama getirilen hüküm esas alınmalıdır<sup>37</sup>.

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin andlaşmaların bölgesel ya da evrensel ölçekteki milletlerarası kuruluşlar tarafından kabul edilmiş olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan milletlerarası kuruluşlar tarafından kabul edilmiş olan ve Türkiye'nin onaylamış olduğu temel hak ve hürriyetlere milletlerarası ilişkin andlaşmalar olmasıdır<sup>38</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- kanun çatışmasında iç hukukumuz bakımından Sözleşmenin doğrudan uygulanacağını söyleyebiliriz. Ancak, Sözleşmenin Anayasa ile çatıştığı durumlarda, pozitif hukuk açısından Anayasaya itibar olunacaktır. Sorun iç hukuk açısından bu şekilde çözülmüş olsa da, uyuşmazlık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim mekanizması önüne taşındığı zaman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmeye aykırılık tespitinde bulunursa ve aykırılığında Anayasan kaynaklandığı sonucuna varılırsa, bu durumda Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi çerçevesinde, Anayasa hükümlerinin Sözleşmeye uygun hale getirilmesi gündeme gelebilecektir. Bu bakımdan, Sözleşmenin iç hukuk düzenindeki yerinin ne olduğu konusunun, iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği açısından önem taşırırsa da, Sözleşmenin iç hukuktaki statüsünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı karşısında, çok fazla bir önemi yoktur<sup>39</sup>. Bu sakıncayı önlemek için öncelikle Sözleşmeyi Anayasa ile uyumlu hale getirmek gerekmektedir. Bu konuda, aslında çok fazla bir uyumsuzluk olduğunu söylemek mümkün değildir. İkinci olarak da, Anayasada yapılacak bir düzenleme ile Anayasa Mahkemesine Anayasayı ihmal ederek, doğrudan sözleşmeyi uygulayabileceğine ilişkin bir çatışma kuralına yer verilmesidir<sup>40</sup>. YÜZBAŞIOĞLUNA'na göre, Anayasa- andlaşma çatışması sorununun çözümünde öncelikle soruna, ulusal üstü örgütlerle ilgili yetki paylaşımı konusunun ele alınması gerekir. Bu çerçevede Avrupa birliği gibi ulusal üstü

<sup>37</sup> KABOĞLU, İbrahim, "Hukuka Yeni Düzenleme", <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268.20.02.2006>

<sup>38</sup> GÜLMEZ, Mesut, "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar", <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale.htm.15.02.2006>.

<sup>39</sup> ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s. 77.

<sup>40</sup> YÜZBAŞIOĞLU, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği", s. 35- 36.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

yetkiler kullanan örgütlerin bu yetkilerine Anayasal dayanak kazandırılmalıdır. Ayrıca, andlaşmaların Anayasa ile muhtemel çatışmasını önlemek için, andlaşmaların kabulü ve yürürlüğe girmesi bakımından Anayasa değişikliği ile paralellik kurulmalıdır. Yani andlaşmaların basit çoğunlukla değil, 2/3 çoğunlukla kabul edilmesi benimsenmelidir<sup>41</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, getirilen bu düzenleme sadece temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar açısından bir üstünlük kaydı içermektedir. Oysa Avrupa Birliği müktesabata içinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar yanında Birliğin kuruluş ve işleyişine yönelik pek çok milletlerarası andlaşma bulunmaktadır. İleride Türkiye'nin olası üyeliğinde, bu normların iç hukukta doğrudan ve üstün bir biçimde uygulanabilmesi için yeni bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulacaktır<sup>42</sup>.

AİHS'nin iç hukuktaki yeri konusunda Avrupa ülkeleri arasında farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlar hiyerarşisinde anayasa düzeyinde gören ülke Avusturya'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlar hiyerarşisinde anayasa- üstü düzeyinde gören ülke Hollanda'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini normlar hiyerarşisinde anayasa ile yasalar arasında gören ülkeler: İsviçre, Fransa, Belçika, Yunanistan, Malta, Portekiz, Lüksemburg, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Bulgaristan ve Türkiye'dir . Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yasa düzeyinde gören ülkeler: Almanya, İtalya, San Marino, Finlandiya ve Macaristan'dır<sup>43</sup>.

### 3- MAHKEME KARARLARINDAKİ DURUMU

#### a- 2004 Anayasa Değişikliğinden Önce

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında, milletlerarası bir sözleşmenin, iç hukuk sistemimize yansımaları ve sözleşme kurallarının iç hukuk kurallarına üstünlük taşıyarak uygulanma önceliği bulunup bulunmadığı konusunu tartışmış ve kararında, uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik ve geçerlilik tanınması Anayasal sistemimize ters düşer ve kabul edilemez görüşüne yer vermiştir. Bu karara göre, "Anayasamız; sözü edilen uluslararası sözleşmelerin sadece birer yasa olduğunu vurgulamış, bunların iç hukukta, diğer

<sup>41</sup> YÜZBAŞIOĞLU, "İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", s. 89- 91.

<sup>42</sup> GÖNENÇ, Levent, "2004 Anayasa Değişiklikleri", [http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/makale/2004\\_Degisi\\_klikligi.htm](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/makale/2004_Degisi_klikligi.htm).2.03.2006

<sup>43</sup> YÜZBAŞIOĞLU, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği", s. 28- 29; ANAYURT, s. 76- 77; BİLGÜTAY, Kural, "Bir Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında AİHS'nin Alman Hukukuna Etkisi", <http://www.gunisigihukuk.com/uluslaarasihukuk.html>.27.02.2006.

yasalar karşısında uygulanma önceliği ve üstünlüğü olduğu yolunda bir açıklama veya ibareye yer vermemiştir. Şu duruma göre, uluslararası bir sözleşme yöntemine uygun olarak uygulanmaya konmakla bir yasal tasarrufa dönüşür ve iç hukuktaki yasal kurallarla çatıştığında, sorun, Anayasal ilke ve hukukun bu alandaki kuralları dikkate alınarak çözümlenir. Anayasamızın, 11. maddesinde istisnasız kabul ettiği ilkeye göre; Anayasada yer alan hükümlerin tüm Devlet organları ile yargı kuruluşlarını bağlayacağını öngörmüş ve kurallar hiyerarşisinde en üst yeri Anayasal hükümlere vermiştir. Böyle olunca; kurallar arasındaki çatışmada önceliğin Anayasal hükümlere verilmesi ve uluslararası bir sözleşme kuralı ile Anayasa hükmünün çatışması halinde, Anayasa hükmüne geçerlik tanınması zorunludur. Anayasanın 138/1. maddesinde, Mahkemelerin bu sıralamayı dikkate alması bir kere daha belirlenmiştir. Bu kurallar sonucu olarak denilebilir ki, Anayasal hükümlerle çatışan uluslar arası bir sözleşme kuralının, Anayasal değişiklik gerçekleşmeden veya Anayasal olur sağlanmadan, mahkemelerce, doğrudan uygulanması düşünülemez. Öte yandan, uluslararası sözleşmenin iç hukukta yer alan bir yasal kurala göre öncelik ve üstünlük taşıması veya doğrudan uygulanabilmesi uluslararası anlaşma hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapıp yapılmadığı ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bağlıdır<sup>44</sup>.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında, milletlerarası anlaşmaların iç hukukumuz yönünden bağlayıcı olduğunu belirten bir kararında şu görüşlere yer vermiştir: “Anayasanın 90. maddesine göre ve iç hukukumuz yönünden bağlayıcılık kazanan Uluslar arası sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk nedeniyle, sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasalarda öngörülenden fazla ödemede bulunma eylemleri hukuka uygun sayılmalı hükümlülük kararı verilmemelidir”<sup>45</sup>.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararında doğrudan doğruya milletlerarası sözleşmeyi uygulamıştır. Bu karara göre, “Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Her ne kadar tahsis talep tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1479 sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmüne göre Türk soylu olmayan davacının Bağ- Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, Türkiye Büyük Millet Meclisince çıkarılan kanunla onaylanarak yürürlüğe giren ve böylece iç hukuk kuralı haline gelen Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin 24. maddesinde mültecilere sosyal sigortaya ilişkin yasal hükümlerin aynen uygulanacağı, keza aynı

<sup>44</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 1996/02261, K. 1996/05790, k.t. 18.10.1996.

<sup>45</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2000/4753, K. 2000/5787, k.t. 29.6.2000, YKD, C. 27, Sayı:5, Mayıs 2001, s. 756, 757.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

doğrultuda Vatandaşlarla, Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında 118 sayılı Uluslar arası Çalışma Sözleşmesinin 3 ve 10. maddelerinde mütakabiliyet şartı aranmaksızın mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınacağına dair hükümler karşısında aksi yönde düzenleme içeren 1479 sayılı Kanunun 24/II-b maddesi hükmünün göz ardı edilerek uygulama önceliği bulunan uluslar arası sözleşme hükümlerinin davaya uygulanarak, mülteci olan davacıya 1479 sayılı Kanunun 35. maddesi şartları oluştuğunda yaşlılık aylığı bağlanması gerekir. O halde mahkemenin davayı kabul gerekçesinin genel nitelikteki hakkaniyet kuralına değil, davacıya sosyal güvenlik hakkı ve yaşlılık aylığı tahsis imkanı sağlayan sözleşme hükümlerine dayanması gerektiğinden gerekçenin bu şekilde kabulü gerekir”<sup>46</sup>.

Danıştay Beşinci Dairesi, iç hukuk yönünden milletlerarası andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir. Bu karara göre, “Uluslar arası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslar arası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylayarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı bir hüküm taşısa bile uygulanmaktan alınulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada Devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile Anayasa çatışıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir(...) Anayasanın 90. maddesinde yer alan kanun hükmünde sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslar arası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç

---

<sup>46</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2003/1898, K.2003/3807, k.t.24.4.2003, YKD, C.30, Sayı:4, Nisan 2004, s. 552- 554; Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E. 2002/25183, K. 2004/10469, k.t.13.5.2004, YKD, C.30, Sayı:8, Ağustos 2004, s. 1288- 1290.

hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır”<sup>47</sup>.

Danıştay 10. Dairesi kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının Avrupa İnsan Hakları sözleşmenin 11. maddesinde güvence altına alındığını belirterek kararında bu maddeye atıfta bulunmuştur. Daire bu kararında, uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda yaratmış olduğu etkiyi Anayasal boyut içerisinde değerlendirdikten sonra, Çalışanların sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakları temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğunu, temel hak ve özgürlükler kapsamı içindeki bir hakkın sadece Anayasa’da yer almadığı gerekçesiyle kullanılmasının engellenemeyeceği gerekçesiyle genelgeyi iptal etmiştir<sup>48</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında bırakan Anayasanın 125/2. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkı ile ilgili 6/1. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa kuralının ihmal edilip sözleşmenin uygulanması yönündeki talebi reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Usulüne göre yayınlanıp kanun hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir. Yoksa Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu nedenle çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bir antlaşma hükmü, ayrıca Anayasa hükmü yerinde uygulanamaz. Daha açık bir deyimle, bir Anayasa hükmü, andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez. Aksi hal, Devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer. Bu nedenle Anayasa’nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hukuki denetim yasağı böylesi bir yaklaşımla da aşılmaz”<sup>49</sup>.

Sivas Sulh Ceza Mahkemesi bir kararında, milletlerarası normların iç hukukta üstün olduğuna karar vermiştir. Bu karara göre, “AİHS 1954 yılında onaylanmıştır. Anayasa’nın 90. maddesi gereğince Sözleşme, Anayasa’ya aykırılığı dahi iddia edilemeyen yasa hükmündedir. Bu nedenle Sözleşme, Anayasa’ya aykırılığı iddia edilebilecek olan diğer yasalara göre daha güçlü

<sup>47</sup> Danıştay Beşinci Dairesi, E. 1986/1723, K. 1991/933, k.t. 22.5.1991, Danıştay Dergisi, Yıl:22, Sayı: 84- 85, 1992, s. 321- 328.

<sup>48</sup> Danıştay Onuncu Dairesi, E. 1991/1262, K. 1992/3911, k.t. 10.11.1992, Danıştay Dergisi, Yıl:23, Sayı: 87, 1993, s. 529- 533; Danıştay Birinci Dairesi, E. 1992/136, K. 1992/147, k.t. 22.4.1992, Danıştay Dergisi, Yıl:23, Sayı: 86, 1993, s. 52- 61

<sup>49</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Daire, E. 1997/147, K. 1998/200, k.t. 22.1.1998, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı:12, Ankara 1998, s. 1132- 1152.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

niteliğe sahip bir hukuk normudur. Ayrıca Mahkememizce, öncelikle uygulanması ve temel insan hak ve özgürlüklerini düzenlediği için diğer yasalara oranla üstün tutulması gerektiği düşünülen bir hukuk normudur”<sup>50</sup>.

Konya 1. İdare Mahkemesi, bir kararında, somut olayı hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirmiş ve kararını Anayasaya göre vermiştir. Bu karar göre, “Gerek Anayasa hükümleri gerekse anılan sözleşme maddesi uyarınca; Devlet, ailenin korunması geliştirilmesi ve aile hayatına saygı anlamında, pozitif ve negatif yükümlülükler altına girmiş bulunmaktadır. Buna göre, Devlet, kişilerin aile hayatını bozucu eylem ve işlemlerde bulunamayacağı gibi, bu tür eylem ve işlemlere maruz kalmamaları için gerekli tedbirleri de almakla yükümlüdür (...) Normlar hiyerarşisi uyarınca üst hukuk norm Anayasa ile ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ile güvence altına alınan aile birliği kavramının yönetmelik hükümleri ile ortadan kaldırılması mümkün değildir”<sup>51</sup>. bir başka kararında Konya 1. İdare Mahkemesi, AİHM kararlarına yer vermek suretiyle, kararını Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine atıfta bulunarak vermiştir: “AİHM’sinin 23.09.1981 günlü Sporong ve Lonroth kararında, kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, davacının taşınmazının planda okul alanı olarak ayrılması gerek mevzuata gerek kamu yararına uygun olmakla birlikte 13 yıl boyunca ve belirsiz süreli, kısıtlı halde bırakılmış olması ve davacının bu kısıtlılığın kaldırılması talebinin reddinde, yukarıda anılan Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve yasaya uyarlık bulunmamaktadır”<sup>52</sup>.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında milletlerarası andlaşmalara değinmekle birlikte bunları bağımsız ölçü norm olarak kullanmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında milletlerarası andlaşmalar destek ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, kararlarında, milletlerarası andlaşmalarla Anayasa arasında uyum olduğunu kararlarında vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasa’ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayırımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır. Ulusların ortak insanlık ideallerini yansıtan bu belgelerde,

---

<sup>50</sup> Sivas Sulh Ceza Mahkemesi, E. 2004/19, K. 2004/16, k. t. 20.01.2004, Naklen, ARIKAN, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" s. 109- 110.

<sup>51</sup> Konya 1. İdare Mahkemesi, E. 2003/221, K. 2003/1543, k. t. 31.12.2003

<sup>52</sup> Konya 1. İdare Mahkemesi, E. 2002/1701, K. 2003/1538, k. t. 24.12.2003.

hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış noktasını eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Uluslararası metinlerde temel bir ilke olarak yerini koruyan eşitlik in zaman içinde insana verilen değerin artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesiyle soyuttan somuta indirgenerek birçok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğu görülmektedir. Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir”.<sup>53</sup>

Bir başka kararında Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmalarla Anayasa arasında uyum olduğuna dikkat çekmektedir. Bu karara göre, “Medeni Yasa’nın 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleğini yürütmesine izin vermesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş Kadın, erkek eşitliği ve karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle Türk Medeni Kanunu’nun 159. maddesinin tümüyle iptali gerekir”.<sup>54</sup>

Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmaların Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde olduğunu, KHK’nin ya da kanunun sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, anayasal denetim kapsamına girmediğini belirtmiştir. Bu karara göre, “Davacının, maddenin bu fıkrasının, İLO (Uluslararası Çalışma Örgütü) ile yapılan ve Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konan 98 ve 111 sayılı sözleşmelerde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırı düştüğü yönündeki savı, uluslararası andlaşmaların Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde sayılması, KHK’nin ya da yasanın sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, anayasal denetim kapsamına girmemesi nedeniyle inceleme konusu dışında tutulmuştur”.<sup>55</sup> Bi başka kararında Anayasa Mahkemesi milletlerarası andlaşmalara atıfta bulunmuştur: “Birleşmiş Milletler Teşkilâtına üye olan devletlerce, bütün insanlara tanınan temel hakları belirten ve bildiren, 10/12/1948 tarihinde kabul edilmiş İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesinin ikinci fıkrasında; Analık ve çocukluk, özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar aynı sosyal korunmadan faydalanırlar denilmiştir. Aynı beyannamenin 16. maddesinde de, ailenin toplumun doğal ve temel ögesi olduğu ve bu nedenle toplumun ve devletin korunmasından yararlanması gerektiği belirtilmiştir. 18/10/1961 tarihli Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası’nın 17. maddesinde ise; Evlilik durumuna ve aile bağlarına bakılmadan ana ve çocuğun

<sup>53</sup> AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, k.t. 23.9.1996, AMKD, Sayı: 32/2, s. 807.

<sup>54</sup> AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29.11.1990, AMKD, Sayı: 27/1, s. 61.

<sup>55</sup> AYM, E. 1988/5, K. 1988/55, k.t. 22.12.1988, AMKD, Sayı: 24, s. 501.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

sosyal durumuna uygun iktisadi korunmaya hakkı vardır denilmektedir. Türkiye tarafından da imzalanan ve onaylanan bu temel metinler; genelde, çocuğun, evlilik içinde ve dışında doğduğuna bakılmaksızın, kişiliğini geliştirmesi ve ileride topluma sağlıklı bir birey olarak katılabilmesi için gerekli her türlü olanaktan yararlandırılmasını öngörmektedir. Keza, Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Ekonomik ve Sosyal Kurulunun, 18/5/1973 tarihli kararında, sahih ve sahih olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları ilke olarak kabul edilmiştir. Uzmanlar komitesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine verilmek üzere, Avrupa İşbirliği Komitesine, evlilik dışı çocukların hukuki durumuna ilişkin bir anlaşma tasarısı sunmuştur. Evlilik dışı çocuklar hakkındaki tasan ile üye devletleri, temel hükümler açısından kanunları birleştirmeye yöneltmek amaçlanmış olup, çoğu devletler anlaşmalara uymak ve Medeni Kanunlarını değiştirmek yoluna gitmişlerdir<sup>56</sup>.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu ile Milletlerarası andlaşmalar arasında çatışma bulunmadığını, gerek iç hukukta gerekse Milletlerarası sözleşmelerde hak veya özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan etkinlik veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. “Davalı Parti savunmalarında, Türkiye’nin başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere kimi uluslararası sözleşmeleri kabul ettiğini, iç hukuk normu ile ulusalüstü norm arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, mahkemelerin ulusalüstü normu doğrudan uygulaması gerektiğini, ulusalüstü normların iç hukuka üstün ve bağlayıcı olduğunu ileri sürmüştür. Siyasî parti kapatma davalarında da, diğer davalarda olduğu gibi Anayasa’nın yanısıra usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan andlaşma kurallarının da gözetilmesi doğaldır. Bu nedenle, kararlarda, ilgisi oranında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası gibi insan hakları konusundaki uluslararası sözleşmelere yollamada bulunmaktadır. Esasen bu sözleşmeler kapsamındaki hak ve özgürlüklerin tümüne yakın bölümü Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin barışçı amaçlarla dernek kurma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlık ve ahlâk veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ancak yasalarla kısıtlamalar getirilebileceği kabul edilmiştir. Öte yandan, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 30. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesinde, Bildirge veya Sözleşmenin hiçbir hükmünün, burada ileri sürülen hak veya özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan etkinlik veya eylemde bulunma

---

<sup>56</sup> E. 1987/1, K. 1987/18, k.t. 11/9/1987, AMKD, Sayı:23, s. 305- 306.



hakkını verir biçimde yorumlanamayacağı belirtilmiştir(...) Bu amacın, Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleriyle, 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesi karşısında olduğu kadar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 30. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi karşısında da korunma göremeyeceği kuşkusuzdur. Bu durumda, ulusal normlarla ulusüstü normlar arasında bir çatışma bulunmadığından, davalı Parti'nin konuya ilişkin savları üzerinde durulmasına gerek görülmemiştir<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi ise bir kararında doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uygulamamış ancak sözleşmenin Anayasa ile uyumlu olduğuna işaret etmiştir. Bu karara göre, “Davalı parti, savunmalarında, uluslararası sözleşmelerin düşünce açıklanmasından dolayı bir partinin kapatılmasına olur vermediğini, bu nedenle, Siyasî Partiler Yasası'nın ilgili kuralları yerine iç hukukumuza göre yasa hükmünde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanması gerektiğini bildirmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası davada Sözleşme'ye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme siyasî parti kapatma davalarında uygulanacak somut kuralları da içermemektedir. Bu nedenlerle, davada Siyasî Partiler Yasası hükümlerinin ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili kurallarının doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır... Anayasa'ya aykırılık savında bulunulamayan böyle bir durumda, 2820 sayılı Yasa'nın 89. maddesi yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanması gerekir. Çünkü, Anayasa'nın 90. maddesine göre bu Sözleşme, uygulanması gereken kanun hükmündedir. Maddeye göre, ulusal yasalarda değişiklik gerektiren anlaşmalar Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayını öngören bir yasayla uygun bulunduğundan, kanun hükmündeki sözleşmeler için gerekli olan yasama organı iradesi de yerine getirilmiş olur. Kaldı ki, uygulanması arzu edilmeyen Sözleşme kuralları için “çekince” de konulabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 11. maddeleri siyasî partileri de kapsayan örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlarını belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Divanının kararlarında da bu konuda somut görüşlere yer verilmiştir. Buna göre, barışçı yolları amaç edinenlerin şiddete başvurmadan her ortamda düşüncelerini örgütlü ya da örgütsüz ifade edebilmeleri “demokratik toplum düzeninin” vazgeçilmez koşuludur. Bu düşünceler, hoşla gitmeyen ya da toplumu rahatsız eder nitelikte olabilir, ama yine de bunları engelleyen sınırlamalar getirilemez. Siyasî Partiler Yasası'nın 89. maddesinde öngörülen

<sup>57</sup> AYM, E. 1999/2, K.2001/2, k.t. 22.6.2001, Resmi Gazete, 5.1.2002, Sayı: 24631 (Mükerrer)

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

parti kapatma nedeni, örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü kullanılamaz duruma getiren bir sınırlama içermektedir. Bu sınırlama Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz...” kuralına açıkça aykırıdır. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağı öngörülmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yapılan açık bir yollamadır. Başka bir anlatımla, Sözleşme'ye 13. madde kapsamında anayasal bir düzey kazandırılmıştır. Sözleşme, demokratik devletlerin hak ve özgürlük konusunda ortaklaşa saptadıkları referans normları içermektedir. Bu nedenle, 13. madde ile demokratik toplum düzeninin gereklerine yapılan yollama, Sözleşme'nin uygulanmasını zorunlu kılar. Ayrıca, birbiriyle çelişen iki yasa arasında özel-genel ya da önceki-sonraki yasa ayrımları yapılarak Anayasa'ya açıkça aykırı bir yasaya öncelik tanımak Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, Anayasa'nın 13. maddesiyle uyum içinde olan Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri gereğince şiddete başvurmadan bir düşünceyi açıklamaktan başka eylemi bulunmayan Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması için yapılan başvurunun reddi gerekir”<sup>58</sup>.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıfta bulunmuştur: “Öte yandan Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol'ün 1. maddesinde: Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez denilmektedir. Nitekim bu kural uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen değişik davalarda kamulaştırmasız el koymayı mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme Papamichalopoulos-Yunanistan (No:14556/89) Carbonara & Venture-İtalya (No: 24638/94) ve Belvedere Alberghiera S.R.L.-İtalya (No: 31524/96) davalarında Yunan Deniz Kuvvetleri ve İtalyan Belediyelerinin kamulaştırmasız elatmalarını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmişti”<sup>59</sup>. “Davalı Parti savunmalarında, Türkiye'nin başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere kimi uluslararası sözleşmeleri kabul ettiğini, iç hukuk normu ile ulusalüstü

<sup>58</sup> AYM, E. 1996/3, K.1997/3, k.t. 22.5.1997, AMKD, Sayı: 36/2, s. 1020- 1027.

<sup>59</sup> AYM, E. 2002/112, K. 2003/33, k.t. 10.4.2003, Resmi Gazete, 4.11.2003, Sayı: 25279.

norm arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, ulusal mahkemelerin ulusalüstü normu doğrudan uygulaması gerektiğini, zira ulusalüstü insan hakları normlarının, iç hukuka üstün ve bağlayıcı normlar olduğunu ileri sürmüştür. Cumhuriyet Başsavcılığı ise bu görüşün yerinde olmadığını, uluslararası belgelerle, andlaşma ve sözleşmelerin ülke ve ulus bütünlüğünü bozucu görüşlere yer vermediğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, siyasî parti kapatma davalarında usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma kurallarını da gözetmektedir. Bu bağlamda kimi kararlarda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunulmuştur. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır. Öncelikle hakları kullanmanın, özgürlüklerden yararlanmanın sınırsız olmadığını vurgulayan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 29. ve 30. maddeleri, içerik olarak demokratik düzeni yıkıcı söz ve eylemlere karşı sınırlamalar getirilmesinin ve önlemler alınmasının dayanağını oluşturur. Davalı Parti'nin programı ile bunu destekleyen yazılı ve sözlü savunmalarında Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde yaşayan ayrı dili ve kültürü olan bir Kürt Ulusu'nun varlığı ileri sürülmektedir. Millî yapıya aykırı milliyetler savı, etnik sözcüğünün getirdiği ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında geçen ulusal güvenlik ve düzenin korunması ilkesine aykırılık oluşturur. Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı da ırkçılığı, etnik düşmanlığı ve terörizmi kınamış, ülke bütünlüğünü ve demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan hareketlere girişen kişi, grup ve örgütlere karşı koruma ve kollama sorumluluğunu uluslararası bir çağrı olarak kabul etmiştir. Görüldüğü gibi, uluslararası kurallar, devlet, ülke ve ulus bütünlüğünün bozulmasına olanak tanımamaktadır”<sup>60</sup>.

Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda şu görüşlere yer vermiştir: “Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hattâ Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa

<sup>60</sup> AYM, E. 1996/1, K. 1997/1, k.t. 14.2.1997, Resmi Gazete, 26.6.1998, Sayı: 23384.

AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

çıkartılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurullarla sorunun çözümü gerekir”<sup>61</sup>.

#### **b- 2004 Anayasa Değişikliğinden Sonra**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AIHM kararlarına atıfta bulunmaktadır. Bu karara göre, “Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası gereğince iç hukukumuzun parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre kurulan ve Türkiye’nin de yetkisini tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde garanti altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokratik toplumlardaki önemini bu konuya ilişkin davaların hemen hepsinde açıkça ifade etmektedir(...) Anayasamızın 90/son fıkrasına göre AIHM kararlarının bağlayıcılığı, Anayasa ve yasalarda meydana gelen değişiklikler de göz önüne alındığında, dava konusu yazının bütünü itibarıyla bizatihi şiddeti de tavsiye etmediği ağır eleştiri niteliğinde olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca fiil, müsnet suç tipi açısından tipik olmadığı için iddianamede gösterilen suç oluşmamıştır”<sup>62</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, milletlerarası andlaşmaların Anayasaya aykırılığı iddia edilemeyeceği için bu andlaşmaların Anayasa ile birlikte yorumlanması gerektiği görüşüne yer vermiştir. Bu karara göre, “Kapatma davasının konusu olan tüzük kuralını ulusal ve uluslar arası hukuk çerçevesinde değerlendirmen önce Anayasanın 90/son maddesi ile oluşan durum üzerinde durmak, bu düzenlemenin anlamını ortaya koyma gerekir. Son fıkraya eklenen cümlede aynen; Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır denmektedir. Bu düzenleme, ulusal hukuk ile uluslararası sözleşmeler arasında oluşabilecek çatışma sorununa çözüm getirmeyi amaçlamıştır. 90. madde uyarınca uluslar arası andlaşmaların

---

<sup>61</sup> E. 1996/55, K. 1997/33, k.t. 27.2.1997, AMKD, Sayı:37/1, s. 93- 97.

<sup>62</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/8-201, K. 2005/30, k.t.15.3.2005, YKD, C:31, Sayı:7, Temmuz 2005, s. 1060- 1146.

Anayasaya aykırılığı iddia edilemeyeceği için bu andlaşmaların Anayasa ile birlikte yorumlanması gerekecektir”<sup>63</sup>.

Ankara 5. İdare Mahkemesi, Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişikliği de göz önünde bulundurarak 2004 yılında verdiği bir kararda Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesini 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre üstün tutarak Sözleşmeyi uygulamıştır. Mahkeme bu kararında şu görüşlere yer vermiştir: “5170 sayılı Yasa’nın 7. maddesi ile yapılan değişikliğin Anayasa Komisyonu’nda yapılan görüşmeler neticesinde gerekçesi; ‘uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir’ şeklindedir. Yasa koyucu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar demek suretiyle yargı yetkisini Türk milleti adına kullanan ‘adli, idari ve askeri yargı’ yerleri ile birlikte yasama ve yürütme organının da yeni kural çerçevesinde hareket etmeleri gerektiğini belirtmiştir(...)Adil yargılanma hakkının tam ve koşulsuz gerçekleşmesi ve mahkemeye başvurma hakkının güvenceye alınması konularında sınırsız hükümler içermesi nedeniyle birçok ulusal ve uluslararası kurallara göre ileri durumda bulunan Sözleşmenin kısıtlayıcı hükümler içeren kurallara göre öncelikli kabul edilerek uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması çağdaş hukuk anlayışının doğal bir sonucudur. Buna göre, hak arama özgürlüğüne yönelik temel hükümler içeren ve uluslararası ölçekli insan hakları hukukunun kaynağı olan ve Türkiye tarafından da imzalanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin ‘adil yargılanma hakkı’ başlıklı 14. maddesinin mahkemeye başvurma hakkının hiçbir şekilde kısıtlanmamasını öngören hükümleri ile ‘uyarma’ ve ‘kınama’ cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, Anayasa’nın 90. maddesinde yargı organlarını da bağlayıcı şekilde yapılan değişiklik sonrasında oluşan son hukuki durum karşısında, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslar arası Sözleşmesinin 14/1. maddesinin bu uyuşmazlıkta esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre, ‘uyarma’ ve ‘kınama’ cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, ‘adil yargılanma hakkı’, ‘hak arama özgürlüğü’ ve ‘mahkemeye başvurma hakkı’ ilkeleri doğrultusunda dava

<sup>63</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2005/9-320, K. 2005/355, k.t.25.5.2005, YKD, C.31, Sayı:10, Ekim 2005, s. 1501- 1525; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/8-130, K. 2004/206, k.t.23.11.2004, YKD, C.31, Sayı:3, Mart 2005, s. 404- 465.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

açılması gerektiğini kurala bağlayan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/B-a maddesi uyarınca verilen 'kınama' cezasına karşı dava açılabileceği kanaatiyle davanın esas yönünden çözümlenmesi yapılacaktır.”<sup>64</sup>.

İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi, İç hukuk ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin çeliştiğini bu durumda Sözleşmenin 11. maddesinin iç hukukun üstünde olduğundan, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesini uygulamıştır. Mahkemenin bu kararına göre, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi dernek kurma ve toplantı özgürlüğü altında nispi bir hak düzenlediği, 11. maddenin 1. fıkrasında herkesin asayiş bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla sendika kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahip oldukları aynı maddenin 2. bendinde ise bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla sınırlanabileceğine dair hüküm getirdiği, herhangi bir kapatma hükmü getirmediği, İç hukukumuzda ise bu düzenlemenin tersine derneğin feshi hükmü getirdiği, İç hukuk ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin çelişiyor olsa dahi artık sözleşmenin 11. maddesinin iç hukukun üstünde olduğundan konusunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi çerçevesinde çözülmesi gerekmekte olup, barışçıl bir derneğin, ancak demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, kamu düzeninin korunması ve sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi yanında sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçları ile faaliyetleri sınırlanabilecektir. Hakkında dava açılan İnsan Hakları Gündemi Derneği'nin yukarıda anılan nedenlerle eksikliklerin süresi içinde yerine getirilmediğinden dolayı feshine karar verilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesine göre mümkün görülmemiş ve fesih kararının verilmesinin hakkaniyet ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacağı göz önüne alınarak mahkememizce davanın reddi yönünde karar vermek gerekmiştir”<sup>65</sup>.

Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Anayasanın da üstünde olduğuna karar vermiştir. Bu karara göre, “Emekliye sev nedenleri gizli olduğu için bildirilmemiş, neden belirtilmediğinden savunma hakkı kısıtlanmıştır. Bu AIHS'nin adil yargılanma

<sup>64</sup> Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2003-1796, K. 2004-1212, k.t. 29.06.2004.

<sup>65</sup> İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2004/150, K. 2004/488, k.t. 28.09.2004, Naklen, ARSLAN, s. 225.

hakkı ile ilgili 6. maddesine aykırıdır. Bu Sözleşme, TC Devleti ve vatandaşlarını bağlayıcıdır. Anayasa da dahil diğer iç mevzuat üzerinde olarak uyulması gereken bir hukuk kuralı haline gelmiştir”<sup>66</sup>.

Konya 1. İdare Mahkemesi, bir kararında, bir derneğin miting başvurusunun tertip heyeti gösterilmediği için reddi işlemini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.maddesini de ele alınarak değerlendirmiştir. Bu karara göre, “Anayasanın 34. maddesi uyarınca, Herkes, önceden izin almaksızın, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olup, bu hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usulleri kanunda gösterilir. Bunun yanında Anayasanın (işlem tarihinde yürürlükte olan şekliyle) 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Nitekim anılan maddenin son fıkrasına 5170 sayılı Kanun ile bir cümle eklenmiş ve; temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunlar arasında çelişki nedeniyle uyumsuzluk çıkarsa milletlerarası andlaşma hükmünün esas olacağı belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1954 yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de yukarıda anılan Anayasa hükmü uyarınca önce uzun yıllar kanun gücünde yürürlük arz etmiş olup 5170 sayılı Yasa ile de 25.05.2004 tarihinden itibaren Kanunun üstünde bir mevzuat hükmü olarak hukuk dünyasında yerini almıştır. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin de temas ettiği konularda uyulması zorunlu kanun üstü bir iç mevzuat olduğunu belirlemek gerekir”<sup>67</sup>.

Konya 1. İdare Mahkemesi, bir başka kararında işlemin kanuna uygun ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Bu karara göre, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ve 12 nolu ek protokolün 1. maddesi uyarınca, aileden kaynaklanan hakları korumak ve cinsiyete göre ayrımcılık yapmamak devletin görevi olup, bu ilkelere yukarıda anılan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır. Nitekim, bakıma muhtaç ve spastik özürli çocuğun anne pasaportuna işlenmemesi, aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesinin ihlali sonucunu doğurur. Yine engelli hali dikkate alınmadan ve kız çocuk için aranmazken sadece erkek çocuk için reşit olmama koşulu aranması, 12 nolu ek protokolün 1. maddesinde düzenlenen cinsiyet yönünden ayrımcılık yapmama ilkesinin ihlali anlamına gelir. Bu durumda dava konusu işlem her ne kadar

<sup>66</sup> Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2003/1053, K. 2004/491, k. t. 8.9.2004, Naklen, ARIKAN, Ayşe Saadet, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" , İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 110.

<sup>67</sup> Konya 1. İdare Mahkemesi, E. 2003/596, K. 2004/502, k. t. 02.06.2004.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

kanun hükmüne uygun ise de, Anayasanın 90. maddesi gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ve 12 nolu ek protokolün 1. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir”<sup>68</sup>

Genel olarak bakıldığında, mahkemelerimizin değişiklik öncesi milletlerarası andlaşmaları uygulamakta çekingen davranmaktadırlar. Getirilen değişiklik, temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası sözleşme hükümlerine üstünlük tanımada çekingen davranan mahkemelerimizin doğrudan bu milletlerarası sözleşme hükümlerini uygulamasına imkan tanıyacak niteliktedir<sup>69</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi, söz konusu andlaşmaları Anayasaya uygunluk denetiminde dayanılan kurallar statüsünde değil, gözetilen ya da yollamada bulunan kurallar statüsünde değerlendirmektedir<sup>70</sup>. Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin hukuki denetimini yaparken, Siyasi Partiler kanunundaki hükümlerle, temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalardaki hükümlerin çatışmasında andlaşma hükümlerini uygulaması gerekir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi bu tür denetimde, norm denetimi yapan mahkeme değil, bir davaya bakan mahkeme durumundadır<sup>71</sup>

Değişiklikten sonra genel bir uygulama olmamakla birlikte mahkemelerimizin değişiklik yönünde kararlarına da rastlanmaktadır. Bu kararların giderek artması yeni yapılan düzenlemenin amacına daha uygun düşecektir. Özellikle doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip olan Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin diğer organlar gibi yargı organlarınca da dikkate alınması gerekmektedir<sup>72</sup>. Yargı organları, bundan böyle, hak ve hürriyetler lehine olmayan kanun hükmünü ihmal edebilecektir<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Konya 1. İdare Mahkemesi, E. 2003/787, K. 2004/1179, k. t. 24.11.2004.

<sup>69</sup> BAŞLAR, Kemal, “Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu”, <http://www.turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=51.13.02.2006>

<sup>70</sup> SUNAY, Reyhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, Ankara 2003, s. 11.

<sup>71</sup> ATAR, s. 351.

<sup>72</sup> TUNÇ, Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk iç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 188; “Türkiye'nin, uluslararası insan hakları hukukunun temel kuralları ile iç hukuku arasında bir çatışma ya da bir zıtlık olması halinde, uluslararası normun tercih edilmesi gerektiğine ilişkin bir anayasal değişikliği kotarması, elbette bu anlayışa uygun bir hukuk uygulamasını da birlikte doğurmalıdır. Bunun, sadece bir anayasal değişiklik ile sınırlı kalmaması, ama adli ve idari tüm kamu personelinin, bu anlayışa uygun



## SONUÇ

Genel olarak yüksek mahkemelerimizin insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaları referans norm olarak kullandıklarını görmekteyiz. Doğrudan doğruya milletlerarası andlaşmalara dayanılarak oluşmuş mahkeme kararlarının sayısı ise çok azdır. Bu konuda bu tür andlaşmalara bazı kararlarında üstünlük veren Yargıtay, Danıştay ve ilk derece mahkemesi kararları bulunmaktadır. 2004 Anayasa değişikliğinden sonra genel bir uygulama olmamakla birlikte mahkemelerimizin değişiklik yönünde kararlarına da rastlanmaktadır. Bu kararların giderek artması yeni yapılan düzenlemenin amacına daha uygun düşecektir. Özellikle doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin diğer organlar gibi yargı organlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Yargı organları, bundan böyle, hak ve hürriyetler lehine olmayan kanun hükmünü ihmal edebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, milletlerarası anlaşmaların anayasa ile çatıştığında hangisine üstünlük tanınacağı konusu hala belirsizdir. Anayasa ile insan haklarına ilişkin anlaşmalar arasındaki bir çatışmada, mevcut düzenlemeye göre anlaşmaların anayasadan üstün olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu konuda yeni bir düzenleme yapılarak söz konusu belirsizliğin giderilmesinde fayda vardır. Özellikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olan sözleşmeler bakımından ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku konusunda söz konusu hükümlerin birlikte yorumlanmasına imkan tanınması ve hürriyetler açısından kişiler lehine olan düzenlemelerin esas alınmasında fayda vardır. Bu gibi durumlarda doğacak sakıncaları önlemek için, bu tür sözleşmelerin ödenetiminin Anayasa Mahkemesine vermek gerekir<sup>74</sup>. Anayasa Mahkemesi tarafından, bu sözleşmenin, Anayasa ile birlikte uygulanması ve Avrupa Birliğine üyelik yolunda ilerleyen Ülkemiz açısından, bu amacın gerçekleştirilmesine daha uygun düşecektir. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı gibi, “ İnsan Haklarını ve Ana

---

olarak, 'insanı görme' kabiliyetini edinmesi ve artırması için bir eğitim ve ayrıca etkili bir denetime tabi tutulması da şarttır” TARHANLI, Turgut, Radikal Gazetesi, 19.08.2001.

<sup>73</sup> KABOĞLU, İbrahim, “Hukuka Yeni Düzenleme”,  
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268.20.02.2006>.

<sup>74</sup> KABOĞLU, İbrahim, “Hukuka Yeni Düzenleme”,  
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268.20.02.2006>.

## AY. m.90 Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır<sup>75</sup>.

Anayasanın milletlerarası andlaşmalara aykırılık iddiası yasağı getirmesi karşısında, çatışan hükümleri Anayasa ile birlikte düşünmeyi Anayasa ile birlikte yorumlamayı gerektirmektedir. Uluslararası gelişmeleri bir ülkedeki Anayasa düzenine yansıtmanın yolu, Anayasa yorumlarında andlaşmaların yardımına başvurma ile olabilecektir<sup>76</sup>. Yine, Türk hukuk düzeninde, kurallar hiyerarşisinin belirlenmesinde, Anayasanın 90. maddesi yanında, Anayasanın, 2, 15, 16, 42 ve 92. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekir<sup>77</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesinde, konuya etki ve doğurduğu sonuçlar açısından yaklaşmak daha yerinde gözükmemektedir. Avrupa Birliği uyum sürecinde, mevzuatın, sözleşmeye uygun hale getirilmesi gereği, Sözleşmenin üstünlüğünü kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır<sup>78</sup>. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukta uygulanmasını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından bağımsız düşünmek mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını kapsayacak şekilde düşünmek gerekmektedir<sup>79</sup>. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gibi özellikle insan hakları metinleri, yargı organları ve Anayasa koyucuyu da bağlayan kanun üstü metinlerdir<sup>80</sup>.

Yeni düzenlemenin getirdiği sakıncaları ortadan kaldırmanın yolu, öncelikle insan hakları lehine düzenlemelerin tercih edilmesi olacaktır. Eğer

---

<sup>75</sup> AYM, E. 1996/1, K. 1997/1, k.t. 14.2.1997, Resmi Gazete, 26.6.1998, Sayı: 23384.

<sup>76</sup> SOYSAL, s. 16- 17; MEMİŞ, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 161- 162; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi", VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7- 10 Mayıs 1990, (Türk Raporu), Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 17, C. 2, s. 34.

<sup>77</sup> ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" , İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 135.

<sup>78</sup> KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 404.

<sup>79</sup> ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Türkiye Kararları, İstanbul 2003, s. 31- 32.

<sup>80</sup> FENDOĞLU, H. Tahsin, "Uluslar arası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 381.

kanun andlaşmaya göre daha ileri bir düzenleme öngörmüşse, bu durumda kanunun tercih edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, yapılacak bir Anayasa değişikliği ile hem Milletlerarası andlaşmalar hem de Avrupa Birliği gibi ulusal üstü örgütlerin yetkileri bakımından çatışma kurallarına ve özel kurallara yer vermek gerekir<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> YÜZBAŞIOĞLU, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", s. 90- 91.



**ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETİMİ BAĞLAMINDA  
ANAYASA MAHKEMESİNİN MEŞRUIYETİ  
(Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)**

**DR. MUSA SAĞLAM\***

**ÖZET**

20 yy.da, özellikle II. Dünya Savaşından sonra, Batı Avrupa'da da yaygın olarak kurulan Anayasa Mahkemeleri günümüzde demokratik sistemin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak hâlâ bu kurumun meşruiyetinin temelleri ve demokratik sistemdeki yeri konusundaki tartışmalar devam etmektedir. Ülkemizde de özellikle 1961 Anayasası döneminde Mahkeme verdiği kararlarla sürekli olarak tartışmaların odağında bulunmuştur. Türk ve Fransız anayasa yargısı deneyimi ışığında iddia edebiliriz ki Mahkeme "siyasi ve hukuki planda son sözün Egemene, halka veya onu meşru olarak temsil edenlere ait olduğu kabul ettiği" ölçüde bu tartışmalar en aza inmektedir. O halde Anayasa Mahkemesinin meşruiyetini onun "Egemene tabi olmasına" bağlayabiliriz. "Egemen ise halktır".

**Anahtar kelimeler:**

*Türk Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa Değişikliklerinin Denetimi, Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti, Kurucu İktidar.*

**ABSTRACT**

Constitutional courts, which are commonly established in Western Europe especially after World War II, are considered as an inevitable element of the democratic life today. However, an absolute consensus has not been reached among the jurists and the politicians about the legitimacy of this institution and its place in the democratic system yet. As such, the Turkish Constitutional Court was in the center of debates under the Constitution of 1961, because of its decisions. In the light of the Turkish and French experiences we can assert that as long as constitutional courts give up the last say in legal and political sense to the Sovereign, which refers to the people or to his (her) elected legitimate representatives, the debates on the legitimacy of constitutional courts are decreased. In this case, the legitimacy of constitutional courts depends upon their subordination to the Sovereign. "The Sovereign is one, and it is the people".

**Keywords:**

*Turkish constitutional court, French Constitutional Council, Controlling constitutional laws, Constituent Power, Legitimacy of the Constitutional Court.*

## Giriş

İlk yazılı Anayasamızın (1876) kabulü ve üstünlüğünün ilan edilmesinden yaklaşık yüzyıl sonra, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi Türkiye’de 1961 Anayasası ile kabul edildi. Anayasayı hazırlayanlara göre anayasaya uygunluğun yargısal yoldan denetimi iki sebepten zorunluydu : “Despotik” bir hal almış siyasi iktidarın hareketlerini sınırlamak ve Hukuk Devleti ilkesini Türkiye’de tam olarak hayata geçirmek<sup>1</sup>. Bu fikirler aynı zamanda İkinci Dünya Savaşından sonra Batı Avrupa’da anayasa yargısının kurulması ve geriye dönülmez bir şekilde yerleşmesinin de nedenleriydi: 1947’de İtalya’da, 1949’da Almanya’da. Türkiye’de Anayasa Yargısı Amerikan Modeli 1961 yılında tartışma konusu dahi olmamıştı, çünkü yerel mahkemelerinin büyük çoğunluğu ve yüksek yargı organları 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde anayasallık denetimini yapmayı sürekli bir şekilde reddetmişlerdi<sup>2</sup>. Ayrıca anayasal yargı organının Kıta Avrupa’sındaki ve Türkiye’deki kuruluş nedenleri arasında varolan benzerlikte Avrupa Modelinin benimsenmesinde önemli bir rol oynadı.

Temeli 1920 yılında Avusturya’da Anayasa Mahkemesinin kurulmasında esin kaynağı olan Hans Kelsen’in fikirlerine dayanan Anayasa Yargısı Avrupa Modeline<sup>3</sup> uygun olarak, Türkiye’de de yasaların anayasallığının denetimi yargı organının dışında yer alan ve anayasal uyumsuzluklar konusunda uzmanlaşan bir organa verildi. Demek ki söz konusu olan merkezi ve uzmanlaşmış bir organca yapılan denetimdir yoksa yaygın denetim değildir.

Tarihi göreceli olarak eski olan Türk Anayasa Mahkemesi deneyiminden Anayasa Yargısı Genel Teorisi alanında genel nitelikte dersler ortaya koyabilmemiz mümkündür. Anayasa değişikliklerinin denetimi bağlamında anayasal yargı organının meşruiyeti meselesi bunlardan belki de en önemlisidir. Sorun Türk deneyiminde o kadar net olarak ortaya çıkmaktadır ki

---

\* Niğde Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD.

<sup>1</sup> Bkz., ÖZER Attila; *Gereçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara, Lazer Ofset Matbaası, 1996, ss. 14-15 (Bu makalede gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasasının metinlerine ve gerekçelerine yapılan atıflar yukarıdaki eserden alınmıştır).

<sup>2</sup> Bkz., FEYZİOĞLU Turhan; *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi (Yabancı Memleketlerde – Türkiye’de)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları n : 19-1, 1951, ss. 265-335.

<sup>3</sup> Anayasa Yargısı Avrupa ve Amerikan Modelleri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız, FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy; *Droit constitutionnel*, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2000, ss. 237-245.

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi kendi yetkisini en uç noktaya taşımış, yaptığı denetimi anayasa değişikliklerini de içine alacak şekilde genişletmiştir. Bu durum bir anlamda “kurucu iktidar” ile “kurulmuş (kurulu) iktidar” arasındaki farkın ortadan kalkması sonucuna varmaktaydı.

### 1. AYM Kurucu İktidar Çatışması AYM'nin Aleyhinedir: Türkiye Örneği

Göreve başladığı ilk yıllarda Anayasa Mahkemesinin metodu ve kararları oldukça “cüretkâr” olarak nitelendirildi, hem doktrinde hem de siyasi çevrelerde oldukça sert tepkilere yol açtı<sup>4</sup>. Gerçekte Anayasa Mahkemesi bu dönemde hukuki ve siyasi sistem içinde kendi yerini tayin etmekte zorlanıyordu.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde birçok kez kendisinde anayasa değişikliklerini denetleme ve iptal etme “cesaretini” gördü ve böylece temsilciler vasıtasıyla ifade edilen anayasa koyucunun iradesini sansür eden, ona itiraz eden bir kurum (kurulu iktidar) konumuna düştü.

1961 Anayasasının 9 Temmuz 1961 tarihli referandumla kabul edilen metni anayasa değişikliklerinin denetimi hususunda Mahkemeyi yetkili kılan açık ve net bir hüküm içermiyordu; çünkü onun 147. maddesi sadece “*yasaların* ve *yasama meclisleri içtüzüklerinin*” anayasallık denetimine imkan veriyordu. Bu kesin hükme rağmen Anayasa Mahkemesi kanunların hem Anayasadaki şekil kurallarına uygunluğunu hem de esasa ilişkin anayasal ilkelere uygunluk açısından denetimi yetkisini kendisinde görmüştü. Mahkemeye göre anayasa değişikliğine ilişkin metinlerde bir yasa olduğuna göre Anayasanın 147. maddesinde yer alan “*yasa*” teriminin “*anayasa değişikliğine ilişkin yasaları*” da içerdiğini kabul etmek gerekecektir. Yaptığı denetimi meşrulaştırmak için, Mahkeme Anayasanın 9. maddesinde yer alan Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmünün değiştirilemeyeceği esasına dayanmıştır. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesine göre bu yasaklama hükmü sadece “Cumhuriyet” terimini değil, aynı zamanda 1961 Anayasasının Başlangıç bölümü ile 1 ve 2. maddelerinde nitelikleri tanımlanmış olan “Cumhuriyet Rejimini” de içermekteydi<sup>5</sup>.

Mahkemenin bu pozisyonunu kabul edilemez bulan Anayasakoyucu 1488 sayılı ve 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliğine ilişkin kanunu kabul ederek AYM'nin sadece “anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen şekil koşullarına uygunluğunu” denetleyebileceğini ilan etmiştir<sup>6</sup>. Bu hükme rağmen, Mahkeme kendi içtihadında ısrar etmiş ve anayasal ilkeyi şekil denetimini çok

<sup>4</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bakınız, SAĞLAM Musa; L'expérience de la justice constitutionnelle en Turquie, thèse de doctorat, Pantheon-Assas, Paris, 2004, ss. 50-57.

<sup>5</sup> Bkz., E.1970/1 K.1970/31 k.t. 16 Haziran 1970, AYMKD n° 8, s. 323.

<sup>6</sup> Bkz., ÖZER Attila; op. cit., ss. 566-567.

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruyeti

geniş bir şekilde yorumlayarak “yok saymıştır”. AYM’ye göre şekil denetimi sadece öneri, görüşme ve kabule ilişkin koşulları değil, aynı zamanda Devletin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilemeyeceği yasağını da içeriyordu. Diğer bir ifadeyle, Mahkeme hem anayasa değişikliklerinin kabul edilmesine ilişkin esasları içeren 155. maddeyi hem de Devletin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilmesini yasaklayan 9. maddeyi bir şekil kuralı olarak algılıyordu<sup>7</sup>. Böylece, 20 Eylül 1971 anayasa değişikliği ile 1961 Anayasasına giren ve Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı her türlü başvuruyu yasaklayan Anayasanın 144. maddesinin birinci fıkrasıyla<sup>8</sup> aynı anayasa değişikliği ile 1961 Anayasasında yer alan ve kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında vergi dairesine bildirilen değer esas alınacağını belirten Anayasanın 38. maddesinin ikinci fıkrası<sup>9</sup> Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirten anayasal ilkeye aykırı bulunarak iptal edildi.

Kendi koyduğu kuralların Anayasa Mahkemesinin yorumuyla etkisiz hale gelmesini önlemek amacıyla 1982 Kurucu İktidarı Anayasanın 148. maddesinde sınırlı ve tereddüde yer vermeyecek bir surette anayasa değişikliklerinin denetiminde AYM’nin dikkate alması gereken şekil koşullarını belirlemiştir: anayasa değişikliklerinin önerilmesi ve kabulü için gerekli çoğunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ve değişikliklerin ivedilikle görüşülemeyeceği şartına saygı gösterilip gösterilmediği. 1982 Anayasası döneminde AYM şimdiye kadar bir kez anayasa değişikliğine ilişkin bir yasanın denetimini yapmaya davet edildi. Mahkeme bu kararında 1982 Kurucu İktidarının yaptığı düzenlemeyi dikkate aldı ve böylece Anayasakoyucunun iradesine boyun eğmek zorunda kaldı. Çünkü, “iptal isteği Anayasa’da sınırlı bir şekilde işaret edilen koşullardan birini içermiyorsa davanın incelenmesine imkan yoktur. Oysa başvuru dilekçesinde ileri sürülenler Anayasanın 148. maddesinde belirtilen şekil bozukluklarından biri değildir”<sup>10</sup>.

Bununla beraber, 1961 Anayasası dönemi deneyimi Türkiye’de unutulmuşu benziyor, zira anayasa değişikliklerinin anayasallık denetimine ilişkin tartışmalar ülkemizde yeniden alevlenmeye başladı. Kimi hukukçular, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemimdeki içtihadını terk etmesini doğru bulmamakta, eski içtihadın yeni Anayasa döneminde de devam ettirilebileceğine işaret etmektedirler<sup>11</sup>. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi

<sup>7</sup> Bkz., E.1973/19 K.1975/87 k.t. 15 Nisan 1975, *AYMKD* n° 13, ss. 427-431.

<sup>8</sup> E.1976/43 K.1977/4 k.t. 27 Ocak 1977, *AYMKD* n° 15, ss. 113-114.

<sup>9</sup> E.1976/38 K.1976/46 k.t. 12 Ekim 1976, *AYMKD* n° 14, ss. 252-285.

<sup>10</sup> E.1987/9 K.1987/15 k.t. 16 Haziran 1987, *AYMKD* n° 23, ss. 285-286.

<sup>11</sup> Bkz., YÜZBAŞIOĞLU Necmi; *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları n° 703, 1993, s. 109. Yazar bu görüşünü Bülent Tanör’le beraber kaleme aldığı Anayasa Hukuku ders kitabında da yinelemektedir



Başkanı Bumin, Devletin üst düzey temsilcileri önünde Nisan 2003 yılında Anayasa Mahkemesinin 41. Kuruluş Yıldönümü vesilesiyle düzenlenen sempozyumda yaptığı konuşmasının önemli bir bölümünü “Anayasa normunun anayasal denetimi” konusuna ayırmış ve konuşmasını şu şekilde bitirmiştir<sup>12</sup> : “Anayasa normunun, sınırlı biçimdeki şekil denetimi dışında Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olamamasından yararlanarak, ulusalüstü hukuk normlarına veya hukukun genel ilkelerine aykırı Anayasa değişiklikleri yapmak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz”. Bu konuşma daha önce üç Anayasa Mahkemesi üyesinin 27 Mayıs 1999 tarih ve K.1999/19 sayılı kararına ekledikleri “değişikoy” ve “karşioy” yazılarında ifade edilen görüşlerle paralellik göstermektedir<sup>13</sup>.

## 2. Demokrasi Kuramına Uygun Bir Çözüm: Fransa Örneği

1961 Anayasası döneminin Anayasa Mahkemesi, Avrupa Anayasa Mahkemeleri arasında anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki yetkisini en uç noktaya kadar götüren tek Mahkemedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi örneğinde olduğu gibi diğer Anayasa Mahkemeleri de anayasa değişikliğine ilişkin yasaların anayasallık denetimi konusunda kendilerini yetkili görmüş, ancak şu ana kadar hiçbiri iptal kararı vermemiştir. Ayrıca hiçbiri Türk Anayasa Mahkemesi kadar yetkilerini geniş yorumlamamıştır<sup>14</sup>.

Bu konuda Fransız Anayasa Konseyinin kararlarına atıfta bulunmak yararlı olacaktır; zira Türkiye ve Fransa’da anayasa değişikliğini düzenleyen anayasal hükümler arasında benzerlikler olmasına rağmen anayasal yargı organları belli dönemlerde tamamen birbirine zıt sonuçlara varmışlardır.

İlk önce belirtmek gerekir ki 1958 Fransız Anayasasının 68. maddesine göre üç grup metin Anayasa Konseyi önünde denetime tabi tutulmaktadır: organik kanunlar<sup>15</sup> ve Meclislerin içtüzükleri (zorunlu denetim) ; “kanunlar” (ihtiyari denetim). Jacques Robert ilgili maddeyi aktardıktan sonra gerek

---

(TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi; 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, « Cogito », Eylül 2001, ss. 500-501).

<sup>12</sup> Bu konuşmanın tam metni için bakınız, <http://www.anayasa.gov.tr/YDONUM/K41.htm> : 30 Temmuz 2005

<sup>13</sup> E.1998/58 K.1999/19 k.t. 27 Mayıs 1999, *AYMKD* n° 36 Cilt 1, ss. 466, 475 ve 483.

<sup>14</sup> Diğer Anayasa Mahkemelerinin anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimi konusunda aldıkları pozisyonlar için bakınız, GÖZLER Kemal; *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, thèse de doctorat, Université – Montesquieu, Bordeaux IV, 1995, ss. 695-711.

<sup>15</sup> Organik kanunlar 1958 Fransız Anayasasınca öngörülen ve Anayasanın bazı maddelerinin uygulama esaslarını belirleyen kanunlardır. Normlar kademelenmesi içinde olağan yasaların üstünde yer alırlar. Anayasa onların kabulü konusunda özel usuller öngörmekte ve onları Anayasa Konseyinin zorunlu denetimine tabi tutmaktadır.

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

Anayasa Konseyi'nin gerekse doktrinin bu maddede geçen “kanun” kavramının “olağan kanunları” belirttiği üzerinde derhal fikir birliğine vardığına işaret etmektedir. “Oysa 1958 Anayasasında bu sıfat (olağan) yer almamaktadır.”<sup>16</sup>. (Türkiye’de 1961 Anayasasının ilk metni de benzer bir hüküm içermesine rağmen, bu dönemde Türk Anayasa Mahkemesinin tamamen farklı bir sonuca vardığını yukarıda belirtmiştik).

Anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimi sorunu Fransız Anayasa Konseyinin önüne 3 defa gelmiştir. Konseye ilk defa 1962 senesinde, Cumhurbaşkanı’nın genel oydan çıkmasına imkan sağlamak amacıyla Anayasa’nın 11. maddesine<sup>17</sup> dayanarak referanduma sunulan anayasa değişikliği için başvurulmuştur. Konsey 6 Kasım 1962 tarih ve 62–20 sayılı norm denetimine ilişkin kararında<sup>18</sup> açılan davaya bakmayı reddetmiştir<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> ROBERT Jacques; “La forme républicaine du gouvernement”, *RDP* n° 2-2003, s. 360.

<sup>17</sup> Fransız Anayasasının 11. maddesi Meclislerin ortak önerisi veya hükümetin önerisi üzerine Cumhurbaşkanı’na belli nitelikteki kanunları referanduma sunma hakkı tanımaktadır : kamu otoritelerinin yapısını ilgilendiren her türlü kanun tasarısı, Fransız Topluluğuna ilişkin bir antlaşmanın onaylanmasına ait kanunlar ve Anayasaya aykırı olmayan ama ulusal kurumların işleyişi üzerinde etkili olan uluslararası bir antlaşmanın onaylanması ile ilgili kanunlar. Hukukçuların neredeyse tamamı bu maddenin anayasa değişikliği için kullanılmayacağına madde metninden açıkça anlaşıldığını belirtmekteydi. Ancak, 1958 yılında Cumhurbaşkanı olan De Gaulle halk ile cumhurbaşkanı arasında doğrudan bir bağ kurmak ve kendisinden sonraki cumhurbaşkanlarına demokratik bir meşruiyet kazandırmak amacıyla cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesi yönünde bir anayasa değişikliği önerisinde bulundu. De Gaulle Senato’nun ve Millet Meclisinde azımsanamayacak bir grubun böyle bir reforma karşı olduğunu bildiğinden anayasanın değiştirilmesi usulünü belirleyen 89. maddeyi işleme koymamıştır. Bunun yerine referanduma sunulacak metnin iki Mecliste önceden görüşülmesini gerektirmeyen ancak anayasa değişikliğinde kullanılması oldukça tartışmalı olan 11. maddeyi uygulamayı tercih etmiştir. Bu tutum Fransa’da büyük doktrinal tartışmalara ve bir parlamento krizine yol açmıştır. Başbakan istifa etmiş ve Millet Meclisi Cumhurbaşkanı De Gaulle tarafından feshedilmiştir. Bu hukuki tartışmalara ve hemen hemen bütün siyasi partilerin karşı olmasına rağmen Fransız halkı anayasal reform önerisini % 62 gibi rahat bir çoğunlukla onaylamıştır.

<sup>18</sup> Bu kararın tam metni için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/6220dc.htm> : 30 Temmuz 2005

<sup>19</sup> Anayasa Konseyinin bu içtihadını 1992 yılında Maastricht Antlaşmasının onaylanmasına izin veren yasa konusunda verdiği kararında yinelediğini belirtmeliyiz (23 Eylül 1992 tarih ve 92-313 sayılı norm denetime ilişkin kararı – *Maastricht III*: Bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92313dc.htm>: 30 Temmuz 2005). Konsey bu kararında, referandum sonucunda kabul edilen anayasayı değiştiren bir yasayı incelemede kendini yetkisiz gördüğünü 1962 senesindeki kararında verilen argümanların aynısını kullanarak belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, artık referandum sonucu kabul edilen ister olağan bir yasa olsun isterse anayasayı değiştiren bir yasa olsun denetimi mümkün değildir.

Anayasanın 61. maddesi çerçevesinde yasaların anayasallık denetimi “sadece Parlamento tarafından kabul edilen yasalar için söz konusudur. Bu denetim, referandum neticesinde Fransız halkınca kabul edilen ve ulusal iradenin doğrudan ifadesini oluşturan yasalar için geçerli değildir”<sup>20</sup>. (Türk Anayasa Mahkemesi şu ana kadar referanduma sunulan bir metnin anayasa uygunluğu konusunda karar vermeye davet edilmedi. Ancak bu durumun ortaya çıkması tamamen de olanaksız değildir)<sup>21</sup>.

Daha sonra Anayasa Konseyi’ne 1992 senesinde Maastricht Antlaşmasının onaylanması için yapılan anayasa değişikliği konusunda karar vermesi için başvuruda bulunuldu. Bu başvuru aslında dolaylı bir şekilde anayasa değişikliklerinin denetimini içeriyordu<sup>22</sup>. Konseyin 9 Nisan 1992 tarih ve 92-308 sayılı kararına (*Maastricht I*)<sup>23</sup> uygun olarak Kongre<sup>24</sup> Antlaşmanın onaylanmasını mümkün kılmak için 25 Haziran 1992 tarih ve 92-554 sayılı

<sup>20</sup> Bkz., GENEVOIS Bruno; “Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant”, *RFDA* 14 (5) septembre-octobre 1998, s. 918.

<sup>21</sup> 1982 Anayasasının 175. maddesine göre, “Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır”. Diğer yandan, “doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir”. Ergun Özbudun’a göre anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca halkoyuna sunulması kesinleşmesi halinde bu metin üzerinde bir denetim yapılması söz konusu olmayacaktır. “Bu konuda Anayasada açıklık olmamakla beraber, *en üstün kurucu iktidar olan halk iradesinin* belirmesinden sonra, artık Anayasa Mahkemesinde bir şekil denetiminin mümkün olmaması gerekir. *Kurucu iktidarın asli sahibi olan halk iradesinin* onayı, anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi safhasında uğramış olabileceği şekil sakatlıklarını ortadan kaldırır”. ÖZBUDUN Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 165.

<sup>22</sup> Avrupa Birliğinin gelişim sürecine bağlı olarak, Kurucu İktidarın kullanımına maddi birtakım sınırlamaların olup olmadığı konusu çok geniş bir şekilde Fransız Doktrini tarafından tartışılmıştır. Bu süreçte farklı yazarlar tarafından takınılan tutum izleyen makalede kısaca belirtilmiştir. GENEVOIS Bruno; op. cit., s. 913.

<sup>23</sup> Bu karar için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308dc.htm> : 30 Temmuz 2005

<sup>24</sup> V. Cumhuriyet Fransız Anayasasında Kongre kavramı Parlamentonun iki kanadının, Millet Meclisi ve Senatonun, beraber toplanmasını ifade etmektedir. Bu toplantı, eğer Cumhurbaşkanı her iki Mecliste ayrı ayrı kabul edilen anayasa değişikliği önerisini referanduma sunmak yerine Meclislerin Versailles’da yapacakları ortak toplantıda kabulü yolunu benimserse, gerçekleşecektir. Anayasa değişikliği önerisi, ilgili toplantıda oyların beste üçünü alması halinde kabul edilmiş sayılacaktır.

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruyeti

kanunla Anayasayı değiştirdi<sup>25</sup>. Bazı senatörler yapılan anayasa değişikliğine rağmen Antlaşmanın hala Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Konseyine başvurdular. Başvuru sahipleri özellikle antlaşmanın ulusal egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığını ileri sürüyorlardı. Onlara göre ulusal egemenlik ile Anayasanın 89. maddesinin son fıkrasında kendisine her türlü saldırının yasaklandığı Cumhuriyet ilkesi arasında sıkı bir bağlantı vardı<sup>26</sup>. Bu iddialara Fransız Anayasa Konseyi 2 Eylül 1992 tarih ve 92-312 sayılı norm denetimine ilişkin kararında (*Maastricht II*)<sup>27</sup> şu şekilde cevap vermiştir: “Kurucu İktidar egemendir”. Ancak onun egemen olma niteliği “bir yandan Anayasanın 7<sup>28</sup>, 16<sup>29</sup> ve 89. maddesi 4. fıkrasından<sup>30</sup> kaynaklanan; diğer yandan Hükümetin Cumhuriyet olan şeklinin herhangi bir anayasa değişikliğine konu

<sup>25</sup> Maastricht Antlaşmasının onaylanmasından önce bu Antlaşmanın Fransız Anayasası ile uyumlu olup olmadığını belirlemek için Anayasanın 54. maddesine dayanarak Anayasa Konseyine başvurulmuştur. Bu maddeye göre Cumhurbaşkanının, Başbakanın, Meclislerin Başkanlarının, 60 senatör veya 60 milletvekilinin bir uluslararası antlaşmanın Fransız Anayasasına aykırı bir hüküm içerip içermediğinin tespitini Anayasa Konseyinden isteme hakları vardır. Şayet yaptığı inceleme neticesinde Konsey, ilgili uluslararası antlaşmada Anayasaya aykırı bir hüküm belirlerse o antlaşma ancak Anayasanın değiştirilmesi halinde onaylanabilecektir. Yani, Anayasanın uluslararası antlaşma ile uyumlu hale getirilmesi söz konusudur. *Maastricht I* adı verilen karar Anayasanın 54. Maddesine dayanarak yapılan bir başvuru üzerine verilmiştir.

<sup>26</sup> Bkz., CHALTIEL Florence; “La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : Développements récents”, *Petites affiches*, 20 juillet 2003, n° 123, s. 7.

<sup>27</sup> Kararın tam metni için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92312dc.htm> : 30 Temmuz 2005

<sup>28</sup> Anayasanın 7. maddesi son fıkrasında anayasa değişikliğine ilişkin esasları belirleyen 89. maddenin, cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması halinde ve Anayasa Konseyinin cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyecek olduğuna karar verdiği tarihten itibaren yeni cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar geçecek süre zarfında uygulanamayacağına işaret etmektedir.

<sup>29</sup> Anayasanın 16. maddesi olağanüstü durumlarda kullanılmak üzere cumhurbaşkanına olağanüstü yetkiler tanımaktadır: “Cumhuriyet kurumlarının, ulusun bağımsızlığının, ülke bütünlüğünün veya uluslararası antlaşmaların yerine getirilmesinin ciddi ve yakın bir tehlide maruz kalması ve anayasal kamu otoritelerinin düzenli işleyişinin kesintiye uğraması halinde Cumhurbaşkanı Anayasa Konseyi, Başbakan ve Meclislerin Başkanlarına danıştıktan sonra şartların gerektirdiği her türlü tedbiri alır. Durumdan bir mesaj ile ulusu bilgilendirir”. Anayasanın 16. maddesinin uygulanması esnasında da 89. maddenin uygulanmasına izin verilmemiştir.

<sup>30</sup> 89. maddenin 4. fıkrasında yine anayasa değişikliklerinin yapılmasının mümkün olmadığı bir zaman sürecinden bahsedilmektedir: “Ülkenin bütünlüğüne yöneltilen bir tehlikenin varlığı halinde hiçbir anayasa değişikliği projesi önerilemez, önerilirse bile devam ettirilemez”.

olamayacağı emrini içeren Anayasanın 89. maddesi 5. fıkrasında belirtilen kayıtlar çerçevesinde söz konusudur”<sup>31</sup>.

Bu kararın Fransız Anayasa Hukuku açısından iki önemli sonucu olmuştur: Bir taraftan karar kurucu iktidarın kullanımını sınırlayan zımni (örtülü) birtakım ilkelerin olduğu konusundaki tartışmalara son vermektedir. Çünkü karar içeriği sadece Anayasa’da açıkça belirtilenlerin kurucu iktidara bir sınır olarak kabul edilebileceği izlenimini uyandırmaktadır. “Diğer bir ifadeyle, (Anayasa Konseyi) Fransız Anayasa Hukuku alanında anayasaüstü normların bulunduğu fikrini kesin bir surette reddetmektedir”<sup>32</sup>.

Diğer yandan, Anayasa Konseyi bu kararında referandum sonucu kabul edilen bütün yasaların (hem olağan hem de anayasa değişikliğine ilişkin yasaların) anayasallık denetimini yapmayı reddetmesine rağmen, Kongre tarafından kabul edilen yasalar için kimi limitlerin olabileceğine işaret eder gözükmektedir ve bunlardan sadece bir tanesi değişikliklerin içeriğine yöneliktir: Hükümetin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilmesinin yasaklanması. Bununla beraber Verpeaux<sup>33</sup> 2 Eylül 1992 tarihli Anayasa Konseyi kararının “sadece Anayasa metnini tekrarlamakla yetindiğini, metni aktarırken ona herhangi bir ekleme yapmadığını ve bu konuda Konseyin ortaya koyduğu bir yorum başlangıcının dahi olmadığını belirtmektedir. Anayasanın 89. maddesi 5. fıkrasının rolüne gelince o sadece diğer anayasal buyruklar gibi Parlatmentonun egemenliğini sınırlamaktadır”<sup>34</sup>.

Demek ki Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın anayasallık denetimi konusunda Anayasa Konseyinin yetkisi 2 Eylül 1992 tarihli kararından açık bir şekilde çıkmamaktadır. Bu sorunun tereddütsüz bir cevap bulması için Anayasa Konseyinin 26 Mart 2003 tarih ve 2003-469 sayılı norm denetimine ilişkin kararını<sup>35</sup> beklemek gerekecektir.

Bu kararda itiraz sahipleri, Cumhuriyetin adem-i merkezîyetçi yapısına ilişkin 28 Mart 2003 tarih ve 2003–276 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin

<sup>31</sup> Bkz., DRAGO Guillaume; *Contentieux constitutionnel français*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, Coll. « Thémis », septembre 1998, ss. 270–271.

<sup>32</sup> ZOLLER Elisabeth; *Droit constitutionnel*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », avril 1998, ss. 93–94.

<sup>33</sup> VERPEAUX Michel; “La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel” in *Mélanges en l’Honneur de Pierre AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, s. 134.

<sup>34</sup> Genevois bu hususta biraz farklı düşünmektedir : “ 2 Eylül 1992 tarihli kararda Konsey 89/5. maddeyi çerçevesini kesinleştirmeden, tanımlamadan (anayasakoyucu için) bir limit olarak kabul etmektedir” (GENEVOIS Bruno; op. cit., s. 912).

<sup>35</sup> Kararın metni için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/2003469dc.htm> : 30 Temmuz 2005.

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

kanunun Cumhuriyetin niteliğini değiştirdiğini ve bu nedenle Anayasanın 89. maddesi 5. fıkrasıyla çelişki halinde bulunduğunu iddia etmekteydiler. Ancak, Anayasa Konseyi bu husustaki tartışmalara girmeden çok kısa bir kararda kendisini denetim konusunda yetkisiz gördüğünü ilan etmektedir: “(...) Anayasa Konseyinin yetkisi Anayasa tarafından tereddüde yer vermeyecek kesinlikte belirlenmiştir (...) Anayasanın 61. maddesi, Konseye organik kanunların (...) ve olağan kanunların Anayasaya uygunluğunu değerlendirme misyonunu vermektedir (...) Ne Anayasanın 61. maddesi ne 89. maddesi ne de bir diğer maddesi Konsey’e anayasa değişiklikleri üzerine karar verme yetkisi vermemektedir”<sup>36</sup>.

Böylece Anayasa Konseyi anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimi konusunda kendisini yetkisiz görmektedir. Bu yasanın halk tarafından veya halkın temsilcisi Parlamento tarafından kabul edilmesinin bir önemi yoktur. « Asli » veya « tali » kurucu iktidar Anayasanın değiştirilmesi konusunda herhangi bir denetime tabi değildir<sup>37</sup>. (Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde değiştirilmesi yasaklanan Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmüne dayanarak tamamen farklı bir netice ortaya koymuştu<sup>38</sup>).

Şayet Anayasa Konseyi kendini bu alanda yetkili görseydi, “Hükümet şekli olarak Cumhuriyet” kavramını tanımlamak durumunda kalacaktı. Bu kavram neyi ifade etmektedir? Sadece 1958 Anayasasının 1. maddesini mi içine

---

<sup>36</sup> Bkz., ROBERT Jacques; op. cit., ss. 360 ve 366.

<sup>37</sup> Fransız Anayasa Konseyinin 2 Eylül 1992 tarihli kararındaki mantık silsilesini izleyerek diyebiliriz ki “Anayasal değerdeki hükümleri kendisine uygun gelen tarzı benimseyerek değiştirmek, tamamlamak veya tamamen ortadan kaldırmak Kurucu İktidar’ın yetkisi dahilindedir. Böylece, Kurucu İktidarın anayasal değerdeki bir ilkeyi veya kuralı ortadan kaldıran yeni bir hükmü anayasa metnine koymasına hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu ortadan kaldırma sarıh (açık) olabileceği gibi zımni (örtülü) de olabilir” (Bkz., ZOLLER Elisabeth; op. cit., s. 93).

<sup>38</sup> Fransız Anayasasının 89/5. maddesinde olduğu gibi 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı Kanun Cumhuriyeti bir hükümet şekli olarak kabul ediyordu. Ancak 1924, 1961 ve 1982 tarihli Türk Anayasaları Cumhuriyeti bir Devlet biçimi olarak öngörmektedir. Cumhuriyetin bir devlet ya da hükümet biçimi mi olduğu yönündeki tartışmalara girmeden bu konuda Erdoğan Teziç’in görüşünün kamu hukuku tekniği açısından daha uygun olduğunu söyleyebiliriz : “1924 Anayasasında, devlet şekli olarak Cumhuriyetin hukuki olmaktan çok siyasi bir anlamı vardır ve devlet başkanlığının soydan gelme yolu ile bir hanedana ait olmasını önlemektir. 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da, kamu hukuku tekniği açısından, aslında devletin şeklini yani tek yapılı devlet oluşunu belirleyen 3. maddedeki “Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” hükmüdür. Bu bakımdan, teknik anlamda Cumhuriyet, bir devlet biçimi olarak değil, fakat bir hükümet biçimi olarak anlaşılmalıdır” (TEZİÇ Erdoğan; *anayasa hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 142 dipnot n° 21).

almaktadır?<sup>39</sup> Yoksa Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensipleri de içermekte midir?<sup>40</sup> Kavramın tanımında “Cumhuriyetçi geleneklere” göndermede bulunmak zorunluluğu var mıdır? Gerçekten de denetimi kabul etmesi halinde Anayasa Konseyi, içeriğini belirlemesi kolay olmayan bir kavramı tanımlamak durumunda kalacaktı. Diğer yandan, Konsey anayasa değişikliğine ilişkin bir yasa Hükümet şekli olarak Cumhuriyet kavramına aykırı olmasından dolayı iptal etseydi kamu erklerinin buna tepkisi ne olacaktı? Anayasa Konseyinin meşruiyeti tartışmaya açılacak mıydı ?

“Bilge kişiler (Anayasa Konseyi üyeleri)” sorunu verdikleri kararlar kesin bir surette çözdüler ve büyük olasılıkla tartışmayı burada kapatmakta haklıydılar. 1982 Anayasası öncesindeki Türk Anayasa Yargısı deneyimini incelediğimizde “Hükümet şekli olarak Cumhuriyet” kavramını geniş bir şekilde algılama riskinin çok yüksek olduğunu ve anayasa değişikliklerinin iptali kararlarının anayasa yargısının demokrasi karşısındaki meşruiyeti tartışmasını tetikleme ihtimalinin hiç de uzak olmadığını göstermektedir.

<sup>39</sup> Fransız Anayasasının ilk maddesi şöyledir: “Fransa laik, demokratik, sosyal ve bölünme kabul etmez bir Cumhuriyettir. Din, ırk ve köken farkı gözetmeksizin bütün vatandaşların kanunlar önünde eşitliğini sağlar. Bütün inançlara karşı saygılıdır. Onun teşkilatlanması ademi merkezîyet temeline dayanır”.

<sup>40</sup> “Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensipler” ibaresi I., II. ve III. Cumhuriyet dönemlerinde Fransa'nın bazı önemli yasalarında sarîh veya zımni olarak belirtilen anayasal düzeyde kabul edilen ilkeleri ifade etmektedir. Aslında bu kavram ilk defa 1946 Anayasasının (IV. Cumhuriyet Anayasası) Giriş bölümünde kullanılmıştır: “(Fransız halkı) 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinde ve Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensiplerde ifadesini bulan insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerini güçlü bir şekilde ilan eder”. Ancak, bu ifade Fransız Anayasa Konseyinin 16 Temmuz 1971 tarihli dernek özgürlüğünü Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensiplerden biri kabul eden kararıyla pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir. Konsey daha sonra verdiği kararlarda Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel bir ilkenin varlığından söz edebilmek için üç şartın varlığının gerekli olduğunu altını çizmektedir: ilk önce, söz konusu ilke Fransa'da Cumhuriyet rejiminin hâkim olduğu dönemdeki yasalardan çıkarılmış olmalıdır. Ardından, bu yasalar 1946 Anayasasının Giriş bölümünün kabulünden önceki döneme ait olmalıdır. Son olarak da kabul edilen farklı yasalarla yerleşen bu geleneğe, ilkeye aykırı tek bir yasal düzenlemenin olmamasıdır. Bu ilkedен sapan bir yasa dahi olsa Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel bir ilkenin varlığından söz edilemez. Kaldı ki Fransız Anayasa Konseyi son dönemlerde verdiği kararlarda Anayasa metninde yazılan hükümleri, anayasa normlarını, ölçü norm olarak kullanmakta ve Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensiplere çok istisnai durumlarda başvurmuştur. Bkz., *Dictionnaire Constitutionnel*, sous la dir. DUHAMEL Olivier, MENY Yves, Edition Presses Universitaires de France, Paris, 1992, ss. 825-826.

### 3. Anayasa Mahkemesinin Yetkisinin Sınırları

Gerçekten de 1961 Anayasası dönemi Anayasa Mahkemesinin içtihadı anayasa yargısının demokrasi açısından meşruiyetini “ortadan kaldırma” sonucunu doğurmaktaydı. Burada çok hassas olan bir soruyu sormadan geçemeyiz: Bir anayasa mahkemesi meşruiyetini kaybetmeden kurucu iktidarın iradesine karşı koyabilir mi? Şayet bu soruya verilecek cevap olumluysa, nereden aldığı yetkiye dayanarak anayasa mahkemesinin kurucu iktidarın yerine geçeceği sorusuna cevap aranmalıdır.

Anayasa hâkiminin meşruiyeti onun “Egemen tabi olmasına bağlıdır. Egemen ise kurucu iktidardır<sup>41</sup>”, çünkü Mahkemenin kendisi “kurulmuş (kurulu) bir iktidardır”. “Bu nedenle, her zaman herhangi bir yakınma veya şikâyet konusu olmadan<sup>42</sup>, kurucu iktidar anayasa hâkiminin karar verdiğini değiştirebilir, ortadan kaldırabilir. Kurucu iktidar bunu Mahkemenin dayandığı anayasal hükmü değiştirerek yapacaktır (...) Egemen, yani kurucu iktidar iradesini ortaya koyduğunda kurulu iktidarın ona tabi olması, ona uyması gerekmektedir<sup>43</sup>. Diğer bir anlatımla, demokrasi son söze sahip olmalı ve “Egemenin iradesi” en son aşamada diğerlerine üstün olmalıdır<sup>44</sup>.

Anayasa Mahkemesinin meşruluğunun temeli olarak onun kurucu iktidara (Egemen’e) tabi olması çıkarsamasını ortaya koyduktan sonra, Mahkemenin anayasa değişikliklerinin Anayasaya veya anayasaüstü normlara

---

<sup>41</sup> Bu makalede “asli” ve “tali” kurucu iktidar arasında bir fark gözetmediğimizi belirtmeliyiz: Doyen Vedel’inde tali kurucu iktidardan bahisle söylediği gibi, “Kurucu iktidar egemendir. Onun tali olması sadece (onu kullanan) organ ve (onu kullanırken uyması gereken) şekil (kuralları) açısındandır. Maddi bakımdan olaya baktığımızda, yani yapılan anayasa değişikliğinin içeriği(ni) belirleme) açısından, o asli kurucu iktidarın eşitidir” (VEDEL Georges; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, s. 90).

<sup>42</sup> Larry KRAMER Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin kendi kararlarını geçersiz kılacak, iptal edecek güce sahip bir otoritenin varlığının bilincinde olduğunu belirttiikten sonra “ bu güç gerçek, varlığını hissettiren bir güçtür; yoksa bundan iki yüzyıl önce iradesini ortaya koymuş ve sonra kaybolmuş bir güç değildir” demektedir. KRAMER Larry; “Au nom du peuple, qui a le dernier mot en matiere constitutionnelle”, (traduite par Valentine FOUCHE), *RDP* n 4, 2005, s. 1046.

<sup>43</sup> Préface de VEDEL Georges in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, sous la dir. DRAGO Guillaume, FRANCOIS Bastion et MOLFESSIS Nicolas, Paris, Economica, 1999, s. XIV.

<sup>44</sup> Larry KRAMER makalesinin sonuç bölümünde şu hususun altını çizmektedir: “... Yüksek Mahkeme bizim (halk) hizmetimizdedir, yoksa bizim efendimiz değildir. Bilgi ve ciddiliğiyle dikkate almayı ve saygıyı hak eden bir görevli (hizmetkar), son noktada bizim (halk) anayasasının anlamı konusundaki kararlarımız önünde durmamalıdır (ayak dırememelidir). Ters bir durum kabul edilemez”. KRAMER Larry; *op. cit.*, s. 1045.



uygunluk denetimini yapabileceği düşüncesini iddia edebilmemiz de artık mümkün olmamaktadır.

Kurucu iktidarın uyması gereken anayasada yer alan maddi birtakım ilkelerin varolduğu ve onlara saygınlığın denetlenebileceği iddiasına gelince, 1982 Anayasası döneminde bu konuya cevap Anayasa Mahkemesinin kendisinden gelmektedir. Bir anayasa değişikliği Anayasada belirtilen şekil kurallarına uygun olarak kabul edildiği andan itibaren bu değişikliklerle getirilen hüküm anayasanın diğer hükümleriyle eşit değerde olacaktır : “Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur (...) Bu itibarla, Anayasa’da yer alan (...) kuralların Anayasa’da varolan genel ilkelerden ayrı nitelikte olduklarına bakılarak Anayasa’ya aykırılıklarından söz edilemeyeceği şüphesizdir ve Anayasa’da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir”<sup>45</sup>. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında<sup>46</sup> tartışmaya yer vermeyecek şekilde dile getirilen bu tutum ve pozisyon karşısında, Anayasa içinde farklı kademelerde hükümlerin bulunduğu düşüncesi, yani Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi bulunduğu fikri ve Anayasa koyucunun onları hiçbir şekilde değiştiremeyeceği iddiası kabul edilemez.

Anayasaüstü normlar konusuna gelince, anayasanın üstünde yer alan ve Anayasa tarafından belirtilmeyen, tanımlanmayan ve egemen halk da dâhil olmak üzere bütün kamu otoritelerinin uyması gereken kuralların varlığı oldukça tartışmalıdır. Diğer yandan, “niteliği itibariyle egemen olan kurucu iktidarın kendisine dışarıdan empoze edilen birtakım kurullarla sınırlandırılmış olduğunu mantık kuralları çerçevesinde nasıl kabul edebiliriz?”<sup>47</sup>. Bu kuralları hangi kaynağa dayanarak çıkarabilir, ortaya koyabiliriz? Doğal hak anlayışından mı yoksa Avrupa Anayasa Mahkemeleri hâkimlerinin esin kaynağı olan “ulusal sınırları aşan ortak ilkeler rezervi”nden mi<sup>48</sup>? Ayrıca anayasaüstü normların varlığı tezi anayasaüstü kabul edilen bu normları “keşfedecek” ve onları “kural olarak koyacak” bir otoriteye ihtiyaç göstermektedir. Anayasaüstü normların varlığını kabul edenlerin gözünde anayasal yargı organı bu konuda en yetkili mercii olarak görülmektedir. “Bu bir üst yargı organının anayasaüstü normları

<sup>45</sup> E.1990/32 K.1990/25 k.t. 16 Ekim 1990, *AYMKD* n° 26, s. 436.

<sup>46</sup> Aynı yönde daha yeni bir karar için bakınız, E.1999/21 K.1999/17 k.t. 12 Mayıs 1999, *AYMKD* n° 35 Cilt 2, ss. 441–442.

<sup>47</sup> ROBERT Jacques; op. cit., s. 364.

<sup>48</sup> Bkz., FAVOREU Louis; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, s. 75.

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

keşfetmeye ve onları kural haline getirmeye yetkili olduğu anlamını taşımayacak mıdır ? Bu durumda, anayasa hakiminin kurucu iktidar yetkisine sahip oluşunu söylemek daha kısa, açık ve basit bir yol değil midir?”<sup>49</sup>

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesine bir kanunu iptal ederken “kanun koyucu gibi hareket” etmeyi, yani yasakoyucu yerine geçmeyi yasaklayan 1982 Türk Anayasasının (madde 153, fıkra 2), aynı Mahkemeye kurucu iktidarın yerine geçme iznini vermekte olduğunu nasıl kabul edebiliriz? Anayasa Mahkemesinin bizzat kendisi “Anayasa Mahkemesi, Anayasakoyucu ve Yasakoyucu yerine geçecek tutumlardan özenle kaçınır” demekte değil midir?<sup>50</sup>

Anayasa Mahkemesinin Egemen halkın iradesine saygı göstermesi Guillaume Drago’nun da belirttiği gibi liberal demokrasinin mantığına da uygundur<sup>51</sup>: “Anayasal yargı organına sahip olan liberal demokratik rejimlerde, siyasi ve hukuki planda son söz Egemene, yani halka veya meşru bir şekilde onu temsil etmek için seçilen temsilcilere, ait olmalıdır. Bu anlayışa göre, sosyal düzenin hukuki temellerinin tanımlanması, ne kadar prestijli ve bilge kişilerden oluşursa oluşsun, meşruluğun gaspı olmaksızın bir kurula (aréopage<sup>52</sup>) bırakılamaz. Bu modele göre, ... demokrasi herhangi bir parçalanma, bölünme kabul etmez. Egemen tektir, o da halk”<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> VEDEL Georges; op. cit., s. 87.

<sup>50</sup> E.1992/1 K.1993/1 k.t. 14 Haziran 1993, *AYMKD* n° 29 Cilt 2, s. 1138 (Siyasi Parti Kapatma).

<sup>51</sup> DRAGO Guillaume; op. cit., s. 119.

<sup>52</sup> “Aréopage” kelimesi Antik dönemde Atina’da Siyasi Konsey’e verilen addır. Ayrıca bu kavram üstün yetenekli edebiyatçıların, bilginlerin ve hâkimlerin toplandığı meclisi de (kurulu) ifade etmektedir. Bkz., *Dictionnaire Le Robert Micro*, Edition Brochée, Paris, mai 1995, s. 64.

<sup>53</sup> Bu konuda “gerçek norm koyucunun metnin yazarı veya onu kabul eden değil onu yorumlayandır” cümlesiyle özetleyebileceğimiz realist yorum teorisinin Fransa’da öncülüğünü yapan Michel TROPER’in farklı bir görüş ortaya koyduğunu belirtmeliyiz (TROPER Michel; “Justice constitutionnelle et démocratie” in *Pour Une Theorie Juridique de l’Etat*, Paris, PUF, Coll. « Leviathan », 1994, ss. 329–346): Anayasa Mahkemesi bizzat kendisi anayasa normunu yaratmaktadır yoksa ona tabi değildir. Diğer bir anlatımla anayasal norm, anayasa adı verilen metne Mahkemenin verdiği anlamla ancak ortaya çıkar, varlık kazanır. Eğer norm Anayasa Mahkemesinin yorumu ise Mahkeme normu bizzat kendisi yaratmaktadır. O halde Anayasa Mahkemesi kurucu iktidardan kaynaklanan bir norma tabi değildir. Zira kurucu iktidarın kabul ettiği anayasa metnidir; onu norm haline getiren işlem Anayasa Mahkemesinin yorumudur. Bu çerçevede anayasa değişiklikleri de tamamen farklı bir anlam kazanmaktadır: “Gerçekleştirilen bir anayasa değişikliği direkt olarak anayasa hâkiminin kararını yeniden gözden geçirmek (etkisiz kılmak) amacına yönelik olmayabilir. Bu sadece Anayasa Konseyi tarafından isabetsiz yorumlandığı düşünülen bir metnin yeni bir metninle değiştirilmesidir. Aslında bunu Danıştay’ın idare mahkemesinin kararını

### Sonuç: Anayasa Mahkemesinin Demokratik Sistemdeki Rolü

Bu açıklamaların ardından Anayasa Mahkemesinin mevcut sistem içindeki rolünü nasıl tanımlayabiliriz? Pierre Avril ve Jean Gicquel'inde<sup>54</sup> belirttiği gibi, egemen olan halkın nasıl, hangi şekilde temsil edildiğiyle ilgili kuralları temel norm olan Anayasa belirlemektedir. Meclis, kurulu bir iktidar olarak yetkilerini anayasadan almaktadır. O egemen olan halkı meşru bir şekilde ancak, anayasada yer alan ilkelere, gerek şekle ait gerekse esasa ait hükümlere, tam olarak uyarak temsil edebilir<sup>55</sup>. Zaten Fransız Anayasa Konseyi bunu, 23 Ağustos 1985 tarih ve 85-197 sayılı norm denetimine ilişkin kararında<sup>56</sup> Doyen

bozmasına benzetebiliriz. Bu nedenle Anayasa Konseyinin içtihadı anayasanın kendisinden (kurallar kademelenmesinde) daha aşağı bir seviyede bulunmamaktadır” (s. 338). Başka bir anlatımla anayasa değişikliği ile değiştirilen şey norm değil maddenin metnidir. Madde metni ise sadece normun elde edileceği hammaddeyi, kelime, kavram ve ifadeleri, içermektedir. O yorumlamaya yetkili organ olan Anayasa Mahkemesinin işlemiyle ancak norm niteliğini almaktadır. Bu şekilde bir mantık yürütme, bizi Anayasa Mahkemesinin kurucu iktidarın talepleriyle bağlı olmadığı ve ona tabi olmadığı düşüncesine götürmektedir ki çalışma metninde belirtilen görüşler çerçevesinde bunun kabulü pek mümkün görünmemektedir. Michel TROPER'in yukarıda bahsedilen makalesinin tam çevirisi için bakınız: ATAY Ender Ethem; “Anayasa Yargısı ve Demokrasi” (Michel TROPER), Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, *Gazi Ün. HF Dergisi*, C: 1, S: 2, Aralık 1997, ss. 293-309. Realist yorum teorisinin sarıh bir anlatımı ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarının bu açıdan değerlendirilmesi için izleyen makaleye de bakılabilir: GÖZLER Kemal, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı* S: 15, 1995, ss. 207-242.

<sup>54</sup> AVRIL Pierre, GICQUEL Jean; *Le Conseil constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, Coll. « Clefs/Politique », 1995, s. 9.

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruluğu konusundaki eleştirileri dile getirdikten sonra Mustafa ERDOĞAN bunlara cevap oluşturacak görüşlerden birinde paralel ifadeler kullanmaktadır: “Bir kere yazılı anayasası olan ülkelerde anayasanın üstünlüğü esastır, bu ise halk çoğunluğuna ve yasama çoğunluğuna tahditler getirir. Yargı organlarının, özellikle de anayasallık denetimi yapan mahkemelerin yaptığı bu sınırları uygulamaktır. Bundan dolayı çoğunluk karşıtı olan yargı kararları anayasal demokrasinin meşru bir parçasıdır. Başka bir ifadeyle modern demokrasi çoğunlukçu değil, anayasal bir demokrasidir. Anayasal demokrasi ise demokratik kurumların anayasa çerçevesinde hareket etmelerini gerektirmektedir. Bu nedenle, bir anayasal demokraside seçilmiş organların (bu arada parlamentoların da yetkileri sınırlıdır; seçilmiş olmak hiçbir organ ya da kişiye dilediğince ve keyfi davranmak, sınır tanımamak yetkisi vermez. Kişiler belli makamlara anayasanın o makamlara tanıdığı yetkileri kullanmak üzere ve bu kayıtlı seçilirler. Bundan dolayı, bir anayasal rejimde demokratik meşruluğu en dolaysız olan Parlamento bile kendi yetkisini nihai olarak kendi tayin edemez; o da diğer anayasal organlar gibi, kendisine anayasanın tanıdığı yetki alanı içinde faaliyet göstermekle yükümlüdür”. ERDOĞAN Mustafa; *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001, s. 70.

<sup>56</sup> Karar için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197dc.htm> : 30 Temmuz 2005

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

Vedel'e atfedilen bir formülle şu şekilde ifade etmiştir : “Kanun genel iradeyi ancak anayasaya saygınlığı sağladığı ölçüde ifade eder”<sup>57</sup>. Başka bir anlatımla, eğer kanun anayasal ilkelere uygun olarak kabul edilmişse o zaman biz onun genel iradenin ifadesi olduğunu iddia edebiliriz.

Bir kanunun iptali, Türk Anayasa Mahkemesinin kendi iradesini yasa koyucunun iradesi üzerine çıkardığı anlamında yorumlanmamalıdır. Mahkemeyi ilgilendiren tek husus itiraz edilen normun anayasaya uygun olup olmadığının tespitidir : “Bir yasa kuralının yerinde olup olmadığı, yarar ya da zarar getirebileceği konusu uygunluk denetimi dışında kalan bir husustur. Anayasa Mahkemesi yalnızca, Anayasa kuralları karşısında uygunluk ya da aykırılık üzerinde durarak denetleme yapabilir. Yasama organının takdirine bağlı konu ve alanlara el atması söz konusu olamaz”<sup>58</sup>. Aynı şekilde, “Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırı bulduğu yasalara iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa’nın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz”<sup>59</sup>.

Anayasal yargı organı tarafından bir yasanın iptal edilmesi, sadece yasa koyucunun ilgili hükmü olağan yasa şeklinde kabul ederek yetkisini aştığını belirtmektedir. Zira, kabul edilen metin anayasal düzeydeki kurallarla uyumsuzluk halindedir ve bu hükmün meşruluk tartışmasına yol açmaması için anayasa değişikliğine ilişkin bir yasa ile hukuk düzenine girmesi gerekmektedir<sup>60</sup>. Diğer bir ifadeyle, anayasallık denetimini yapmakla görevli organ, anayasal organlardan her birinin kendi yetki alanı içinde kalıp kalmadığının denetimini yapmakta, adeta demiryollarındaki “makas görevlileri (aiguilleur)”<sup>61</sup> gibi her bir organa hukuki anlamda bir “kazanın” olmaması, anayasal sınırlar içinde kalabilmesi, için izlemesi gereken yolun, usulün hangisi olduğunu bildirmektedir<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Bkz., Henry ROUSSILLON ; *Le Conseil constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2001, s. 2.

<sup>58</sup> E.1985/33 K.1986/22 k.t. 11 Eylül 1996, *AYMKD* n° 22, s. 194.

<sup>59</sup> E.1988/3 K.1989/4 k.t. 18 Ocak 1989, *AYMKD* n° 25, ss. 31–32.

<sup>60</sup> Bkz., VEDEL Georges; “Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l’homme”, *Pouvoir*, 1988, n° 45, s. 209.

<sup>61</sup> Bkz., AVRIL Pierre, GICQUEL Jean; op. cit., s. 11.

<sup>62</sup> İl Han ÖZAY’da Anayasa Mahkemesinin esas fonksiyonu hakkında benzer bir görüşü dile getirmektedir: “ ... Doğal olarak Mahkeme kanun koyucuya ne belli bir direktifi empoze edebilir ne de bunu yapmaya tevessül etmiştir. O sadece yapılabilecek olanla yapılamayacağı göstermekle yetinir. Bazen de anayasaya aykırı düşmemek için yapılması

**KAYNAKÇA**

ATAY Ender Ethem; “Anayasa Yargısı ve Demokrasi” (Michel TROPER), Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, *Gazi Ün. HF Dergisi*, C : 1, S : 2, Aralık 1997, ss. 293–309.

AVRIL Pierre, Jean GICQUEL; *Le Conseil constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, Coll. « Clefs/Politique », 1995, 156 s.

CHALTIEL Florence; “La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : Développements récents”, *Petites affiches*, 20 juillet 2003, n° 123, ss. 7–9.

KRAMER Larry; “Au nom du peuple, qui a le dernier mot en matière constitutionnelle”, (traduite par Valentine FOUCHE), *RDP* n 4, 2005, ss. 1027–1046.

DRAGO Guillaume; *Contentieux constitutionnel français*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, Coll. « Thémis », septembre 1998, 580 s.

ERDOĞAN Mustafa; *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001, 325 s.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy; *Droit constitutionnel*, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2000, 954 s.

FAVOREU Louis; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, ss. 71–77.

GENEVOIS Bruno; “Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant”, *RFDA* 14 (5) septembre-octobre 1998, ss. 909–921.

GÖZLER Kemal; *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, thèse de doctorat, Université - Montesquieu, Bordeaux IV, 1995, 774 s.

GÖZLER Kemal; “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı* S: 15, 1995, ss. 207–242.

ÖZAY İl Han; “Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti”, *Anayasa Yargısı*, C: 9, 1992, Ankara, ss. 67–74.

ÖZBUDUN Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, 436 s.

ÖZER Attila; *Gereççeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara, Lazer Ofset Matbaası, 1996, 680 s.

ROBERT Jacques; “La forme républicaine du gouvernement”, *RDP* n° 2–2003, ss. 359–366.

---

gerekeni söyler. Dolayısıyla onun kararları görüş ile uyarı arasında(dır)”. ÖZAY İl Han; *Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti*, *Anayasa Yargısı*, C: 9, 1992, Ankara, s. 72.

## AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

ROUSSILLON Henry; *Le Conseil constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2001, 173 s.

TEZİÇ Erdoğan; *anayasa hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, 452 s.

TROPER Michel; “Justice constitutionnelle et démocratie” in *Pour Une Theorie Juridique de l’Etat*, Paris, PUF, Coll. « Leviathan », 1994, ss. 329–346

VEDEL Georges; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, ss. 79–97.

Préface de Georges VEDEL in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, sous la dir. Guillaume DRAGO, Bastion FRANCOIS et Nicolas MOLFESSIS, Paris, Economica, 1999, ss. IX-XV.

VERPEAUX Michel; “La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel” in *Mélanges en l’Honneur de Pierre AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, ss. 129–139.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi; *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları n° 703, 1993, 349 s.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, « Cogito », Eylül 2001, 524 s.

ZOLLER Elisabeth; *Droit constitutionnel*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », avril 1998, 629 s.

---

---

## Tez Özetleri





## TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ\*

ARŞ. GÖR. MUSTAFA ARIKAN\*\*

### ÖZET

*Alacağın temliki, gerek iç hukukta gerekse uluslar arası özel hukukta uygulaması oldukça fazla olan bir kurumdur. Bu nedenle önemli sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Alacağın temliki; bir borç ilişkisinden doğan alacak hakkının tamamının veya bölünebilir nitelikte ise bir kısmının, devreden ve devralan arasında gerçekleştirilen hukuki muamele ile devredilmesidir. Kural olarak her türlü alacak hakkı devredilebilir. Ancak kanun koyucu bu kurala bazı sınırlandırmalar getirmiştir. Alacağın temliki ile ilgili en tartışmalı konu, bu işlemin sebebe bağlı olup olmadığıdır. Üzerinde halen görüş birliği sağlanamamış olmakla birlikte bu çalışmada sebebe bağlı olması gerektiği savunulmuştur.*

**Anahtar kelimeler::** Alacağın temliki, Alacağın Temliki Sözleşmesi, Sebebe Bağlılık,, Devreden, Alacak Hakkı.

### ABSTRACT

*The assignment of the credits, it is a constitution to be practiced a lot either in the internal law or in the international private law. Thus, it contains the important problems within its structure. The assignment of the credits means to transfer all of the credit rights or some part of which to be at the dividend quality which were arisen due to a debt relationship to be realized between the transferor and the transferee with a legal procedures. As a principle, all sorts of credit rights can be transferred. However, the lawmaker has brought some limitation to this rule. The most discussed subject related to the transfer of credits which is whether a process based on a reason or not. Although no consensus has been brought about it, the necessity to be based on a reason has been supported in this study.*

**Keyword:** Assignment of Credit, The Agreement of assignment Credit, Causel Relation, Transferor, Credit Right.

### I. GİRİŞ

Alacağın temliki, gerek iç hukuk sisteminde gerekse uluslararası özel hukukta uygulaması oldukça fazla olan bir Borçlar Hukuku müessesesidir. Bir alacak hakkının, borçlunun herhangi bir etkisi olmaksızın el değiştirmesi anlamına gelen alacağın temliki işlemi, alacağı devreden, alacağı devralan ve borçlu arasında cereyan eden üç taraflı bir ilişki ortaya çıkarır. Diğer üçlü

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

ilişkilerde olduğu gibi<sup>1</sup> (Borcun nakli, Tahsil İçin Temsil Yetkisi, Havale, Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme vb. gibi) alacağın temliki işleminde de üçlü ilişkinin her bir tarafı için son derece karmaşık ve önemli ölçüde birbiriyle bağlantılı sorunlar mevcuttur.

Özellikle, kredi temin etmek için henüz doğmamış olan “müstakbel alacak”ların teminat olarak gösterilmesi, ekonomik açıdan gelişmiş ülkelerde çok sık uygulanmaktadır. Bu tür teminaten temliklerde devreden şahsın malî durumu hakkında birtakım şüphelerin mevcut olacağından bahisle, taraflar devir işleminin borçluya hiç bildirilmeyeceği konusunda aralarında anlaşabileceklerdir ki buna da gizli temlik adı verilmektedir<sup>2</sup>. Mevcut ve müstakbel alacakların toptan temliki, factoring sözleşmelerine de konu olabilir. Çerçeve sözleşme olan factoring sözleşmesinin en önemli unsuru, müşteri olarak adlandırılan alacaklının üçüncü kişilerden olan alacaklılarının factor denen factoring şirketine devredilmesidir<sup>3</sup>.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de alacağın temliki işlemine yoğun bir şekilde başvurulduğu görülmektedir. Bu sözleşmelerde müteahhit kendisine vaat edilen bağımsız bölümleri talep hakkını, henüz inşaat bitirilmeden, üçüncü kişilere ivaz karşılığında devrederek nakit ihtiyacını karşılamaktadır<sup>4</sup>.

---

\* Bu çalışma 2003 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir.

\*\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Bunlara üç köşeli ilişkiler diyenler de olmakla birlikte bu çalışmada üçlü ilişkiler kavramı tercih edilmiştir.

<sup>2</sup> **ENGİN**, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 12, 13; **ÖZAKMAN**, Cumhur, Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s. 34.

<sup>3</sup> **ÖZAKMAN**, s. 14, 15; **KOCAMAN**, Arif , Factoring İşleminin Hukukî Niteliği, Ankara 1992, s. 21; **ENGİN**, s. 14.

<sup>4</sup> **ENGİN**, s. 14, 15; “Davacı ile davalı yüklenici arasında yapılan sözleşmede dükkanın satıldığı yazılıdır. Her ne kadar sözleşme, satış vaadi niteliğinde olmasına karşın haricen düzenlenmiş ise de hukuksal ilişkinin BK. m. 162 ve bunu izleyen maddeleri gereğince alacağın temliki olarak değerlendirilmesi gerekir. Çünkü satıcı yüklenici, anılan parsel üzerinde kat karşılığı inşaat yapmak üzere Maliye Bakanlığı ile usulüne uygun sözleşme yapmış ve dava konusu dükkân ile birlikte kararlaştırılmış bağımsız bölümlerin kendisine ferag edileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle davalı yüklenici kendisine özgülenen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere temlik etmek hakkına sahiptir. Temlikin yazılı biçimde olması yeterlidir.”, Y. 15. HD., 16. 11. 1989 T., 889 E., 4799 K.,

Müteahhide bu bağımsız bölümlerin vaat edilmesi bir tür taşınmaz satım vaadi olarak nitelendirilmektedir. Müteahhidin bu satış vaadinden arsa sahibine karşı doğan hakkı ise nispi nitelikte bir alacak hakkı olup bu hakkın üçüncü kişilere devredilmesi alacağın temlik hükümlerine göre olacaktır<sup>5</sup>.

## II. ALACAĞIN TEMLİKİ KAVRAMI

### A) GENEL OLARAK

Alacağın temlik, Borçlar Kanunu'nun Genel hükümlerinde beşinci ve son bab'da "Alacağın Temlik ve Borcun Nakli" başlığı altında, borcun nakli kurumu ile birlikte kaleme alınmıştır. Alacağın temlik, A kenar başlığı altında düzenlenmiştir. BK. m. 162 ile 172 arasında yer alan bu hükümler, I- Şartları (BK. m. 162-164), II- Temlikin Hükümleri (BK. m. 165-171), III- Özel Hükümlerin Mahfuziyeti (BK. m. 172) olmak üzere üç başlık altında toplanmıştır. Bu maddelerin içeriğinde alacağın temlikinin tanımı yapılmamıştır. Fakat maddelerin bir bütün olarak incelenmesinden sonra ortaya çıkan unsurlar dikkate alınarak alacağın temlik şu şekilde tanımlanabilir; alacaklı ile alacağı devralan üçüncü şahıs arasında, borçlunun rızasına ve bilgisine ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilen ve kazandırıcı tasarruf işlem niteliğini haiz, şekle bağlı bir akiddir ya da kanun veyahut mahkeme kararıyla gerçekleşen bir devirdir.

Alacağın temlik ile kanunî ve kazaî temlik adı verilen işlemler arasında farklılıklar söz konusudur. En temel fark, alacaklının bir hukukî işlem sayesinde değiştiği alacağın temlik işleminin aksine alacak hakkının, alacaklının herhangi bir irade beyanında bulunmaksızın, bir mahkeme kararıyla veya kanun hükmü

---

**KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Cilt, İstanbul 1992, s. 1364, 1365; **DALAMANLI**, Lütfü/ **KAZANCI**, Faruk, İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, İstanbul 1990, C. 2, m. 61-181, s. 796, 797.

<sup>5</sup> **ENGİN**, s. 15; "Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici, bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetinin adına nakledilmesini isteyebilir, veyahutta Borçlar Kanununun 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatini almadan söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi gerek âkidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Kendisine satılan bağımsız bölüm veya bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir.", 14. HD., 13. 9. 1988 T., 3849 E., 5572 K., **KARAHASAN**, s. 1366.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

gereği el değiştirdiği hallerde bir hukukî ilişkinin söz konusu olmamasıdır. Benzer yönleri ise sadece alacaklının değişmesidir.

Zaten BGB'de (Alman Medeni Kanunu) alacağın sözleşme ile devrine ilişkin olan 398. madde “ Abtretung (Temlik)” kenar başlığını taşımaktadır. Buna karşılık alacağın kanun hükmü gereği geçmesine ilişkin 412. madde “Gesetzlicher forderungs übergang (Kanun gereği alacağın geçmesi)” kenar başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla BGB, temlik kavramından (Abtretung) alacağın sözleşme ile devrini anlamakta ve bunu alacağın diğer devredilme şekillerinden ayırmaktadır<sup>6</sup>. Kanunda, kanunî veya kazaî temlik kavramları ile ifade edilmek istenen, alacaklının kanun gereği veya mahkeme kararıyla değiştiği haller için de “ Alacağın İntikali” kavramı kullanılabilir<sup>7</sup>. Türk doktrininde de kanunî veya kazaî temlikin gerçek ve teknik anlamda bir temlik olmadığı kabul edilmektedir<sup>8</sup>.

### B) ALACAĞIN TEMLİKİNİN ÇEŞİTLERİ

BK. m. 162 ve 163 alacağın sözleşme ile devredilmesine ilişkin hükümlerdir. BK. m. 164 ise, alacağın kanun hükmü gereği veya bir mahkeme kararı aracılığıyla başkalarına geçtiği kanunî ve kazaî temlike ilişkin bir hükümdür. BK. m. 164'ten sonra 172. maddeye kadar olan hükümler de iradî temlike ilişkin olan hükümlerdir. İradî temlikten maksat, bir borç ilişkisinden doğan alacak hakkının tamamının veya bölünebilir nitelikte ise bir kısmının, alacağı devredenle devralan arasında gerçekleştirilen hukukî muamele ile devredilmesidir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> **KOCAMAN**, Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989, (Üçlü İlişkiler), s. 6, 7; **KIYGI**, Osman Nazım, Wörterbuch der Rechts und Wirtschaftssprache (Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü), München 1999, s. 16, 17.

<sup>7</sup> **KOCAMAN**, Üçlü İlişkiler, s. 6.

<sup>8</sup> **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 892; **FEYZİOĞLU**, N. Feyzi, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977, s. 619; **SAYMEN**, Ferit Hakkı/ **ELBİR**, Halit Kemal, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s. 328; **AYİTER**, Ferid, Temlik, Çevirme, Adalet Dergisi 1941, S. 9, s. 669.

<sup>9</sup> **FEYZİOĞLU**, s. 616; **TEKİNAY**, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 241 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 1076 vd., **OLGAÇ**, Senai, Kazaî ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 4, m. 372-545, 2. Bası, Ankara 1976, s. 933; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s. 892; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 5. Bası,

Alacağın temlikinin bir türü olan rızâî temlik halinde, borçlunun muvafakati ve rızası olmaksızın devreden eski alacaklı ile devralan yeni alacaklı arasında kanunda bahsedilen şekle uygun bir temlik sözleşmesinin yapılmasıyla alacak hakkının devri sağlanabilmektedir. Kanunî temlikte ise artık ne borçlunun ne de alacak hakkı sahibinin rızasına ve muvafakatine ihtiyaç yoktur. Kanunî temlikte, alacak hakkının herhangi bir şekil şartı söz konusu olmaksızın kanunda belirtilen hallerde yeni alacaklıya geçmesi söz konusudur. O halde kanunî temlik, temlik edenin herhangi bir irade beyanına ihtiyaç olmaksızın birtakım olayların meydana gelmesiyle birlikte kanun hükmü gereğince alacak hakkının bir kimsenin malvarlığından çıkararak başka bir kimsenin malvarlığına geçmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>10</sup>.

Kanunî temlik ancak kanunda öngörülen hallerde ortaya çıkar. Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan en genel kanunî temlik hali ise madde 109'daki "kanunî halefiyet" halidir. Kural olarak üçüncü şahıslar tarafından yapılan ifa borcu sona erdirir ama kanunda öngörülen bazı hallerde üçüncü şahsın ifası alacaklıyı tatmin eder ancak bununla beraber borcu da sona erdirmez. Bu durumda borçlu, borcuyla sorumlu olur ve alacak hakkı ifayı gerçekleştiren üçüncü şahsa kanun gereği intikal eder. Bu intikale yani alacak hakkının ifayı yapan üçüncü şahsa geçmesine "halefiyet" denir<sup>11</sup>.

Kazaî temlik türünde de, alacak hakkının intikalinin bir mahkeme kararıyla gerçekleştiği görülmektedir. Yine kanunî temlikte olduğu gibi alacaklının muvafakati söz konusu olmamaktadır. Mevcut alacağın, bir şahıstan başka bir şahsa intikali konusunda verilen mahkeme kararının kesinleşmesiyle,

---

İstanbul 1999, s. 1212; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2001, s. 520; **AYBAY**, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 1975, s. 191; **DAYINLARLI**, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 1993, s. 88.

<sup>10</sup> **FEYZİOĞLU**, s. 619; **TUNÇOMAĞ**, s. 1078; **İNAN**, Ali Naim, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 383; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 925; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.265; **EREN**, C. II, s.1214; **FRANKO**, Nisim, Alacağın Temliki, AÜSBFD. 1994, s. 178, 179; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2002, s.40; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2000, s. 219; **DAYINLARLI**, s. 85.

<sup>11</sup> **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 208; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 197; **FEYZİOĞLU**, s. 620; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979, s. 7; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s. 25, 26, 279; **DAYINLARLI**, s. 85 ve dnp. 256.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

alacak hakkının intikali sağlanmış olur. Kazaî temlik de gerçek ve teknik anlamda bir alacağın temliki değildir. Dolayısıyla kazaî temlik adı verilen bu durum, alacağın temliki hükümlerine tâbi değildir. Ancak bu intikalin bünyesinin elverdiği ölçüde de alacağın temliki hükümlerinden istifade edilebilecektir<sup>12</sup>. Kanunî temlikte olduğu gibi kazaî temlikte de işlemin temelinde bir hukukî muamele olmadığı için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır (BK. m. 164)<sup>13</sup>.

### C) ALACAĞIN TEMLİKİNİN ŞARTLARI

#### 1) Esasa İlişkin Şartlar

Alacağın temliki, alacaklının tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen bir olay olmadığı için alacağı devredecek olan (temlik eden) eski alacaklı ile alacağı devralacak olan (temellük eden) yeni alacaklının bu konuda anlaşmış olmaları gerekmektedir<sup>14</sup>. BK. m. 162/I'de yer alan “borçlunun rızasını armaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir” hükmünden bu hususun anlaşılması mümkün değildir. Ancak alacağın temlikinin tek taraflı bir işlem olmadığı, alacaklı ile bu alacağı devralmak isteyen üçüncü kişi arasında mutlaka bir sözleşme yapılması gerektiği, BK. m. 163'ün “ Akdın Şekli ” biçimindeki kenar başlığından anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin konusu, alacağı devretmek isteyen eski alacaklının yerine alacağı devralmak isteyen üçüncü şahsın, yeni alacaklı olarak geçmesinden ibarettir. Bu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi veya hüküm ve

---

<sup>12</sup> **EREN**, C. II, s. 1216; **TUNÇOMAĞ**, s. 1079; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 266; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 925; **AKINCI**, s. 219; **DAYINLARLI**, s. 88.

<sup>13</sup> Y. 14. HD. 30/ 2/ 1975, 974/5833, 975/671 sayılı kararı için bkz. YKD. 1975/11, s. 96.

<sup>14</sup> Tasarruf muameleleri ve taahhüt muameleleri arasındaki ilişkiye ve farklara temas etmek gerekirse; hukukî işlemler, ayınların veya hakların intikallerini doğrudan doğruya gerçekleştiriyorlar ise tasarruf muamelesi vasfına haiz olurlar. Fakat bu intikali doğrudan doğruya gerçekleştirmek yerine daha sonra gerçekleşeceğini vaat eder nitelikteyse taahhüt muamelesi niteliğini taşırlar. Tasarruf muamelesi, taahhüt muamelesinden farklı olarak, taraflar için herhangi bir borç doğurmaya yönelik değildir. Bilakis tasarruf muameleleri, tasarruf edenin tasarrufa konu olan hakkı üzerinde direkt etki ederek bu hakkın devredilmesi, bir başka hak ile sınırlandırılması veyahutta sona erdirilmesine yöneliktir. Alacak hakkını, devredenin mamelekinden devralan yeni alacaklının mamelekine intikal ettiren alacağın temliki işlemi de bu özelliği sebebiyle bir tasarruf muamelesidir. **AYİTER**, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri. Ankara 1953, s. 79 vd.

sonuçlarını doğurabilmesi için temlike konu olan alacağın borçlusunun bu sözleşmeye katılması, muvafakat etmesi, yahut temlik işleminden haberdar edilmesi gerekmemektedir.

Neticede alacağın temlik de bir tür sözleşme olduğundan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Sadece alacağı devretmek isteyen irade beyanı ile (İcap) alacağın temlik sözleşmesi kurulamaz. Devralan tarafın da, sarîh ya da zımnî irade beyanına ihtiyaç vardır<sup>15</sup>. Alacağın temlik sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Alacağın temlikinin soyut olduğunu savunan görüşe göre<sup>16</sup> her kazandırıcı işlem gibi elbette ki alacağın temlikinin de sebebi olacaktır. Bu hukukî sebep de genellikle ifa sebebi, bağışlama, teminat veya kredi sebebi olmaktadır. Bu temlik sebebinin bilinmesi alacağı devredenle devralan arasındaki ilişkiyi anlamamıza yardımcı olur. Fakat alacağın temlik işlemi, bu sebebin geçerliliğine veya mevcudiyetine bağlı değildir. Temlik işleminin temelindeki sebep gerçekleşmemiş veya geçerli bir şekilde meydana gelmemiş olsa bile alacağın temlik işlemi yine de geçerli olur.

Soyutluk görüşünü savunanlar, tasarruf işlemlerinin soyut işlem olduklarını ve dolayısıyla alacağın temlikinin de soyut olması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>17</sup>. Bu görüşü savunanların ikinci bir gerekçeleri de alacağın temlikinin soyut işlem olarak kabul edilmesinin işlemlerde güven ve istikrar

<sup>15</sup> “Alacağın temlik, temlik eden alacaklı ile temellük eden kişi arasında yapılan sözleşmeye dayanarak meydana gelen tasarrufî, kazandırıcı ve mücerret bir işlemdir. BK.’nın 163. maddesi temlikin geçerli olmasını, temlikin yazılı şekilde yapılması şartına bağlamıştır. Temlik eden kimsenin yazılı beyanı, temellük eden kimseye ulaşır ve temlik olunan kişi, bu irade açıklamasını açık ya da üstü örtülü olarak kabul ederse temlik sözleşmesi tamamlanır. Alacağı temlik edenin temlik beyanının, alacağı devralana, diyelim ki beyan sırasında noterde bulunması ile özellikle, temlik senedinin bir örneğinin devralana verilmiş olmasıyla alacağın temlik tasarrufu tamam olur. Görülüyor ki, temlik eden kimsenin yazılı beyanının, temellük eden kimseye ulaşması, temlik olunan kimsenin bu irade beyanını açık ya da örtülü kabul etmesi halinde temlik sözleşmesi gerçekleşmiş olur”. Yargıtay 4. HD., 18. 2. 1965 T., 8716 E., 862 K., **KARAHASAN**, s. 1393.

<sup>16</sup> **SAYMEN/ELBİR**, Borçlar Hukuku, s. 330; **TUNÇOMAĞ**, s. 1091; **FEYZİOĞLU**, s. 614; **İNAN**, s. 399; **FRANKO**, s. 179; Yargıtay 13. HD, 16/2/1976, 1212/1049 YKD 1976/7, s. 1011; Yargıtay 4. HD., 18/12/1968, 11365/11427, **KARAHASAN**, s. 1392.

<sup>17</sup> **Von TUHR**, Andreas /**ESCHER**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974, § 93 II, s. 333.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

ilkesine de uygun düşecek olmasıdır. Çünkü böyle bir ilke kabul edildiği zaman, alacağı temellük eden şahıs (devralan) bu alacağı kendisine devreden şahsın alacağı geçerli bir hukukî sebebe dayanarak kazanmış olup olmadığını araştırmak zorunda kalmayacaktır. Soyutluk ilkesinin ortaya çıkardığı bu husus, hakları iktisap edenler için büyük bir teminat, hukukî işlemler için de istikrar ve güven sağlar<sup>18</sup>.

Alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğu görüşünü savunanlara göre ise<sup>19</sup>, temlik işleminin hukukî sebebindeki sakatlık temlik işlemi de etkiler. Dolayısıyla hukukî sebebi oluşturan temel işlem geçersiz olursa temlik işlemi de geçersiz olur. Bu nedenle alacak hakkı devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçmez. Binaenaleyh devralan şahıs, sebepsiz zenginleşmemiş olduğundan, devreden şahıs devralana karşı sebepsiz zenginleşme davası açamaz. Burada sadece devreden şahıs, devralan şahsa verdiği yazılı temlik belgesinin ( temlikname ) iadesini veya iptal edilmesini isteyebilir<sup>20</sup>.

Alacağın temlikinin soyut olması özellikle inançlı işlemlerde, inançlı işlemde yararlanılmasına sebep teşkil etmektedir. Bu tip muamelelerde bir alacaklı, alacağın tahsil edilebilmesi için “tahsil yetkisi” vermek yerine alacağı güvendiği bir kimseye devreder. Bu bir tür inançlı muameledir. Devralan (inanılan kişi), devredilen alacağı tam hak sahibi olarak kazanır.<sup>21</sup> Devralan, alacağı tahsil ettikten sonra esas alacaklıya iade etmekle yükümlüdür. Şayet devralan, alacağı tahsil ettikten sonra esas alacaklıya iade etmekten imtina ederse esas alacaklı temlikin inançlı işleme dayalı olduğunu ispat ederek nispi hak niteliğinde olan bir iade veya tazminat talep edebilir. Soyutluk ilkesi kabul edilmez ise esas alacaklı bu imkandan faydalanamaz.

Bir görüşe<sup>22</sup> göre de, soyutluk görüşünü savunanların ileri sürdüğü gibi bütün tasarrufî işlemlerin soyut olduğu dolayısıyla alacağın temlikinin de soyut olması gerektiğini savunmak İsviçre/Türk Hukuk sisteminde oldukça zordur. Çünkü İsviçre/Türk hukukunda kanun koyucu en önemli tasarruf işlemi olan

---

<sup>18</sup> **EREN**, C. I, s. 181.

<sup>19</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 242; **EREN**, C. II, s. 1219.

<sup>20</sup> **EREN**, C. II, s. 1218; Alacak senedi, temlikname, maddi bir cisim olarak menkul mal niteliğinde olduğu için böyle bir halde temellük eden bunun üzerindeki mülkiyet hakkını kazanamaz. Sadece zilyedliği söz konusudur.

<sup>21</sup> **KAYAOĞLU**, “temlik vardır fakat temellük eden malik sıfatını ihraz etmemiştir” beyanı hatalıdır. Benzer bir durum için bkz., **ARSEBÜK**, Esat, Akitlerde Muvazaa ve Tatbikattaki Şekilleri, AD. 1943, S.10, s. 928 vd.; **ÖZSUNAY**, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 46.

<sup>22</sup> **EREN**, C. I, s. 181.



gayrimenkul mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğunu kabul etmiştir (MK. m. 1024-1025). Taşınır mülkiyetinin nakli yönünden de aynı ilke (sebebe bağlılık) çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Taşınmazların yanı sıra özellikle taşınır mallarda da sebebe bağlılık ilkesi kabul edildikten sonra alacağın temlik için aynı ilkeyi kabul etmemek hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Sebebe bağlılık kabul edilirse, soyutluk sistemindeki işlemlerde güven ilkesinin yeri, sebebe bağlılıktaki iyiniyetin korunması ilkesi ile doldurulabilir.

İsviçre Federal Mahkemesinin de eski tarihli kararlarında mücerretlik görüşünü savunduğu fakat sonraları sebebe bağlılık görüşüne yöneldiği görülmektedir<sup>24</sup>. Yargıtay ise alacağın temlikinin soyut bir işlem olduğu görüşünü devam ettirmektedir<sup>25</sup>. Kanaatimizce ise, alacağın temlik sebebiyle bağlı

<sup>23</sup> **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2002, s. 540 vd; **AYBAY**, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 105 vd; **AKİPEK**, Jale. G., Türk Eşya Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 252; **DURAL**, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 109-110; **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 311 vd; **SAYMEN**, Ferit Hakkı/**ELBİR**, Halit Kemal, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1956, s. 394-395; **EDİS**, Seyfullah, Menkullerde Mülkiyetin İntikali Hususunda İlliyet Prensibi, AÜHFD 1957, C. 14, s. 278 vd; **CANSEL**, Erol, Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Prensibi ve Aynı Sözleşme Kavramı, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s. 33 vd.

<sup>24</sup> **EREN**, C. II, s. 1218, dpnt 38; Federal mahkeme kararı; 2. Hukuk Dairesi, 13/3/1958 JdT. 1959 I 198;“Şimdiye kadar ki içtihat gereğince, temlik mücerret bir işlemdir; bununla birlikte temlikin bu niteliği her zaman tarafların anlaşmasıyla kaldırılabilir ve temlik sebebe bağlanabilir (BGE. 67 II 127). Menkul mülkiyetinin geçirilmesi alanındaki içtihat değişikliğinden sonra (BGE. II 302 vd.), el değiştiren değerlerin farklı olması, ayrı çözümlere ulaşılmasına imkan açabilirse de, temlik konusundaki içtihadın yeniden gözden geçirilmesi doğru olurdu. Olayda, davacının ileri sürdüğü geciktirici (taliki) şart, temlikin sebebine değil, doğrudan doğruya temlikin kendisine ilişkin olduğundan, temlikin sebebe bağlı olup olmadığı sorununu incelemeye yer bulunmamaktadır”, **DALAMANLI / KAZANCI**, s. 816.

<sup>25</sup> “Alacağın temlik, devreden alacaklı ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile meydana gelen tasarrufi, kazandırıcı ve mücerret bir işlemdir.”, Yargıtay 4. HD.’nin 18/2/1965 tarih ve E.1963/8716, K.1965/862 sayılı kararı için bkz., **ERDEM**, Nafiz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları., C. I, Ankara 1987, s. 1333; “Temlik borç doğuran bir akit değil, alacağı başkasına geçiren soyut bir tasarruftur. Temellük eden (devir alan), devreden halefi olmaktadır. Temlik, nasıl def’i yönünden borçlunun durumunu ağılaştırıcı bir değişiklik yaratmıyorsa (BK. m. 167), temellük edenin durumunu da ağılaştırıcı bir sonuç meydana getirmez. O halde, temellük eden davacıya karşı ileri sürülecek

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

bir işlem sayılmalıdır. Zira alacağın temlikinin soyut olduğu görüşünü savunan yazarlar, bütün tasarruf işlemlerinin soyut nitelikte işlemler olduğu düşüncesiyle hareket etmektedirler. Bunlara göre alacağın temliki de bir tasarruf işlemi olduğundan onun da soyut nitelikte işlem olması zorunludur.

Böyle bir görüşü kabul etmek Türk Hukuk sistemi açısından sakıncalı olacaktır. Çünkü Türk Hukuk sisteminde bütün tasarruf muamelelerinin soyut nitelikte olduğunu söylemek imkansızdır. Bütün tasarruf işlemlerinin soyut olması belki Alman Hukuku açısından kısmen doğru olabilir ancak bizim sistemimiz açısından bunu kabul etmek oldukça zordur. Türk Hukuk sisteminde en önemli tasarruf işlemlerinden sayılan gayrimenkul mülkiyetinin devredilmesi sebebe bağlı bir işlem olarak kabul edilmiştir. Kanun metninden, MK. m. 1015, 1025, bunu anlamak mümkündür. Yine taşınır malların mülkiyetinin nakledilmesi açısından da bizim hukuk sistemimizde çoğunluğun görüşüyle sebebe bağlılık ilkesi benimsenmiştir<sup>26</sup>.

Taşınmazlarla birlikte, özellikle taşınır malların devrini de sebebe bağlı kabul ettikten sonra alacağın temlikini sebebe bağlı kabul etmemek için tutarlı bir gerekçe olmasa gerektir. Ayrıca soyutluk görüşü benimsenmiş olsa dahi tarafların kendi aralarında anlaşarak bu işlemi sebebe bağlı kılmaları imkanı vardır. Bu ihtimalde zaten alacağın temlikinin sebebe bağlı olmadığı iddia edilemeyecektir. Bu durum açısından herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Bunlardan başka, devreden şahsın devralana karşı borcun muaccel olduğu tarihte mevcudiyeti açısından bir garanti sorumluluğu vardır. Sebebe bağlı değildir dersek bu garanti sorumluluğunu açıklamak da güçleşecektir. Zira devir sözleşmesi ile devir işleminin sebebi arasında herhangi bir bağ mevcut değildir dersek, devreden şahsa böyle bir garanti yükümlülüğü de yüklenemeyecektir.

### 2) Şekle İlişkin Şartlar

Borçlar Kanunu m. 163/1'e göre; "Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temliki muteber olmaz". Yani alacağın temliki sözleşmesinin

---

zamanaşımı da alacağı doğuran akdin bağlı olduğu hükümlere tabidir.", Yargıtay 13. HD'nin 16/2/1976 gün 975/1212, 976/1046 sayılı kararı için bkz., YKD. 1976/7, s. 1011.

<sup>26</sup> **GÜRSOY**, Kemal Tahir / **EREN**, Fikret / **CANSEL**, Erol, Türk eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 674; **AYİTER**, Nuşin, Eşya Hukuku, 3. baskı, Ankara 1987, s. 153; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ**' ye göre, taşınır mülkiyetinin devri amacıyla yapılan tasarruf işleminin soyut (mücerret) olduğunu kabul etmek daha isabetlidir. " Zira gayrimenkullerde olduğu gibi, menkul mülkiyetinin devrinin de illî olduğu görüşü benimsenirse, Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı çok daralacak, borç olamayan şeyin ifasına ilişkin BK. m. 62 hükmünün varlığı anlamsız kalacaktır" bkz. s. 552, 553. Benzer bir görüş için ayrıca bkz. **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s. 312, 313.

geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, kanunun aradığı yazılı şekil adı yazılı şekildir. Resmi şekil değildir<sup>27</sup>. Ancak kanunda adi yazılı şeklin kastedilmiş olması da temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel teşkil etmez<sup>28</sup>. Taraflar, sözleşmeyi resmi şekilde yapmayı da kararlaştırabilirler. Taraflar, yazılı şekle tâbi bir sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını kararlaştırabilecekleri gibi şekle tâbi olmayan bir sözleşmenin de yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler. Ancak taraflar, kanunî şeklin kuvvetini ve etkisini iradî şekilde zayıflatamazlar<sup>29</sup>. Şu halde yazılı şekilde yapılmayan bir temlik sözleşmesi geçerli değildir. Bu durumu hâkim re'sen nazara alır. Yazılı şekle riayet edilmeden yapılan bir temlikin, temlik edenin sonradan yapacağı ikrar veya kabul ile geçerli hale gelmesi mümkün değildir<sup>30</sup>. Binaenaleyh, temlikin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır, ispat şartı değildir. Devredenin bu sözleşmeye geçerlilik kazandırması için, yeniden ve şekle uygun bir sözleşme yapması gerekir.

Alacağın temlik yazılı şekle bağlı olmasına rağmen, alacağın temlik vaadi, BK. m. 163/II'ye göre herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Normalde bu hususun BK. m. 22/II'ye aykırı olduğu düşünülebilir. BK. m. 22/II'ye göre "Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tâbi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur". Bu hükme göre herhangi bir akdin yapılması kanunen belli bir şekle tâbi tutulmuş ise artık o akdin yapılması vaadi de şekle bağlı olacaktır. Fakat BK. m. 163/II hükmü bu kurala bir istisna getirmemektedir<sup>31</sup>. Çünkü alacağın

<sup>27</sup> TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994, s. 53.

<sup>28</sup> FEYZİOĞLU, s. 636.

<sup>29</sup> EREN, C. I, s. 250; ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 56; TEKİNAY /AKMAN /BURCUOĞLU /ALTOP, s. 135.

<sup>30</sup> "Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlikinin muteber olmadığı BK. m.163/I hükümlerinden bulunmasına göre temlikin davacı vekili tarafından ikrar ve kabulü, muteber olmayan temlikin sıhhatine inkılabını istilzam etmez.", 4. HD.'nin 21 / 12 / 1950 T., 8820 / 5932 sayılı kararı için bkz., TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 243; Kanunî şekle aykırılığın hukukî sonucu olan geçersizlik iki şekilde sınırlanabilir: Şekilden doğan geçersizlik objektif olarak kabul edilip ancak tarafların menfaatlerini ilgilendiriyorsa bu geçersizliğe dayanabileceğini savunulur ya da şeklî geçersizlik hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır, fakat şekle aykırılık iddiası hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, geçersizlik MK. m. 2 ile sınırlanır. ANTALYA, Gökhan, Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları, Yargıtay Dergisi, S. 3, 1992, s. 385.

<sup>31</sup> TEKİNAY /AKMAN /BURCUOĞLU /ALTOP, s. 244 ve dnp. 4.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

temlikini vaat etmek, “akit yapmak vaadi” olarak kabul edilemez. Zira alacağın temliki vaadi başlı başına borç doğuran bir akittir<sup>32</sup>.

### III. ALACAĞIN TEMLİKİ ve BENZER KAVRAMLAR

#### A) ALACAĞIN TEMLİKİ ve BERCUN NAKLİ

Borçlar Kanunu, alacağın temliki müessesesi ile borç ilişkisinin alacaklı tarafının, borcun nakli müessesesi ile de borçlu tarafının değişmesine imkân tanımıştır. Bu müessese, BK. m. 173 ile 181 arasında kaleme alınmıştır. BK. m.173'te öncelikle, üçüncü kişinin, borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmesi düzenlenmiştir. Sonra da devam eden hükümler ile üçüncü şahsın, alacaklıyla yapacağı bir sözleşme ile borcu üzerine alarak, borçluyu borcundan kurtardığı, borç ilişkisinin borçlu tarafı durumuna geldiği husus düzenlenmiştir.

Doktrinde BK. m.173'te düzenlenen bu duruma “borçtan kurtarma taahhüdü” veya “borçtan kurtarma vaadi” diyenler olduğu gibi<sup>33</sup> “borcun iç yüklenilmesi” diyenler<sup>34</sup> de vardır. Borçlar Kanununda, bu müessese “Borcun Nakli” şeklinde adlandırılmış olsa da İsviçre Borçlar Kanununda “Borcun Yüklenilmesi (Schuldübername)” olarak isimlendirilmiştir<sup>35</sup>. Gerçek anlamda borcun nakli sözleşmesi, üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan ve borcun üçüncü kişiye geçmesini sağlayan bir sözleşme olup, BK. m. 173'ten sonraki maddelerde düzenlenmiştir. Buna “Borcun Dış Yüklenmesi” adı verilmektedir.

Borcun iç yüklenilmesinde, üçüncü bir şahsın, borçluya yaptığı sözleşme ile borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmesi söz konusudur. BK. m. 173/1, “Bir borçluya karşı yapılan borcun nakli taahhüdü, müteahhidi ya borcu tediye etmek yahut alacaklının rızasını istihsal ederek borcu üzerine almak suretiyle borçlunun beraatini tahsile mecbur eder” hükmünden bu durum açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Borcun iç yüklenilmesi ile üçüncü şahıs ve alacaklı arasında herhangi bir hukukî ilişki meydana gelmez. İç yüklenme, sadece borçlu ve üçüncü şahıs arasında gerçekleşen bir hukukî ilişkidir<sup>36</sup>. Borcun iç

<sup>32</sup> İNAN, s. 308; FEYZİOĞLU, s. 639.

<sup>33</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s. 927; EREN, C. II, s. 1232, dpn, 100'deki yazarlar.

<sup>34</sup> EREN, C. II, s. 1231, 1232; TEKİNAY /AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, s.269; FEYZİOĞLU, s. 666 vd; TUNÇOMAĞ, C. 1, s. 672'de borçtan kurtarma taahhüdü demiş; İNAN da aynı şekilde, s. 394-395.

<sup>35</sup> MEDICUS, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 1995, s. 349; LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band. I., 14. Auflage, München 1987, s. 603.

<sup>36</sup> “Davacı, bu davada dayandığı 25.7.1986 tarihli (Borçları Tekeffül ve Kefalet Taahhütnamesi) başlıklı borcun nakli sözleşmesine kendisi taraf değildir. Sözleşmeler, kural olarak taraflar arasında hukukî sonuç doğurur. Taraf olmayan

yüklenilmesi, ivazlı da ivazsız da yapılabilir. Üçüncü kişinin borcu yüklenmesine karşılık olarak, borçlu üçüncü kişiye karşı bir borç altına girerse, borcun iç yüklenilmesi ivazlı gerçekleşmiştir. Şayet böyle bir durum yoksa, iç yüklenme ivazsızdır<sup>37</sup>. Borcun iç yüklenilmesi bir ivaz karşılığında ise ifa sırasının nasıl tayin edileceği ile ilgili olarak BK. m.173/ II’de bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; “Borçlu, borcun nakli müteahhidine karşı borcun nakli akdinden mütevellit borçlarını ifa etmedikçe, müteahhit aleyhine taahhüdünü ifa için dava ikame edemez”.

Dış yüklenilme, BK. m. 174/I’ de “Evvelki borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borçtan beraati borcu yüklenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşme ile vukubulur” şeklinde düzenlenmiştir . Gerçek anlamda borcun yüklenilmesi, borcun dış yüklenilmesidir. Zira ancak bu tip yüklenme ile borç ilişkisinin borçlu tarafı değişir. Borç, eski borçludan üçüncü kişiye geçer<sup>38</sup>.

Borcun dış yüklenilmesi için üçüncü kişinin borçlu ile daha önceden borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi yapması gerekli değildir<sup>39</sup>. Yani bir kimse borçluya karşı daha önce bir taahhütte bulunmaksızın borçlunun borcunu alacaklıya ifa edebilir veya alacaklı ile borcun dış yüklenilmesi sözleşmesini

---

üçüncü kişiler sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak talep edemezler. Borcun nakli sözleşmesi de esas borçlu ile borcun naklini taahhüt eden kişi arasında hükümlerini doğurur. BK. m. 174/I’ e göre de, borcun nakli müteahhidi ile alacaklı arasında ayrıca bir akit yapılırsa alacaklı ancak o takdirde borcun nakli müteahhidine karşı talep ve dava hakkına sahip olur. Oysa, davacı, bu davada alacaklı sıfatıyla kendisiyle borcun nakli müteahhidi arasında böyle bir sözleşme yapıldığını iddia ve ispat etmemiştir. Davalılar da bu davaya karşı koymuş ve kendilerine karşı, davacı alacaklının borcun nakli sözleşmesine dayanarak dava açamayacağını savunmuşlardır. BK. m. 174/II maddesinde nakil müteahhidi veya onun müsaadesi ile evvelki borçlu tarafından borcun nakli mukavelesinin alacaklıya bildirilmesi halinde alacaklı ile borcun nakli müteahhidi arasında akit yapılmış sayılır denmiş olup, davacı tarafından bu yön dahi iddia ve ispat edilememiştir. Davacı, dayandığı borcun nakli sözleşmesini, davalının muvafakati ile ele geçirdiğini iddia etmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacı alacaklının davalılara karşı bu davayı açmak hakkı bulunmadığı nazara alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken...”, Y. 13. HD.’nin 8.4.1991 T., ve 964 E., 4081 K., sayılı kararı için bkz., **KARAHASAN**, s. 1436, 1437.

<sup>37</sup> **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 926 vd.; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 270; **EREN**, C. II, s. 1233; **İNAN**, s. 395; **FEYZİOĞLU**, s. 671.

<sup>38</sup> **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 926; **EREN**, C. II, s. 1236; **İNAN**, s. 396; **KILIÇOĞLU**, *Borçlar Hukuku*, s. 541.

<sup>39</sup> **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 932; **TEKİNAY /AKMAN /BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 273.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

yapabilir. Zira borcun nakli için alacaklı ile üçüncü şahıs arasında yapılan bir akit yeterlidir. Bununla birlikte eğer üçüncü şahıs ile borçlu daha önce bir borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi yapmışlar ise artık üçüncü şahsın alacaklı ile yapacağı “borcun dış yüklenimi” sözleşmesi, aynı zamanda bir ifa teşkil eder<sup>40</sup>.

Borcun nakli adeta alacağın temlikinin karşılığı bir kurum gibi düşünülebilir. Fakat benzer yönleri olmasına karşılık esasen bu iki kurum farklılıklar arz etmektedir. Benzerlik iki müessesenin de sözleşme ile kurulmuş olmasında kendini göstermektedir. İkisinde de borç ilişkisinin tarafları değişmektedir. Ama değişen taraf, birinde alacaklı, diğerinde borçludur. Her iki kurumda da borç ilişkisinin konusu değişmemekte, aynı kalmakta sadece taraflar değişmektedir. Böylece, alacağın temlikinde, borçlu, karşısında yeni alacaklıyı görmekte, borcun naklinde ise alacaklı yeni borçlu ile muhatap olmaktadır. Alacağın temlikinde alacaklı, alacağının tamamını ya da bir kısmını devretme imkanına sahiptir. Oysa borcun naklinde borçlunun borcunun bir kısmını devretmesine kanunda herhangi bir imkan tanınmamıştır. Borçlu, borcunun bir kısmını devredip kalan kısım üzerinde borçlu kalmaya devam edemez<sup>41</sup>.

Alacağın temlikinde borçlunun aktif hiçbir rolü yoktur. Temlik işleminin dışında kalmaktadır. Fakat temlik işleminin sonuçlarına katlanacaktır. Borcun naklinde ise borçlu, kural olarak, özellikle borcun naklini gerçekleştiren dış yüklenimde, aktif bir rol oynamamaktadır. Borcun dış yüklenilmesi, yine üçüncü şahıs ile alacaklı arasında gerçekleşmektedir. Ancak genel itibariyle borcun dış yüklenilmesi, borcun iç yükleniminin ifasını sağlamak amacıyla yapıldığı için, borçlu, borcun nakli sözleşmesinde taraf olarak görünmese de borcun iç yüklenilmesinde taraf olduğu için sözleşmenin yapılmasına etkide bulunmaktadır.

### **B) TAHSİL İÇİN TEMSİL YETKİSİ ve ALACAĞIN TEMLİKİ**

Tahsil için temsil yetkisi, alacaklının bir şahsa alacağını tahsil etmesi için, tek taraflı irade beyanıyla verdiği yetki şeklinde tarif edilebilir<sup>42</sup>. Alacak hakkı sahibi, bu hakkı talep etmek, kabul etmek ve bu alacağı ileri sürmek imkanını başka birine devretmek durumunda kalırsa, devretmek istediği şahsa temsil yetkisi vererek bunu mümkün kılabilir. Temsilci olarak tayin edilen kişi, alacağın ifasını talep ederek temsil olunanın hakkını yine temsil olunan adına

---

<sup>40</sup> **TEKİNAY /AKMAN /BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 273; **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 932.

<sup>41</sup> **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s. 536.

<sup>42</sup> **KOCAMAN**, Üçlü İlişkiler, s. 31; **AKYOL**, Şener, İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, İstanbul 1981, s. 81; **ESENER**, Turhan, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 23.

kullanacaktır<sup>43</sup>. Bu durumu “tahsil için temlikle” karıştırmamak gerekir. Tahsil için temlikte, bir alacağın tahsili için, bir kimseye vekalet yetkisi veya tahsil için temsilde olduğu gibi temsil yetkisi vermek yerine daha sağlam bir hukukî durum ortaya çıkarmak amacıyla, söz konusu alacağın, güvenilen bir kişiye devredilmesi vardır. Bu tip bir devir işlemi, normal alacağın devri (temlik) ne ilişkin şartlara tâbidir. Tahsil amacıyla devirde, devralan şahıs, alacağı tam bir alacak hakkı sahibi olarak kazanır<sup>44</sup>. Devralan şahıs, alacağı tahsil ettikten sonra elde ettiği meblağı, esas alacaklıya iade etmekle mükelleftir.

Tahsil için temsil yetkisi verilen şahıs, alacağı devralan şahsa nazaran daha güvencesiz durumdadır<sup>45</sup>. Zira temsil yetkisi verilen şahsın, alacağı devralabilmesi, yetki veren şahsın alacak hakkının ve alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin devamına bağlıdır. Bu nedenle yetki verenin, alacaklılarının cebri icra yolu ile söz konusu alacağa el koydurmaları ya da yine yetki verenin bizzat kendisinin alacak üzerinde tasarrufta bulunması ile de temsil yetkisi verilenin, alacak hakkını elde etmesi engellenebilir<sup>46</sup>. Bu nedenle, alacaklı şayet

<sup>43</sup> **AKYOL**, s. 80.

<sup>44</sup> “Bir alacağın itimatlı olarak temlikinde, temlik vardır fakat temellük eden malik sıfatını ihraz etmemiştir, tahsilat için temlik mevcut olduğundan tahsil edileni alacaklıya verir. Bu alacaklının mutemet bir vekilidir” **KAYAOĞLU**, s.101; Benzer bir şekilde **ARSEBÜK**, Muvazaat, s. 927 vd.’da “alacağı temellük eden kimse, o hakkın maliki değil, belki alacaklının vekilidir” diyerek, tahsil etmek için alacağı devralan şahsın tam bir alacak hakkı sahibi olamayacağını belirtirler. Ancak bazı yazarlar bu görüşü hatalı bulmaktadırlar. Devralan kişinin alacağı tamamen iktisap ettiğini savunur bu yazarlar, **ESENER**, Muvazaalı Muameleler, s. 167; **ÖZSUNAY**, s. 46.

<sup>45</sup> **KOCAMAN**, Üçlü İlişkiler, s. 41.

<sup>46</sup> Alacağın haczi veya iflas masasına dahil olması durumu için bkz. **KOCAMAN**, Üçlü İlişkiler, s. 40, alacak üzerindeki tasarruf yetkisi için bkz. **KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998, s. 445 vd.; Bu konuda bkz., **ÖZSUNAY**, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş, 4. Bası, İstanbul 1979, s.25; **OĞUZMAN /SELİÇİ**, Kişiler Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1982; **DURAL**, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995, s.39 vd; **ÖZTAN**, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 9. Bası, Ankara 2000, s. 39. İflas masasına girmeyen, haczedilemeyen mallar ve kişisel çalışması bakımından müflisin fiil ehliyeti, hiçbir kısıntıya uğramaz. Borçlunun (müflisin), iflas açıldıktan sonra, iflas masasına ait mal ve haklar üzerindeki her türlü tasarrufu alacaklılara karşı (iflas masası) geçersizdir (İİK. m. 191/ I). Bunu “müflis, masa mevcudunu azaltıcı nitelikteki tasarruflarda bulunamaz” şeklinde özetlemek mümkündür.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

alacağını bir üçüncü şahıs aracılığıyla gerçekleştirmek istiyorsa ve üçüncü şahsın tahsil yetkilisine oranla daha sağlam bir durumu olmasını talep ediyorsa, alacağın tahsil için temliki yoluna başvurmalıdır<sup>47</sup>.

Tahsil için temsil yetkisinde, borçlu tahsil yetkilisine ifada bulunmak suretiyle borcundan kurtulabilecektir. Tahsil yetkilisi şahıs, ödemeyi alacaklı için kabul etme hakkına sahip iken borçlu da tahsil yetkilisine edada bulunmaya hak sahibidir. Hatta borçlu tahsil için temsil yetkilisine ifada bulunmak konusunda sadece hak sahibi değil aynı zamanda ifada bulunmaya yükümlüdür<sup>48</sup>. Bu yükümlülük, şayet yetkiyi veren alacaklı yerine tahsil yetkilisine ifada bulunmak borçlu için ifanın sözleşmeye aykırı şekilde zorlaştırılmasına yol açmıyorsa söz konusu olur.

Borçlu, tahsil yetkilisine ifada bulunmaktan kaçınırsa aynen yetkiyi veren alacaklıya ifadan kaçınmış gibi temerrüde düşer<sup>49</sup>. Alacaklı her ne kadar, üçüncü bir kişiye tahsil için temsil yetkisi vermiş olsa da, alacağını bizzat kendisinin tahsil etmesi için herhangi bir engel söz konusu değildir. Borçlu, tahsil için temsil yetkisinde, yetki verilen şahsa ifada bulunmak hak ve yükümlülüğüne sahip olsa da daima alacaklıya (yetki verene) ifada bulunmak suretiyle de borcundan kurtulmak yetkisine sahiptir. Yani borçlu bizzat alacaklıya ifada bulunarak, tahsil için verilen temsil yetkisini neticesiz bırakabilir<sup>50</sup>. Oysa alacağın temlikinde, bir alacaklı değişimi söz konusudur ve kural olarak borçlu (temlik borçlusu) alacağı devralan yeni alacaklıya ifada bulunmak zorundadır.

### C) HAVALE ve ALACAĞIN TEMLİKİ

Havale, temelini çifte yetkide bulan üçlü bir ilişkidir. Bu ilişkide havale gönderen (muhi), havale alıcısı şahsa bir miktar parayı, kıymetli evrakı vs. şeyleri ödeme yetkisi verirken, havale alıcısı da sayılan şeyleri kendi adına havale veren hesabına kabul etmek yetkisini haizdir.

Havale gönderen ile havale alıcısı arasındaki ilişkiye “Bedel ilişkisi” denir. Havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasındaki ilişkiye de “Havale ilişkisi” adı verilmektedir. Havale gönderen “A” ile havale alıcısı “B” arasındaki bedel ilişkisi, havale gönderen (A)’yı havale alıcısı (B) karşısında borçlu kılan bir borç ilişkisi olarak karşımıza çıkar ve bu durumda “borç üzerine havale” den söz

<sup>47</sup> KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 42; ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 46; ÖZTÜRK, Gülay, İnançlı Muameleler, Ankara 1998, s. 68, 69; AKYOL, s. 82 ve dpn. 12.

<sup>48</sup> KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 90 ve dpn. 28.

<sup>49</sup> KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 90.

<sup>50</sup> KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 56 ve dpn. 108, 109.



edilir<sup>51</sup>. Havale gönderen (A) ile havale ödeyicisi arasındaki ilişkiye de “Karşılık ilişkisi” denilmektedir.

BK. m. 457’de havale şu şekilde tanımlanmıştır. “Havale, bir akittir ki onunla muhalünaleyh, bilvekâle kendi namına kabza salâhiyettar olan muhalünlehe muhil hesabına nakid veya kıymetli evrak veya sair mislişeyler itasına mezun kılınır”. Bu tanımdan ilk bakışta havalenin bir sözleşme olduğu düşüncesi akla gelebilirse de, havalenin hukukî mahiyeti oldukça tartışmalıdır.

Havalede havaleci, tek taraflı irade beyanıyla çifte yetki vermektedir. Bu yetkiler, havale ödeyicisine verilen “ödeme yetkisi” ile havale alıcısına verilen “kabz etme yetkisi” dir. Oysa alacağın temliki, alacak üzerindeki hak sahipliğinin devrini gerçekleştirmesi yönüyle havaleden esaslı surette farklılık oluşturmaktadır.

Alacağın temlikinde borçlu, devralan şahsa alacağın devri nedeniyle yaptığı ödeme ile borcundan kurtulur. Çünkü, böylelikle kendi borcunu ifa etmiş ve devralan bu ödemeyle kendi alacağının ifası olarak kabul etmiştir. Ancak havalede, havale ödeyicisinin karşılık ilişkisinde, havale alıcısına yapacağı ifa ile borcundan kurtulması söz konusu değildir. Burada havale ödeyicisi, havale nedeniyle ödemedede bulunmakta, havale alıcısı da, onun bu ödemesini bu anlamda kabz etmektedir. Havale alıcısı, havale ödeyicisinin karşılık ilişkisindeki muhtemel borçlarıyla ilgilenmemektedir. Havale ödeyicisinin borcundan kurtulabilmesi için, karşılık ilişkisinde havaleciye karşı havale ödeyicisini borçlu kılan özel bir sebebin varlığı gereklidir<sup>52</sup>. Bu ilişki uyarınca, havale ödeyicisinin yaptığı ödeme, onun karşılık ilişkisinde havaleciye karşı olan borcunun ifası olarak kabul edilmektedir. Bu durumda havale ödeyicisinin havale alıcısına yaptığı ödemenin, onun borcunun ifası anlamına geleceği konusunda havale ödeyicisi ile havaleci arasında bir anlaşma vardır.

Alacağın temlikinde borçlu işlemin dışında kalmaktaydı. Borçlu rızası ve bilgisi dışında gerçekleşen alacaklı değişimine katlanmak ve kural olarak devralana ödemedede bulunmak zorundaydı. Buna karşılık havalede havale ödeyicisi, havaleci karşısında havaleyi kabul etmek zorunda değildir. Sonuç olarak; havalede havale alıcısına hiçbir alacak hakkının devri söz konusu değildir. Havale, borçlanılmış olan veya başka bir sebepten dolayı talep edilen bir edimin üçüncü şahıs aracılığıyla ifa edilmesini sağlayan aracı bir kurumdur.

<sup>51</sup> KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 85 ve dpn. 4.

<sup>52</sup> KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 94.

#### IV. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI

##### A) GENEL OLARAK

Alacağın temliki işleminin aslî neticesi, temlik sözleşmesi uyarınca temlik edilen alacağın, devreden malvarlığından çıkıp, devralanın malvarlığına geçmesidir. Bu işlem neticesinde, devreden, devre konu olan alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kaybeder. Dolayısıyla devreden artık alacağı tahsil etmek, borçluyu ibra etmek veya alacağı tekrar başka bir şahsa devretmek gibi bir takım tasarruf yetkisinin mevcudiyetini gerektiren işlemleri yapabilme imkânı kalmamıştır.

Buna karşılık, devralan, alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin mevcudiyetini gerektiren bir takım işlemleri (devir, tahsil, ibra gibi) yapabilir. Devreden, aynı alacağı ikinci bir defa devrederse, karşı taraf, ilk temlikten haberdar olmasa bile, iyiniyetli olsa dahi, alacağı iktisap edemez. Çünkü ilk temlik geçerli olup, bu temlikle birlikte devreden alacak üzerindeki hak sahipliği ve dolayısıyla tasarruf yetkisi sona erdiği için, ikinci temlik geçerli olmaz<sup>53</sup>. Aynı hakların devrinden farklı olarak, alacağın temlikinde tasarruf yetkisinin olmamasına karşı iyiniyet korunmamıştır.

Mevcut bir alacağın temlikinde, temlik konusu alacak hakkı, bir tasarruf işlemi niteliğini haiz olan yazılı temlik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte devralanın malvarlığına geçer. Müstakbel alacakların temlikinde ise sözleşmenin yapıldığı anda henüz ortada bir alacak hakkı mevcut olmadığı için durum biraz daha farklıdır. Müstakbel alacakların temlikinde, tasarruf işleminin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an arasında bir ayırım yapmak gerektiği ifade edilmiştir<sup>54</sup>. Buna göre, temlik işlemi, hükümlerini ancak alacak hakkının doğduğu anda doğuracaktır. Yani önceden yapılan tasarruf işlemi sayesinde, alacak hakkı, doğduğu anda başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devralanın malvarlığına geçer. Alacak hakkı doğmamışken, bu hak üzerinde tasarrufta

---

<sup>53</sup> OĞUZMAN /ÖZ, s. 904.

<sup>54</sup> FEYZİOĞLU, s. 628; TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU /ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 248, 249; EREN, C. II, s. 1223; ENGİN, s. 27 vd.; KOCAMAN, Factoring, s. 122; LARENZ, s. 584; Aksi fikir için bkz, OĞUZMAN / ÖZ, s. 901, 902; Bu alacakların devredilebileceği kabul edilince, henüz mevcut olmayan bir hak üzerinde tasarruf işleminin yapılabilmesi gibi bir netice ortaya çıkıyor. Bu neticede, öğretide tasarruf işleminin yapıldığı an ile hükümlerini doğuracağı anın birbirlerinden ayrılması gerektiği, tasarruf işlemlerinde bu iki anın birlikte bulunmasının zorunlu olmadığı ifade edilerek, çürütülmektedir.

bulunan hak sahibinin, bu işlemle bağılı olduğu, tek taraflı olarak tasarrufundan dönemeyeceği kabul edilmektedir<sup>55</sup>.

## **B) ALACAĞIN TEMLİKİNİN KAPSAMI**

### **1) Kural**

Alacağın temlikinde, temlik işleminin kapsamını yani devir sözleşmesine nelerin dahil olacağını veya olmayacağını belirleme yetkisi taraflara aittir. Hatta temlik işleminin alacağın tamamına mı yoksa bir kısmına mı ait olacağını belirleme yetkisi de taraflara aittir. Ancak taraflar, temlik sözleşmesinde sözleşmenin kapsamı ile ilgili başkaca birtakım hükümler koymazlar ise bu durumda uygulanacak kurallar, BK. m.168'de düzenlenmiştir.

### **2) Yedek Kurallar**

#### **a) Genel Olarak**

BK. m.168/I' e göre; "bir alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur". Demek oluyor ki devir sözleşmesi yapıldığında devre konu olan alacak hakkı ile birlikte bu alacağa bağılı olan fer'i haklar da kendiliğinden başkaca birtakım işlemlere gerek kalmaksızın devralana geçer.

Alacakla beraber devralan şahsa geçen rüçhan hakları, devreden kişinin şahsına ilişkin olmayan ve alacağa başka alacaklar karşısında öncelikli bir durum sağlayan imtiyazlardır. Alacakla birlikte devralan şahsa geçen diğer müteferri haklar ise rehin veya kefalet gibi alacağı teminat altına alan veya faiz gibi alacağın kapsamını genişleten yan haklarla, alacağa bağılı olan bir takım yenilik doğurucu haklardır.

Dikkat edilecek olursa BK. m.168 /I' de rüçhan hakları ile diğer fer'i haklar ayrı ayrı zikredilmiştir. Ancak her ikisinin de ortak noktası devreden şahsına özgü olmamalarıdır. BK. m.168/III'e bakıldığında faizlerin alacakla birlikte devrinin düzenlendiği görülür. Dolayısıyla BK. m.168/I ve III' ün alacağın temlikiyle birlikte bu alacağa bağılı yan hakların ve rüçhan haklarının da kendiliğinden geçeceğini hükme bağladığı müşahede edilmektedir. Ancak BK. m.168/II de düzenlenen, devreden alacakla ilgili belge ve bilgileri devralana verme borcuna ilişkin hüküm, tamamen farklı bir konuya ilişkindir ve bu iki farklı konunun aynı maddede düzenlenmiş olması pek de isabetli olmamıştır. Maddenin kenar başlığı da, "Fer'i hakların ve senetlerin ve esbabı sübutiyenin devri" şeklindedir. Ancak bu başlık, mevcut isabetsizliği belirgin bir şekilde ortaya koymuştur.

<sup>55</sup> Müstakbel alacağın devrinde, alacak hakkının devralanın malvarlığında mı doğacağı yoksa bir süreliğinde devreden malvarlığına doğup sonradan da devralana mı geçeceği tartışmalıdır, **LARENZ**, s. 585; **MEDICUS**, s. 334 vd.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

Yan haklar ve rüçhan hakları alacağın temlikiyle kendiliğinden devralana geçerken ispat vasıtalarının bu şekilde kendiliğinden devri söz konusu değildir. Ancak ispat vasıtası üzerindeki hak, alacağa bağlı bir yan hak olarak kabul edilecek olursa zaten ilk fıkra gereği kendiliğinden geçecektir. Bunu ayrıca ifade etmeye gerek yoktur. Netice itibariyle BK. m.168'de düzenlenen bu iki farklı durum birbirinden tefrik edilmeli ve ayrı maddeler halinde kaleme alınmalıdır.

### **b) Rüçhan Hakları**

Rüçhan haklarının başında imtiyazlar gelir. Devredilen alacak, İİK. m. 206'da sayılan imtiyazlı sıralardan hangisinde yer alıyorsa devir işleminden sonra da aynı sırayı koruyacaktır. Yani devralan şahıs da aynı sıradan yararlanabilecektir. Fakat bu imtiyaz devreden eski alacaklının kişisel durumundan kaynaklanıyorsa, alacağın temliki ile birlikte devralana geçmez. Devredende kalmaya devam eder. Mesela İİK. m.101' deki hacze iştirak halleri, ücret alacağına ilişkin imtiyazlar devreden şahsına aittir. Bunlar devralana geçmez. Buna karşılık tapu siciline şerh vermek gibi alacağı kuvvetlendirmeye yönelik birtakım haklar alacaktan ayrılmaz ve alacakla birlikte devralana geçerler.

### **c) Fer'i Haklar ( Yan Haklar)**

Alacağın temlikinin kapsamına giren yan hakları a) Alacağın kapsamını genişleten yan haklar , b) Alacağı takviye eden yan haklar ve c) Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar şeklinde üç grupta incelemek mümkündür.

#### **aa) Alacağın Kapsamını Genişleten Yan Haklar**

Bu tip yan hakların en önemlisi faizdir. Gerek akdi faiz gerekse kanunî faiz olsun, devir işleminden sonra devralan alacaklı lehine işlemeye başlar. Hatta sadece işlemekte olan faizler değil, işlemiş ancak temlik tarihine kadar devreden kimse tarafından tahsil edilmeyen faizler dahi devralan şahsa geçer. Bu durum BK. m.168/III' de "gecikmiş faizler, asıl alacak ile birlikte temlik edilmiş addolunur" şeklinde açıkça ifadesini bulmuştur. Aynen ifanın, kusurlu imkansızlık nedeniyle, tazminata dönüşmesi ihtimalinde eğer borçlu, borcunu ifa edemiyorsa ortada bir ifa imkansızlığı vardır<sup>56</sup>. İfa imkansızlığından dolayı borçlu sorumlu tutulamıyorsa yani borçlu kusursuz ve bu durumu da ispat etmiş ise, BK. m.117 hükmü uygulanır ve bu hükme göre de, borçlu herhangi bir

---

<sup>56</sup> İmkansızlığın borçlu açısından tespit edildiği klasik görüşün aksine, durumun alacaklı açısından değerlendirilmesi gerektiği ve alacaklının bu borcun ifasını cebri icra yoluyla elde edemeyeceği hallerde ifanın imkansızlaşmasının kabul edilmesi gerektiği görüşünde **OGUZMAN /ÖZ**, s. 295, 296.

tazminat ödemek durumunda kalmaz. Böylelikle borçlu borcundan kurtulur<sup>57</sup>. Borçlu, ifanın imkansızlaşmasında kusursuz olduğunu ispat edemezse borcundan kurtulamaz. İfası imkansız hale gelen edimin yerini alacaklının, borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararı tazmin borcu alır<sup>58</sup> (BK. m. 96).

İfanın imkansızlığına ilişkin bu ilkeler alacağın temlikine uygulanacak olursa; alacağın devredilmesi borcunu yükleyen geçerli bir devir sözleşmesinin kurulmasından sonra, devir imkansız hale gelirse ve bu imkansızlıktan devreden şahıs sorumlu tutulamıyorsa, onun devir borcu sona erer (BK. m. 117/I). Buna karşılık, diğer taraftan olan alacağını da kaybeder (BK. m.117/II).

İmkansızlıktan devreden sorumlu tutuluyorsa, hakim görüşe göre, imkansızlaşan temlik borcunun yerini, alacaklının bu imkansızlık yüzünden uğradığı zararın tazmini borcu alır (BK. m.96).

#### **bb) Alacağı Takviye Eden Yan Haklar**

Bu tip yan haklar alacağın zamanında ve tam olarak ifasını amaç edinen ve asıl alacağına bağlı bulunan rehin, kefalet, ipotek gibi haklardır. BK. m. 168/I' e göre, bu tip yan hakların da alacağın temlik ile birlikte devralana geçeceği kabul edilebilir.

<sup>57</sup> **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, 5. Bası, İstanbul 1988, s. 108; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985, § 6. N. 8; **ENGİN**, s. 88; **ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 101 vd.; **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, Borçlar Özel, s. 71, 73.

<sup>58</sup> Doktrinde hakim görüş, imkansızlığa ilişkin kuralların gerek objektif imkansızlık hallerinde gerekse sübjektif imkansızlık hallerinde uygulanması gerektiği yolunda iken (**TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, Borçlar Hukuku, s. 909); bazı yazarlarımız da BK. m. 96 ve BK. m. 117'de zikredilen imkansızlık kavramına sadece objektif imkansızlık hallerinin gireceğini, sübjektif imkansızlık hallerinde ise borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar, **DURAL**, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 89; **ALTUNKAYA**, s. 115; **EREN**, C. II, s. 1030; bazı yazarlar da BK. m. 96 kapsamındaki kusurlu imkansızlık hallerinde de, borçlu temerrüdündeki sözleşmeden dönme hakkını (BK. m. 106, 108) kıyasen alacaklıya tanımayı önermektedir, **SCHWARZ**, A. B., Akdin İhlali Sebebiyle Fesih (Çeviren: DAVRAN, B.), Ebülûla Mardin'e Armağan, İstanbul 1943, s. 795; **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 406; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, Borçlar Hukuku, s. 873, 874; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16, s. 146, 147; **ENGİN**, s. 89.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

Ancak teminat niteliğinde olan bu haklar arasında bir ayırım yapmak gerekir. Kefalet gibi bir takım şahsî teminatların alacağın temlikiyle birlikte devralana geçeceğinde problem yoktur. Taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilirler. Kararlaştırmamışlarsa kefalet yeni alacaklıya geçer ve borçlu borcunu ödemediği takdirde yeni alacaklı alacağını kefinden isteyebilir. Kısmî temlik söz konusu ise devreden, kefaleti, devredilmeyen alacak için muhafaza edebilir. Devreden böyle bir muhafazası yok ise, söz konusu kefalet eski ve yeni alacaklıdaki alacak miktarı ile orantılı olarak her iki alacaklı için de geçerliliğini korur.

Fakat aynı teminat niteliğini haiz olan rehinde durum biraz farklıdır. Kefalette olduğu gibi alacaklının, rehin hakkını saklı tutarak alacağı temlik etmesi rehinden vazgeçtiği anlamına gelir. Çünkü alacak hakkı olmaksızın ona bağlı bir rehin hakkından bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca rehinde, temlik işlemiyle birlikte rehnin (menkul rehni MK. m. 939) geçmesi, eski alacaklının, elindeki rehni fiilen yeni alacaklıya teslim etmesine bağlı mıdır şeklinde bir soru akla gelebilir. BK. m.168/I, fer'i hakların alacağın temliki ile birlikte kendiliğinden geçeceğini düzenlemiştir. Buna göre eski alacaklı, elindeki rehni yeni alacaklıya teslim etmese de yeni alacaklı rehin hakkını elde eder. Fakat yeni alacaklının bu haktan faydalanabilmesi için rehnin teslim edilmesi gerekir. Yeni alacaklı, rehnin teslimi konusunda eski alacaklıyı zorlayabilir.

Taşınmaz rehnine bağlı bir alacağın temliki durumunda tapuda yapılacak bir işleme gerek kalmaksızın alacağın temlikiyle birlikte ipotek yeni alacaklıya geçer. İpoteğin kuruluşu resmi şekle tabi olduğu halde, bağlı bulunduğu alacak yazılı şekilde temlik edileceğinden ipoteğin ayrıca resmi senede gerek kalmaksızın devralana geçmesi sağlanmış olacaktır<sup>59</sup>. Cezaî şartlar

---

<sup>59</sup> “İpotekle inancaya bağlanmış bir alacağın temliki için, tapu sicilinde temlik işleminin yapılması zorunlu değildir. Bir tasarrufî işlem den ibaret olan temlik, ipotek inancası ile birlikte Borçlar Yasasının 162 ve Medeni Yasanın 806. (Yeni Medeni Kanun madde 891) maddesi hükmünce adi yazılı belge ile sağlanabilir. Yasanın yazılı belge konusunda öngördüğü koşul yeterli bir geçerlilik koşuludur”, Y. 4. HD.,1971 / 12962 E., 3837 K., **KARAHASAN.** s. 1384 ; FMK., 1. HD., 2/10/1962 Jdt 1963, I, 248. Federal mahkeme kararı şu şekildedir: “Kökleşmiş doktrin ve içtihat gereğince OR. 973 / BK. m. 1023’ ün, tapu kütüğündeki yazımları kamu güveninden yararlandırması ilkesi yalnız gayrimenkul ipoteğinin varlığını kapsar; buna karşılık ipoteğin temin ettiği alacak ( ipotekli borç senedi ve irad senedinden farklı olarak ) kamu güveninden yararlanamaz. İpoteğin varlığı, fer’i (yan) niteliğinden ötürü, temin ettiği alacağın geçerliliğine bağlıdır. Bu bakımdan gerek kişisel hak istemine karşı borçlu, gerek aynı isteme karşı ipotekli gayrimenkulün maliki, alacak talebine karşı ileri sürülebilecek bütün savunmaları, hem ilk alacaklıya hem de kural

da alacağı takviye eden haklardandır. Gecikme hali için kararlaştırılmış ve temlikten önce muaccel olan cezaî şartın temlik edende kalması doğaldır. Ancak ifa etmeme hali için kararlaştırılmış olan cezaî şart asıl alacakla birlikte devralana geçer.

### cc) Alacağa Bağlı Yenilik Doğuran Haklar

Yenilik doğuran haklar, ya alacağın bağlı olduğu borç ilişkisinden doğarlar ya da o borç ilişkisinden bağımsız bir biçimde doğarlar. Şayet doğrudan alacağa bağlı ise, o alacağın devredilmesi ile birlikte yenilik doğuran haklar da kendiliğinden devralana geçer. Mesela seçimlik bir borçta alacaklının seçme hakkı, muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlanan ihbar hakkı, takas beyanında bulunma hakkı alacağa bağlı olan, borç ilişkisinden bağımsız, yenilik doğurucu haklardır. Bunlar alacağın temlikiyle birlikte devralana geçer.

Buna karşılık kira ve hizmet akitlerindeki feshi ihbar hakkı, alacağa doğrudan bağlı olmayan, borç ilişkisinden kaynaklanan yenilik doğurucu bir haktır. Alacağın temlikiyle birlikte bu tip haklar devralana geçmez. Hata, hile ve ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplerden biri ile sakat olan bir sözleşmede, sözleşmenin sakat olduğunu iddia etmek hakkı acaba devralana geçecek midir? BK. m. 31'de mevcut olan yenilik doğurucu hak niteliğindeki bu beyan devralana geçebilir mi? Baskın olan görüşe göre sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih ve irade beyanı sakatlığı sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkı, borç ilişkisine bağlı bir hak olduğundan bunların devralana geçmesi mümkün değildir<sup>60</sup>.

### C) ALACAĞIN TEMLİKİNDE TARAFLARARASI İLİŞKİLER

Alacağın temliki işlemi, üç köşeli bir ilişki olduğu için birden fazla kişiyi ilgilendirir. Alacağı devreden, devralan, borçlu ve üçüncü kişiler bu temlik işlemi ile ilgilendirilir ve temlik işleminin hüküm ve sonuçlarından etkilenirler. Temlik işlemiyle bunlar arasında birtakım yeni ilişkiler doğar. Bunların aralarında bazı haklar, yetkiler ve sorumluluklar ortaya çıkar.

---

olarak alacağı iyiniyetle temellük eden kimseye karşı kullanabilirler. İpoteğin geçirilebilmesine alacağın temlikine ilişkin kurallar ve özellikle BK. m. 167 uygulanır”, **DALAMANLI / KAZANCI**, s. 838 .

<sup>60</sup> **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 251 ; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 909 ; “ Temlik edilen alacağa bağlı yan haklar ve öncelik ( rüçhan ) hakları alacakla birlikte temlik edene geçer ( OR. 170/I, BK. m. 168/I). Ancak bütün bir borç ilişkisinin, yani ondan doğan haklarla borçların bir bütün olarak geçirilmesi, özel şartlar gerçekleşmedikçe, söz konusu olamaz. Bu bakımdan genel olarak borç ilişkisine bağlı yenilik doğuran haklar temlik edende kalır”, **KARAHASAN**, s. 1415.

### 1) Devreden ve Devralan Arasındaki İlişki

Alacağın temlikinde, tasarruflı bir işlem söz konusu olduğu için, alacak hakkı devreden mal varlığından çıkarak, devralanın mal varlığına geçer. Alacak hakkının ve alacaklı tarafın değişmesi ile alacağın temlik işlemi hükmü sona erecektir. Taraflar arasında artık geriye dönük hiçbir hukukî ilişki kalmamıştır. Dolayısıyla devreden hiçbir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Ancak Borçlar Kanununda devreden, devredilen alacağın var olması ve tahsil edilebilir olması ile alakalı olarak sorumluluğu kabul edilmiştir. Ancak bu sorumluluk her ne kadar temlike ilişkin hükümler arasında yer almış olsa da, alacağın temlik edilmiş olmasına değil, temlikin hukukî sebebine dayanmaktadır. Yani bu sorumluluk temlik işlemine değil, temlik işleminin dayandığı temel ilişkiye istinat etmektedir. Doktrinde bu konunun, ivazsız temliklerde bağışlama sözleşmesine, ivazlı temliklerde de ilgili sözleşmeye örneğin satım sözleşmesine ilişkin kanun hükümleri arasında düzenlenmesi gerektiği de savunulmaktadır<sup>61</sup>.

### 2) Borçlunun Devreden ve Devralan İle İlişkileri

#### a) Devreden ve Borçlu Arasındaki İlişki

Alacağın temlik ile artık borçlu, yeni alacaklıya karşı ifa yükümlülüğü altına girmektedir. Borçlu, eski alacaklıya yapacağı ifa ile kural olarak borcundan kurtulamaz. Sadece borç olmayan bir şeyi ifa etmiş olur. Alacağı devralanın talebi üzerine ona karşı da ayrıca bir ifada bulunacaktır. Borçlar Kanunu, alacağın temlikinin geçerli olması için borçlunun rızasını hatta, haberdar olmasını dahi aramamıştır. Dolayısıyla borçlu, gerçek alacaklıyı bilmeden hatalı ifade bulunarak güç durumlara düşebilir. Bu tip durumlarda da, genel hükümlerden istifade edilerek, devreden, kazandığı şeyleri iade etmekle yükümlü tutulması mümkündür.

Ancak, alacaklısının değişmesinde hiçbir söz hakkı olmayan ve temlik işleminden de habersiz olan borçlunun bu kadar çaresiz bırakılmaması, korunması gerektiği düşünülmektedir. Bu nedenle de BK. m.165 ve 166 hükümleri sevk edilerek, borçlunun borcunu önceki alacaklıya ifa etmesi bazı şartlarla geçerli sayılmış hatta edimi tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulması imkânı tanınmıştır. Bunlara ilaveten bir de borçluyu korumak amacıyla yine devredene karşı sahip olduğu savunma araçlarını devralana karşı da ileri sürme imkânı tanınmıştır.

---

<sup>61</sup> TUNÇOMAĞ, C. 2, § 3 IV; OĞUZMAN / ÖZ, s. 920; ENGİN, s.65; AYBAY, s. 199.



### b) Borçlu ve Devralan Arasındaki İlişki

Borçlu kendisinden ifayı talep edecek olan alacaklıya karşı çeşitli savunma imkanlarına sahip olabilir. Bunların bazıları genel hükümlerden çıkarılırken bazıları da temlik işleminde borçlunun durumunun ağırlaşmaması ilkesinden dolayı getirilen özel hükümlerden kaynaklanır. Borçlu, şayet temlik işlemi geçersiz ise devralan şahsa karşı bu geçersizliği ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Temlik işleminde taraflardan birinin fiil ehliyetinin olmadığı, temlik yapan alacaklının tasarruf yetkisinin olmadığı, şekle uygun hareket edilmediği, temlik edilen alacağın temlik edilemez türden bir alacak olduğu yolundaki savunmalar geçersizlikle ilgili savunmalardır. Bununla birlikte taraflar alacağın temlik edilememesini kararlaştırır ama temliknamede bu durumu belirtmezler ise borçlu devralana karşı alacağın temlik edilemeyeceğini ileri süremez.

Alacağın temlik, borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağından<sup>62</sup>, alacak, devreden malvarlığında ne halde ise devralanın malvarlığına da o hali ile intikal eder. Bu nedenle borçlu alacakla ilgili savunmalarını devralana karşı ileri sürebilir<sup>63</sup>. BK. m.167 /I'de bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Borçlu temlike vakıf olduğu zaman, temlik edene karşı haiz olduğu def’ileri temellük edene karşı dahi dermeyeran edebilir.” Buradaki def’i kavramını itirazları da kapsayacak şekilde geniş anlamak gerekmektedir<sup>64</sup>. Alacakla ilgili itirazlar genellikle alacağın doğmadığına veya sona erdiğine ilişkindir.

BK. m.167/II’ye göre; “Borçlunun alacağı temlik eden zimmetinde temlike vâkıf olduğu zaman müeccel bir alacağı var idiyse, bu alacağın temlik edilen alaktan sonra muacceliyet iktisap etmemiş olması şartıyla borç ile takas edilmesini talep edebilir”. Burada takas şartlarından biri olan alacakta

<sup>62</sup> OĞUZMAN /ÖZ, s. 917, Y. 4. HD.’nin 26 / 3 / 1973, 8388 / 3576 Sayılı kararından, “alacaklının, temlik yoluyla, borçlunun iradesi ve bilgisi dışında değişmesi onu zarara sokmamalıdır, durumunu ağırlaştırmamalıdır.”, UYGUR, Turgut, Açıklamalı- İtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C. 2, Ankara 1990, s. 3575.

<sup>63</sup> “Bu bakımdan gerek kişisel hak istemine karşı borçlu, gerek aynı isteme karşı ipotekli gayrimenkulün maliki, alacak talebine karşı ileri sürülebilecek bütün savunmaları, hem ilk alacaklıya, hem de kural olarak alacağı iyiniyetle temellük eden kimseye karşı kullanabilirler. İpoteğin geçirilmesine, alacağın temlikine ilişkin kurallar ve özellikle, OR. 169/ BK. 167 uygulanır, KARAHASAN, s. 1400.

<sup>64</sup> TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 252 vd; EREN, C. II, s. 1229; OĞUZMAN /ÖZ, s. 917; FEYZİOĞLU, s. 658.

## Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki

karşılıklılık şartının<sup>65</sup> bir istisnası söz konusudur. Çünkü borçlu, devredenden olan alacağı ile devralana olan borcunu takas etme imkanına sahiptir. Böyle bir istisnai hükmün konulmasının amacı, borçluyu korumaktır.

Temlik borçlusunun BK. m. 167/I uyarınca, alacağı devralana karşı takas beyanında bulunabilmesi için, onun temliki öğrendiği anda, temlik edene karşı hukuken geçerli bir alacağa sahip olması gerekir. Bu madde çerçevesinde yapılacak takasın şartları, temlik borçlusunun temlik edenden olan alacağını önce veya sonra iktisap etmiş olmasına göre değişir. Eğer borçlu, devredene karşı olan alacağını temlikten sonra iktisap etmişse şu şartların varlığı halinde takas yetkisine sahip olacaktır; borçlu, devredenden olan alacağını iyiniyetle kazanmış olmalıdır, borçlu temlik edenden olan alacağını temlik ihbarından önce iktisap etmiş olmalıdır, borçlunun temlik edenden olan alacağının temlikten önce muaccel olması veya temlikten sonra muaccel olmakla beraber, muacceliyetin borçlunun iyiniyetli olduğu süre içinde gerçekleşmesi veyahut temlik edilen alacaktan önce muaccel olması gerekir. Bu husus muacceliyet şartı açısından önem arz etmektedir. Buna karşılık borçlu, devredenden olan alacağını temlikten önce kazanırsa son söylenen şartın gerçekleşmesi yeterli olacaktır<sup>66</sup>.

### V. SONUÇ

Alacağın temliki için öncelikle bir alacak hakkının mevcudiyeti gerekmektedir. Alacak hakkı, alacaklıya borç ilişkisinin pasif tarafındaki borçludan herhangi bir edimin yerine getirilmesini isteme imkanı sağlayan hak olarak tanımlanabilir. Alacak hakkı sadece borçluya karşı ileri sürülebileceğinden nispi nitelikte bir haktır. Dolayısıyla alacak hakkı,

---

<sup>65</sup> Takasın şartları için bkz, **ARAL**, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 18 vd.

<sup>66</sup> **ARAL**, s. 25; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, Borçlar Hukuku, s. 255-256; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 919, 920; **FEYZİOĞLU**, s. 660; Y. 13. HD.' nin, 9. 5. 1974 T., 367 E., 1129 K., kararından, "Borçlar Kanununun 167 inci maddesinde borçlunun rızası aranmaksızın alacağın temliki öngörülmüştür. Ancak kanun koyucu buna karşı borçlunun da korunması gerektiği görüşünden hareketle borçlunun temliki öğrendiği zaman temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri bu arada takas def'ini temellük edene karşı dahi ileri sürebileceği esasını benimsemiş bulunmaktadır. Buna göre takas def'inin kabulü, başka bir deyimle borçlu idarenin, temlik edende olan alacaklarını mahsup ederek borcunu temellük edene ödemediği kaçınmasının haklılığını kabul için herşeyden önce idare alacağının, temlik edilen alacaktan sonra muaccel olmaması koşulunun gerçekleşmesi zorunludur. O halde davalı idare ancak dava konusu alacağın muacceliyet kazandığı tarihten önce temlik edende gerçekleşip muacceliyet kazanmış alacaklarının takasını isteyebilir, **KARAHASAN**, s. 1408.

alacaklıya, borçlunun şahsı veya ifaya yönelik davranışları üzerinde veyahut edim üzerinde bir iktidar sağlamayacaktır. Bu niteliğiyle de hâkimiyet haklarından ayrılmaktadır. Hâkimiyet haklarında hakkın hem bir konusunun olması hem de bir malikin olması bu hakların devredilmelerini anlamayı kolaylaştırmıştır.

Alacağın temlikî rızaî, kazaî ve kanunî temlik olmak üzere üç çeşittir. Ancak kanunî ve kazaî temlik gerçek ve teknik anlamda bir temlik değildir. Alacağın temlikinden bahsedildiği zaman bundan rızaî temlikî anlamak gerekir. Kanunî temlikte bir alacağın kanun hükmü gereğince bir başka şahsa intikal etmesi söz konusudur. Yani ne alacaklının ne de borçlunun rızasına ihtiyaç duyulmaktadır. Yine aynı şekilde kazaî temlik durumunda da, mahkeme kararının kesinleşmesiyle alacak devredilmiş olmaktadır. Burada da tarafların irade beyanlarına ihtiyaç duyulmamaktadır.

Alacağın temlikinin şartları incelenirken, bu işlemin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı müşahede edilmiştir ( BK. m. 163/ I ). Alacağın temlikî bir akit olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hususun kanundan ilk bakışta anlaşılması güçtür. Fakat BK. m. 163'ün kenar başlığı olaya açıklık getirmektedir. BK. m. 163'ün "Akdin şekli" tarzındaki kenar başlığından alacağın temlikinin bir sözleşme olduğunu anlamak mümkündür.

Alacağın temlikinin hüküm ve sonuçlarında ise ortaya çıkan problem, alacağın, devralana geçme zamanıdır. Mevcut bir alacağın temlikinde, temlik konusu alacak hakkı, yazılı temlik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte devralanın malvarlığına geçer. Ancak sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmayan müstakbel alacaklar bakımından durum biraz daha farklıdır. Bu tip alacakların temlikinde, tasarruf işleminin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an arasında bir ayırım yapılmalıdır. Temlik işlemi hüküm ve sonuçlarını alacak hakkının doğduğu anda doğurur. Yani önceden yapılan tasarruf işlemi sayesinde alacak hakkı, doğduğu anda başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devralanın malvarlığına geçer.

Alacağı takviye eden yan haklardan, rehin, farklılık arz etmektedir. BK. 168/T'e göre, fer'i haklar temlik işlemiyle birlikte devralana geçer. Dolayısıyla rehin hakkı da geçecektir ama yeni alacaklının bu haktan faydalanabilmesi için rehlin teslim edilmesi gerekir.



## ULUSLARARASI HUKUKTA TANIMA KURUMU ve KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ\*

ARŞ. GÖR. SELCEN ERDAL\*\*

### ÖZET

Tanımaya kurumunun uluslararası hukukta geniş bir uygulama alanı mevcuttur. Birçok yönüyle tartışılan tanıma kurumu, uluslararası hukukun belki de en güç meselelerinden biridir. Bu çalışmayı yapmamızdaki temel amaç, tanıma kurumunun uluslararası hukukta herhangi bir normatif düzenlemede yer almamasına rağmen, uluslararası uygulamada geniş bir yer işgal etmesidir. Devletlerin, hükümetlerin, uluslararası örgütlerin, muharıplerin, asilerin, ulusların ve ulusal kurtuluş hareketlerinin tanımaya konu olması mümkündür. Bu bağlamda, devletlerin tanınması konusunda önemli bir örnek olan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin tanınması meselesi üzerinde durulmuş ve genel bir değerlendirme yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Tanıma, Devlet, Hükümet, Muharip, Ulusal Kurtuluş Hareketleri

### ABSTRACT

There is an extensive application field of recognition in international law. The recognition discussed in many different dimension is possibly the most difficult problems of international law. The main aim of this study is that even though recognition does not exist in any normative regulation in international law, it occupies significant space within the international practice. The states', governments', international organizations', belligerencies', rebels', nations' and national independence movements' being subjects of recognition is possible. Within this context, the matter of Northern Cyprus Turkish Republic's recognition that forms an important example about the recognition of states has been focused on and a general evaluation has been done.

**Keywords:** Recognition, State, Government, Belligerency, National Independence Movements

---

\* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan Yüksek Lisans Tezinin özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## GİRİŞ

Genel bir ifadeyle, uluslararası hukukta tanıma, bir uluslararası hukuk kişinin kendi dışında oluşan bir olayı, durumu, belgeyi ya da iddiayı kendi adına geçerli kabul ettiğini ve uluslararası ilişkilerini bu veriler üzerinde devam ettireceğini belirttiği bir tek taraflı hukukî işlemdir.

Oluşumu için gerekli olan “ülke”, “insan topluluğu” ve “egemen-üstün kamu otoritesi” unsurlarını taşıyarak oluşan devletin, uluslararası topluma, bu toplumun bir üyesi olarak katılımı tasarrufu o devletin tanınması olarak nitelendirilmektedir.

Uluslararası toplumun ana ögesi devlet olmakla birlikte, tanıma kurumu, yalnızca devletlerin tanınması meselesi ile sınırlı bir konu değildir. Bünyesinde pek çok farklı ve tartışmalı alan barındıran tanıma kurumu incelendiğinde, devletlerin tanınmasının yanısıra, bazı durumlarda hükûmetlerin tanınması durumuyla da karşı karşıya kalınabildiği görülmektedir. Kural olarak uluslararası hukukun kapsamına girmeyen hükûmet değişikliklerinin, anayasal çerçevenin dışında ortaya çıkması durumu tanımaya konu olabilmektedir.

Tanıma kurumu incelendiğinde, uluslararası örgütlerin, muhariplerin, asilerin, ulusların ve ulusal kurtuluş hareketlerinin tanınması durumu da mümkün olabilmekte, bu konularda da doktrinde tartışmalar devam etmektedir.

Tanıma kurumuna bu derecede karmaşıklık yükleyen ve bu çalışmanın yapılmasına sebep olan başlıca husus, uluslararası hukukta, devletlere tanıma konusunda yükümlülükler getiren hukukî düzenlemelerin mevcut olmaması ve fakat bu kurumun uluslararası uygulamada geniş bir yer işgal etmesidir.

### I. DEVLETLERİN TANINMASI

#### A. GENEL OLARAK

Uluslararası toplumun temel ögesi “devlet”tir. Devlet, uluslararası hukukun gelişiminde tek ve bugün de ilk planda yer alan süjedir<sup>1</sup>. Uluslararası hukukta bir devletin varlığından söz edilebilmesi için üç objektif unsurun varlığı aranır. Bunlar; “insan topluluğu”, “ülke” ve “egemen-üstün kamu otoritesi”dir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> EROĞLU Hamza, Devletler Umumî Hukuku El Kitabı, C. 1, Ankara 1979, s. 100.

<sup>2</sup> AKİPEK Ömer İlhan, Devletler Hukuku, C. 2, 2. Baskı, Ankara 1975, s. 13; BİLSEL Cemil, Devletler Hukuku, C. 1, İstanbul 1941, s. 17; ÇELİK Edip F., Milletlerarası Hukuk, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 1975, s. 323; EROĞLU, s. 100; GÖZE Ayferi, Devletin Ülke Unsuru, İstanbul 1959, s. 5; LÜTEM İlhan, Devletler Hukuku Dersleri, C. 1, 2. Baskı, Ankara 1959, s. 124; SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, s. 99.

Yukarıda belirtilen “ülke”, “insan topluluğu” ve “egemen-üstün otorite” unsurlarını bünyesinde taşıyarak *aslî* veya *ferî* olarak teşekkül etmiş ve devlet niteliği kazanmış bu hukukî ve siyasî varlığın hangi usulle uluslararası topluma dahil olduğu sorusu, bizi “devletlerin tanınması” kurumuna götürmektedir. Başka bir deyişle; devlet niteliği kazanan bir varlığın uluslararası topluma, bu toplumun bir üyesi olarak katılımı tasarrufu “tanıma” olarak nitelendirilmekte<sup>3</sup> ve bu kurumun birçok yönü üzerinde ciddi görüş ayrılıkları sürmektedir.

## B. TANIMANIN TARİFİ ve FİİLÎ ŞARTLARI

### 1. Tanımın Tarifi

Halen birçok yönüyle üzerinde tartışılan tanıma kurumu, uluslararası hukukun belki de en güç meselelerinden biridir. Bu kurumun mahiyeti ve hukukî etkileri üzerinde devam eden görüş ayrılıkları, tanımlanmasında da güçlükler ve tartışmalara yol açmaktadır. Tanımın açıklayıcı ya da kurucu etkisi, andlaşma niteliği gösterip göstermemesi, diğer devletler açısından zorunlu olup olmaması ve bunun gibi pek çok meselede yaşanan görüş ayrılığı, bu kurumun çeşitli şekillerde tarif edilmesine neden olmuştur.

Devletlerin tanınması hususu incelendiğinde, dikkati çeken ilk ve en önemli tanımın, Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından, 17-24 Nisan 1936 tarihleri arasında gerçekleşen Brüksel toplantısında yapılmış olduğu görülür. Uluslararası Hukuk Enstitüsü bu toplantıda, devletlerin tanınmasını şu şekilde tarif etmiştir: “Yeni bir devletin tanınması, belirli bir ülke üzerinde, siyasî bakımdan teşkilatlanmış, var olan diğer herhangi bir devletten bağımsız ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri yerine getirmeye muktedir bir insan topluluğunun varlığının bir veya birçok devlet tarafından kabul edilmesi ve bu devletlerin yeni devleti uluslararası camianın bir üyesi olarak sayma niyetlerini açıklayan serbest bir tasarruftur<sup>4</sup>.” Yapılan bu tarife göre tanıma, bir veya birden çok devletin bir birliğin tüm hukukî sonuçlarıyla bir devlet oluşturduğunu onayladıkları bir tek taraflı hukukî işlem görünümündedir.

<sup>3</sup> AKİPEK, s. 95; ALSAN Zeki Mesud, Yeni Devletler Hukuku, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1955, s. 184; BİLSEL, s. 60; CERİT Mustafa Durak, Devletler Hukuku Dersleri, Ankara 1948, s. 117; ÇELİK, s. 341; EROĞLU, s. 127; MENEMENCİOĞLU Etem, Devletler Umumî Hukuku, C. 1, İstanbul 1938, s. 104; MERAY Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, C. 1, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 266; MİRCİ Haşim, Devletler Hukuku Notları, 2. Baskı, Ankara 1953, s. 42; SEVİĞ Muammer Raşit, Devletler Umumî Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1958, s. 81.

<sup>4</sup> BİLSEL, s. 60; CROZAT Charles (Çeviren: Edip F. Çelik), Devletler Hukukunda Tanıma, İstanbul 1953, s. 2; EROĞLU, s. 127; MERAY, Devletler Hukuku, s. 267; MİRCİ, s. 43; ŞEN Semin Töner, “Uluslararası Hukukta Tanıma Kavramı ve Kıbrıs’ın Tanınması”, Balıkesir Barosu Dergisi, Yıl 2003, s. 19.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

Kanaatimizce, yeni devlet kurulduktan sonra, mevcut devletlerin bu yeni kuruluşu müşahede ve kabul etmeleri ve bu yeni devlet ile uluslararası hukuka uygun ilişkiler kurmak arzusunda olduklarını bildirmeleri, yeni devletin diğer devletlerce tanınması anlamına gelmektedir<sup>5</sup>.

### 2. Tanınmanın Fiilî Şartları

Yeni doğan bir birliğin devlet olarak tanınabilmesi için, belirli şartları taşıması gereklidir. Bu şartlar, 1931 yılında Milletler Cemiyeti'nin Daimî Mandalar Komisyonu tarafından da zikredilmiştir<sup>6</sup>. Bunları genel olarak üç başlık altında incelemek mümkündür.

#### a. Sınırları Muayyen Bir Ülke

Devletin oluşumunu sağlayan unsurlardan birincisi, sınırları tayin edilmiş bir toprak parçasının, yani bir ülkenin varlığıdır<sup>7</sup>. Ülke, bir devletin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzü parçasıdır ve üç bölüme ayrılır. Bunlar; kara ülkesi, deniz ülkesi ve hava ülkesidir<sup>8</sup>. Bir devlet varlığını ve şahsiyetini belli bir ülke üzerinde yerleşerek gösterebilir. Dolayısıyla, uluslararası camiada, yeni doğmuş bir varlığın devlet olarak tanınmayı talep edebilmesi için de, ülke unsuru aranır. Örneğin; bir gemi üzerinde hayatını devam ettiren bir insan topluluğunun “devlet” olması ve dolayısıyla tanınmayı talep etmesi mümkün değildir.

#### b. Egemen-Üstün Bir Otoritenin Varlığı

Bir varlığın devlet niteliğini kazanıp tanınmayı talep edebilmesi için taşıması gereken şartlardan biri de egemen-üstün bir otoritenin varlığıdır. Belirli bir insan topluluğunun, belirli bir ülke üzerinde bir araya gelmesi, bir devletin varlığından söz edebilmek için yeterli değildir; bunların yanında bir de siyasî ve hukukî örgütlenmenin gerçekleşmesi şarttır<sup>9</sup>. Bu örgütlenme, görevlerini halkın itaat ve itimadı ile yerine getiren, o ülke üzerinde bir araya gelmiş insan topluluğunun ihtiyaçlarını karşılayan ve onları temsil eden egemen ve üstün bir kamu otoritesidir.

#### c. Uluslararası Yükümlülükleri Yerine Getirmeye Muktedir Olmak

Yukarıda belirtilen şartların var olması, bir varlığın devlet olarak tanınması için yeterli değildir. Bunların yanında tanınacak olan devletin

<sup>5</sup> LÜTEM, s. 126; MOORE John Basset, A Digest of International Law, vol-1, Washington 1960, s. 74; SCHWARZENBERGER Georg, A Manual of International Law, second edition, London 1950, s. 28.

<sup>6</sup> CROZAT, s. 3.

<sup>7</sup> BİLSEL, s. 18; GÖZE, s. 5; LÜTEM, s. 126.

<sup>8</sup> AKİPEK, s. 13; EROĞLU, s. 104; SUR, s. 119.

<sup>9</sup> PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, 5. Baskı, Ankara 1998, s. 19.



uluslararası hukuktan doğacak yükümlülükleri yerine getirmeye muktedir olması gerekir. Aksi takdirde, ne tanınmanın tabî sonucu olan “her türlü uluslararası ilişkinin kurulması” gerektiği gibi gerçekleşebilir ne de tanıma kurumu varoluş amacına ulaşabilir. Bir devleti tanımının temel amacı o devletle her türlü uluslararası ilişkiyi kurabilmekse, tanınan devletin bu ilişkilerin gereklerini yerine getirme gücüne sahip olması gerekir.

### **C. DEVLETLERİN TANINMASI KONUSUNDAKİ BAŞLICA SORUNLAR**

Uluslararası hukukta tanıma kurumu, doktrinde pek çok yönüyle tartışılan bir konudur. Doktrindeki tartışmalar öyle ciddi boyuttadır ki; tanıma konusunun uluslararası hukukun kapsamına girmediğini, bunun tamamıyla siyâsî bir mesele olduğunu ileri süren yazarların yanısıra<sup>10</sup>, tanımayı bir oluşumun devlet olarak nitelendirilmesinde temel unsurlardan biri olarak gören yazarlar da mevcuttur<sup>11</sup>. Bu birbirinden oldukça farklı görüşler ışığında, uluslararası hukukta devletlerin tanınması konusundaki problemleri dört başlık altında toplamak mümkündür.

#### **1. Tanınmanın Kurucu veya Açıklayıcı Olması Sorunu**

Uluslararası hukukta tanıma kurumu birçok problemi bünyesinde taşır. Bu konu incelendiğinde göze çarpan ilk problem, tanımının tanınan devletin uluslararası hukuk açısından varlığına nasıl etki edeceği hususudur. Yeni ortaya çıkan bir varlığın devlet olabilmesi için gereken objektif unsurlardan birinin de tanınma mı olduğu; yani, ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün bir kamu otoritesinin varlığı yanında tanımının bir dördüncü unsur mu olduğu oldukça önemlidir.

#### **a. Tanınmanın Kurucu Olduğu Görüşü**

Uluslararası hukukta, devletlerin tanınması konusundaki en önemli problem, tanımının açıklayıcı mı yoksa kurucu mu olduğu hususunda ortaya çıkmaktadır. Bu konuya bu derecede önem yükleyen husus, bu soruya verilecek cevabın, uluslararası hukuk açısından devletin oluşum şeklini değiştirecek, tanımının hukukî sonuçlarını birebir etkileyecek olmasındandır. Şöyle ki; tanımının kurucu nitelik taşıdığı iddiası, bu kurumu devletin kurucu unsurlarından biri haline getirmektedir. Yani tanıma; devletin oluşumu için gerekli olan ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün kamu otoritesi unsurlarının yanında dördüncü unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>10</sup> ÇELİK, s. 353.

<sup>11</sup> ANZİLOTTİ Dionisio (Çeviren: Sahir Erman), Devletler Hukuku, C. 1, İstanbul 1946, s. 122; LAUTERPACHT Hersch, Recognition In International Law, Cambridge 1948, s. 50.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

Tanımanın etkisinin kurucu olduğunu iddia eden görüşte, bir devletin tanınması, onun uluslararası hukuk kişiliğinin öğelerinden biri olmaktadır<sup>12</sup>. Bu görüş kabul edildiği takdirde, bir devlet ancak tanınmak suretiyle uluslararası hukukta varlık kazanabilmekte, bir devletin uluslararası sahaya bir hukuk şahsı olarak çıkabilmesi, mevcut eski devletlerin iradesine bağlı olmaktadır. Bir devlet ancak tanıma ile uluslararası kişiliğini, uluslararası hukuk süjesi olma vasfını ve kendisini tanıyan devletlerle ilişkilere girme ehliyetini kazanabilmektedir. Yani, tanınmadan önce devletin hukukî şahsiyeti yoktur. Bu görüşe göre, mevcut devletin arzu ettiği takdirde ve arzu ettiği zamanda ve kendisince gerekli şartların varlığı halinde gerçekleşen tanıma, uluslararası hukuk kişiliğinin doğumunu sağlamaktadır<sup>13</sup>. Sonuç olarak, hak hakim devletlerin iradesinden doğmakta, bir devlet tanınmadıkça yaşayamamaktadır<sup>14</sup>.

### **b. Tanımanın Açıklayıcı Olduğu Görüşü**

Tanımanın mahiyetini izah eden görüşlerden biri de, bu işlemin tanınan devletin varlığına açıklayıcı (beyan edici) etki yaptığı yönündedir. Doktrinde baskın olan bu görüşe göre; yeni bir devletin oluşumu, diğer devletlerin ona bunu bahşetmelerinden değil, kendisinin bunu fiilen elde etmesinden gelir<sup>15</sup>. Bir devlet yukarıda belirtilen üç objektif unsuru bünyesinde taşıyorsa, uluslararası hukuk süjesi olma vasfını kazanmış demektir. Devletler yeni oluşan bu devleti tanımakla, bu oluşumu kendi adlarına geçerli kabul ettiklerini bildirip, uluslararası hukuka uygun ilişkiler kurma niyetlerini ortaya koymaktan başka bir şey yapmazlar. Bu üç şartı bünyesinde taşıyan yeni varlık, uluslararası hukuka göre zaten devlet olma sıfatını kazanmıştır. Aksi takdirde, olmayan bir şeyin tanınması ile karşı karşıya kalınır ki, bu da pek mantıklı görünmemektedir.

Sonuç olarak bu görüşe göre; fiilen mevcut olan bir devlet hukuken de mevcuttur. Tanıma, sadece tanıyan devlet açısından bu durumu ortaya koyar.

---

<sup>12</sup> ANZİLOTTİ, s. 122; LAUTERPACHT, s. 51; TOLUNER Sevin, “Kıbrıs Türk Federe Devleti’nin Milletlerarası Hukukî Statüsü”, Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 148.

<sup>13</sup> BİLSEL, s. 61; MİRCİ, s. 42.

<sup>14</sup> AKİPEK, s. 95; ANZİLOTTİ, s. 122; CERİT, s. 108; CROZAT, s. 6; ÇELİK, s. 344; EROĞLU, s. 127; LE FUR Louis (Çeviren: Şinasi Z. Devrin), Devletler Umumî Hukuku, Ankara 1942, s. 318; LÜTEM, s. 142; MERAY, Devletler Hukuku, s. 368; PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 3; SEVİÇ, s. 81.

<sup>15</sup> AKİPEK, s. 96; BİLSEL, s. 62; CERİT, s. 119; CROZAT, s. 7; ÇELİK, s. 344; EROĞLU, s. 128; GALPIN Brian, A Manual of International Law, London 1950, s.10; HARRIS D. J., Cases and Materials on International Law, fourth edition, London 1991, s. 139; LÜTEM, s. 143; MERAY, Devletler Hukuku, s. 268; MİRCİ, s. 42; PAZARCI, III. Kitap, s. 4; SUR, s. 119; ŞEN, s. 20.

Yani, devletin oluşumu için gerekli objektif unsurları bünyesinde toplayan bu yeni varlık devlet olma sıfatını almış, devlet olarak tanınmaya hak kazanmıştır.

### c. Tanımının Siyasî Boyutu

Tanımının açıklayıcı mı yoksa kurucu mu olduğu tartışılırken, öne sürülen görüşlerden biri de, niteliği ne olursa olsun tanımının siyasî bir işlem olduğu yönündedir. Bu görüşü savunanlar, tanımının hukukî olmaktan çok siyasî bir işlem görünümünde olduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>16</sup>. Bir görüşe göre, hukukla siyasetin birbirine bu denli karıştığı hiçbir alan yoktur<sup>17</sup>. Hatta bir görüşe göre, ister kurucu ister beyan edici olsun, tanıma kurumunun, Avrupa'nın emperyalist ve sömürgeci devletleri tarafından yaratılmış ve uluslararası ilişkiler ve hukuk alanına Avrupa'nın gereksinimleri doğrultusunda dahil edilmiş olduğu kuşkusuzdur<sup>18</sup>.

Esasında, tanıma ile, tanıyan ve tanınan devletler arasında muhakkak hukukî ilişkiler kurulmaktadır. Ancak, uluslararası camianın teşkilatlanmasındaki eksiklikler, tanımının daha çok siyasî amaçların etkisi altında kalmasına yol açmaktadır. Ayrıca, uluslararası hukukta, her devlet, yeni bir oluşumun devlet olma vasfını kazanabilmesi için gereken objektif şartların var olup olmadığını kendisi takdir etmektedir. Bu açıdan tanıma sübjektif bir takdir niteliği kazanmakta, siyasî bir görünüm arz etmektedir. Uluslararası hukukta, yeni oluşan bir devleti tanımının, diğer devletler için mecburiyet arz etmesini sağlayacak bir normun bulunmaması, konunun siyasî boyutunu güçlendirmektedir.

## 2. Tanımının Diğer Devletler Açısından Zorunlu Olup Olmaması Sorunu

Devletlerin tanınması konusunda ortaya çıkan problemlerden biri de, devletin oluşumu için gerekli objektif unsurları yerine getiren bir varlığın tanınmasının, diğer devletler için zorunlu olup olmadığı hususundadır.

Bir görüşe göre, gerekli şartları yerine getirerek oluşan yeni bir devleti tanımak, diğer devletler açısından bir zorunluluktur<sup>19</sup>. Başka bir deyişle; yeni devletin fiilen varolması, yani belirli bir ülke, belirli bir insan topluluğu ve egemen-üstün kamu otoritesi unsurlarını taşıması ve sürekli olacağıının düşünülmesi durumunda, devletler tanıma yükümlülüğü altına girerler. Bu durumun değerlendirilmesi de yine tanıyan devlete aittir.

<sup>16</sup> CROZAT, s. 10; ÇELİK, s. 353; MERAY, Devletler Hukuku, s. 268; MİRCİ, s. 45.

<sup>17</sup> CROZAT, s. 1; LAUTERPACHT, s. 20.

<sup>18</sup> ÇELİK, s. 340; ŞEN, s. 19.

<sup>19</sup> LAUTERPACHT, s. 13; LE FUR, s. 319.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

Diğer bir görüş ise; tanımanın ihtiyarî olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, var olan devletler, yeni oluşan bir devleti tanıyıp tanımamakta serbesttirler. Bu görüşü benimseyen yazarlar, uygulanan uluslararası hukukun bu konuda istikrarlı ölçütler benimsememesinin, uluslararası hukukta yeni oluşan bir devleti tanımayı diğer devletler açısından zorunlu kılan bir norm bulunmamasının ve günümüzdeki uluslararası uygulamanın görüşlerini doğruladığını ileri sürmüşlerdir<sup>20</sup>. Nitekim, tanımanın ihtiyarî olduğunu ortaya koyacak pek çok örnek de rahatlıkla bulunabilecektir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ni tanıması 15 yıl gibi bir zaman almış, Çin Halk Cumhuriyeti'nin Amerika ve kimi batılı devletler ve Türkiye tarafından tanınması 1971 senesini bulmuştur.

### 3. Tanımanın Tek Taraflı Bir Hukukî İşlem veya Özel Bir Andlaşma Olması Sorunu

Tanıma kurumunun doktrinde tartışılan yönlerinden biri de, tanımanın bir tek taraflı hukukî işlem mi yoksa özel bir andlaşma mı olduğu hususundadır. Bir kısım yazarlar, tanımanın özel bir andlaşma olduğu yolunda fikir beyan etmişlerdir<sup>21</sup>. Bu görüşü savunanlardan bir kısmı, tanımanın karşı tarafın kabulüne de bağlı olduğunu, dolayısıyla tanımanın özel bir andlaşma olduğunu iddia etmektedirler<sup>22</sup>. Halbuki, tanıma kurumunun tek taraflı hukukî işlem olarak nitelendirilmesi de bu gereksinimi karşılamakta, tanımanın etkisini göstermesi otomatik olarak karşı tarafın da bu durumu hesaba katmasına bağlı olmaktadır. Örneğin, tanınan devlet kendisini tanıyan devletle diplomasi ilişkilerine girişmek istemeyebilecektir. Bir görüşe göre ise, tanıma kurumu yalnız siyasî tanıma yönü geçerli olan, bir devletin bir başka devletle siyasî ilişkiler kurma isteğini belirten bir işlemdir. Bunun gerçekleşmesi ise karşılık görmesine bağlıdır. Bu yüzden de tanıma işlemi, aslında karşılıklı istemlerle oluşan bir andlaşma niteliği taşır<sup>23</sup>.

Sadece bir kişinin irade açıklamasında bulunması, hukukî sonucun doğmasını sağlıyorsa, bu durumda tek taraflı hukukî işlemden söz edilir<sup>24</sup>. Bir

<sup>20</sup> BİLSEL, s. 65; CERİT, s. 119; ÇELİK, s. 353; DUPUY Rene-Jean (Çeviren: Selahattin Bağdatlı), Uluslararası Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 1992, s. 43; EROĞLU, s. 128; MERAY, Devletler Hukuku, s. 268; MİRCİ, s. 43; PAZARCI, III. Kitap, s. 5; ŞEN, s. 19; TOLUNER, Kıbrıs Türk Federe Devleti, s. 148.

<sup>21</sup> ANZİLOTTİ, s. 123; ÇELİK, s. 353.

<sup>22</sup> ANZİLOTTİ, s. 123.

<sup>23</sup> ÇELİK, s. 353.

<sup>24</sup> ESENER Turhan, Borçlar Hukuku, Ankara 1969, s. 11; İMRE Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 208; İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I. Kitap, Ankara 1971, s. 79; ÖREN Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1974, s. 22; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 1998, s. 43;

tek kişinin irade beyanıyla meydana gelip, hukukî sonuçlar doğuran, başka bir deyişle bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmak, değiştirmek, devretmek veya ortadan kaldırmak gibi hukukî sonuçların doğabilmesi için tek bir irade beyanını gerektiren işlemlere tek taraflı hukukî işlemler denir<sup>25</sup>. Bir kısım yazarlar, tanımanın bir tek taraflı hukukî işlem olduğunu, tanıma kurumunun hukukî değerini sahibinin iradesinden aldığını belirtmektedir<sup>26</sup>. Bu durumda tanımanın, sahibinin iradesine bağlı olduğu açıktır. Aynı zamanda tek taraflı bir hukukî işlem olan tanımanın etkisini gösterebilmesi, tanınan devletin bunu kabul etmesine, yani hesaba katmasına da bağlıdır. Bizim de paylaştığımız bu görüşün kabulü halinde anlaşılır ki; tanıyan devlet bu işlemi kendi adına yapmaktadır. Yani, tanıyan devletin bu iradesi yalnızca kendisini bağlamakta, diğer devletler bu işlemden etkilenmemektedir. Tanıma işlemi, etkisini tanıyan ve tanınan devletler üzerinde göstermektedir. Hatta belirli durumlarda, tanınan devletin bile tanıyan devletin bu iradesini hesaba katmama yoluna gittiği görülmüştür. Örneğin, Çin Halk Cumhuriyeti, Belçika'nın tanımasını, Milliyetçi Çin'in de varlığını tanıması nedeniyle hesaba katmamıştır<sup>27</sup>.

#### 4. Tanımanın Şarta Bağlı Olup Olamayacağı Sorunu

Uluslararası hukukta, tanıma konusunda ortaya çıkan problemlerden biri de, tanımanın şarta bağlı olarak yapıp yapılamayacağı hususundadır. Doktrinde şart, taraf iradesiyle bir işlemin hukukî etkisinin doğması, düşmesi ya da devam etmesinin, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanması şeklinde tarif edilebilir<sup>28</sup>. Şart, talikî ya da infisahî olur. İşlemin arzu edilen, istenilen etkilerinin ve sonuçlarının geriye bırakılması söz konusu ise talikî şarttan<sup>29</sup>; başlangıçta geçerli olarak yürürlüğe konmuş işlemin, hukukî etki ve sonuçlarının devam etmemesi, sona ermesi, belirsiz olayın meydana gelmesine bağlı kılınmışsa, infisahî şarttan bahsedilir<sup>30</sup>.

Yukarıda kısaca açıklanan talikî şart ile tanıma yapıldığı takdirde, bir devletin tanınması yani varlığının onaylanması bir olayın gerçekleşmesine bağlı

---

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 101; ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre, Medeni Hukuk, 5. Baskı, İzmir 1997, s. 131.

<sup>25</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 1998, s. 157-158.

<sup>26</sup> AKİPEK, s. 95; BİLSEL, s. 65; CROZAT, s. 6; PAZARCI, III. Kitap, s. 5; SUR, s. 94; ŞEN, s. 20.

<sup>27</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 5.

<sup>28</sup> PULAŞLI Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989, s.56; REİSOĞLU, s. 355.

<sup>29</sup> ÖREN, s. 110; REİSOĞLU, s. 356.

<sup>30</sup> ÖREN, s. 112-113; PULAŞLI, s. 57; REİSOĞLU, s. 358-359.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

kılınmış olur. Devletin tanıma ile kurulduğu, tanımanın devletin kuruluşu için dördüncü unsur olduğu görüşü benimsenmedikçe talikî şartla tanıma kabul edilemez<sup>31</sup>.

İnfisahî şartta da aynı durum söz konusudur. Devletlerin tanınmasında infisahî şartın varlığı kabul edilecek olursa, tanınmış bir devlet, şartın gerçekleşmesi halinde ortadan kalkmış olur<sup>32</sup>. Bu da, uluslararası hukuka ve tanıma kurumunun niteliğine tamamen aykırı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tanıma bir yönüyle, bir topluluğun devlet olma vasfını kazanabilmesi için gereken unsurları bünyesinde taşıdığını onaylamak ise, artık bu unsurlar dışında başka unsurların veya özel şartların aranmaması veya öne sürülmemesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, var olan devletlerin yeni bir devleti tanıırken geniş bir takdir yetkisine sahip olmaları, bu devletlerin belirli şartlar öne sürmelerine imkan vermiştir. Her ne olursa olsun, tanımanın şarta bağlı olamayacağı ve bir pazarlık konusu yapılamayacağı kabul edilmelidir. Nitekim şarta bağlı tanıma söz konusu olsa bile, tanınan bir devletin, şartın gerçekleşmemesi sebebiyle tanınmasının geri alınması da uluslararası hukuka uygun değildir.

### **D. DEVLETLERİN TANINMASI KONUSUNDA ULUSLARARASI HUKUKUN GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR**

Uluslararası hukukta, belirli durumlarda tanımanın yasaklandığı kabul edilmektedir. Uluslararası uygulamada belirli ilkelere aykırı olarak tanıma yapılmaması gerektiği çeşitli şekillerde belirtilmiştir<sup>33</sup>. Bu ilkeleri üç başlık altında toplamak mümkündür:

#### **1. Kuvvete Başvurmanın Yasaklanması İlkesi (Stimson Doktrini)**

Briand-Kellog Paktı'nda, kuvvet kullanma yoluyla elde edilen durumların kabul edilemeyeceğinin, tanınmayacağıının öngörülmesinin ardından, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanı Stimson'un, 7 Ocak 1932 tarihinde, Japonya'nın Çin'i işgal ederek "Mançukuo" devletini kurması üzerine aynı yönde yaptığı açıklama nedeniyle Stimson Doktrini olarak da adlandırılan bu ilkeye göre, uluslararası hukuka aykırı biçimde, kuvvet kullanımı sonucu oluşan devletler ve ülke kazanımları tanınmamalıdır<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> BİLSEL, s. 64; CERİT, s. 119; CROZAT, s. 13; MERAY, Devletler Hukuku, s. 270; MİRCİ, s. 43.

<sup>32</sup> BİLSEL, s. 64.

<sup>33</sup> CROZAT, s. 4; EROĞLU, s. 128; PAZARCI, III. Kitap, s. 6; SUR, s. 121.

<sup>34</sup> CROZAT, s. 4; DUGARD John, Recognition and United Nations, Cambridge 1987, s. 28; GRANT Thomas D., The Recognition of States, Westport 1999, s. 130-131; PAZARCI, III. Kitap, s. 7; SUR, s. 121.

## 2. İç İşlerine Karışmama İlkesi

Devletlerin tanınması hususunda uyulması gereken kuralları belirten ilkelerden biri de “iç işlerine karışmama ilkesi”dir. İç işlerine karışmama ilkesi, uluslararası toplumun bir devletin siyasî rejimi ve ulusal yetki alanına giren konulara müdahale edilmemesi anlamındadır. Tanıma yoluyla bir devletin iç işlerine karışılması olarak nitelendirilebilecek durumlar, ya ülkesel bütünlük ilkesine aykırı bir biçimde ayrılıkçı hareketlerin devlet olarak tanınması ya da bir bağımsızlık hareketinin güvenli ve sürekli bir biçimde sonuçlanmasından önce devlet olarak tanınması şeklinde ortaya çıkabilmektedir<sup>35</sup>. Bu gibi durumlar, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmış; erken tanıma ve aynı zamanda iç işlerine müdahale şeklinde değerlendirilmiş ve bunlara uluslararası suç olma niteliği atfedilmiştir.

## 3. Self-Determinasyon İlkesi

Self-determinasyon ilkesinin çeşitli anlamları vardır. Bunlar; her devletin halkının siyasî rejimini, anayasal düzenini serbestçe belirleme hakkına sahip olması ve ülke topraklarının ayrılması veya katılmasının ilgili nüfusların serbestçe ortaya koydukları iradeye aykırı şekilde gerçekleşmemesidir<sup>36</sup>. Uluslararası hukukta tanıma kurumu açısından önem arz eden bu hak, İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki gelişmelerin etkisiyle, yalnızca sömürgecilikten kurtulma amacına yönelik olarak kullanılabilir<sup>37</sup>. Diğer ayrılıkçı hareketler ise, ülkesel bütünlüğe aykırı düştüğü gerekçesiyle reddedilmekte ve bu gibi topluluklara self-determinasyon hakkı tanınmamaktadır<sup>38</sup>. Sonuç olarak, uluslararası hukukta, self-determinasyon hakkına sahip olmayan birimlerin ayrılmaları durumlarında, tanınmamaları yönünde güçlü bir kanaat mevcuttur.

## E. DEVLETLERİ TANIMA YOLLARI ve ŞEKİLLERİ

### 1. Devletleri Tanıma Yolları

#### a. De Facto (Fiilî) ve De Jure (Hukukî) Tanıma

Yeni bir devletin tanınmasında ortaya çıkan güçlükler, bu devletin bağımsızlığı, ülke üzerindeki otoritesi ve devamlılığı konusundaki şüpheler ve erken tanımanın uluslararası alanda yaratacağı sorunlar, devletlerin dereceli bir tanıma usulüne başvurmalarına yol açmıştır<sup>39</sup>. Uluslararası uygulamada, tartışmalı olmakla beraber, yeni devletlerin **de facto** ve **de jure** olarak tanınabildiği görülmektedir. **De facto** ve **de jure** tanıma ayrımı, tanınan devletin

<sup>35</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 7.

<sup>36</sup> LÜTEM, s. 126; SUR, s. 103.

<sup>37</sup> PAZARCI, II. Kitap, s. 8.

<sup>38</sup> LÜTEM, s. 104.

<sup>39</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 273.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

durumu ile ilgilidir<sup>40</sup>. Bu ayırım doğrudan doğruya tanımanın nitelendirilmesine hizmet etmez. Başka bir deyişle, **de facto** ve **de jure** kavramları devletlerin durumunu ve buna bağlı olarak tanımanın hukukî etkilerinin ölçüsünü belirtmektedir.

**De facto** tanıma, var olan devletlerin, yeni bir devleti tam olarak tanımakta belirli şüphelerinin bulunduğu ve bu yüzden sınırlı ve geçici olarak hukukî ilişkilere girme isteğini ortaya koydukları bir tanıma yoludur<sup>41</sup>. **De facto** tanıma, tanıyan devletin, yeni devletin bağımsızlığına, ülke üzerindeki otoritesine ve/veya devamlılığına ilişkin birtakım şüpheleri bulunmakta ve kendisini tam olarak bağlamak istememektedir. Bu tür bir tanıma yolu seçildiğinde, hem **de facto** tanıyan devletle sınırlı da olsa ilişki kurulabilmekte, hem de gerektiğinde bu işlem geri alınabilmektedir<sup>42</sup>.

**De jure** tanıma ise tam tanımadır. Tanımanın bütün hukukî etkilerini bünyesinde taşır. **De jure** tanıma ile, tanıyan devlet, yeni devletin varlığını tamamen kabul edip, bu yeni devletle uluslararası ilişkiler kurma niyetini kesin olarak ortaya koyar<sup>43</sup>. **De jure** tanımanın, **de facto** tanımanın aksine geri alınabilmesi mümkün değildir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus da, bir devletin **de facto** tanıdığı yeni bir devleti, gerekli şartları taşıdığı kanaatine vardığı takdirde **de jure** tanıyabilmesi, yani **de facto** tanımayı **de jure** tanıma haline dönüştürebilmesidir<sup>44</sup>. Nitekim, tanıyan devletin, **de facto** tanıdığı devlet hakkında istikrar ve otoriteye dair şüphelerinin ortadan kalkması halinde, **de facto** tanımayı **de jure** tanımaya dönüştürebilmesi mümkündür.

### b. Bireysel ve Topluca Tanıma

Uluslararası hukukta tanıma bireysel veya topluca yapılabilmektedir. Bireysel tanıma, uluslararası camiaya üye bir devletin, yeni bir devleti tek başına ve yalnızca kendi adına tanıdığı bir hukukî işlem olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>45</sup>. Bu tür tanıma, yalnızca bir devletin tek bir hukukî işlem yaparak, yeni devletin

---

<sup>40</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 9.

<sup>41</sup> BİLSEL, s. 67; CERİT, s. 120; CROZAT, s. 13; ÇELİK, s. 348; EROĞLU, s. 129; GALPIN, s. 11; MERAY, Devletler Hukuku, s. 273; MİRCİ, s. 44; PAZARCI, III. Kitap, s. 8; SCHWARZENBERGER, s. 28.

<sup>42</sup> CROZAT, s. 14; ÇELİK, s. 348; MERAY, Devletler Hukuku, s. 273; PAZARCI, III. Kitap, s. 6; SUR, s. 122.

<sup>43</sup> BİLSEL, s. 67; CERİT, s. 120; CROZAT, s. 14; ÇELİK, s. 348; EROĞLU, s. 129; GALPIN, s. 10; MERAY, Devletler Hukuku, s. 273; MİRCİ, s. 43; PAZARCI, III. Kitap, s. 9, SUR, s. 122.

<sup>44</sup> CROZAT, s. 14; MERAY, Devletler Hukuku, s. 273; PAZARCI, III. Kitap, s. 9.

<sup>45</sup> BİLSEL, s. 68; CERİT, s. 121; CROZAT, s. 12; ÇELİK, s. 348; EROĞLU, s. 129; LÜTEM, s. 144; PAZARCI, III. Kitap, s. 11; SEVİĞ, s. 82.



varlığını onayladığını ve onunla uluslararası ilişkilere girme isteğini belirten bir işlemdir.

Topluca tanıma ise, birden çok devletin, bir işlemi ile yeni bir devleti tanımalarıdır<sup>46</sup>. Bu işlem, ya çok taraflı bir andlaşma aracılığıyla ya da bir uluslararası örgüte üye kabulü yoluyla olmaktadır<sup>47</sup>.

### c. Şartlı ve Şartsız Tanıma

Uygulamada şartlı tanıma örneklerine rastlanmakta, bunlar tanımanın tanıyan devletin bazı haklarının gözetilmesi ya da kimi konularda yeni devletin güvence vermesi gibi durumlar olarak kendini göstermektedir. Bazı yazarlar bunların şart olmadığını, bir kayıt, bir mükellefiyet olduğunu ve bunların icra edilmemeleri halinde yeni devlete karşı siyasî tedbirler alınmasının mümkün olabileceğini belirtmişlerdir<sup>48</sup>. Ancak, her ne olursa olsun, doktrinde tanımanın şarta bağlı olamayacağı ve bir pazarlık konusu yapılamayacağı üzerinde durulmaktadır.

### d. Bir Hukukî İşlem Aracılığıyla ve Otomatik Tanıma

1991 yılında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin ortadan kalkmasının ardından, 13.1.1992 tarihli bildirisinde Rusya Federasyonu, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin devam eden devleti olduğunu belirtmiş ve üçüncü devletler tarafından tekrar tanınmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür. Üçüncü devletler, bunu açıkça kabul ettiklerini bildirmemişler ancak buna fiilen uymuşlardır. Şöyle ki; diğer devletler, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nden ayrılan diğer devletleri ayrıca ve açıkça tanımışlar, ancak, Rusya'yı otomatik olarak tanımışlardır<sup>49</sup>. Bu örnek, otomatik tanıma yolunun varlığından söz edilmesinin temel nedenidir.

## 2. Devletleri Tanıma Şekilleri

### a. Sarıh (Açık) Tanıma

Devletleri tanıma şekillerinden, tanıyan devletin tanıma iradesini açıklama biçimi anlaşılmalıdır. Devletleri tanıma şekillerinden birincisi sarıh (açık) tanımadır.

Sarıh tanıma, bir devletin, yeni doğan bir devleti açıkça ve herhangi bir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde tanınmasıdır. Sarıh tanıma, tanıyan devletin, tanıyacağı devlete, tanıma iradesini bildiren bir bildirimde bulunması yoluyla kendisini gösterir. Tanıma; tanıyan devletin yeni devlete, kendisini

<sup>46</sup> BİLSEL, s. 68; CERİT, s. 121; CROZAT, s. 12; ÇELİK, s. 348; DUGARD, s. 24; EROĞLU, s. 129; LÜTEM, s. 144-145; PAZARCI, III. Kitap, s. 11.

<sup>47</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 11.

<sup>48</sup> BİLSEL, s. 65; CROZAT, s. 13; PAZARCI, III. Kitap, s. 11.

<sup>49</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 11.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

tanındığını açıkça bildiren bir mesaj veya andlaşma<sup>50</sup> ile ve hatta bir tebrik telgrafi ile olabilir<sup>51</sup>.

### **b. Zımnî (Üstü Kapalı) Tanıma**

Devletleri tanıma şekillerinden biri de zımnî (üstü kapalı) tanımadır.

Zımnî tanıma, herhangi bir biçimde tanıma iradesinden söz edilmemekle birlikte, tanıyan devletin tanınan devletle, tanıma iradesini içeren bir ilişki içine girmesi durumu söz konusudur<sup>52</sup>. Başka bir ifadeyle, zımnî tanıma, yeni devletin tanındığı sarîh bir açıklamayla belirtilmemekte, ancak, yeni devletin tanındığını ispatlayacak bir işlem yapılmaktadır. Yeni devletle yapılan bu işlem, tanınmış diğer devletlerle kurulan ilişkiler gibidir.

Burada belirtilmesi gereken bir husus vardır ki; bu da tanıma niyeti ile ilgilidir. Belirli durumlarda, bir devlet bir işlem yaparken, bunun bir zımnî tanıma olmadığı yönünde açıklamalar yapabilmektedir. Burada önemli olan husus, devletin, yeni devleti tanıma niyeti olup olmadığıdır. Tanıma niyeti olmadan yapılan ve zımnî tanıma olarak yapılan yanlış yorumlamalar geçerli olmamakta, tanıma niyeti olmadan zımnî tanıma yapılamamaktadır<sup>53</sup>.

Uygulamada, aksi belirtilmediği takdirde zımnî tanıma sayılan haller şöyle sıralanabilir<sup>54</sup>: i)Herhangi bir çekince koymadan yapılan ikili andlaşmalar; ii)Diplomasi ilişkileri kurulması; iii)Yeni devletin konsolosuna exequatur verilmesi; iv)Bağımsızlık törenlerine resmi temsilci gönderilmesi; v)Yeni devletin yalnızca devletleri üye olarak kabul eden bir uluslararası örgüte üyeliği ya da temsili için olumlu oy kullanılması.

Buna karşılık, aynı uluslararası konferansa katılma, çok taraflı bir andlaşmaya taraf olma, tanıma konusunda devletler arasında görüşmeler

---

<sup>50</sup> Brezilya'nın Fransa tarafından 8 Ocak 1826 tarihli adlaşmayla tanınması, Mısır'ın 26 Ağustos 1936 İttifak Andlaşması ile İngiltere tarafından tanınması, yeni kurulan bir devletin andlaşma yoluyla tanınmasına örnek gösterilebilir.

<sup>51</sup> AKİPEK, s. 96; BİLSEL, s. 67; CERİT, s. 120; CROZAT, s. 11; ÇELİK, s. 346; EROĞLU, s. 129; MERAY, Devletler Hukuku, s. 271; MİRCİ, s. 43; PAZARCI, III. Kitap, s. 10; SUR, s. 122.

<sup>52</sup> AKİPEK, s. 96; BİLSEL, s. 67; CERİT, s. 120; CROZAT, s. 11; ÇELİK, s. 347; EROĞLU, s. 129; LÜTEM, s. 145; MERAY, Devletler Hukuku, s. 271; MİRCİ, s. 44; PAZARCI, III. Kitap, s. 10; SUR, s. 122.

<sup>53</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 272; TOLUNER, Kıbrıs Türk Federe Devleti, s. 148.

<sup>54</sup> AKİPEK, s. 97; BİLSEL, s. 67; CROZAT, s. 12; ÇELİK, s. 347; EROĞLU, s. 129; MERAY, Devletler Hukuku, s. 272; MİRCİ, s. 44; PAZARCI, III. Kitap, s. 10; SUR, s. 122.

yapılması, diplomasi temsilcileri dışındaki temsilciler aracılığıyla temas kurulması ve ticari ilişkiler kurulması gibi durumlar zımnî tanıma sayılmazlar<sup>55</sup>.

#### F. TANIMA ZAMANI

Devletlerin tanınmasında önem arz eden hususlardan biri de, tanınmanın zamanına ilişkindir. Tanınmanın gerçekleşeceği zaman konusunda uluslararası hukukun getirdiği kesin kriterlerin mevcut olmaması, tanıma kurumuna bir sorun daha yüklemektedir.

Tanınmanın zamanı, yeni oluşumun devlet olmanın objektif unsurlarını bütünüyle taşımaya başladığı an olmalıdır. Şöyle ki; yeni bir varlık, ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün bir kamu otoritesinin varlığı şartlarını yerine getirdiği andan itibaren devlet olma vasfını kazanır ve bu andan itibaren tanınması icap eder<sup>56</sup>.

Ancak durum uygulamada bu kadar kolay görünmemektedir. Çünkü, yeni bir varlığın, bu şartları bünyesinde taşıyıp taşımadığını tespit etmek oldukça güçtür. Yeni bir oluşumun, devlet olma vasfını kazanabilmesi için gereken objektif unsurları taşıdığı kesin ve açık olarak tespit edilemediği hallerde tanınması “erken tanıma<sup>57</sup>”ya sebebiyet verir ve bir diğer devletin iç işlerine müdahale sayılıp, uluslararası suç olma niteliği arz edebilir.

Bir diğer açıdan bakıldığında, devlet olma vasfını kazanabilmek için gerekli olan ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün kamu otoritesi unsurlarını taşıdığı halde, genellikle siyasi sebeplerin etkisiyle devlet olarak tanınmaması, “geç tanıma<sup>58</sup>” olarak nitelendirilen durumu ortaya çıkarmaktadır.

#### G. TANIMANIN GERİ ALINMASI

Uluslararası hukukta tanıma kurumuna ait hemen her meselede olduğu gibi, tanınmanın geri alınması konusunda da görüş ayrılıkları mevcuttur.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, doktrinde büyük bir çoğunluk, tanınmanın açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir<sup>59</sup>. Bu görüşün

<sup>55</sup> CROZAT, s. 12; ÇELİK, s. 347; MERAY, Devletler Hukuku, s. 272; PAZARCI, III. Kitap, s. 10; SUR, s. 122.

<sup>56</sup> AKİPEK, s. 97.

<sup>57</sup> 1903 yılında Kolombiya’dan ayrılarak kurulan Panama’nın ABD tarafından birkaç gün içinde tanınarak inşa edilecek kanal hakkında andlaşma imzalaması; ABD’nin İsrail’i kurulduğu gün tanınması bu duruma verilebilecek en önemli örnekler arasındadır.

<sup>58</sup> ABD’nin, Sovyetler Birliği’ni kuruluşundan 15 yıl sonra tanınması; Portekiz’in Sovyetler Birliği’ni 50 yıl boyunca tanımamış olması; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin hala pek çok devlet tarafından tanınmaması geç tanımaya verilebilecek örnekler arasındadır.

<sup>59</sup> AKİPEK, s. 96; BİLSEL, s. 62; CERİT, s. 119; CROZAT, s. 7; ÇELİK, s. 344; EROĞLU, s. 128; MERAY, Devletler Hukuku, s. 268; MİRCİ, s. 42; PAZARCI, III. Kitap, s. 4; SUR, s. 119.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

savunucuları, tanımanın geri alınamayacağını ileri sürmektedirler<sup>60</sup>. Var olan bir devlet, yeni ortaya çıkan bir devleti tanımışsa, artık bu yeni devletin varlığını reddedemez. Çünkü bu devlet, yeni oluşan devleti tanımakla, o devletin varlığını onaylamış ve yasallığını eleştirme hakkını kendi adına ortadan kaldırmış olur. Tanıyan devletin yapabileceği şey, tanıma beyanını geri almak değil, tanıdığı devletle arasında süregelen diplomasi ilişkilerini kesmektir. Bu da, tanımanın geri alındığı anlamına gelmez<sup>61</sup>.

Tanımanın kurucu olduğunu iddia eden yazarlara göre ise, tanıma, yeni bir varlığın devlet olma vasfını kazanabilmesi için şarttır<sup>62</sup>. Eğer esas olan hakim devletlerin iradesi ise ve bu konuda tam bir serbesti söz konusu ise, irade yaptığı bir şeyi aynı surette bozabilecektir<sup>63</sup>.

### **H. DEVLETLERİN TANINMASININ HUKUKÎ ETKİLERİ ve TANINMAYAN DEVLETLERİN HUKUKÎ DURUMU**

#### **1. Bir Devletin Tanınmasının Hukukî Etkileri**

Yeni bir devletin tanınması ilk olarak, uluslararası topluma yeni bir üyenin daha katılmış olmasının kabulü ve tanıyan devletlerin bu yeni devletle uluslararası hukuka uygun ilişkiler kuracağını belirtmeleri sonucunu ortaya koyan bir hukukî işlemdir. Yani tanıma, söz konusu devletin var olma gerçeğinin deklarasyonudur<sup>64</sup>. Yeni bir devletin tanınması, üzerindeki büyük görüş ayrılıklarına rağmen önemli neticeleri olan bir işlemdir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür: i) Tanınan ve tanıyan devletler arasında her türlü uluslararası ilişkinin hukukî açıdan kurulması imkanının doğması; ii) Tanınan devletin tanıyan devlet nezdinde dokunulmazlık ve yargı bağımsızlığından yararlanması; iii) Tanınan devletin kamu işlemlerine tanıyan devlet iç hukuk düzeninde saygı gösterilmesi; iv) Tanınan devlet ile tanıyan devletin birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme haklarının doğması.

#### **2. Tanınmayan Devletlerin Hukukî Durumu**

Belirli bir ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün otorite unsurlarını yerine getirerek kurulan bir devlet, uluslararası hukuk kişisi olma vasfına sahiptir. Yeni kurulan bu devletin tanınıp tanınmaması, bu gerçeği değiştirmez. Fiilen varolmuş bir devlet, uluslararası alanda hesaba katılmak zorundadır. Örneğin, uygulamada ve doktrinde baskın olan görüşe göre, yeni kurulan bu devletin karasularından geçişte zararsız geçiş kuralına uyulması ve hava

<sup>60</sup> BİLSEL, s. 65; CERİT, s. 120; CROZAT, s. 8; MİRCİ, s. 43; PAZARCI, III. Kitap, s. 5-6.

<sup>61</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 276; SUR, s. 120.

<sup>62</sup> ANZİLOTTİ, s. 122; LAUTERPACHT, s. 51.

<sup>63</sup> CROZAT, s. 7.

<sup>64</sup> CHEN Tı-Chiang, The International Law of Recognition, London 1951, s. 133.

sahasından izin alınarak geçilmesi zorunludur<sup>65</sup>. Bunun yanısıra, tanınmamış bir devletle belirli şartlarda konsolosluk ilişkileri kurulması mümkün olduğu gibi; tartışmalı olmakla birlikte, bir devlette geçerli olan özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre mahkemelerin var olan ve fakat tanınmamış bir devletin kanunlarını uygulaması da belirli şartlar halinde kabul edilebilmektedir<sup>66</sup>. Tüm bunların yanında, devlet olmanın objektif unsurlarını yerine getirerek kurulmuş da olsa, yeni kurulan bir devlet tanınmamış olması sebebiyle uluslararası alanda ciddi güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Bunlardan birincisi, yeni kurulan bir devletin tanınmamasından dolayı uluslararası alanda devlet olarak muamele görmesinin güç olmasıdır<sup>67</sup>. Şöyle ki; tanınmamış bir devlet, uluslararası ilişkilere girmeye ehil görülmemiş ve tanımayan devletle uluslararası alanda eşit bir statüde bulunması tanımayan devlet açısından imkansız kılınmıştır.

Bunun yanında, tanınmamış devletin hukukî işlemlerinin, yasalarının ve yargı kararlarının hukukî değeri bulunmaz. Tanınmamış bir devletin geleneksel yargı bağımsızlığından yararlanması ve uluslararası örgütlere üye olmasının güçleşmesi yanında, diplomasi ilişkileri kurması ve uluslararası yargı ve hakemlik organlarına başvurması da imkansız hale gelir<sup>68</sup>.

## II. HÜKÜMETLERİN TANINMASI ve DİĞER TANIMA DURUMLARI

### A. Hükümetlerin Tanınması

#### 1. Genel Olarak

Devletin oluşumunu sağlayan unsurlardan biri olan egemen-üstün kamu otoritesinin, yani hükümetin varlığı, devletlerin birbirleriyle ilişki kurabilmesi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Uluslararası alanda devletler birbirleriyle hükümetler vasıtası ile ilişki kurabilmektedir. Öyleyse, tanınmış bir devlet bünyesinde varlığını sürdüren tanınmamış bir hükümet, o devletin tanınmasını anlamsız hale getirecek; bir devletin tanınmasının doğal amaç ve sonucu olan “diplomatik ilişkiler kurma” ve “uluslararası yükümlülükleri yerine getirme” durumu imkansız hale gelecektir.

#### 2. Meselenin Tarifi ve Niteliği

Uluslararası uygulamada hükümetler, her zaman kendi anayasalarına uygun olarak iktidara gelmeyebilir<sup>69</sup>. Bir devlette, hükümetin darbe, devrim,

<sup>65</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 13.

<sup>66</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 13.

<sup>67</sup> SUR, s. 120.

<sup>68</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 14; SUR, s. 120.

<sup>69</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 277; TOLUNER, Kıbrıs Türk Federe Devleti, s. 148.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

ayaklanma gibi yasal olmayan yollarla kurulması da ihtimal dahilindedir<sup>70</sup>. İşte, uluslararası alanda yalnızca darbe, devrim, ayaklanma gibi yasal olmayan yollarla kurulan hükûmetlerde tanınma mümkün olabilmektedir<sup>71</sup>. Ancak bir hükûmetin tanınması için, söz konusu hükûmetin devletin de aynı anda veya daha önceden tanınmış olması zorunludur<sup>72</sup>.

### 3. Hükûmetlerin Tanınması Konusunda Başvurulan Ölçütler

Hükûmetlerin tanınması meselesine baktığımızda, uluslararası hukukta bu kurumu kesin kriterlere bağlayan normların bulunmadığını görmekteyiz. Ancak devletler uygulamada bir fiilî hükûmeti tanırken veya tanımazken, bu durumu mümkün olduğu kadar hukukî görünecek belirli ölçütlere de dayandırmaya çalışmışlardır<sup>73</sup>. Bu ölçütleri iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

#### a. Sübjektif Ölçütler

##### i. Meşrûluk Ölçütü (Tobar Doktrini)

İlk olarak Ekvator Dışişleri Bakanı Tobar tarafından açıklanan görüşe göre, fiilî hükûmetlerin tanınmasında halkın iradesine ve rızasına dayanılması esastır<sup>74</sup>. İlk olarak 1907 yılında açıklanan ve Güney Amerika'da bir süre uygulanan bu ölçüt, bir hükûmetin tanınabilmesi için, o ülkenin mevcut düzenine göre kurulmuş ya da meşrûluğunun bir seçimle teyit edilmiş olması gerektiğini savunmaktadır<sup>75</sup>. Bir anlamda bu ölçüte göre, adeta serbest seçimlerle işbaşına gelmemiş hükûmetlerin tanınması reddedilmelidir<sup>76</sup>. Daha genel bir ifadeyle, bu ölçüte göre, ülkesinin anayasal çerçevesine aykırı olarak kurulan hükûmetlerin tanınmaması gerekmektedir<sup>77</sup>. Bu ölçütün uygulanması, doktrinde diğer devletlerin iç işlerine karışma olarak nitelendirilmektedir<sup>78</sup>.

<sup>70</sup> SUR, s. 123.

<sup>71</sup> MOORE, s. 119; PETERSON M. J., Recognition of Governments, London 1997, s. 3; ROTH Brad R., Governmental Ilegitimacy in International Law, Oxford 1999, s. 125; SCHWARZENBERGER, s. 30.

<sup>72</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 14.

<sup>73</sup> BİLSEL, s. 76; CERİT, s. 125; CROZAT, s. 18; EROĞLU, s. 130; MERAY, Devletler Hukuku, s. 278; MİRCİ, s. 45; PAZARCI, III. Kitap, s. 15; PETERSON, s. 12; SUR, s. 123.

<sup>74</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 279; PAZARCI, III. Kitap, s. 16.

<sup>75</sup> BİLSEL, s. 77; MİRCİ, s. 45; SUR, s. 123.

<sup>76</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 16.

<sup>77</sup> BİLSEL, s. 77; CERİT, s. 125; LÜTEM, s. 148; MİRCİ, s. 45.

<sup>78</sup> BİLSEL, s. 76; CERİT, s. 125; CROZAT, s. 20; MİRCİ, s. 46; PAZARCI, III. Kitap, s. 16; SUR, s. 124.

*ii. Uluslararası Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi Ölçütü (Hayes Doktrini)*

Hükûmetlerin tanınması konusunda başvuru bu ölçüt, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Rutherford Richard Hayes tarafından 1877 yılında ileri sürülmüştür<sup>79</sup>. Bu ölçüt, Meksika'da Diaz hükûmetinin tanınması sırasında, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Hayes'in yolladığı mesajda, ihtilalle bir hükûmet değişikliği olduğu zaman, bu fiilî hükûmetin uluslararası yükümlülüklerini yerine getireceğini açıkladığı takdirde tanınması gerektiğini bildirmesiyle ortaya çıkmıştır<sup>80</sup>. Doktrinde de bir ölçüde kabul edilen bu ölçüte göre, anayasaya aykırı yollardan iktidara gelen bir hükûmetin tanınması için, uluslararası yükümlülüklerle bağlı kalınacağı açıklanması gerekir<sup>81</sup>.

**b. Objektif Ölçütler**

*i. Fiilî Varlık ve Etki İlkesine Dayandırılan Ölçüt*

Uygulamada sıkça rastlanılan bu ölçüt, yeni hükûmetin tanınması konusunda, bu hükûmetin fiilî varlığı ve etkisi ilkesine uygun olarak yapılan değerlendirmeye göre karar verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>82</sup>. Uluslararası uygulamada devletler, yeni bir hükûmeti tanıma meselesi ile karşılaştıkları takdirde, yeni hükûmetin ülke üzerinde etkili ve istikrarlı bir şekilde otoritesini tesis edip etmediğine bakmaktadırlar<sup>83</sup>. Bu ölçüte göre, olağandışı yollarla kurulmuş olan bu yeni hükûmet, devletin bütün idari mekanizmaları üzerinde otoritesini tesis etmişse, bu fiilî hükûmetin kısa veya uzun süreli bir bekleme döneminin ardından tanınması gerekmektedir<sup>84</sup>.

*ii. Otomatik Tanıma Ölçütü (Estrada Doktrini)*

Meksika Dışişleri Bakanı Estrada tarafından 1930 yılında ortaya atılan bu görüş, hükûmetlerin tanınması meselesini yok saymakta, uluslararası hukukta böyle bir meseleye yer vermemektedir.

Estrada bu görüşünü, 27 Eylül 1930 tarihinde, yabancı devletlerdeki Meksika temsilcilerine gönderdiği bir genelgede açıklamıştır<sup>85</sup>. Estrada bu

<sup>79</sup> CROZAT, s. 20; LÜTEM, s. 149-150; MERAY, Devletler Hukuku, s. 280; SUR, s. 124.

<sup>80</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 280; SUR, s. 124.

<sup>81</sup> ANZİLOTTİ, s. 136.

<sup>82</sup> LÜTEM, s. 151; PAZARCI, III. Kitap, s. 15; SUR, s. 124; TOLUNER, Kıbrıs Türk Federe Devleti, s. 148.

<sup>83</sup> Örneğin, Çin'de 1950 yılında, komünist hükûmet yönetimi ele geçirdiğinde, üç ay sonra yeni hükûmet İngiltere tarafından bu ölçüte dayanılarak tanınmıştır.

<sup>84</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 282.

<sup>85</sup> BİLSEL, s. 77-78; CERİT, s. 125; MİRCİ, s. 46; PAZARCI, III. Kitap, s. 16; SUR, s. 125.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

genelgede; yabancı hükûmetlere, bir diğer devletteki mevcut rejimin meşrû olup olmadığı konusunda karar verme imkanı sağlayan hükûmetlerin tanınması uygulamasından vazgeçilmesi gerektiğini, bunun diğer devletlerin egemenliğini ihlal etmek anlamına geldiğini ve bir diğer devletin içişlerine müdahale olduğunu belirtmiş; bundan böyle Meksika hükûmetinin diğer devletlerle diplomatik ilişkiler kurarken veya bunu reddederken, bu hareketin ne peşinen ne de a posteriori olarak, yabancı devletlerin kendi hükûmetlerini veya makamlarını kabul, idame veya değiştirme haklarını bir değerlendirme konusu yapmamış olacağını ifade etmiştir<sup>86</sup>. Genel anlamda kabul görmeyen bu görüş, bir hükûmetin tanınmasını ya da tanınmamasını, o devletin içişlerine karışma olarak yorumlamıştır. Bir ülkede, olağandışı yollarla hükûmet değişikliği olduğu takdirde, Estrada Doktrini'nin önerisi, bu hükûmeti tanımak ya da tanımamak yerine, bu hükûmetin sakıncalı bulunması halinde diplomasi ilişkilerini kesmektir<sup>87</sup>.

### 4. Hükûmetlerin Tanınmasının Yolları ve Şekilleri

#### a. De Facto (Fiilî) ve De Jure (Hukukî) Tanıma

Uluslararası uygulamada, devletlerin tanınmasında olduğu gibi, hükûmetlerin tanınmasında da **de facto** ve **de jure** tanıma ayrımı yapıldığı görülmektedir.

**De facto** tanıma, olağandışı yollarla işbaşına gelen hükûmetlerin tanınmasında, **de jure** tanımaya geçişte bir hazırlık safhası olarak kendisini göstermektedir<sup>88</sup>. Geçici nitelik taşıyan **de facto** tanıma, arandılan şartların yerine gelmesi halinde, **de jure** tanımaya dönüştürülebilir. Ayrıca, hükûmetlerin tanınması, **de facto** tanınmış olsa da geçmişe yürür<sup>89</sup>. Hükûmetlerin **de facto** tanınmasına, Sovyet hükûmetinin, İngiltere tarafından 16 Mart 1921'de, İtalya tarafından 26 Mart 1921'de, İsviçre tarafından 24 Şubat 1941 tarihinde **de facto** tanınması örnek gösterilebilir<sup>90</sup>. Bu devletler daha sonra Sovyet hükûmetini **de jure** tanımışlar, yani **de facto** tanımayı **de jure** tanımaya dönüştürmüşlerdir<sup>91</sup>.

Olağandışı yollarla işbaşına gelen hükûmetleri tanımanın bir diğer yolu **de jure** tanımadır. **De jure** tanıma, devletlerin tanınmasına paralel olarak, varlığı ve istikrarı konusunda hiçbir kuşku duyulmayan hükûmetler için söz

<sup>86</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 283.

<sup>87</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 16.

<sup>88</sup> CROZAT, s. 24.

<sup>89</sup> CROZAT, s. 24.

<sup>90</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 284.

<sup>91</sup> İngiltere 1 Şubat 1924 tarihinde, İtalya 7 Şubat 1924 tarihinde, İsviçre ise 18 Mart 1943 tarihinde, de facto tanımlarını de jure tanımaya dönüştürmüşlerdir.



konusu olmaktadır<sup>92</sup>. **De jure** tanımada, tanınan hükûmetin istikrar ve otoritesine dair herhangi bir şüphe duyulmamakta; **de jure** tanıma da **de facto** tanıma gibi devamlılık arz etmektedir<sup>93</sup>. Bazı durumlarda da **de jure** tanıma, **de facto** tanımanın devamı olma niteliği gösterir.

#### **b. Sarih (Açık) ve Zımnî (Üstü Kapalı) Tanıma**

Sarih tanıma, olağandışı yollarla iktidara gelmiş bir hükûmetin, diğer devletler tarafından açıkça, hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde tanınması işlemidir. Sarih tanıma, tanıyan devletin, tanıyacağı hükûmete, tanıma iradesini açıklayan bir bildirimde bulunması yoluyla kendisini gösterir.

Zımnî tanıma ise, tanınacak hükûmete, tanındığına dair herhangi bir bildirimde bulunmamakta, ancak, yeni hükûmetin tanındığını ispatlayacak bir işlem yapılmaktadır. Herhangi bir bildirimde bulunmadan diplomatik ilişkilere girilmesi, zımnî tanıma hallerine verilebilecek örnekler arasındadır.

Uluslararası uygulamada, son yıllarda sıklıkla karşılaşılan eğilim, eğer ilgili hükûmet tanınacaksa, açıkça bir bildirim yerine yeni hükûmetle ilişkilerin sürdürülmesi yoluyla üstü kapalı bir biçimde hükûmetlerin tanınması olmaktadır<sup>94</sup>.

#### **5. Tanımının Geri Alınması**

Olağandışı yollarla iktidarı ele geçirmiş bir hükûmetin tanınmasının ardından, tanınan bu hükûmetin ülke üzerinde sahip olduğu fiilî otoriteyi kaybetmesi ve bu hükûmetin karşısında veya yerinde, devlet ülkesinin belirli bir parçası üzerinde yeni bir hükûmet kurulması halinde, bu yeni hükûmetin tanınması yoluna gidilerek, eski hükûmetin tanınması geri alınabilmektedir<sup>95</sup>. Anayasal çerçevede kurulmamış olup, tanıma kurumuna konu olan bir hükûmet, ülke üzerindeki etkisini kaybetmiş ve bununla beraber bu hükûmete alternatif olarak yeni bir hükûmet kurulmuşsa, diğer devletler yeni kurulan bu hükûmeti tanıdıklarını açıklamak suretiyle, önceki hükûmete dair tanıma beyanını geri almış olurlar. Daha önceden tanınmış ve fakat ülke üzerinde tesirli olma gücünü kaybeden hükûmetin, karşısında veya yerine kurulmuş yeni bir hükûmet yoksa, bu durumda tanımının geri alınması değil, diplomatik ilişkilerin kesilmesi söz konusu olur<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> CERİT, s. 126; EROĞLU, s. 130; PAZARCI, III. Kitap, s. 16.

<sup>93</sup> CROZAT, s. 24.

<sup>94</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 16.

<sup>95</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 287; SUR, s. 123; PETERSON, s. 17.

<sup>96</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 287-288.

### **6. Tanınmanın Geçmişe Etkili Olması**

Uluslararası uygulamada, hükûmetlerin tanınmasının etkilerinin geçmişe yürüyeceği; yani tanınmış hükûmetin, fiilî olarak kurulmasından tanınmasına kadar geçen devredeki tasarruflarının da hukukîlik kazanacağı kabul edilmektedir<sup>97</sup>.

Hükûmetlerin tanınmasının geçmişe etkili olması prensibi, İngiliz ve Amerikan mahkemeleri tarafından da kabul görmüştür. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, ABD-Belmont meselesinde, bu konudaki müspet düşüncesini açıklamıştır<sup>98</sup>.

### **7. Hükûmetlerin Tanınmasının ve Tanınmamasının Hukukî Etkileri**

#### **a. Hükûmetlerin Tanınmasının Hukukî Etkileri**

Anayasal çerçevenin dışında iktidara gelen bu yeni hükûmetin tanınmasının, tanınan hükûmet ve bağlı bulunduğu devlet açısından ortaya koyduğu önemli hukukî sonuçlar mevcuttur. Bunlardan ilki, yeni hükûmetin tanınmasının ardından, tanıyan devletle hükûmeti tanınan devlet arasında, her türlü uluslararası ilişkinin tekrar vücut bulmasıdır<sup>99</sup>. Şöyle ki; kurulan bu yeni hükûmetin tanınmasıyla, bu hükûmetin yaptığı bütün tasarruflar diğer devletler tarafından muteber addedilir. Yeni hükûmet, tanınmasının ardından, tanıyan devletle her türlü uluslararası ilişkiyi kurabilme hakkını kazanır; örneğin, tanınan hükûmet, tanıyan devletle andlaşma imzalayıp diplomatik ilişkiler kurabilir. Tanıma ile, bu yeni hükûmetin tanınmasından itibaren değil, fiilî olarak kurulduğu andan itibaren yaptığı işlemler geçerli sayılır<sup>100</sup>.

Olağandışı yollarla kurulan yeni hükûmetin tanınmasının, bağlı bulunduğu devlet açısından en önemli etkisi de, tanınmamış hükûmeti yüzünden uluslararası alanda yalnız kalan devlete, tanınmış olmasının avantajlarından yararlanma hakkını sağlamasıdır. Bu devlet, hükûmetinin tanındığı andan itibaren adeta uluslararası alanda hareket serbestisi kazanır.

#### **b. Hükûmetlerin Tanınmamasının Hukukî Etkileri**

Bir hükûmetin tanınmamasının başlıca etkisi, bu hükûmetin diğer devletlerin hükûmetleriyle diplomasi ilişkilerine girmesine engel teşkil etmesidir<sup>101</sup>. Tanınmış devlet, tanınmamış hükûmeti sebebiyle diğer devletlerle diplomasi ilişkilerine girmekten yoksun kalmaktadır. Çünkü, yalnızca tanınmış

<sup>97</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 288.

<sup>98</sup> CROZAT, s. 26.

<sup>99</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 277.

<sup>100</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 288.

<sup>101</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 288.

ya da olağan yollarla iktidara gelmiş hükûmetlerin tasarrufları diğer devletler tarafından muteber görülmektedir.

Olağandışı yollarla işbaşına gelmiş bir hükûmetin tanınmamasının bir diğer etkisi de, bu hükûmetin, kendisini tanımamış devletlerin mahkemeleri önünde davacı veya davalı sıfatıyla yer almasının mümkün olmamasıdır<sup>102</sup>. Mahkemeler hükûmetlerinin tanıma veya tanınamama kararları ile bağılırlar ve kendi devletinin tanıdığı veya tanımadığı bir hükûmetin tanıma şartlarına sahip olup olmadığına karar verme yetkileri yoktur<sup>103</sup>.

## **B. DİĞER TANIMA DURUMLARI ve ANLAMLARI**

### **1. Uluslararası Örgütlerin Tanınması Sorunu**

Uluslararası hukukun ana ögesi bağımsız devletlerdir. Ancak belirli bir toplumun ya da birimin, uluslararası hukuk düzeni içinde yer alması için ilke olarak, tüm yetkilerle donatılmış bulunan devlet düzeyine erişmesi zorunlu değildir. Devlet egemenliğinin bir başıboşluk içinde kullanılması, uluslararası ilişkilerin pek çok alana yayılması, silahlanmanın artması gibi sebepler, devletleri menfaat ve haklarının korunmasını sağlayacak bir düzen kurmaya yöneltmiştir<sup>104</sup>. Bunun sonucu olarak, uluslararası örgütler, devletlerden farklı bir biçimde sınırlı uluslararası hukuk kişiliğine sahip olarak uluslararası hukuk düzeni içinde yer alabilmektedir<sup>105</sup>. Uluslararası örgütlerin sahip oldukları yetkilere bağlı olarak, amaç ve görevleriyle sınırlı bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip oldukları kabul edilmekle birlikte, bu uluslararası hukuk kişiliğinin kimler bakımından geçerli olacağı, uluslararası örgütlerin tanınması problemini ortaya çıkarmaktadır<sup>106</sup>. Belirli bir ülkeye, kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olan bir insan topluluğuna, buyruk verme ve zorlama yollarına müracaat etme hakkına sahip olmayan uluslararası örgütler, devletlerden farklı olarak, üye devletlerin ortak iradeleri ile doğarlar<sup>107</sup>. İşte bu ortak iradenin diğer devletler üzerinde de etkili olabilmesi, tanınmasına bağılıdır.

### **2. Savaşan (Muharip) Statüsünün Tanınması**

Uygulanan uluslararası hukukta, karşılaşılan bir diğer tanıma durumu, “savaşan statüsünün tanınması”dır. Bir devlet ülkesinde, isyan hali devam eder ve bu halin neticesi tahmin edilemezse, o devlet ülkesinde bir iç savaş var

<sup>102</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 288.

<sup>103</sup> BİLSEL, s. 88; CHEN, s. 133.

<sup>104</sup> MERAY Seha L., Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler, 2. Baskı, Ankara 1979, s. 264.

<sup>105</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 18.

<sup>106</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 18.

<sup>107</sup> BOZKURT Enver/KÜTÜKÇÜ Akif/POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, Ankara 2000, s. 155.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

demektir. Savaşan statüsünün tanınması, işte yalnızca bu iç savaş halinde söz konusu olabilmektedir<sup>108</sup>. Tanınmış bir devlet ve hükûmete karşı başkaldırarak, ayrılma ya da hükûmet olma amacıyla mücadele veren kuvvetlerin birtakım şartları taşımaları durumunda, üçüncü devletlerin, yalnızca bu kuvvet kullanma döneminde geçerli olmak üzere başkaldıran kuvvetleri tanıma yoluna gittikleri görülmektedir<sup>109</sup>. Başkaldıran kuvvetlere bu geçici statüyü tanıyan devlet, yasal hükûmet ve savaşan statüsü tanıdığı kuvvetler arasında tarafsızlık kurallarına uymayı kabul ve ilan etmektedir. Ayrıca, üçüncü devletler, belirli bir ülke parçası üzerinde fiilen otorite kurmuş olan başkaldıran kuvvetlere, savaşan statüsü tanımak yoluyla, bu ülke üzerindeki çıkarlarını sağlamayı amaçlamaktadırlar<sup>110</sup>.

### 3. Ayaklanan (Asi) Statüsünün Tanınması

İsyan, bir devlet ülkesinde, askerî ya da siyasi bir grup tarafından, devlet ya da yasal hükûmete karşı gerçekleşen ve fakat bir iç savaş niteliği taşımayan ve devletler arasındaki ilişkilerin muntazam gerçekleşmesine engel teşkil eden bir silahlı başkaldırı olayıdır<sup>111</sup>. Ayaklanan statüsünün tanınması, yasal devlete ya da hükûmetine karşı silahlı bir başkaldırı olayı yani yukarıda tarif edilen isyan sırasında, bu kuvvetlere belirli hakların ve yetkilerin tanınmasını belirtmektedir<sup>112</sup>. Üçüncü devletlerin, başkaldıran kuvvetlere, geçici nitelikte de olsa uluslararası düzeyde bir kimlik kazandıran “savaşan statüsü”nü tanımak istemedikleri takdirde başvurdukları ve daha çok devlet gemilerinde gerçekleşen başkaldırı olaylarına ilişkin olan bu yolla, isyan durumu gerek asiler gerekse üçüncü devletler bakımından tespit edilmiş olmaktadır<sup>113</sup>.

Ayaklanan statüsünün tanınması, savaşan statüsüne göre daha dar kapsamlıdır ve bu statüyü tanıyan devletlerin tam anlamıyla tarafsız olma zorunluluğu yoktur. Fiilî bir ayaklanmada asi statüsünün tanınması, bu statünün tanıdığı gruba sınırlı bir uluslararası kişilik bahşetmektedir. Şöyle ki; asiler diğer devletlerce kara veya deniz haydudu sayılmamakla birlikte, kendilerine açık denizde gemileri ziyaret hakkı ile denizde el koyma hakkı

---

<sup>108</sup> BİLSEL, s. 69; CERİT, s. 121; GALPIN, s. 12; LE FUR, s. 321; MENEMENCİOĞLU, s. 106; MERAY, Devletler Hukuku, s. 290; MİRCİ, s. 44; MOORE, s. 164; PAZARCI, III. Kitap, s. 19; WILSON George Grafton, Handbook of International Law, Cambridge 1961, s. 40.

<sup>109</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 19.

<sup>110</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 20.

<sup>111</sup> ALSAN, s. 187; BİLSEL, s. 68; CERİT, s. 121; MERAY, Devletler Hukuku, s. 291; MİRCİ, s. 44.

<sup>112</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 21; WILSON, s. 43.

<sup>113</sup> MERAY, Devletler Hukuku, s. 291; PAZARCI, III. Kitap, s. 21.

tanınmamaktadır<sup>114</sup>. Bunun yanında, üçüncü devletler geçici olmakla birlikte, asilerin denetimi altındaki bölgede, vatandaşlarını ve kendi menfaatlerini korumak amacıyla başvuracak bir otorite bulmuş olmaktadır. Bunun sonucu olarak da, gerçekleşen haksız fiillerden ötürü bu otoritenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>115</sup>. Diğer taraftan, bir ayaklanmada asi sıfatını tanımış bir üçüncü devlet, kendi vatandaşlarının ve özellikle kendi tâbiyetindeki gemilerin, bu ayaklanmaya asiler lehine katılmalarını da önlemek imkanı bulmaktadır<sup>116</sup>.

#### 4. Ulusların ve Ulusal Kurtuluş Hareketlerinin Tanınması

Gerek bir uluslararası savaş gerekse bir iç savaş sırasında, bağımsızlığa yönelik bir mücadeleyi yürüten kuvvetlerin, ülkenin belirli bir bölümünde de olsa yeteri kadar veya hiçbir denetimi yoksa, bu kuvvetleri destekleyen üçüncü devletlerin, anılan kuvvetleri hükümet olarak tanınması ya da bu kuvvetlere savaştan statüsü tanınması mümkün değildir<sup>117</sup>. Bu durumlarda üçüncü devletler, bu kuvvetlere birtakım ara statüler tanımaktadırlar. Bunlardan birincisi ulus olarak tanımadır. Devlete karşı yabancı bir devlet ülkesinde yerleşen kuvvetlerin kurduğu teşkilat bu şekilde tanınabilecektir<sup>118</sup>. Yani bu hareket, ayaklanma veya iç savaşta olduğu gibi devlet ülkesinde değil, yabancı bir devlet ülkesinde yerleşmiş bulunan bir siyasî teşkilat tarafından yapılmaktadır. Ulusların tanınması durumunda, tanımının kapsamı tanıyan devletler tarafından belirlenmektedir<sup>119</sup>. Bir grubun bu şekilde ulus olarak tanınmasının temel amacı, bağımsızlığını kazanma mücadelesi veren topluluklara siyasî destek vermektir ibarettir.

Uluslararası uygulamada, ulus olarak tanıma ile iki hukukî etki elde edilmeye çalışılmaktadır. Bunlardan birincisi, bu topluluğun ulusal bayrakları altında ülkeleri dışında da ordu kurmalarını mümkün hale getirmektir<sup>120</sup>. Ulusların tanınması ile elde edilmeye çalışılan ikinci hukukî etki ise, bu topluluğun barış görüşmelerine ve yeni devletlerin kurulması görüşmelerine kendi adlarına katılımının sağlanmasıdır. Ancak, kanaatimizce

<sup>114</sup> EROĞLU, s. 131; MENEMENCİOĞLU, s. 106; MERAY, Devletler Hukuku, s. 291; PAZARCI, III. Kitap, s. 22.

<sup>115</sup> BİLSEL, s. 68; CERİT, s. 121; EROĞLU, s. 131; MERAY, Devletler Hukuku, s. 292; MİRCİ, s. 44; PAZARCI, III. Kitap, s. 22.

<sup>116</sup> Küba'nın İspanya'ya karşı isyanı ile, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Cleveland, 1895 yılında, Amerika vatandaşlarının Amerikan tarafsızlığına aykırı faaliyetlerden çekinmelerini ilan etmiştir.

<sup>117</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 22.

<sup>118</sup> CERİT, s. 122; MİRCİ, s. 44.

<sup>119</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 23.

<sup>120</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 23.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

üçüncü devletlerin ulus sıfatını tanıdığı topluluğa verdiği bu destek, hukukî olmaktan uzaktır. Çünkü, diğer devletlerle uluslararası ilişkilere girişebilmek için ulus olarak tanınmak yeterli değildir.

Ulusal kurtuluş hareketlerinin tanınmasına bakıldığında ise, günümüz ve Birleşmiş Milletler uygulamasında, bu durumun self -determinasyon hakkına sahip olan topluluklar için söz konusu olduğu gözlemlenmektedir<sup>121</sup>. Aksi takdirde, bu durum devletlerin iç işlerine karışmama prensibine aykırı olacaktır. Günümüzde karşılaşılan ulusal kurtuluş hareketlerinin tanınması ile iki hukukî etkinin temin edilmesi amaçlanmaktadır. Bunlardan birincisi, bu statüyü tanıyan devletlerle ilişkiler bakımından kurtuluş hareketinin belirli bir uluslararası statü kazanması; ikincisi ise, ulusal kurtuluş hareketinin savaş hukuku kurallarından yararlanmasını sağlamaktır<sup>122</sup>.

### III. ULUSLARARASI HUKUKTA TANIMA KURUMU BAĞLAMINDA KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ

#### A. KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NİN TARİHİNE KISA BİR BAKIŞ

##### 1. Kıbrıs'ın Kısa Tarihçesi

Çeşitli uygarlıkların doğduğu Doğu Akdeniz'de yer alan, yüzölçümü 9251 kilometrekare olan ve Ortadoğu ve Doğu Akdeniz'i, Süveyş Kanalı'nı, bu bölgeden geçen bütün deniz ve hava yollarını, Kızıl Deniz ve Pers Körfezi'nin tamamını kontrol edebilecek bir noktada olan Kıbrıs adasının tarihi çok eskilere dayanır<sup>123</sup>. Jeopolitik ve stratejik açıdan son derece önemli bir noktada bulunan Kıbrıs adası, bu özelliği nedeniyle tarih boyunca sürekli el değiştirmiştir. Belirtmek gerekir ki, Kıbrıs adası hiçbir zaman Yunanistan'da kurulan siyasî birimlerin egemenliği altında bulunmamıştır<sup>124</sup>. Kıbrıs'ta yaşayan halkın bir kısmının kendilerini Yunanlı saymaları dil ve din birliğinden doğan bir inançtır. 300 yılı aşan bir süre içinde adada egemenliğini sürdüren Osmanlı Devleti'nin, 13. yüzyıldan itibaren nüfuzunu yitirmiş olan kiliseye geniş yetkiler tanınması, bu inancın yerleşip gelişmesinde başlıca etken olmuştur<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 23.

<sup>122</sup> PAZARCI, III. Kitap, s. 23.

<sup>123</sup> BOZKURT İsmail, "Kıbrıs Tarihine Kısa Bir Bakış", Avrupa Birliği Kıskaçında Kıbrıs Meselesi, Ankara 2001, s. 9; ÇEÇEN Anıl, "Kıbrıs: Dünyanın Ortasında Bir Uçak Gemisi", Türk Hukuk Dergisi, Yıl 7, S. 72, Şubat 2003, s. 13; GÜRÜN Kâmuran, Dış İlişkiler ve Türk Politikası, Ankara 1983, s. 379; TAMÇELİK Soyalp, "Kıbrıs Adasının Jeopolitik ve Stratejik Önemi", Türk Kültürü Dergisi, Yıl 1995, C. 33, S. 386, s. 322.

<sup>124</sup> GÜRÜN, s. 379.

<sup>125</sup> TOLUNER Sevin, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1977, s. 11.

15. yüzyılın sonlarında Doğu Akdeniz'e egemen olan Osmanlı Devleti, siyasî, stratejik, ekonomik ve dinî nedenlerin etkisiyle Kıbrıs'ı ele geçirmiş; adada üslenen Venedik korsanlarının Türk deniz ticaretine verdikleri zararlar da Kıbrıs'ın ele geçirilmesinde başlıca etkenlerden biri olmuştur<sup>126</sup>. Kıbrıs adası 1571'den 1878'e kadar Osmanlı egemenliğinde kalmıştır. Ancak, Osmanlı Devleti'nin Rusya ile giriştiği 1877 savaşından yenik çıkması ve savaşın ardından imzalanan Ayastefanos Barış Andlaşması, Kıbrıs için karanlık bir geleceğin başlangıcı olmuştur. Şöyle ki; Osmanlı Devleti'nin Rusya'ya yenilmesini ve büyük toprak parçalarını kaybetmesini kendi çıkarlarına uygun görmeyen İngiltere, Ayastefanos Andlaşması'nın Osmanlı Devleti yararına değiştirilmesi için Berlin Kongresi'nin toplanmasını sağlamış ve bu kongrede Kıbrıs'ta askerî üsler kurma hakkını elde etmiştir<sup>127</sup>. İngiltere'nin Kıbrıs adası ile hukukî ilişkisi esas itibarıyla, Osmanlı Devleti ile imzaladığı 4 Haziran 1878 tarihli andlaşma ile başlamıştır. Bu andlaşma ile İngiltere, Osmanlı Devletini müdafaa yükümlülüğü altına girmiş; bunun karşılığında da Kıbrıs'ın idaresini geçici olarak devralmıştır. Ancak I. Dünya Savaşının başlangıcında İngiltere, Osmanlı Devleti ile savaş halinde olduğunu ileri sürerek, 1878 tarihli andlaşmaların hükümsüz olduğunu ilan edip, adayı ilhak etmiştir<sup>128</sup>. Türkiye adanın İngiltere tarafından ilhakını, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması'nın 20. maddesi ile tanımış; İngiltere bu egemenliğini 1960 yılına kadar sürdürmüştür<sup>129</sup>.

## 2. Kıbrıs Sorununun Uluslararası Bir Nitelik Kazanması ve Gelişmeler

Kıbrıs, 1571-1914 yılları arasında Türk, 1914-1960 yılları arasında İngiliz egemenliği altında yaşadıkten sonra, 1960 yılında bağımsız bir cumhuriyet olmuştur<sup>130</sup>. Adanın, Kıbrıslı Türkler ve Türkiye'nin muhalefetine rağmen Yunanistan'a bağlanmak istenmesi, adada Türkler ve Rumlar arasında, ada dışında ise Türkiye ile Yunanistan arasında "Kıbrıs Uyuşmazlığı" diye adlandırılan mücadele ve çatışmaları ortaya çıkarmıştır.

Gelişmeler sonucunda, 1956 yılı sonu itibarıyla yapılan resmî beyanlar, Türkiye'nin Kıbrıs politikasının taksimi gerçekleştirmeye yöneldiğini

<sup>126</sup> OLGUN Aydın, *Dünden Bugüne Kıbrıs Sorunu*, İstanbul 1999, s. 13.

<sup>127</sup> OLGUN, s. 15.

<sup>128</sup> USLU Nasuh, "Türk Tarafı Açısından Kıbrıs Sorununun Boyutları", *Türkiye'nin Dış Politika Gündemi*, 1. Baskı, Ankara 2001, s. 215.

<sup>129</sup> ALBAYRAK Mustafa, "Türkiye'nin Kıbrıs Politikaları (1950-1960)", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Yıl 2000, C. 16, S. 46, s. 249.

<sup>130</sup> TUĞ Aydın Zeki, "Kıbrıs Sorunu Nasıl Çözülür?", *Türk İdare Dergisi*, Yıl 1995, C. 67, S. 409, s. 38.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

göstermiştir<sup>131</sup>. Taksimın özü, Kıbrıs Rumlarının self-determinasyon ilkesine dayandırılan enosis isteklerine karşılık, Kıbrıs Türklerinin de aynı hakka dayanarak, kendilerine ait bölümün Türkiye'ye bağlanması isteğidir<sup>132</sup>.

### 3. 1960 Andlaşmaları ve Kıbrıs Cumhuriyeti

#### a. Zürih Andlaşması

Yunanistan ve Türkiye Başbakanları, 5-11 Şubat 1959 tarihleri arasında Zürih'te görüşmeler yapmışlardır. Bu görüşmelerde gerekli prensip kararları alınmış ve iki devletin Başbakanlarının da katılacağı toplantılarla son görüşmelerin yapılarak, metinlerin yazılıp imzalanmasına karar verilmiştir<sup>133</sup>. Böylece, 11 Şubat 1959 tarihinde, Kıbrıs için bağımsız bir cumhuriyet idaresini öngören son çözüm şekli, 27 madde halinde kaleme alınmış ve her iki devletin Başbakanları tarafından paraf edilmiştir. Bu andlaşma, Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti'nin bağımsızlığını sağlama yolundaki ilk andlaşmadır<sup>134</sup>.

#### b. Londra Andlaşması

Kıbrıs'a bağımsızlık verilmesini öngören ve 11 Şubat 1959 tarihinde imzalanan Zürih Andlaşması'nın, İngiltere ile Kıbrıslı Türk ve Rum toplulukları tarafından da onaylanması gerekmektedir. Bu gereksinimden dolayı taraflar Londra'da bir kez daha toplanmıştır.

Londra Konferansı'nda imzalanan kararlar başlıca dört konudaki anlaşmaları kapsamaktadır: i) Kıbrıs üzerindeki İngiltere egemenliğinin Kıbrıs Cumhuriyeti'ne devrine dair bir kurulma andlaşması; ii) Kıbrıs'ın bağımsızlığını, toprak bütünlüğünü ve anayasal düzenini teminat altına alan garanti andlaşması; iii) Türkiye, Yunanistan ve Kıbrıs arasında yapılacak askerî ittifak andlaşması; iv) Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın temel maddeleri.

Nitekim, bütün işlemler açısından tarih **16 Ağustos 1960** olmuş; tüm bu düzenlemeler "Lefkoşe Andlaşması" olarak adlandırılmıştır. Bu andlaşmalar ile bulunan çözüm şekli ile, adada iki toplumun ortaklığına dayanan ve Türkiye ve Yunanistan ile sıkı bir işbirliği yapacak bağımsız bir cumhuriyetin kurulması öngörülmüştür<sup>135</sup>. Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası ulusal uzlaşmayı, sayısal verilerden uzak bir anlayış içinde, her iki toplumun genel iradeyi birlikte belirleme hakkını kabul ederek sağlamıştır. Zürih ve Londra Andlaşmaları'nda

<sup>131</sup> ALBAYRAK, s. 258-259; FIRAT Melek M., "Türkiye'nin Kıbrıs Politikaları (1945-1960)", Toplumsal Tarih Dergisi, Yıl 2000, C. 14, S. 81, s. 26; İSMAİL Sabahattin, 100 Soruda Kıbrıs Sorunu, İstanbul 1992, s. 48.

<sup>132</sup> HASGÜLER Mehmet, Kıbrıs'ta Enosis ve Taksim Politikalarının Sonu, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 200.

<sup>133</sup> SARICA Murat/TEZİÇ Erdoğan/ESKİYURT Özer, Kıbrıs Sorunu, İstanbul 1975, s. 12.

<sup>134</sup> PAZARCI, II. Kitap, s. 108.

<sup>135</sup> FIRAT, s. 26; TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 74.



ulusal devlet değil, iki uluslu bir devlet yaratma amacı güdülmüştür<sup>136</sup>. Kıbrıs Devleti'ne varlık kazandıran Zürih ve Londra Andlaşmaları, Kıbrıs'ta tek bir Kıbrıs halkı ve çoğunluk ilkesinin uygulanması suretiyle saptanacak tek bir halk iradesi bulunduğu görüşünü resmen reddeden uluslararası işlemlerdir<sup>137</sup>.

Kıbrıs sorununa getirilen çözümün en önemli unsuru, Kıbrıs Cumhuriyeti, İngiltere, Türkiye ve Yunanistan arasında imzalanan "Garanti Andlaşması"dır. Bu andlaşma ile, Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın temel maddelerinin uluslararası niteliği teyit edilmiş ve taraflar bu anayasa uyarınca kurulmuş ve düzenlenmiş olan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını, ülke bütünlüğünü ve güvenliğini tanımayı ve sağlamayı taahhüt etmişlerdir. İngiltere, Türkiye, Yunanistan ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Garanti Andlaşması, Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti'nin bağımsızlığını, ülkesel bütünlüğünü ve güvenliğini ve anayasanın temel hükümlerini teminat altına almıştır. Garanti Andlaşması'nda, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bir devlet ile siyasî ve ekonomik birliğe girmesi yasaklanırken, aynı paralelde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bir başka devlete katılması ve taksimi de yasaklanmıştır<sup>138</sup>.

Sonuç olarak, 1960 Andlaşmaları düzeni, Kıbrıs'ta iki ayrı ve birbirine eşit olan iki toplumun varlığını tescil eden bir hukukî düzendir. Bu andlaşmalarla, Kıbrıs'ta iki toplumun işbirliği yapmalarıyla idare edilebilecek bir devlet kurulmuş ve bu devletin anayasasıyla birlikte ülke bütünlüğü, bağımsızlığı ve güvenliği uluslararası alanda garanti altına alınmıştır<sup>139</sup>.

#### 4. 1974 Harekatına Kadar Kıbrıs Konusundaki Gelişmeler

Kıbrıs uyuşmazlığı hakkında güçlükle varılan andlaşmalarla tespit edilen anayasa ve uluslararası statü, kısa süre sonra ihlal edilmeye başlamış; Kıbrıslı Rumlar, 30 Kasım 1963 tarihinde Kıbrıs Anayasası'nın değiştirilmesini Türk tarafına ve ilgili devletlere teklif etmişlerdir<sup>140</sup>. Rum toplumu, ulusal devlet anlayışını ortadan kaldıran andlaşmaların ve anayasanın aksine, yeniden ulusal devlet yaratma girişimine başlamış, genel iradenin toplum olarak Rumlar tarafından belirleneceğini ve Türk toplumunun azınlık olarak nitelendirilebileceğini iddia etmiştir<sup>141</sup>. Ancak Kıbrıslı Rumların bu talebi

<sup>136</sup> ALBAYRAK, s. 270; ARSAVA Ayşe Füsün, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 1996, C. 51, S. 4, s. 44.

<sup>137</sup> TOLUNER, Kıbrıs Türk Federe Devleti, s. 151.

<sup>138</sup> ARSAVA, s. 44.

<sup>139</sup> TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 94.

<sup>140</sup> ARSAVA, s. 44; ERGEZER Burcu, "...Ve Gündemdeki Tez: Kıbrıs'ın AB'ye Üyeliği", Uluslararası İlişkilerde Olaylar ve Yorumlar, Yıl 1998, C. 7, S. 30, s. 61.

<sup>141</sup> ARSAVA, s. 48.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

reddedilmiş, bunun üzerine Rumlar yoğun şiddet hareketlerine başvurmuşlardır<sup>142</sup>.

Bütün girişimlere rağmen ada üzerinde devam eden şiddet olayları sonucunda gerek Kıbrıs Türkleri gerekse Türkiye, bu sorunu kökünden çözmek için yeni tedbirler alma gereği duymuş ve 28 Aralık 1967 tarihinde “Geçici Türk Yönetimi”nin kurulduğunu ilan etmiştir<sup>143</sup>.

### 5. 1974 Enosis Girişimi ve Türkiye'nin Kıbrıs'a Müdahalesi

#### a. I. Cenevre Görüşmeleri ve I. Müdahale

14 Ekim 1973 seçimleri sonunda kurulan Ecevit hükümetinin federasyon konusundaki kesin tutumu, Kıbrıs Rum kesiminde tepkiler yaratırken; Kıbrıslı Rumların arasında giderek yaygınlaşan bir sürtüşmenin varlığı da gözlenmeye başlamıştır<sup>144</sup>. Bu arada çeşitli politik girişimlerle iktidarda kalmayı başaran Makarios'un devamlı olarak tekrarladığı ve kendisine göre yorumladığı kişisel demokrasisi, nihayet Atina'daki cunta yönetimi ile Başpiskoposun arasını açmıştır<sup>145</sup>. Makarios, 5 Temmuz 1974 tarihinde verdiği bir demeçte, Yunan cuntasını ağır bir dille suçlamış, Yunan cuntasının amacının kendisini iktidardan uzaklaştırarak Kıbrıs'ta dikta yönetimini kurmak olduğunu açıklamış, ayrıca on bin kişilik Rum millî muhafız gücünün başındaki 650 Yunanlı subayın Atina'nın arzularına göre hareket edip hükûmete karşı bir darbe hazırlığında olduklarını dile getirmekten çekinmemiştir. Nihayet, 15 Temmuz 1974 tarihinde, Yunan Silahlı Kuvvetleri'ne bağlı subaylar bir darbe gerçekleştirmiş, Makarios'u devirmiş ve yerine Nikos Sampson'u getirmiştir. Cunta tarafından Cumhurbaşkanlığına getirilen Nikos Sampson aynı gün Kıbrıs adasının Yunanistan'a bağlandığını ilan etmiştir<sup>146</sup>.

Bu olanlar karşısında Türkiye, Yunan cuntasının başlattığı enosis girişiminin 1959-60 Zürih-Londra-Lefkoşe Andlaşmaları'nın tamamen ortadan kaldırılması anlamına geldiğinden dolayı tanımayacağını ilan ederek, ilgili ülkeleri müzakereye ve bu girişimi engellemeye davet etmiştir<sup>147</sup>. 16 Temmuz 1974 tarihinde, Türkiye İngiltere'ye verdiği bir nota ile Kıbrıs'a ortak bir müdahalede bulunulmasını önermiş ancak İngiltere kayıtsızlığını korumuştur.

<sup>142</sup> Osmanlı İdaresinde Kıbrıs, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın No: 43, Ankara 2000, s. 35.

<sup>143</sup> OLGUN, s. 20.

<sup>144</sup> SARICA/TEZİÇ/ESKİYURT, s. 177.

<sup>145</sup> OLGUN, s. 20.

<sup>146</sup> Osmanlı İdaresinde Kıbrıs, s. 40.

<sup>147</sup> MOR Hasan, “AB'nin Aralık 1999 Helsinki Zirvesi Kararları ve Kıbrıs Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1999, C. 7, S. 1-2, s. 282.

Bütün bu çalışmaların olumsuz sonuç vermesi üzerine Türkiye, Garanti Andlaşması'nın 4. maddesine istinaden 20 Temmuz 1974 tarihinde birinci müdahaleyi tek taraflı olarak başlatmıştır. Aynı gün, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi acele olarak toplantıya çağırılmış, yoğun uğraşlar sonunda 20-21 Temmuz tarihlerinde toplanmış ve taraflara ateşkes çağrısında bulunmuştur<sup>148</sup>. Birleşmiş Milletler'in ve uluslararası diplomasinin büyük gayretleri ve yoğun uğraşının sonunda Türkiye, Yunanistan ve İngiltere Dışişleri Bakanları 25 Temmuz'da Cenevre'de bir araya getirilmiştir<sup>149</sup>.

I. Cenevre Görüşmeleri, zorlu ve uzun görüşmeler sonucunda Kıbrıs barışıyla ilgili ön şartları ve ateşkesin temellerini saptayan 30 Temmuz tarihli protokolle sona ermiştir. 30 Temmuz 1974 tarihli Cenevre Protokolü'nün 1. maddesindeki ifadeleriyle her üç garantör devlet, 30 Temmuz 1974 gününün şartlarında eskiye nazaran bir değişikliğin söz konusu olmadığını, Lefkoşe Andlaşmaları'nın hukukten meşru ve yürürlükte olduğunu kabul etmişlerdir<sup>150</sup>.

Öte yandan, Protokolün 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme çok önemlidir. Bu fıkra hükmüne göre, "Bakanlar, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde fiiliyatta Türk ve Rum olmak üzere iki muhtar idarenin mevcut bulunduğunu kaydetmişlerdir. Bu durumdan çıkabilecek sonuçlara hanel gelmemek üzere Bakanlar, adı geçen idarelerin mevcut bulunmasından doğan sonuçları gelecek toplantılarında gözden geçirmeye mutabık kalmışlardır<sup>151</sup>." Bu fıkra ile, her üç garantör devlet, Kıbrıs'ın artık iki muhtar idareden oluştuğunu kabul etmişler ve böylece Kıbrıs Türk Yönetimi'nin muhtariyeti uluslararası bir belge ile resmen tescil edilmiştir<sup>152</sup>. Cenevre Konferansı'nda alınan kararlardan sonra taraflar, Türk ve Rum toplumları temsilcilerinin katılacağı II. Cenevre Konferansı'nın hazırlıklarını yapmak üzere dağılmışlardır.

#### **b. II. Cenevre Görüşmeleri ve II. Müdahale**

II. Cenevre Konferansı, 30 Temmuz Protokolünde öngörüldüğü üzere, 8 Ağustos günü toplanmıştır; ancak konferans 14 Ağustos 1974 Çarşamba günü saat 02:20'de tam bir başarısızlığa uğrayarak dağılmıştır<sup>153</sup>.

Bunun üzerine, 14 Ağustos 1974 tarihinde, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ikinci müdahalesi başlamıştır. 16 Ağustos'a kadar süren bu hareket sonucunda, adanın doğusunda, Magosa-Boğaz-Statuza hattı, güneyde Lefke-Lefkoşe-Magosa hattı, batıda Lefke-Kormacit Burnu hattı olmak üzere, ülke toplam

<sup>148</sup> ERGEZER, s. 62.

<sup>149</sup> OLGUN, s. 25.

<sup>150</sup> SARICA/TEZİÇ/ESKİYURT, s. 202.

<sup>151</sup> TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 291.

<sup>152</sup> SARICA/TEZİÇ/ESKİYURT, s. 205.

<sup>153</sup> SARICA/TEZİÇ/ESKİYURT, s. 207.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

yüzölçümünün yaklaşık 1/3'ünü meydana getiren bir alanı kapsayan adanın kuzeyindeki dikdörtgen biçimindeki bir alan Türk birliklerinin kontrolü altına girmiştir<sup>154</sup>. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ateşkes çağırısına taraflar 16 Ağustos günü uyarak hareketi durdurmuşlar, sonuç olarak bu hareket, Magosa-Lefke hattının çizilmesiyle sona ermiştir<sup>155</sup>.

Türkiye, Zürih ve Londra Andlaşmaları çerçevesinde, uluslararası hukuka uygun olarak bu müdahaleyi gerçekleştirmiş olmasına rağmen, bu hareket sonucunda Batı ile ilişkileri çok kötü bir hal almıştır. Avrupa Ekonomik Topluluğu ile ilişkiler dondurulmuş, Amerika Birleşik Devletleri tarafından Türkiye'ye silah ambargosu uygulanmıştır. Batı ile ilişkilerin derin bir krize girmesi dış politikanın yönünü Sovyetler Birliği ve diğer Doğu Bloku ülkeleri ile ilişkileri geliştirme, üçüncü dünya ülkelerine açılma gibi alternatiflere çevirmiştir<sup>156</sup>.

### c. Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin İlanı

Kıbrıs'ta ikinci müdahaleden sonra yapılan bir dizi görüşme, herhangi olumlu bir sonuç çıkmaması üzerine kesilmiştir<sup>157</sup>. Görüşmelerin giderek bir çıkmaza girdiğini, özellikle güneydeki Türk göçmenler ve federasyon konusunda hiçbir ilerleme sağlanamadığını gören Türk yönetimi, Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin kurulduğunu 13 Şubat 1975 tarihinde açıklamıştır<sup>158</sup>.

### d. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Bağımsızlık İlanı

Gelişmeler karşısında Kıbrıs Türk halkı, 20 Mayıs 1983 tarihinde Rauf Denktaş'a bir muhtıra vererek bağımsızlık ilan edilmesini istemiştir. Kıbrıs Rumları ve Yunanlılarla yapılacak görüşmelerden bir sonuç alınamayacağını gören Kıbrıs Türk Federe Devleti Meclisi de 15 Kasım 1983 tarihinde oy birliği ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kurulduğunu ilan etmiştir<sup>159</sup>. 1974 yılındaki müdahalenin ardından fiilen oluşan yapı, temel itibarıyla bir devlet olmanın bütün şartlarını yerine getirmekte olduğundan, bu bağımsızlık ilanı bir bakıma esasen var olan fiilî duruma sadece hukukî bir nitelik kazandırmıştır<sup>160</sup>.

---

<sup>154</sup> TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 314.

<sup>155</sup> SARICA/TEZİÇ/ESKİYURT, s. 209.

<sup>156</sup> MOR, s. 283.

<sup>157</sup> MOR, s. 283.

<sup>158</sup> ERGEZER, s. 62; OLGUN, s. 28.

<sup>159</sup> Osmanlı İdaresinde Kıbrıs, s. 44.

<sup>160</sup> MOR, s. 285.

**B. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN  
18.11.1983 TARİHLİ ve 541 SAYILI KARARI ve BU KARARIN TANIMA  
KURUMU AÇISINDAN TAŞIDIĞI ANLAM**

**1. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 18.11.1983 Tarihli ve  
541 Sayılı Kararı**

15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluşunun hemen ardından, 18 Kasım 1983 tarihinde, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi şu kararı almıştır:

“Güvenlik Konseyi;

Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümetinin Dışişleri Bakanının ifadesini dinleyerek, Türk otoritelerinin 15 Kasım 1983'te Kuzey Kıbrıs'ta bağımsız bir devlet oluşturduklarını iddia eden deklarasyonunu gözönüne alarak, bu deklarasyonun Kıbrıs Cumhuriyeti'nin oluşumuyla alakalı Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurulmasına İlişkin Andlaşma ve Garanti Andlaşması ile uyuşmadığını dikkate alarak, 365 (1974) sayılı ve 367 (1975) sayılı kararlarını bir kez daha onaylayarak, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin iyiniyet misyonuna dayalı bir şekilde Kıbrıs problemi için çözüme ihtiyaç olduğunun farkına vararak, Birleşmiş Milletler Barış Gücü'nün varlığı için sürekli bir desteğe ihtiyaç olduğunu onaylayarak, 17 Kasım 1983 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin ifadesini dikkate alarak,

1. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bölünmesini destekleyen Türk Kıbrıs otoritelerinin deklarasyonunu inceledi.
2. Yukarıda bahsedilen deklarasyonu yasal olarak geçersiz saydı ve geri çekilme için çağrıda bulundu.
3. 365(1974) ve 367(1975) sayılı kararlarının acilen ve etkin bir şekilde uygulanması için çağrıda bulundu.
4. Kıbrıs'ta hemen ve uzun süreli bir oluşuma yönelik en erken muhtemel gelişmeyi başarmak için Genel Sekreter'den iyiniyet misyonunu sürdürmesi istendi.
5. Taraflardan Genel Sekreter'in iyiniyet misyonuna tam destek vermeleri istendi.
6. Tüm devletlerden egemenlik, bağımsızlık ve toprak bütünlüğüne saygı göstermeleri istendi.
7. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin haricinde hiçbir Kıbrıs Devleti'ni tanınamaları istendi.
8. Devletlerden ve iki taraftan durumu zorlaştıracak herhangi bir eylemden kaçınmaları istendi.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

9. Genel Sekreter'den Güvenlik Konseyi'ni tamamen bilgilendirmesi istendi.”

\* 2503 no'lu toplantıda, 13 evet oyuna karşılık 1 red (Pakistan) ve 1 çekimser (Suriye) oyla kabul edildi.

### **2. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 18.11.1983 Tarihli ve 541 Sayılı Kararının Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Açısından Taşdığı Anlam**

15 Kasım 1983 tarihinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kurulmasının hemen ardından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından alınan 18.11.1983 tarihli ve 541 sayılı kararla, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluşu batıl ilan edilmiş ve diğer devletlere, Kıbrıs Cumhuriyeti'nden başka bir devletin tanınmaması çağrısında bulunulmuştur. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bu kararı, bu kuruluşun Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna İlişkin Andlaşma'ya ve Garanti Andlaşması'na aykırı olduğu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yoluyla kurulduğu varsayımına dayandırmıştır.

Uluslararası hukukta tanıma kurumu açısından oldukça önemli olan bu karar değerlendirirken, karara dayanak teşkil ettiği ileri sürülen bazı genel ilkeleri irdelemek ve Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran andlaşmalardan biri olan Garanti Andlaşması'nı hatırlamak ve bütünüyle değerlendirmek yerinde olacaktır.

#### **a. Kuvvete Başvurmanın Yasaklanması İlkesi (Stimson Doktrini)**

##### *i. Kavram*

Uygulanan uluslararası hukukta, tanıma kurumu açısından önem arzeden ilkelerden biri olan “kuvvet kullanmanın yasaklanması ilkesi”, uluslararası hukuka aykırı biçimde kuvvet kullanımı sonucu kurulan bir devletin tanınmasını yasaklamaktadır. Uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yoluyla kurulan devletlerin tanınmaması prensibi, ya üçüncü bir devletin **uluslararası hukuka aykırı müdahalesi** ya da **self-determinasyon hakkı olmayan** bir topluluğun ayrılıkçı hareketi sonucu kurulan devletlerin tanınmasına yöneliktir<sup>161</sup>.

##### *ii. Değerlendirme*

Bu ilke Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne uyarlandığında, ilk olarak tespit edilmesi gereken husus, uluslararası hukuka aykırı bir müdahalenin var olup olmadığıdır. Kıbrıs sorunu ele alındığında, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluşuna zemin hazırlayan müdahalelerinin, uluslararası

---

<sup>161</sup> DUGARD, s. 25; PAZARCI, III. Kitap, s. 7; VITAS Robert A., The United States and Lithuania, New York 1990, s. 20.

hukuka aykırı olmadığını, bilâkis bu müdahalelerin dayanağını Kıbrıs sorununa taraf olan devletlerin çıkarlarını uzlaştıran 1959-60 Zürih-Londra-Lefkoşe Andlaşmaları'ndan aldığını görmek mümkündür. Şöyle ki; Garanti Andlaşması'nın 4. maddesinde, Yunanistan, Türkiye ve İngiltere'ye, andlaşmalara riayetsizlik halinde, düzenin devamı için gereken tedbirleri alma, istişare etme ve müşterek hareket etmek mümkün olmadığı takdirde harekete geçme yetkisi verilmiştir. Garanti Andlaşması, garanti objelerini yalnızca üçüncü devletlere karşı değil, Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti'nin kendisine karşı da koruma altına almıştır<sup>162</sup>. Bu nedenle, garantör devletlerin, yaratılan hukuk düzeninin Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti tarafından ihlal edilmesi halinde de müdahale hakkı doğmaktadır.

Müdahalelerin dayanağı olan ve bu yönüyle Birleşmiş Milletler Andlaşması'na paralel görünen Garanti Andlaşması'nda, Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti'nin toprak bütünlüğünü ve bağımsızlığını temin etmek amacıyla bir müdahale hakkı kabul edilmiştir<sup>163</sup> ve yapılan müdahaleler Garanti Andlaşması'na uygundur.

## **b. Self-Determinasyon İlkesi**

### *i. Kavram*

“Halkların kendi geleceklerini belirleme hakkı” anlamına gelen self-determinasyon ilkesi, bir ulusa mensup bireylerin bağımsız devlet kurma hakkına sahip olmaları anlamına gelmektedir<sup>164</sup>. Self-determinasyon ilkesi 1918 Wilson ilkelerinden kaynaklanmış; uygulanan uluslararası hukukta kabulü Birleşmiş Milletler Andlaşması ile olmuştur<sup>165</sup>. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 1. maddesinin 2. fıkrası, 55. maddesi ve 76. maddesi bu ilkenin geçerliliğini vurgulamaktadır. Bu ilke, Birleşmiş Milletler kararlarında da yer bulmuştur. Özellikle, **24.10.1970 tarihinde kabul edilen 2625(XXV) sayılı “Birleşmiş Milletler Andlaşması'na Uygun Olarak Devletler Arasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi”** oldukça önemlidir<sup>166</sup>. Bu bildiriye, self-determinasyon ilkesi ile insan hakları arasında bağlantı kurulmuş ve “halkların yabancı bir boyunduruğa, baskınlığa ve sömürüye maruz kalması, onların self-determinasyon hakkını bozar ve bu aynı zamanda insan haklarının ihlali olur.” denilmiştir<sup>167</sup>. Aynı zamanda bu bildiriye,

<sup>162</sup> ARSAVA, s. 45.

<sup>163</sup> ARSAVA, s. 46.

<sup>164</sup> PAZARCI, II. Kitap, s. 8; VITAS, s. 16.

<sup>165</sup> PAZARCI, II. Kitap, s. 9.

<sup>166</sup> NECATİGİL Zaim M., The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law, New York 1990, s. 178; PAZARCI, II. Kitap, s. 9.

<sup>167</sup> NECATİGİL, s. 178.

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

self-determinasyon hakkını, “egemen ve bağımsız bir devlet kurma, bağımsız devlet içinde özgürce birlik oluşturma veya bir siyasî statü içinde ortaya çıkma” gibi unsurların oluşturduğu kabul edilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki gelişmelerin etkisiyle, yalnızca sömürgecilikten kurtulma amacına yönelik olarak kullanılabileceği kabul edilen bu hakka sahip olmayan birimlerin ayrılmaları durumunda tanınmamaları yönünde güçlü bir kanaat mevcuttur<sup>168</sup>. Sözü edilen bildirinin 7. paragrafı, egemen ve bağımsız bir devletin toprak bütünlüğünü koruma ihtiyacını bir kez daha vurgulamakta ve fakat bu kavramı, **“bir devletin ırka, rengine bakmaksızın tüm halkı temsil eden bir hükümetin varlığı” şartına bağlamaktadır**<sup>169</sup>.

### ii. Değerlendirme

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, ulusal uzlaşmayı, sayısal verilerden uzak bir anlayış içinde, her iki toplumun genel iradeyi birlikte belirleme hakkını kabul ederek ve bunları değiştirilmesi mümkün olmayan temel hükümler olarak ilan ederek sağlamıştır<sup>170</sup>. 1959-60 Zürih-Londra-Lefkoşe Andlaşmaları’nda ulusal bir devlet değil, iki uluslu bir devlet yaratma amacı güdülmüştür. Bütünlüğün ve birliğin korunması adına bir uzlaşma sağlanmış, ulusal grupların tümüne büyüklüklerinden bağımsız olarak genel iradeye katılma olanağı sağlanmıştır<sup>171</sup>. Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti düzeninin devamı için her iki toplumun da self-determinasyon hakkı sınırlandırılmış; bu sınırlama, ulusal grup haklarının teminatı olarak kabul edilmiştir.

Uluslararası hukukta, self-determinasyon hakkının egemen ve bağımsız bir devleti parçalamak için kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Ancak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 1970 tarihli ve 2625(XXV) sayılı kararında belirtildiği gibi, insan haklarına saygılı, genel iradede tüm halkın hakkaniyete uygun biçimde temsilini temin eden bir devleti yıkmak veya parçalamak için kullanılmayan bu hak, bu ilkeleri çiğneyen otoriteye karşı rahatlıkla kullanılabilecektir<sup>172</sup>. Somut durumda, insan haklarına saygılı, genel iradede tüm halkın hakkaniyete uygun biçimde temsilini temin eden bir devlet o dönemde bulunmadığına göre, Kıbrıs Türk toplumunun self-determinasyon hakkının bulunmadığı iddiası dayanaksız kalmaktadır.

---

<sup>168</sup> PAZARCI, II. Kitap, s. 10.

<sup>169</sup> NECATİGİL, s. 187.

<sup>170</sup> ARSAVA, s. 44.

<sup>171</sup> ARSAVA, s. 44.

<sup>172</sup> ARSAVA, s. 50; NECATİGİL, s. 187.



### c. Garanti Andlaşması

#### i. 1959-60 Zürih-Londra-Lefkoşe Andlaşmaları'na Kısa Bir Bakış

Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti'nin bağımsızlığını sağlama yolundaki ilk andlaşma Zürih Andlaşması'dır<sup>173</sup>. 11 Şubat 1959 tarihinde, Kıbrıs için bağımsız bir cumhuriyet idaresini öngören çözüm şekli, Yunanistan ve Türkiye Başbakanları tarafından 27 madde halinde kaleme alınmıştır. Zürih Andlaşması'nın, İngiltere ile Kıbrıs Türk ve Rum toplumları tarafından da onaylanması için Londra'da tekrar toplanılmış ve Londra Andlaşması esas itibarıyla üç bildiri ve bir ek andlaşmadan oluşturulmuştur<sup>174</sup>. İkinci Londra Konferansı'nda imzalanan kararlar başlıca dört konudaki andlaşmaları kapsamıştır. Bunlar, Kurulma Andlaşması, İttifak Andlaşması, Garanti Andlaşması ve Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasının temel maddelerini belirleyen andlaşmadır.

Kıbrıs sorununa getirilen çözümün en önemli unsuru, yukarıda da bahsedilen, Kıbrıs Cumhuriyeti, İngiltere, Yunanistan ve Türkiye arasında imzalanan Garanti Andlaşması'dır. Bu andlaşma ile, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığı, ülkesel bütünlüğü, güvenliği ve anayasanın temel hükümleri teminat altına alınmıştır. Ayrıca bu andlaşmada, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bir devlet ile siyasî ve ekonomik birliğe girmesi, bir başka devlete katılması ve taksimi yasaklanmıştır<sup>175</sup>. Garanti Andlaşması incelenirken bahsedilmesi gereken belki de en önemli nokta, taraflara 4. madde ile verilen "harekete geçme yetkisi"dir<sup>176</sup>. Andlaşmanın 4. maddesinde şöyle denilmektedir:

"Bu andlaşmanın hükümlerine bir riayetsizlik halinde, Yunanistan, Türkiye ve Birleşik Krallık, bu hükümlere riyeti sağlamak için gereken teşebbüsler veya tedbirler hakkında birbirleriyle istişare etmeyi taahhüt ederler. Müşterek veya anlaşarak hareket mümkün olmadığı takdirde garanti veren üç devletten her biri, bu andlaşma ile ihdas edilen nizamı tekrar kurmak münhasır maksadı ile harekete geçmek hakkını muhafaza eder."

<sup>173</sup> PAZARCI, II. Kitap, s. 108.

<sup>174</sup> ERGEZER, s. 61; TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 72.

<sup>175</sup> ARSAVA, s. 44; HASGÜLER, s. 313.

<sup>176</sup> TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 90.

## ii. Değerlendirme

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan ve uluslararası barışı tehdit eden Kıbrıs sorununa taraf olan devletler, 1959-60 Zürih-Londra-Lefkoşe Andlaşmalarını imzalamışlar; bu andlaşmalarla, Kıbrıs'ın taraf devletlerden birinin egemenliğinde kalması, bölünmesi veya bir devlete katılması yerine, bağımsız bir devlet olarak uluslararası camiaya katılmasını ve bu katılımın şartlarını kabul etmişlerdir<sup>177</sup>. Zürih ve Londra Andlaşmaları'nda ortaya konulan bu şartlar, andlaşmalar ile kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti tarafından nihaî andlaşmalarda kabul edilmiş ve Garanti Andlaşması'nda somutlaştırılmıştır<sup>178</sup>. Kıbrıs adasını işgal ettiği öne sürülen<sup>179</sup> Türkiye, bu müdahaleyi Garanti Andlaşması'nın 4. maddesine dayanarak gerçekleştirmiştir. Türkiye bu müdahaleyi gerçekleştirmeden önce, andlaşmalarda yer alan bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş, diplomatik girişimlerle herhangi bir sonuç alınmadığından bu yola başvurmuştur. Kıbrıs Türk toplumunun anayasada öngörülen ve Garanti Andlaşması'nda teminat altına alınan birlikte belirleme hakkından soyutlanması, Nikos Sampson'un iktidara gelip Kıbrıs'ın Yunanistan'a bağlandığını ilan etmesi ve Türk toplumuna karşı başlatılan yoğun şiddet hareketleri, bu iki toplumun bir arada yaşamasının mümkün olmadığını göstermiş, önce Türkiye'nin Kıbrıs'a müdahalesine daha sonra da Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluşuna neden olmuştur<sup>180</sup>.

## SONUÇ

Uluslararası hukukta tanıma, bir uluslararası hukuk kişinin kendi dışında oluşan bir olayı, durumu, belgeyi ya da iddiayı kendi adına yasal kabul ettiğini ve uluslararası ilişkilerini bu veriler üzerinde devam ettireceğini belirttiği bir tek taraflı hukukî işlemdir. Uluslararası uygulamada sıkça karşılaşılan bu işlemin, devletler, hükümetler, uluslararası örgütler, asiler, muhripler, uluslar ve ulsal kurtuluş hareketleri bakımından söz konusu olması mümkündür.

Devletlerin tanınması kurumu, doktrinde pek çok yönüyle tartışılan bir konudur. Tanınmanın, tanınan devletin uluslararası hukuk açısından varlığına açıklayıcı etki yaptığı, şarta bağlanamayacağı, diğer devletler açısından bir zorunluluk arz etmeyeceği ve tek taraflı bir hukukî işlem olduğu kabul

<sup>177</sup> ALASYA H. Fikret, KKTC Tarihi, Ankara 1987, s. 24; ALBAYRAK, s. 270; ARSAVA, s. 43; ERGEZER, s. 61; SARICA/TEZİÇ/ESKİYURT, s. 12; PAZARCI, II. Kitap, s. 108; TOLUNER, Kıbrıs Uyuşmazlığı, s. 71.

<sup>178</sup> ARSAVA, s. 43.

<sup>179</sup> DUGARD, s. 108.

<sup>180</sup> ARSAVA, s. 49.

edilmelidir. Yeni bir devletin tanınması, üzerindeki büyük görüş ayrılıklarına rağmen önemli neticeleri olan bir işlemdir. Bunları genel olarak dört başlık altında toplamak mümkündür: i. Tanınan ve tanıyan devletler arasında her türlü uluslararası ilişkinin hukukî açıdan kurulması imkanının doğması; ii. Tanınan devletin tanıyan devlet nezdinde dokunulmazlık ve yargı bağımsızlığından yararlanması; iii. Tanınan devletin kamu işlemlerine tanıyan devlet iç hukuk düzeninde saygı gösterilmesi; iv. Tanınan devlet ile tanıyan devletin birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme haklarının doğması.

Uluslararası uygulamada, devletlerin tanınması kurumunun somutlaştırılabileceği en önemli örneklerden biri, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin tanınması meselesidir.

16 Ağustos 1960 tarihinde, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran andlaşmalar ile, adada iki toplumun ortaklığına dayanan ve Türkiye ve Yunanistan ile sıkı bir işbirliği yapacak bağımsız bir cumhuriyetin kurulması öngörülmüştür. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığı 16 Ağustos 1960 tarihinde ilan edilmiş ve tüm bu düzenlemeler "Lefkoşe Andlaşmaları" olarak adlandırılmıştır. Ancak, Kıbrıs uyuşmazlığı hakkında güçlükle varılan andlaşmalarla tespit edilen anayasa ve uluslararası statü, kısa süre sonra ihlal edilmeye başlamış; yaşanan gelişmeler sonucu Türk yönetimi, 13 Şubat 1975 tarihinde Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin, 15 Kasım 1983 tarihinde oy birliği ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kurulduğunu ilan etmiştir. Bunun üzerine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 18 Kasım 1983 tarihinde yaptığı toplantısında aldığı 541 sayılı kararla, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin ilanının geçersiz olduğu ve Türk tarafının kararından vazgeçmesi istenmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bu kararı, bu kuruluşun Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna İlişkin Andlaşma'ya ve Garanti Andlaşması'na aykırı olduğu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yoluyla kurulduğu varsayımına dayandırmıştır.

Kıbrıs sorunu ele alındığında, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluşuna zemin hazırladığı müdahalelerinin, uluslararası hukuka aykırı olmadığını, bilâkis bu müdahalelerin dayanağını Kıbrıs sorununa taraf olan devletlerin çıkarlarını uzlaştıran Garanti Andlaşmasının 4. maddesinden aldığını görmek mümkündür. Bunun yanısıra, uluslararası hukukta, self-determinasyon hakkının egemen ve bağımsız bir devleti parçalamak için kullanılamayacağı kabul edilmektedir. Ancak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1970 tarihli ve 2625(XXV) sayılı kararında belirtildiği gibi, insan haklarına saygılı, genel iradede tüm halkın hakkaniyete uygun biçimde temsilini temin eden bir devleti yıkmak veya parçalamak için kullanılamayan bu hak, bu ilkeleri çiğneyen otoriteye karşı rahatlıkla kullanılabilir. Yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluş evresindeki şartlar ve somut durum göz önüne

## Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu Ve KKTC Örneği

alındığında, insan haklarına saygılı, genel iradede tüm halkın hakkaniyete uygun biçimde temsilini temin eden bir hükümet o dönemde bulunmadığına göre, Kıbrıs Türk toplumunun self-determinasyon hakkının bulunmadığı iddiası dayanaksız kalmaktadır.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yoluyla ve uluslararası anlaşmalara aykırı olarak kurulduğu gerekçesiyle tanınmamaktadır. Halbuki, bu gerekçeler hukukî dayanaktan yoksundur. Ayrıca, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, bir devletin varlığından söz edebilmek için gerekli olan, “ülke”, “insan topluluğu” ve “egemen-üstün otorite” unsurlarını bünyesinde taşıyan ve bu yapısıyla uluslararası camiada yer alan bir devlettir. Tanımının beyan edici etkisinin bir sonucu olarak, bu devletin tanınmaması, onun var olmadığı anlamına da gelmez.