



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 4 - Sayı: 1 - Ocak 2018

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: ahd.dergi.anadolu.edu.tr

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Ekim 2019

ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu*

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (*Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu

- Doç. Dr. Doğan GÖKBEL
Doç. Dr. Esra YAKUT
Doç. Dr. Mesut AYGÜN
Doç. Dr. Mustafa AVCI
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Dr. Öğr. Üyesi Hayriye Şen DOĞRAMACI
Dr. Öğr. Üyesi Hediye Bahar SAYIN
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**AndHD**),
yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında)
elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “**AndHD**” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılar da
ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

AndHD'de, hukukun her alanından hakemli makaleler,
hakemsiz makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve
karar incelemelerine yer verilir.

Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması,
Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya
İtalyanca olabilir.

AndHD'de yayımlanması istenen yazılar başka yerde
yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

AndHD'de değerlendirme süreci elektronik ortamda
çift-körleme yöntemiyle yürütülür.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD)
Yayın İlkeleri

1. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
2. AndHD’de, hukukun her alanından hakemli makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir. Çeviriyle birlikte yazının kaynak dildeki bir nüshası ile çeviri izni de gönderilmelidir. Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır. Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
3. AndHD’de yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar MS Word (MS Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun kaleme alınmalıdır:
 - a. Kağıt boyutu: A4
 - b. Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - c. Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazının Türkçe ve altında İngilizce başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazar ad, soyadı, ünvanı, çalıştığı kurum İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.
6. Bölüm başlıkları, “1, 2, 3...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “a, b, c...” ve ardından gelenler “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
7. Hangi dilde yazılmış olursa olsun, tüm yazıların başında, yazının başlığı ile en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan önce Türkçe, sonra İngilizce olmak üzere iki özet yer almalıdır. Ayrıca, konuyu tanımlayan ve Türkçe ile İngilizce özetlere uygun 5’er adet anahtar sözcük bulunmalıdır.

8. AndHD Yayın Kurulunca yapılacak ilk değerlendirme sonucu, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen çalışmalar, tamamen reddedilebileceği gibi, şekli eksikliklerin giderilmesi için yazarına iade edilebilir.
9. AndHD Yayın Kurulunca gerçekleştirilen ilk değerlendirmeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakeme gönderilir. AndHD, kör hakemlik esasına dayanır.
10. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde ise, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
11. Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
12. Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
13. AndHD'ye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, sola yaslı olmalıdır.
 - a. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
 - b. Dipnotlarda kitaplar; Yazarın adı soyadı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almaktadır. Kaynakçada sayfa numarası koyulmamalıdır.

(Örnek dipnot: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018, s. 10)

(Örnek kaynakça: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018)

- c. Birden fazla yazarlı kitaplarda, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalı, dipnotta ilk kullanımdan sonra sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek ilk dipnot: Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 10)

(Örnek ikinci kullanılacak dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- d. Dipnotlarda ve kaynakçada makaleler; Yazarın adı soyadı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek dipnot: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1, s. 7)

(Örnek kaynakça: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1)

- e. Editörlü veya çevirmenli eserlerde, editör veya çevirmen (Ed) veya (Çev) kısaltması ile, kitabın veya makalenin adından sonra yazılmalıdır.

- f. Dipnotta yazarın soyadı ve sayfa no arasında, birden fazla kez kullanılacak kitaplarda yazarın soyadı ve sayfa no arasında, “a.g.e.,” birden fazla kez kullanılacak makalelerde “a.g.m.,” kısaltması kullanılmalıdır.

(Örnek dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- g. Dipnotta yargı kararlarına yapılacak atıflarda; Kısaltılmış Mahkeme Adı, Kısaltılmış Dairesi, Esas no, Karar no, Tarihi belirtilmelidir.

(Örnek Yarg. 2. HD., 2012/01 E., 2015/03 K., 02.01.2015 T.)

- h. Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında “;” işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10; Arsebük, a.g.m., s. 13)

- i. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek,
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["aytentekeli"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 07.07.2019)

- j.** Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek kaynakça:

Akipek, Jale/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.

Arsebük, Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018.

- 14.** Yazar, ad, soyadı, unvan, orcid numarası, iletişim adresi, e-posta adresi ve cep telefonu numarasını da, yazısı ile birlikte göndermelidir.

İçindekiler

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi Perpetration of the Sexually-Motivated Crime of Deprivation of Liberty Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN	1
Sözleşmelerde Asimetrik Bilgi Asymmetric Information in Contracts Dr. Öğr. Üyesi Filiz TEPECİK	21
1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi 1966 Draft Articles on the Law of Treaties With Commentaries Arş. Gör. Mukaddes KORKMAZ SÜRER	35
Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri In the Light of Decisions of Regional Court of Justice Mandatory Mediation in Commercial Cases and Consumer Credit Contracts Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ.....	219
Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri Alimony and Compensation Claims After Consensual Divorce Case in the Light of the Supreme Court's Decisions Arş. Gör. Sevtap YÜCEL.....	239

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi^(*)

Perpetration of the Sexually-Motivated Crime of
Deprivation of Liberty

Dr. Öğr. Üyesi **Reşit KARAASLAN**^(**)

Öz

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin cinsel amaçla işlenmesi, TCK m.109/1'de düzenlenen suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsurdur (TCK m.109/5). Ancak söz konusu düzenleme özellikle iki noktada duraksamalara neden olmaktadır. Öncelikle kişi hürriyetinin cinsel bir amaçla sınırlandırılmasının nitelikli hal kabul edilmesi, kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da geçerli olup olmayacağı sorunsalına neden olmaktadır. Yine cinsel suçun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre içinde, failin cinsel suçtan bağımsız olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu tartışmalara yol açmaktadır. Çalışmada bu iki soruya cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Cinsel Suç, Nitelikli Hal, Rıza.

Abstract

Perpetration of the sexually-motivated crime of deprivation of liberty is a major crime requiring increase of sentence due to the type of crime as regulated by the article 109/1 of Turkish Penal Code. However, the above-mentioned regulation gives rise to hesitations particularly at two points. First of all, acceptance of the limitation of deprivation of a person of his/her liberty with a sexual purpose as a case of major crime gives rise to the problem of whether the age limits imposed by the legislator regarding the consent of the relevant person regarding sexual crimes will also apply for the crime of deprivation of liberty. Another issue also under discussion is whether the perpetrator will be sentenced for committing the crime of deprivation of liberty during the time of committing the crime and within the period limited with the act, independently from the sex crime. Answers will be sought for these two questions in this study.

Keywords

Crime of Deprivation of Liberty, Sex Crime, Major Crime, Consent.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 17.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 30.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 21.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: resitkaraaslan@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-2931-4284>.



1. GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu (TCK) m.109/5'e göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde verilecek olan ceza artırılır. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. İlk bakışta oldukça rahat bir şekilde yorumlanabilecek ve somut olaylara aktarılırken de herhangi bir probleme neden olmayacak gibi duran bu düzenleme aslında birçok sorunsalı beraberinde getirmektedir. Zira söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçları işlemek amacıyla mağdurun hürriyetini kısıtlaması gerektiği kanunun ruhundan rahatlıkla anlaşılabilir. İse de, acaba mağdurun hürriyetinin yalnızca cinsel suç sırasında kısıtlandığı durumlarda, fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılacak mıdır? TCK m.109/5 uygulamasında büyük problemlere yol açan bir başka husus ise, suçun çocuğa karşı işlenmesi durumudur. Bu halde, acaba kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamaları kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da geçerli olacak mıdır? Bu soruya verilecek olan yanıt TCK m.109/5 ile TCK m.234/3 arasındaki ilişkiyi belirlemede de etkili olacaktır.

Bu çalışmada tüm bu sorulara özellikle Yargıtay kararları çerçevesinde yanıt aranacaktır. Bu anlatımlardan da anlaşılacağı üzere, çalışma yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olan suçun cinsel amaçla işlenmesini ele almaktadır. Dolayısıyla çalışmanın hacmini gereksiz yere genişletmemek için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin genel bilgilerden yalnızca çalışmanın konusunu ilgilendirdiği ölçüde kısaca bahsedilecektir. Buna karşın yukarıdaki sorulara cevap aranırken ihtiyaç duyulmayan diğer tüm hususlarda, örneğin diğer nitelikli hallerde, ilgilinin rızası dışındaki diğer hukuka uygunluk hallerinde, suçun özel görünüş şekillerinde genel nitelikli kitaplara atf yapmak yeterli olacaktır.¹

¹ Mustafa Artuç *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 953 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim, Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 259 vd.; Keskin Kızıroğlu, "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma", in: *Özel Ceza Hukuku Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, (Ed. Köksal Bayraktar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 71 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 399 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 424 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 509 vd.

2. SUÇA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçu TCK'nın 109. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; “(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçun; a) Silahla, b) Birden fazla kişi tarafından birlikte, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kö-tüye kullanılmak suretiyle, e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı, f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. (4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. (6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Görülüşü üzere madde birinci fıkrasında suçun temel halini düzenlemiş; ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında nitelikli hallerde yer vermiş; dördüncü fıkrada suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halini öngörmüş; altıncı fıkrasında ise suçun netice sebebiyle ağırlaşmış haline mahsus olarak gerçek içtimayı düzenlemiştir. Dolayısıyla icra edilen cebrin kasten yaralamanın tabii sonucu dışında kalan başkaca neticelere yol açması halinde, faili nitelikli hürriyetten yoksun kılmanın yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralamadan da sorumlu tutmak gerekecektir.² Ayrıca bu suça ilişkin etin pişmanlık durumu da TCK'nın 110. maddesinde düzenlenmiştir.³

Suçla korunan hukuki yarar bireyin hareket serbestisidir. Dolayısıyla suç, bir kişiyi bedensel hareket özgürlüğünden yoksun kılarak, kişilerin kendi arzu ve iradesiyle hareket etme, hareket etmeme, yer değiştirme, yer değiştirmeme hürriyetini korumayı amaçlamaktadır. Öyleyse bu suç, temel haklardan olan ve Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının TCK'daki bir uzantısıdır.⁴

² Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 421 vd.

³ TCK m.110: “Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.”

⁴ Artuç, a.g.e., s. 957; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 261 vd.; Kiziroğlu, a.g.m., s. 73 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 401; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 424 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 509 vd.

TCK'nın 109. maddesinde herhangi özel bir düzenleme öngörülmediğinden, suçun hem faili hem de mağduru herkes olabilir. Mağdur bakımından, öğretilerde farklı görüşlerin savunulmasına neden olan tek husus, mağdurun mutlaka hareket kabiliyetine sahip bir kişi olmasının gerekip gerekmediğidir. Diğer bir ifadeyle örneğin hareket yeteneğine sahip olmayan yatalak bir hasta, henüz yürüyemeyen bir bebek bu suçun mağduru olabilecek midir? Bir görüşe göre, bu suç ile aktüel hareket hürriyeti korunur, dolayısıyla mağdurun belli bir şekilde hareket etme yönünde irade oluşturabilen bir kimse olması gerekir. Baskın görüş ise, bu suç ile potansiyel hareket özgürlüğünün korunduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bu suçta maddi konu olan kişinin bedensel hareket edebilme yeteneğinin süreli veya geçici yokluğu, eylemi işlenemez suç durumuna sokmaz.⁵ Bu görüşün TCK'nın öngördüğü sistem ile de uyumlu olduğu ortadadır; zira fiilin çocuklara ve kendini savunamayacak durumda olanlara karşı işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir.

Bu suç, kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmasının engellenmesiyle işlenebileceğinden, seçimlik hareketli bir suçtur. Yine bir yere gitme veya kalma hürriyetini engelleyecek hareketler sayılmadığından veya sınırlanmadığından serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle suç ihmal suretiyle de işlenebilir. Suç aynı zamanda neticesi harekete bitişik bir suçtur; zira suçun oluşması için bir kimsenin bir yere gitmek veya kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması şart ve yeterlidir, herhangi bir maddi sonucun doğup doğmaması önem teşkil etmez. Belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, suçun mütemadi bir suç olduğudur. Dolayısıyla suç, kişinin bir yere gitme ve bir yerde kalma hürriyetinin önemsiz sayılamayacak bir zaman dilimi için sınırlanmasıyla tamamlanır ve mağdur yeniden hürriyetini elde edince sona erer. Temadinin sona erdiği an, uygulanacak yasa metninin tespitinde, zamanaşımı süreninin başlangıç ve bitiş anının hesaplanmasında ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde etkili olduğu gibi; iştirakin mümkün olup olmadığı hususunda da önemlidir. Gerçekten de suç kesintisiz bir suç olduğuna göre, suçun sona ermesine kadar suça müşterek fail olarak katılmak mümkündür.⁶

Bu açıklamalar ışığında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturan fiillere şu örnekler verilebilir:⁷ Bir kişinin ayaklarını kollarını bağlamak,

⁵ Tartışmalar için bakınız Artuç, a.g.e., s. 958 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 267 vd.; Kızıroğlu, a.g.m., s. 74 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 401 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 425; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 510 vd.

⁶ Detaylar için bakınız Artuç, a.g.e., s. 959 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 262 vd.; Kızıroğlu, a.g.m., s. 76 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 404 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 426 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 509, 512 vd.

⁷ Örnekler için bakınız Artuç, a.g.e., s. 959 vd., 963 vd.

mağdurun alınıp bir yere götürülmesi, kişinin belirli bir yerden çıkmasına mani olacak şekilde onu orada kapalı tutmak, sakat birisinin tekerli sandalyesini almak, yüksek bir yere çıkan kişinin kullandığı merdiveni almak, bir kişinin bir yere gitmesini engellemek amacıyla nüfus cüzdanına, pasaportuna el koymak, çıplak birisinin elbiselerini almak, odada kilitli kaldığı anlaşılan mağdurun kapısını açmamak,⁸ evin kilidini değiştirerek eşin sokakta kalmasına neden olmak.

3. SUÇUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ

A. Genel Bilgiler

TCK m.109/5'e göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde verilecek olan ceza artırılır. Buna göre örneğin bir kimse cinsel amaçla diğer bir kimseyi bir yere gitmek veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakırsa ceza artırılarak verilecektir. Yargıtay örneğin mağdurenin zorla boş bir eve götürülerek burada soyulduktan sonra çıplak resminin çekilmesi⁹ veya makata şişe sokmak¹⁰ eylemlerinde cinsel amacı kabul etmiş ve nitelikli hali uygulamıştır. Yargıtay yine, evlenme amacıyla mağdurun hürriyetinin kısıtlanmasında nitelikli halin varlığını kabul etmiştir.¹¹ Yargıtay'ın bu uygulamasının kanunun ruhu ile uyumlu olduğu ortadadır; zira TCK sadece cinsel amaçtan bahsetmiş, TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçlardan birine doğrudan atıf yapmamış-

⁸ Öğretide haklı olarak bu suçun ihmal suretiyle de işlenebileceği belirtilmektedir, Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 405. Ancak pek tabii ki, failin garantörlüğünün mevcut olması gerekmektedir.

⁹ Yarg. 14. CD., 16.05.2013, E: 2011/10392, K: 2013/6151: "Sanığın suç tarihinde, mağdurun bindiği servisi durdurarak mağduru elinde bulunan bıçakla zorla kendi aracına bindirdiği ve ardından mağduru boş bir eve götürdüğü ve burada sanığın mağdurun elbiselerini zorla çıkartarak fotoğraflarını çektiği bu nedenle sanığın eyleminin TCK m.109/5 kapsamında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 17.04.2013, E: 2012/12406, K: 2013/4681: "Sanığın hıyileyle mağdurları işyerine götürüp hürriyetlerinden yoksun kıldıktan sonra herhangi bir temas olmaksızın soyunmasını istemesinin cinsel taciz suçunu da oluşturacağı gözetilmeden, eylemlerin bir bütün olarak kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunun kabulü, bozmayı gerektirmiştir."

¹⁰ Yarg. 14. CD., 21.06.2012, E: 2012/5600, K: 2012/7084: "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümlerinin incelenmesinde sanıkların kapıyı kilitleyip katılanın ellerini bağlayarak makatına şişe sokmak şeklindeki eylemlerinin cinsel amaçla işlenmesi ve bu durum mahkemece kabul edilerek TCK'nın 102/2 maddesi uyarınca cezalandırılmasına rağmen, sanıklar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması, bozmayı gerektirmiştir."

¹¹ Yarg. 14. CD., 14.03.2013, E: 2012/324, K: 2013/2763: "Oluş ve kabule göre, sanığın, boşandı-ğı eşi olan mağdurenin annesinin evine gelerek mağdureyi zorla arabaya bindirdiği, arabanın çalışmaması üzerine, araçtan inerek kolundan tutmak suretiyle 100 metre kadar sürükleyip taksiye bindirmek için yola çıkardığı sırada, tanıkların haber verdiği polislerin gelmesi ile sanığın olay yerinden kaçarken yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın işlediği kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlandığı gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."

tır.¹² Dolayısıyla madde metnini, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz fiillerinden birinin işlenmesi amacıyla icra edildiği tüm hallerde uygulanabilir olarak anlamak mümkündür.¹³

TCK m.109/5'ten bahsedildiği zaman, manevi unsur ve bununla bağlantılı olarak da failin cezalandırılmasında özellik arz eden bazı noktalar dikkat çekicidir. Bilindiği üzere suçlar kural olarak kanuni tanımda yer alan unsurların kasten gerçekleştirilmesini şart koşar (TCK m.21) ve kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast, genel kast olarak adlandırılır. Dolayısıyla suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların öngörülmesi ve iradenin bunlara yönelmesi, neticenin faile subjektif olarak isnat edilmesi şart ve yeterlidir.¹⁴ Buna karşın bazı hallerde suçun maddi unsurlarının fail tarafından bilinmesi ve istenmesi suçun oluşumu için yeterli değildir. Tipiklikte failin kastı dışında ayrıca belli bir saikle, amaçla hareket etmesi şart koşulmuştur.¹⁵ Bu halde saik, suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından zorunlu bir unsur haline gelmiştir. Buna ceza hukuku terminolojisinde özel kast denilmektedir.¹⁶ Saikin ceza hukuku bakımından önem taşıyabilmesi için kanuni tanımda açıkça belirtilmesi gereklidir.¹⁷ Saik, hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK m.141'de olduğu gibi bazı suçlarda suçun temel şekli için veya bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten adam öldürme suçunda olduğu gibi (TCK m.82/1-h) bazı suçlarda ise nitelikli halin varlığı için şart koşulmuştur.

Bu açıklama TCK m.109 için de önemlidir; zira suçun basit hali için genel kast yeterli iken suçun cinsel amaçla işlenmesi, suçun nitelikli hali için şart koşulmuştur.¹⁸ Diğer bir ifadeyle TCK m.109/5'te yer alan ağırlatıcı nedenin

¹² TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçlar hakkında detaylı açıklamalar için Ali Parlar/Meltem Banko, *Cinsel Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2 vd.; Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018, s. 11 vd.; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 79 vd.; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 57 vd.; Pınar Memiş Kartal, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 113 vd.

¹³ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417.

¹⁴ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 345 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 343 vd.

¹⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım, Cilt II*, 14. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, kn. 547 vd.

¹⁶ Dönmezer/Erman, a.g.e., kn. 558.

¹⁷ Akbulut, a.g.e., s. 348.

¹⁸ Artuç, a.g.e., s. 966 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kızıroğlu, a.g.m., s. 79 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 406; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 434; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 522 vd.; ayrıca bakınız Veli Kafes, *Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 222 vd.

uygulanabilmesi için faildeki kastın cinsel amaç özel kastı olarak belirlenmiş olması şart ve yeterlidir.¹⁹ Cinsel amaçtan maksat failin eylemi işlerken cinsel arzularını tatmin gayesi ile hareket etmesidir.²⁰ Dolayısıyla nitelikli halin uygulanabilmesi failin özel kastının ispatına bağlıdır. Bu hususa ilişkin yeterli delil olmaması durumunda ise Yargıtay uygulamasında bu nitelikli halin uygulanabilmesi şüpheden sanık yararlanır ilkesi karşısında mümkün değildir.²¹ Yargıtay uygulamasında failin iç dünyasını ilgilendiren cinsel amacın varlığı, olayın oluşum ve gelişimi, suçun işleniş şekli, olay sırasında failin söylediği sözler, sergilediği tavırlar, sanık ile mağdurenin olay öncesi münasebetleri ve dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmektedir. Örneğin suçtan önce mağdurenin fail tarafından istenilmiş olması ancak olumsuz yanıt alması, failin daha önceki görüşmelerinde mağdura cinsel içerikli sözler söylemiş olması, özel kastın varlığı takdirinde değerlendirilmektedir.²²

TCK m.109/5 uygulamasında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise fail tarafından gerçekleşen cinsel amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin herhangi bir öneme sahip olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle örneğin kaçırma işlemi

¹⁹ Artuç, a.g.e., s. 966 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kiziroğlu, a.g.m., s. 79 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 406; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 434; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 522 vd.

²⁰ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kiziroğlu, a.g.m., s. 92; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 431; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 521 vd.

²¹ YCGK, 06.10.2015, E: 2013/14-778, K: 2015/306: "Sanıklardan Ergin ile mağdurenin 2005 yılı Ağustos ayında nişanlandıkları, 16.01.2006 tarihinde resmi nikâhla evlendikleri, düğünü yazın yapmayı kararlaştırdıklarından fiili birliklerinin gerçekleşmediği, nikâhtan sonra aralarındaki anlaşmazlıklar sebebiyle mağdurenin boşanmak istediği, bunun üzerine sanık Ergin'in diğer sanıklarla birlikte mağdureyi İstanbul'daki evine götürmek amacıyla zorla arabaya bindirdikten sonra yolda görevlilerce yakalandıkları somut olayda; sanık Ergin ile mağdurenin fiilen bir araya gelmemiş olsalar da suç tarihinde resmi nikâhla evli olmaları, sanık Ergin'in mağdurenin boşanma davası açacağını öğrenmesi üzerine boşanmak istemediği için eşini kaçırdığını belirtmesi ve sanıkların mağdureyi cinsel amaçla kaçırdıklarına dair dış dünyaya yansıyan bir davranışlarının bulunmaması karşısında; sanıkların atılı suçu sanık Ergin'in evlilik birliğinin devamını sağlama dışında bir amaçla işlediklerine dair delil mevcut olmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini cinsel amaçla gerçekleştirdikleri kabul edilerek haklarında 5237 Sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmasına dair yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetsizdir."

²² Yarg. 14. CD., 18.04.2013, E: 2011/15158, K: 2013/4724: "Mağdure ile sanık Hakan arasında daha önce gönül ilişkisi yaşandığı, bu nedenle sanıkların üzerlerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaçla işledikleri halde ek savunma verilerek cezalarında TCK m.109/5 maddesi uyarınca artırım yapılmaması bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 09.05.2013, E: 2011/15573, K: 2013/5763: "Mağdurenin eski nişanlısı olan sanık Volkan'ın konuşma isteğini reddetmesi üzerine mağdureyi, bir eliyle ağzını kapamak, diğer eliyle de kollarından tutmak suretiyle sanık Recep'in kullandığı araca zorla bindirip kaçırmaya çalıştığı sırada, mağdurenin bağırmasıyla çevredeki insanların olaya müdahale etmesi üzerine sanıkların eylemlerini tamamlayamayarak olay yerinden araçla uzaklaştıkları, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden kılmaya teşebbüs suçunu iştirak halinde işledikleri anlaşılmakla, ek savunma verilerek TCK'nın 109/2, 109/3-b-f, 109/5, 35/2 maddeleri uyarınca ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

teşebbüs aşamasında kalsa bile, kaçırmanın cinsel amaçla işlendiği anlaşılabilirse, bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Yine benzer şekilde kaçırma işlemi gerçekleşse ancak bir nedenden dolayı fail cinsel amacına ulaşmasa da faile verilecek olan ceza artırılacaktır. Buna karşın cinsel amaç gerçekleştirilir ise fail bu sefer her iki suçtan da cezalandırılır. Diğer bir ifadeyle eğer fail ayrıca cinsel amacına yönelik icra hareketlerine de başlarsa cinsel dokunulmazlığa karşı suçların da alanına girmiş olur ve bu halde her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılır.²³ Bu sonucun altında yatan sebep amaç suç kavramı ile açıklanabilir; zira amaç suçun TCK'daki en önemli örneklerinden biri olan bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten adam öldürme suçunda olduğu gibi (TCK m.82/1-h), amaç suçlarda suçun başka bir suçun gerçekleştirilmesi amacıyla işlenmesi söz konusudur.²⁴ Nasıl ki öğretinin de onayladığı²⁵ TCK m.82/1-h uygulamasında, faile yalnızca nitelikli adam öldürme suçundan ceza verilmemekte, buna ilaveten amaç suçun cezasına da hükmedilmekte,²⁶ öyleyse TCK m.109/5 ve TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçlar arasında da mürekkep suç ilişkisinin olmadığı ve bu nedenle gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.²⁷

B. Özel Durumlar

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesine ilişkin genel nitelikteki açıklamalardan sonra, çalışmanın bundan sonraki bölümünde TCK m.109/5'e ilişkin özellik arz eden durumlar, cinsel suçun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre içinde, failin cinsel suçtan bağımsız olarak kişiyi

²³ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kızıroğlu, a.g.m., s. 92; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 431; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 521 vd.

²⁴ Kıyaslayınız Akbulut, a.g.e., s. 348.

²⁵ Dönmezer/Erman, a.g.e., kn. 757.

²⁶ YCGK, 11.10.2011, E: 2011/1-113, K: 2011/207: "5237 Sayılı TCK'nın 82/1-h maddesinde, "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak, ya da yakalanmamak için işlenmesi" kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Burada kasten öldürme "araç suç", işlenmesi kastedilen diğer suç ise "amaç suç"tur. Anılan bentte, "amaç suç" açısından belirli bir suç açıkça öngörülmediğinden, bileşik suç söz konusu değildir. Fail, diğer suçu gizlemek, işlenmesini kolaylaştırmak, yakalanmamak veya diğer suçun delillerini ortadan kaldırmak için birini öldürürse, amaç suç bağımsızlığını korur. Bu halde fail, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır. Bu bendin uygulanabilmesi için, amaç suçun tamamlanması gerekmediği gibi, suçun teşebbüs derecesinde, hatta hazırlık hareketleri aşamasında kalmış olmasının da önemi yoktur. Failin öldürme eylemini, "amaç" suçu gizlemek, suçun işlenmesini kolaylaştırmak, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak için gerçekleştirilmesi yeterlidir."

²⁷ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kızıroğlu, a.g.m., s. 92; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 431; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 521 vd.

hürriyetinden yoksun kılma suçunda da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu ve suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde çocuğun verdiği rızanın geçerliliği hususu, öğretinin ve Yargıtay'ın bakış açıları ortaya konulduktan sonra, eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecektir.

a. Cinsel Suçun İşlendiği Sırada ve Eylemle Sınırlı Süre İçinde, Failin Cinsel Suçtan Bağımsız Olarak Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Da Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Hususu

TCK m.109/5'te düzenlenen nitelikli halde, failin TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçları işlemek için mağdurun hürriyetini kısıtladığı kanunun ruhundan rahatlıkla anlaşılmakta ise de, kanun metninden mağdurun hürriyetinin yalnızca cinsel saldırı veya cinsel istismar sırasında kısıtlandığı durumlarda, failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı anlaşılmamaktadır.

aa. Öğreti

Öğretiye göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçu işleyebilmek için hazırlık niteliğindedir. Bu nedenle fail cinsel suçun öncesinde veya sonrasında mağdurun hürriyetini kısıtlamamışsa, failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ve dolayısıyla nitelikli halinden cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Zira cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar mağdurun vücudu üzerinde işlenmekte ve suçun özelliği gereği mağdurun belirli bir süre hareket özgürlüğü ortadan kalkmaktadır. Öyleyse cinsel suçun işlenmesi süresinde mağdurun hürriyetinin kısıtlanması cinsel suçun unsuru kabul edilmelidir. Buna karşın cinsel suçun işlenmesi amacıyla mağdurun bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi veya suçun işlenmesinden sonra da hürriyetinden yoksun bırakılması halinde ise failin hem TCK m.109/5 hem de yerine göre TCK m.102 veya TCK m.103'ten dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.²⁸

bb. Yargıtay

Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında da cinsel suçun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle mağdurun hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, failin mağdurun hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması durumunda, mevcut

²⁸ Artuç, a.g.e., s. 960 vd.; 985 vd.; 988 vd.; 1004 vd.; 1015 vd.; Kızıroğlu, a.g.m., s. 92, 97; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 305 vd.; 422.

haliyle eylemin sadece cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir.²⁹ Buna karşın mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmamış ise gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.³⁰

²⁹ Yarg. 14. CD., 14.01.2013, E: 2012/14328, K: 2013/74: "Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen hükmün temyiz incelemesine gelince; mağdur ve müşteki beyanları, sanık savunması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, mağdurun kek ve meyve suyu almak için sanığın çalıştığı bakkala gittiği, sanığın bakkal içinde mağdura önce "ağzını aç, gözünü kapat" demesi üzerine mağdurun sanığın dediklerini yaptığı, ardından sanığın "muz sever misin?" sorusuna karşılık mağdurun "severim" demesi üzerine sanığın aniden kendi cinsel organını mağdurun ağzına sokması şeklinde gerçekleşen eylemde, istismar eyleminin gerçekleştirildiği zaman zarfı dışında mağduru hürriyetinden yoksun kılma şeklinde bir fiilin bulunmadığı gözetilmeden, sanığın bu suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 13.12.2016, E: 2016/8127, K: 2016/8492: "Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün incelenmesinde; cinsel saldırı suçunun konusunun mağdurenin vücudu olduğu, suçun işlendiği sırada ve işlendiği süreyle sınırlı bir zaman diliminde mağdurenin hareket etme olanağının ortadan kaldırılmasının cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu, zira mağdurenin hareket etme olanağını ortadan kaldırmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre sanığın cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeye yönelik eylemi dışında mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir eyleminin bulunmaması karşısında eyleminin cinsel saldırı suçu yanında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 23.11.2016, E: 2016/9425, K: 2016/7999: "Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince; vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de hem kendi evine gelen hem de evine gittiği mağdureye karşı sanığın zincirleme şekilde nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirenken ayrıca hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemin sadece TCK'nın 103/2. maddesi kapsamındaki çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında yazılı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 23.02.2017, E: 2015/6256, K: 2017/958: "Dava; basit cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına ilişkindir. Olay gecesi sanığın önceden tanıdığı mağdureyle birlikte alkol aldıktan sonra buldukları restoranda yanındaki misafirhane olarak kullanılan odaya gittiği mağdure ile cinsel ilişkiye girmek istediği ve mağdurenin olumsuz yanıt vermesi üzerine rızası dışında yüzünü ve saçlarını okşadığı tüm dosya içeriğinden anlaşılacakla mevcut haliyle basit cinsel saldırı suçu işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de sanığın, mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemin sadece TCK'nın 102/1. maddesi kapsamındaki basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesi bozma nedenidir."

³⁰ YCGK, 12.05.2015, E: 2013/14-550, K: 2015/158: "Katılan ile uzun süredir arkadaşlık yapan, gerçek ismi ve medeni durumuyla ilgili katılana yalan beyanlarda bulunan sanığın olay tarihinde katılanı ailesiyle tanıştıracacağını söyleyerek arkadaşının evine götürdüğü, katılan evde kimsenin olmadığını fark edince dışarı çıkmaya çalıştığı, sanığın kapıyı kilitleyerek katılanın çıkmasına engel olup ağzını bağlayarak zorla cinsel saldırıda bulunduğu olayda, sanığın aşamalarda birbiriyle çelişen beyanlarda bulunması, katılanın istikrarlı olarak sanığın evin kapısını kilitleyerek ve zor kullanarak evden çıkmasına engel olduğunu beyan etmesi karşısında, sanığın katılanın hareket özgürlüğünü kısıtlayarak üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediğinin

cc. Değerlendirme

Suç politikası çerçevesinde kabul edilebilecek bu görüşün, yürürlükteki hukuk çerçevesinde savunulması zordur. Zira söz konusu problem 765 sayılı TCK'da yer temini kavramı altında değerlendirilmekte ve yukarıda zikredilen çözüme benzer şekilde yorumlanmaktaydı.³¹ Ancak 5237 sayılı TCK gerek cinsel dokunulmazlığa karşı suçları gerekse de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu 765 sayılı Kanun'dan oldukça farklı bir biçimde ele almıştır. Yürürlükteki hukuk, yer temini kavramına yer vermemiştir.³² Yine 5237 sayılı TCK, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu bir yere gitmek veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakma olarak tanımlamıştır, 765 sayılı Kanun döneminden farklı olarak suçun oluşumu açısından mağdurun üzerinde fiili hâkimiyet sağlanmasını veya mağdurun kapalı alana götürülmesini zorunlu unsur olarak kabul etmemiştir.³³ Dolayısıyla 5237 sayılı TCK, failin mağdurun hürriyetini nerede ve hangi ortamda olursa olsun çok kısa bir süre dahi sınırlamasını suçun oluşumu için yeterli görmüştür.³⁴ Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere öğretinin ve Yargıtay'ın

kabulü gerekmektedir. Öte yandan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın katılana karşı ayrıca cinsel saldırı suçunu da işlemiş olması, bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Nitekim öğretilerde de, "Failin cinsel saldırı fiilini işlediği süre dışında da mağdurun özgürlüğünü kısıtlaması halinde faille ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecektir.", "Bu suçla birlikte kişi özgürlüğünden yoksun bırakma da söz konusu ise failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması ve suçun cinsel amaçla işlenmesi nedeniyle de cezanın artırılması gerekir." şeklindeki görüşlere yer verilerek suretiyle, cinsel saldırı suçunu işleyen sanığın unsurlarının bulunması halinde ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken beraatine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 411.

³² Artuç, a.g.e., s. 990 vd.

³³ Yarg. 5. CD., 20.05.2008, E: 2007/11696, K: 2008/4617: "Sanığın mağduru "sana bir şey vereceğim" diyerek henüz inşa halindeki binaya götürerek burada livata eylemini zorla gerçekleştirdiği olayda; 5237 sayılı TCK'nın 109/1. maddesinde "bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakan kişiye" denilmek suretiyle, orada rıza dışında tutulma halinin ayrıca yaptırımı bağlanmış olması ve 765 sayılı Yasada öngörülen hâkimiyet tesisi unsurunun bu düzenleme karşısında tartışılmasına ve kabulüne imkân bulunmamasına nazaran cinsel amaçlı hürriyetten yoksun bırakma suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, isabetsizdir."

³⁴ YCGK, 02.10.2012, E: 2011/8-778, K: 2012/1795: "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda; uyuşmazlık; sanığın eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturup oluşturmadığı ve suçta kullanılan av tüfeğine ait fişeklerin zorlmasına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır. Sanığın boşandığı ve ayrı yaşadığı eski eşi mağdura telefon ederek evde bulunan bir kısım eşyalarını almak için izin istediği, istediği eşyaları alarak arabaya yüklediği, sonra tekrar eve mağdurenin yanına gelerek "benimle var mısın yok musun" şeklinde sorduğu ve tekrar bir araya gelmek istediğini söylediği, ancak mağdurenin psikolojik sorunları olduğunu söyleyerek bunu reddettiği, bunun üzerine sanığın mağdureyi göğüs bölgesinden iterek eline pompalı tüfeği aldığı ve mağdureye doğrultarak "bu iş olmayacaksa bu dünyada ben de yokum sen de yoksun" dediği, mağdurenin de hemen yakındaki evde oturmakta olan mağdura telefon ederek sanığın kendisini silahla rehin aldığını ve gelmesini söylediği, mağdurun sanı-

ulaştığı sonuç, yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel suçun unsuru görmek ve bileşik suç hükümlerini uygulamak, ancak TCK m.109/5'in kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda değil TCK m.102 ve/veya TCK m.103'ün nitelikli hali kabul edilmesi ihtimalinde mümkün olurdu. Ancak kanun metni bu şekilde kaleme alınmadığına göre, sorunun çözümünü içtima kuralları çerçevesinde ele almak ve fikri içtima hükümlerini uygulamak gerekmektedir. Gerçekten de failin mağdurun hürriyetini yalnızca cinsel saldırı veya cinsel istismar sırasında kısıtladığı durumda, fail TCK m.44 anlamında işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermektedir. Buna karşın mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmamış ise gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.³⁵

b. Suçun Çocuğa Karşı İşlenmesi Halinde Çocuğun Verdiği Rızanın Geçerliliği Hususu

TCK m.109/5 uygulamasında büyük problemlere yol açan bir başka husus ise, suçun çocuğa karşı işlenmesi durumunda, çocuğun vermiş olduğu rızanın eylemi hukuka uygun hale getirip getirmediğidir. Zira TCK m.109/5'in kaleme alınış şekliyle, kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da geçerli olup olmayacağı anlaşılmamaktadır

aa. Öğreti

Öğretiye göre TCK m.109 rızaya ehliyet hususunda herhangi bir düzenleme içermediğine göre, genel kuralların devreye girmesi gerekmektedir. Dolayısıyla akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayıp ayırt etme gücüne sahip kişi hürriyetten yoksun bırakma suçu çerçevesinde rıza gösterme ehliyetine sahiptir. Öğreti bu noktada yalnızca 12 yaşını doldurmamış çocukların verdikleri rızanın, TCK'nın 12 yaşını doldurmamış küçüklerin davranışlarına hukuki anlam ve sonuç bağlamaması sebebiyle, geçerli olmayacağına dair bir sınırlama getirmektedir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere öğretiye göre, hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçlı olarak işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip olan çocuğun verdiği rıza fiili TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5

ğın kapıyı açarak arkasına gizlediği av tüfeğini çıkardığı ve mağdurenin kardeşine doğrulttuğu, bu sırada fırsatını bulan mağdurenin üst kata çıktığı, terastan atlayarak kaçtığı ve kolluğa haber verdiği, bundan sonra kolluk görevlilerinin uzun süren çabası sonucu sanığın mağduru serbest bırakarak kolluğa teslim olduğu ve elindeki pompalı tüfek ile 5 adet 12'li tabir edilen av fişliğini teslim ettiği anlaşılmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen olayda sanık, tam olarak tespit edilememekle birlikte en az 10 dakika kadar süren bir zaman dilimi içinde elindeki av tüfeği ile mağdurun özgürlüğünü kısıtladığından, eyleminin silahla tehdit suçunu değil, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekir.”

³⁵ Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 411.

çerçevesinde suç olmaktan çıkaracaktır. Ancak pek tabii ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde failin sorumluluğu şartların gerçekleşmesi halinde saklı kalmaya devam edecektir.³⁶

bb. Yargıtay

Yargıtay, TCK'nın çocukların cinsel istismarı suçunda 15 yaşını tamamlamamış çocukların rızasını geçersiz sayan 103. maddesinin 2. fıkrasını olduğu gibi TCK m.109/5'e aktarmaktadır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay'a göre TCK m.109/5 kapsamında da ilgilinin rızası, 15 yaşını tamamlayanlar ve 15 yaşından küçük olanlar ayırımına göre yapılmalıdır. Dolayısıyla Yargıtay'a göre tıpkı TCK m.103/2'de olduğu gibi TCK m.109/5 kapsamında da 15 yaşından küçüklerin rıza açıklama ehliyeti yoktur; verdikleri rıza eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir.³⁷ 15 yaşını tamamlamış kişilerin rızası ise buna karşın eylemi

³⁶ Kiziroğlu, a.g.m., s. 83 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 409 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 433 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 524 vd.; ayrı görüş için Artuç, a.g.e., s. 968 vd., 986, 1015 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 277.

³⁷ YCGK, 17.02.2015, E: 2014/14-307, K: 2015/8: "Ceza Genel Kurulu'nun 10.6.2014 gün ve 2013/14-551-311, Ceza Genel Kurulu'nun 12.11.2013 gün ve 2013/14-511-449 ile Ceza Genel Kurulu'nun 11.3.2008 gün ve 2007/5-253-52 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere 5237 Sayılı TCK'nın 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "on beş yaşını bitirmiş", "on beş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, "on beş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı Kanun'un 104. maddesinde de: cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "on beş yaşını tamamlamamış" çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın 2. kategoride yer alan "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümkün olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.9.2014 gün ve 2014/14-389-413 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nın 109/1, 109/3-f., 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır."

hukuka uygun hale getirmektedir.³⁸ Yargıtay'ın 15 yaşını tamamlamış çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetlerinin sınırlandırılmasına gösterdikleri rızanın geçerli olduğu ve 15 yaşından küçüklerin rızalarına ise itibar edilemeyeceği yönündeki uygulamasının istikrar kazanmış olduğunun da altı çizilmelidir.³⁹

³⁸ YCGK, 12.11.2013, E: 2013/14-511, K: 2013/449: "Ceza Genel Kurulu'nun 11.3.2008 gün ve 253-52 Sayılı kararında da vurgulandığı üzere 5237 Sayılı TCK'nın 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "on beş yaşını bitirmiş", "on beş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, "on beş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Kanun koyucu bu maddede "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu sebeple çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızaları hukuken değer ifade etmemektedir. İkinci kategoride yer alan "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda çocukların rızalarının bu suç açısından 5237 Sayılı TCK'nın 26/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu istikrarlı yargı kararlarıyla kabul edilmektedir."

³⁹ YCGK, 21.03.2017, E: 2014/14-468, K: 2017/181: "İlgilinin rızası TCK'nın 26/2. maddesinde, "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına dair olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda, bu rıza failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için rızanın, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate dair olması, kişinin rıza açıklamasına ehil olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir. Bu noktada bir hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği hukuk düzenine hâkim genel ilkelere göre belirlenecektir. Kişinin rıza ehliyetinin varlığından söz edebilmek için o kişinin mutlaka reşit olması gerekmez. Ancak Kanun'un özel olarak mağdurun yaşı konusunda belirlemeye gittiği durumlarda, mağdurun rızası failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin kişiler cinsel hakları üzerinde mutlak surette tasarruf hakkına sahip olsa da, Türk Ceza Kanunu 103 ve 104. maddelerinde çocukların bu konudaki rıza açıklamalarını kabul etmemiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesi de ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, failin amacının toplumda kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir. Bu anlamda küçük yaşta çocuğun gideceği yere bırakılması ya da çocuğun ailesini evde bulamadığı için komşularına gitmesi örneklerinde olduğu gibi kişinin meşru amaçla hareket ettiği durumlarda yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olacak, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği ve küçük çocuğun rızasının kanuna, adaba veya genel ahlak kurallarına aykırı olduğu hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olmayacaktır. Bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; sanığın yaşı küçük (suç tarihi itibarıyla 14 yaş 3 aylık)

cc. Değerlendirme

Ceza hukukunda mağdur tarafından verilen rıza,⁴⁰ eylemle korunan hukuki yarar mağdurun üzerinde tasarruf edebileceği nitelikte bir hak ise ve rıza kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı değil ise eylemi suç olmaktan çıkarır. Bu kurala uygun olarak da TCK m.26/2 kişinin üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceğini belirtmektedir. Bu genel kural, kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklar arasında yer aldığına göre,⁴¹ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna da aktarılmalıdır. Bu noktada mağdurun çocuk olması da herhangi bir etkiye sahip değildir. Zira TCK m.26/2, herhangi bir yaş sınırı öngörülme-yen tüm suçlarda uygulanabilecektir. Diğer bir ifadeyle kanun belli bir yaş grubundaki çocukların verecekleri rızanın hukuken bir anlam ifade etmediğini açıkça düzenlemediği her durumda, çocuğun vermiş olduğu rıza, eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Bunun tek şartı, çocuğun vermiş olduğu rızasının hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmasıdır.

Bu açıklamalar inceleme konusuna aktarıldığı zaman şu tablo ortaya çıkmaktadır: TCK m.109/5, rıza açıklama açısından herhangi bir yaş şartı öngörmemektedir. Dolayısıyla hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçlı olarak işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip olan çocuğun verdiği rıza fiili TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5 çerçevesinde suç olmaktan çıkaracaktır. Buna karşın 5237 sayılı TCK'nın henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımladığı çocuğu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlediği bölümde on beş yaşını bitir-

mağdureyi rızasıyla kendi ikametinde dört gün süre ile alıkoyduğu olayda; kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı olan mağdurenin rızası haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece mağdurenin sanığın evine cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın gitmesi ve sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin olmaması gerekçeleriyle eylemin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğundan bahisle bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün esasının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.”

⁴⁰ Rıza hakkında detaylı açıklamalar için Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, kn. 460 vd.; Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 563 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 355 vd.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 366 vd.; Nur Centel/Hamide Zaffer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 323 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 330 vd.

⁴¹ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 409.

miş ve on beş yaşını tamamlamamış şeklinde iki ayrı dönem olarak ele aldığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise, diğer çocuklar ifadesiyle on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı Kanununun 104. maddesinde de cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu tablo nasıl okunmalıdır? Yukarıda da ifade edildiği üzere, Yargıtay, kanun koyucunun çocukların cinsel istismarı suçunda on beş yaşını tamamlamamış olan çocukların verdiği rızayı geçersiz saymasını, olduğu gibi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesine de aktarmakta ve dolayısıyla bu kişilerin verdiği rızayı bu suç çerçevesinde de geçersiz saymaktadır. Ancak kişi hürriyetinin cinsel amaçla sınırlandırılmasının TCK m.109/5'te kabul edilmiş olması cinsel suçlarda ilgilinin rızası için konulan yaş sınırlamasının burada da geçerli olacağına anlamına gelmez.⁴² Unutulmamalıdır ki, TCK m.109/5, cinsel suçların ağırlatıcı nedeni ya da bir unsuru değildir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğa karşı işlenen cinsel suçların her biri birbirinden bağımsız suç tipleridir. Dolayısıyla TCK m.109/5 çerçevesinde rıza verme ehliyetine sahip olan çocuğun verdiği rızayı, cinsel suçlardaki düzenlemeleri dikkate alarak geçersiz saymak, *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* hükmünü içeren TCK m.2 karşısında mümkün olmamalıdır;⁴³ zira aksi halde failin hukuka uygunluk nedeninden faydalanmasının önü kesilmiş olmaktadır.⁴⁴ Öyleyse on beş yaşını tamamlamamış

⁴² Koca/Üzülmüş, a.g.e., s. 410.

⁴³ Kızıroğlu, a.g.m., s. 84; ayrıca Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 433.

⁴⁴ Kıyaslayınız YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62: Bu aşamada “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin üzerinde durulması gerekmektedir. Latince “nullum crimen sine lege” ve “nulla poena sine lege” olarak ifade edilen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukukun egemen

çocuklara karşı cinsel amaçla işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda çocuğun rızasına değer atfetmeyen Yargıtay uygulaması ceza hukukunun genel ilkeleri ile çelişmektedir. Doğru olan, çocuklara yönelik rıza ile işlenen cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılma ile çocuğa karşı rızaya dayalı olarak işlenen cinsel davranışların farklı şekilde değerlendirilmesidir. Diğer bir ifadeyle eğer çocuk verdiği rızanın anlam ve sonuçlarını kavrayabiliyorsa ve bu şekilde cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılmaya rıza gösteriyorsa somut olayda TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5 gerçekleşmemiştir. Buna karşın rıza ile de olsa on beş yaşından küçük bir çocuğa karşı cinsel suç işleyen fail, çocuğun bu suça ilişkin verdiği rızanın geçersiz olması sebebiyle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Son olarak Yargıtay uygulamasının, TCK m.234/3 ile de çeliştiğinin altı çizilmelidir. TCK m.234/3 hükmüne göre kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları

olduğu tüm demokratik ülkelerde kabul edilmiş ve yasal güvenceye kavuşturulmuştur (Anayasa m.38, İHAM m.7; kıyaslayınız TCK m.2, 61/10). Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bireylerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilmesi için fiili kanunun açıkça suç sayması gerektiğinden, suç ve cezaların şekli bakımından kanunla düzenlenmesi yeterli olmayıp, içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Ceza hukukunda belirlilik ilkesi olarak tanımlanan ilkeye göre, suç ve ceza içeren kanun maddesinde hangi davranışların suçu oluşturduğunun açık ve anlaşılır bir biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belli olması ve suç için uygulanacak ceza ile güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hem Anayasal hem de yasal düzeyde yapılan bu düzenlemelere göre suç ve cezanın kaynağı ancak kanun olabilir. Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu gözetildiğinde, kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunla suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla ve kıyas yoluyla suç sayılıp yaptırma bağlanması kabul edilemez. Çünkü kıyas bu yönüyle kanunilik ilkesinin ihlalidir. Kanunda düzenlenen belli bir duruma benzeyen bir durum sonuçta kanunda düzenlenmemiş demektir. Bir yargısal faaliyet şeklinde ortaya çıkan kıyas bir yasama faaliyeti olan kanunun tekelciliğini bu bakımdan ihlal etmektedir. Roma Hukukunda kaynağını bulan Latince "singularia non sunt extenda" olarak ifade edilen "istisnalar geniş yorumlanamaz" ilkesi paralelinde ceza kanunlarının veya diğer kanunların, genel kurallara istisna oluşturan hükümlerinin, öngörülükleri süre ve olaylar dışında uygulanamayacakları kabul edilmiştir. Kıyas veya genişletici yorum yoluyla, hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı başta olmak üzere, kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemez. Hâkimler kanuna göre adalet dağıtırlar, kendilerine göre adalet dağıtamazlar. Hâkim kanunu beğendiği veya adil bulduğu için değil, içinde bulunduğu ceza hukuku düzeninde var olan çıkar çatışmalarını ve dolayısıyla irade uyumsuzluklarını çözmek üzere usulüne uygun olarak konulmuş ve yürürlükte olan beşeri davranış kuralı olan ceza normunu, salt bu niteliğinden dolayı yani usulüne uygun olarak konulmuş "Kanun" olma niteliğinden dolayı uygulamak zorundadır. Bu norm adalet duygusunu incitse bile hâkim kanunu uygulamaktan kaçınmaz zira kanun emreder, tartışmaz. (lex iubeat, non disputet)."

durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza açıklama ehliyeti bakımından algılama yeteneği dışında bir şart koşmamıştır. Zira algılama yeteneğine sahip olan bir çocuğu kendi rızasıyla yanında bulunduran kişi, TCK m.234/3 çerçevesinde sorumlu olacaktır. Diğer bir ifadeyle özel norm-genel norm çatışması gereğince yalnızca özel nitelikli suç olan TCK m.234/3 günde-me gelecek, TCK m.109/5 özel hükmün önceliği ilkesi uyarınca uygulanmayacaktır.⁴⁵

4. SONUÇ

Bu çalışmada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi incelenmiş ve iki temel soruya yanıt aranmıştır. Ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: (1) Mağdurun hürriyetinin yalnızca cinsel saldırı veya cinsel istismar sırasında kısıtlandığı durumlarda, failin sorumluluğu - Yargıtay uygulamasından farklı olarak - fikri içtima (TCK m.44) kurallarına göre çözümlenmelidir. (2) Kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamaları - Yargıtay uygulamasından farklı olarak - kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından geçerli değildir. Hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçla işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip olan çocuğun verdiği rıza, fiili TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5 çerçevesinde suç olmaktan çıkaracaktır. Ancak pek tabii ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde failin sorumluluğu saklı kalmaya devam edecektir.

⁴⁵ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 411.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Arslantürk, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Artaç, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım, Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kafes, Veli, *Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Kartal, Pınar Memiş, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Kızıroğlu, Keskin, "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma", in: *Özel Ceza Hukuku Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Bayraktar, Köksal (ed.), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Parlar, Ali/Banko, Meltem, *Cinsel Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Taner, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Yurtcan, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018.

Sözleşmelerde Asimetrik Bilgi^(*)

Asymmetric Information in Contracts

Dr. Öğr. Üyesi **Filiz TEPECİK^(**)**

Öz

Sözleşme yapılırken tarafların bilgisinin eşit olmaması, yani asimetrik olması, sözleşmelerin şekillenişini etkiler. Asimetrik bilgi ekonomi teorisinde oluşma koşulları, sonuçları ve çözüm önerileri ile detaylı bir şekilde incelenmektedir. Asimetrik bilgi bireylerin yaptıkları işlemlerde, sözleşmelerde, yanılmalarına; iyi, kaliteli olan mal ve hizmetler yerine kötü olanları seçmelerine (ters seçim) ya da fazla bilgisi olanın bilgisini kendisine rant getirecek şekilde kullanabilmesine (ahlaki tehlike) neden olabilmektedir. Sonuç olarak toplam sözleşme sayısı düşmekte, bireylerin birbirine güveni azalmakta, hizmet ve ürün kalitesi giderek düşmektedir. Diğer bir ifadeyle bu durum toplumun geneli için olumsuz sonuçlar yaratmaktadır. Çözüm çeşitli şekillerde eksik tarafın bilgisinin tamamlanmasından geçmektedir. Bu eksik bilgi bazen, bilgisi eksik olan taraf tarafından maliyetine katlanarak ve araştırılarak elde edilir; bazen bilgisi fazla olan taraf tarafından sunulur; bazen kurumsal bir otorite tarafından üretilerek tamamlanır.

Anahtar Kelimeler

Asimetrik Bilgi, Ters Seçim, Ahlaki Tehlike, Teşvikler, Hukuk ve Ekonomi.

Abstract

The unequal state of the information of the parties, i.e. being asymmetric, affects the shaping of the contracts. The asymmetric information is examined in detail with the conditions, results and solution suggestions in economic theory. Asymmetric information can cause individuals to be mistaken in their transactions and contracts; to choose bad ones instead of good, quality goods and services (adverse selection). Or it can cause the person with more knowledge to use his/her knowledge in a way that brings him rent (moral hazard). As a result, total contract amount, individuals' trust in each other and service's and product's quality gradually decreases. In other words, this situation has negative consequences for the whole society. The solution, in various ways, is to complete the information for the party with little knowledge. This information is sometimes obtained by paying for research by the party with incomplete information; sometimes presented by the party with more information; sometimes produced by an institutional authority.

Keywords

Asymmetric Information, Adverse Selection, Moral Hazard, Incentives, Law and Economics.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 07.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 09.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 21.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: ftepecik@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1858-7423>.



GİRİŞ

Ekonomi teorisi, bireylerin karşı karşıya geldikleri, alışverişte buldukları ortamların en iyi sonucu, tarafların bilgisinin eşit olduğunda verdiğini varsaymaktadır. En iyi sonuç, çalışanların emeklerinin karşılığı olan en iyi ücreti aldığı, kullanılan doğal kaynakların en uygun fiyattan bedellendiği, buna rağmen mal ve hizmetlerin en düşük maliyetle üretilip, en iyi fiyattan sunulduğu bir çerçeveyi tanımlamaktadır. Bununla birlikte bireylerin karşı karşıya geldikleri çoğu ortamda, tarafların bilgisi eşit ya da dengeli değildir. Buna rağmen alışveriş ilişkileri kurulur ve doğal olarak eşitsiz bilgiden kaynaklanan bazı sorunlar oluşur. Sözleşmelerde tarafların bilgisinin eşit olmadığı bu durum ekonomi teorisinde asimetrik bilgi olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmada, ilk kısımda asimetrik bilgi teorisinden bahsedilmiştir. Onun varlığı durumunda oluşan ortamın nitelikleri anlatılmış, teoride kullanılan ahlaki tehlike ve ters seçim gibi özel isimlendirmeler detaylandırılmıştır. İkinci kısımda, asimetrik bilginin sözleşmeler ve toplum üzerindeki etkisi anlatılmıştır. Son kısımda ise çözüm için kullanılan yöntemler sınıflanarak aktarılmıştır.

1. ASİMETRİK BİLGİ TEORİSİ VE SÖZLEŞME

Sözleşme, en az iki tarafının karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmalarıyla oluşan hukuksal işlemdir.¹ Bir tarafın önerisi (icap) diğer tarafın kabulü ile oluşmaktadır. Yazılı veya sözlü olabilir ve temelde tarafların ne gibi sorumluluklar üstlendiğini içerir. Diğer bir ifade ile kiralanmış bir emek, konut ya da satın alınan bir ürün karşılığı ödenecek bir bedel belirtilmiş olabilir. Dolayısıyla örneğin bir hizmet sözleşmesi, çalışanın emeği ve karşılığında ödeme şartından oluşur. Bu iki unsur sözleşmenin iki bileşeni olarak kabul edilebilir.²

Pek çok durumda sözleşmelerin başlangıcında, bireylerin karşılıklı anlaşmasını temin eden ortamda, tarafların anlaşmanın gerektirdiği tüm bilgiye eşit düzeyde sahip oldukları varsayılır. Tüm bilgi her iki tarafın, her konuda bilgisinin olması demek değildir. Sadece her iki taraf için bilgiye ulaşmanın bir zorluğunun olmadığı ve sözleşmeyi etkileyen tesadüfî olaylar konusunda iki tarafın da aynı konumda olduğu bir durumu tanımlamaktadır.³ Örneğin bir meyve bahçesinde çiftçi de toplayıcılar da işin nasıl bir niteliği olduğu, ne kadar çalışma

¹ Neval Okan/Doğan Gökbel/Ahmet Haluk Atalay, *Temel Hukuk Terminolojisi*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 59.

² Ines Macho-Stadler/J.David Perez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information-Incentives and Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 20.

³ Macho-Stadler/Perez-Castrillo, *age*, 17.

gerektiği, meyvelerin nasıl toplanırsa pazar için daha iyi olacağı ve tabii ne kadarlık çalışmaya ne kadarlık bir ücret ödeneceği gibi konularda benzer bilgilere sahip olmalıdırlar ki böylece sözleşme benzer bilgilerle karşılıklı uyuşan iradelerle oluşturulabilsin.

Bununla birlikte ya çiftçi meyvecilik ve meyve toplamak üzerine bilgisi olmayan bir şehirli olsaydı ve bahçesindeki meyveleri toplamak üzere bir grup insanla sözleşme yapsaydı, sözleşmenin tarafları için niteliği hakkında yine de eşit bilgiye sahip olurlar mıydı?

İki tarafın eşit bilgiye sahip olmadan yaptığı sözleşmeler ekonomi teorisinde *asimetrik bilgi* başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu konudaki ilk çalışmalar Arrow'un⁴ piyasa başarısızlığını (rekabetçi piyasaların başarısız olmasını) bilgi eksikliğine dayandırdığı çalışmasına kadar götürülebilir. Bununla birlikte ilk teorik çözümleme, ikinci el araba piyasasının ekonomik analizini içeren Akerlof'un ünlü makalesinde yer almaktadır. Akerlof bu makalede ikinci el araba piyasasından araba almak isteyen kişinin, satıcıya göre daima bilgisinin eksik olacağını belirtir ve bunu bilerek yapılan bir sözleşmenin ekonomi için sonuçlarını değerlendirir.⁵ İkinci el araba piyasası dışında sağlık, sigorta, kredi piyasaları da tarafların bilgileri eşit olmadan yani asimetrik bilgi koşulları olduğu halde çalışır ve bunun gözlenebilen sonuçları vardır.

Sağlık sektöründe doktorlar, hem hastalar karşısında, hem sosyal güvenlik kurumları hem de hastane yönetimleri karşısında sözleşmelerde *fazladan bilgiye* sahiptir. Sigorta sektöründe, sigorta yaptıran sigortacı karşısında; bankacılık sektöründe kredi almak isteyen bankalar karşısında benzer şekilde özel bilgiye sahiptir. Bu fazladan bilgi onları özel ve kontrol edilemeyen durumlarda hile yapabilir bir pozisyona da yerleştirmektedir. Örneğin, sağlık sektöründe doktorlar hem hangi hastaların hangi hizmetlere ulaşacağına, hem de hangi kamu fonlarının hangi alanlarda harcanacağına karar verebilmektedir. Açmak gerekirse, hastanın ayaktan mı yatarak mı tedavi olacağına, hangi ilaçların hangi tanı yöntemlerinin kullanılacağına sadece doktor karar verir. Böylece hem hastanın ulaşabileceği hizmetlere hem de kamu fonu olan sosyal güvenlik fonlarının ne kadar kullanacağına kara vermiş olur. Ve bu özel durum iyi niyetle de kötü niyetle de kullanılabilir.

⁴ K.J. Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", American Economic Review, Vol. 53, 1963, s. 941-73.

⁵ George Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", Quarterly Journal of Economics, 1970, s. 488-500; çevirisi için Murat Çokgezen (çev) "Limonlar İçin Piyasa: Kalite Belirsizliği ve Piyasa Mekanizması: G. A. Akerlof", Devlet, Rekabet, Mülkiyet ve İktisat, Ömer Demir (Edt), Sakarya, Değişim Kitapevi Yayınları, 2000 içinde.

Benzer şekilde kredi kuruluşları muhataplarının ödeme güçlerini bilmek ister; kredi alanlar bunu en iyi kendileri bilir ve mümkün olduğu kadar eğer varsa kötü durumlarını gizlemek isterler. Sigortacılar da müşterilerinin riskler karşısındaki tutumlarını bilmek isterler. Sigorta yaptırmak isteyenler tedbirli (diğer bir ifade ile riskten sakınan) insanlar olurlarsa, bu sigortacıya az ödeme ihtimali olacağını düşündüreceklerdir. Eğer ölçebiliyorlarsa ya da gözlemleyebiliyorlarsa, (şimdilerde olduğu gibi), kredi verenler ödeme kabiliyeti yüksek bireyleri, sigortacılar risk almayan bireyleri müşteri olarak tercih edeceklerdir. Bununla birlikte, sigorta kurumları ya da kredi finansörleri tam bilgiye sahip değillerse, işlemler için almaları gereken kararları nasıl alırlar? Dahası aldıkları kararların genel ekonomi için sonuçları nelerdir?

2. ASİMETRİK BİLGİNİN BİREY DAVRANIŞLARINA ETKİSİ

2.1. Genel Olarak

Asimetrik bilginin birey davranışları üzerinde etkileri olmaktadır. Bu etkiler çok farklı şekillerde gözlemlenebilir. Ancak gruplandırılırlarsa, temelde iki tür davranış ortaya çıkardığı görülmektedir. Bunlar ters seçim ve ahlaki tehlike olarak ifade edilen bilginin arzu edilenin aksine sonuçlar doğurması ve kötüye kullanılmasıdır. Aşağıda bu hususlar ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

2.2. Ters Seçim (Adverse Selection)

Asimetrik bilginin ilk sonuçlarından birinin piyasada işlem yapan kişileri yanıltması ve iyi, kaliteli olan ürün ve hizmetleri değil, düşük kaliteli seçmesine yol açması olduğu söylenebilir. Bu duruma *ters seçim* adı verilmektedir. Çünkü piyasa iyi çalıştığında, kaynakları en az maliyet, en kaliteli ürün ve en düşük fiyata yöneltir. Fakat bilgi sorunu en iyi ürünün/hizmetin ve en düşük fiyatın görünür olmasına izin vermemektedir. Kötü seçimler bireysel de olmayacak yaygınlaşacaktır. Bu sonuca ulaştıran basamak bireylerin fiyat önerileridir. Bireyler ikinci el araba piyasasında aldatılma korkusu içinde, düşük fiyat önerirler. İyi nitelikli araba sahipleri, alıcıları arabalarının kalitesi konusunda ikna edemezlerse, satmaktan vazgeçebilirler. Sonuçta eksik bilgi altında önerilen fiyat nedeniyle, piyasada kötü nitelikli araçlar yaygınlaşır. Diğer bir ifade ile bilgi açığı tamamlanmadığı sürece, bir alıcının kötü bir arabaya rastlaması, yani istediğinin tersine ya da iyi işleyen bir piyasanın üreteceği denge durumunun aksine, daha yüksek bir ihtimal olacaktır. Hatta yüksek nitelikli ürünlerle düşük nitelikleri birbirinden ayırmak zorlaştığı için, düşük nitelikli ürünler de yüksek fiyattan arz edilecektir. Ürünleri talep eden bireyler kandırılma ihtimallerini göz önünde tutarak ortalama bir fiyat önerince, sadece düşük nitelikli ürünleri, yüksek fiyattan değil ama gene de olması gerekenin üstünde bir fiyattan almış ola-

caklardır. Piyasanın fiyat ve nitelik dengesi, kötü ürünler lehine ve onların değerinin üstündeki bir fiyatta oluşmaktadır. Sonuç olarak ikinci el araba piyasasında bilgi açığı kapatılmadığı sürece, piyasa niteliksizleşecek ve bundan kaçınmak isteyen müşterilerin uzaklaşması nedeniyle küçülecek ve sığlaşacaktır, diğer bir ifade ile işlem hacmi azalacaktır. Asimetrik bilgi, az ve niteliksiz mal / hizmet üretimine, olması gerekenin üzerinde bir fiyat düzeyine yol açacaktır.⁶

Asimetrik bilgi koşullarının olduğu piyasalardan hisse senedi piyasasında, şirketler hakkında doğru bilgiye kolayca ulaşılamadığında ya da doktorların/avukatların uzmanlıkları ya da kredi talep edenlerin koşulları doğru değerlendirilemediğinde, karar vericiler ters seçimler yapabilir. Hisse senedi piyasasında kötü seçimlere, nitelikli / niteliksiz firmalar arasında yanlış kararlara, nihayetinde bireysel tasarrufların yanlış değerlendirilmesine hatta kaybolmasına yol açabilir. Diğer örneklerden iyi / kötü hekimler veya avukatlar arasında fark olmaması, nitelikli olmaya teşvikin, özendiriminin ve iyilerin kaybolup gitmesine neden olabilir.

İşgücü piyasaları da asimetrik bilgi özellikleri taşımaktadır.⁷ İşverenler, çalışanların verimliliklerinden emin değildirler. Bu nedenle çalışan seçiminde ek bilgiye ihtiyaç duyarlar. Bu seçimin yanlış yapılması nitelikli ve niteliksiz çalışanlar arasındaki farkın ortadan kalkmasına, ister işbaşında ister okulda alınan eğitim olsun, eğitime yönelik yöreklendirmenin ortadan kalmasına neden olacaktır. Sonuç olarak asimetrik bilgiden kaynaklanan ters seçim toplumun geneli için kötümser bir ortama yol açacaktır.

2.3. Ahlaki Tehlike (Moral Hazard)

Ahlaki tehlike ise, biraz daha ağır bir sorunu tanımlamaktadır. Asimetrik bilgi, çabanın ya da çalışmanın gözlenemeyeceği ya da değerlendirilemeyeceği durumlar yaratıyorsa, bunun farkında olan taraf (fazla bilgisi olan taraf), bu ortamı kötü niyetle de kullanabilir.

Örneğin bireyler kredi piyasasında, krediyi bir kere aldıktan sonra elde ettiği ek geliri riskli işlerde kullanabilirler ya da sigorta olduktan sonra daha dikkatsiz davranabilirler. Çiftçiliği bilmeyen meyve bahçesi sahibi durumunda, örneğin, yevmiye (gündelik) üzerinden yapılan bir sözleşmede işin uzaması, götürü usul üzerinden yapılan sözleşmede, işin niteliksizleşmesi mümkündür.

⁶ Akerlof, *age*, s. 497-500.

⁷ Edgar Browning/Mark Zupan, *Mikro İktisat*, Recep Kök (çeviri editörü), Ankara: Nobel Yayınevi, s. 424.

Sosyal Güvenlik Kurumları için ise örnek sayısı bir hayli kabardır.⁸ Türkiye’de geçmişte ve hâlihazırda gazetelere yansyanlar arasında, doktor ve sigortalı işbirliği ile sigortalı olmayan bireylerin sigorta hizmetinden yararlandırılması,⁹ sahte reçetelerle ödeme yapılmasının sağlanması,¹⁰ hastalara sunulmayan hizmetlerin faturalandırılması,¹¹ ameliyatta ek malzeme ya da araç takıldığı söylenerek ödeme alınması¹² gibi yolsuzlukların yapıldığı söylenebilir. Bilgi problemi çözülmediği sürece, hizmetlerin gereğinden fazla tüketilmesi de ihtimal dâhilindedir.

Bütün bu uygulamalar, sosyal güvenlik hizmetlerinde en azından bekleme listelerine ve tabi artan maliyetlere neden olacaktır. Dolandırıcılık ve suistimal durumlarında ise kontrol edilemeyen işlemler, asimetrik bilgi sahibi kişiler lehine kaynak aktarımına ve sebepsiz zenginleşmeye yol açacaktır. “*Bireylerin ahlak dışı davranma eğiliminin, yaptıkları yanlışların cezasını çekme ihtimali azaldıkça, artacağı*”¹³ da düşünüldüğünde, yaygın yolsuzluğa, yolsuzluk algısına yol açacaktır. Dolayısıyla ciddi bir sorun yaratmaktadır.

3. ASİMETRİK BİLGİNİN SONUÇLARI

Asimetrik bilgi, her şeyden önce taraflar için ortamı güvenilmez kılmaktadır. Bu nedenle bilgi eksikliğinin en önemli sonucu yapılan sözleşme miktarındaki azalma, diğer bir ifade ile işlem hacminde düşüş olarak gözlenebilir. Asimetrik bilgi, bilgi problemini çözümü için ortak bir zemin oluşturulmadığı sürece, en azından seçerek (aşırı dikkat göstererek) sözleşme yapılmasına neden olmaktadır. En sık kullanılan örnekler üzerinden yapılan sigorta sayısının, verilen kredi miktarının, ikinci elde satılan arabaların azalmasına neden olmaktadır.

⁸ Sosyal güvenlik sigortalarında asimetrik bilgiye, asil vekil ilişkisi ve ödeme yapan üçüncü (kürumsal) kişi nedeniyle başka sorunlar da eklenmektedir. Ayrıntılı okuma için Tayfun Moğol, “*Kamu Maliyesinde Karar Alma*”, Kamu Maliyesi, (Edts: Şebnem Tosunoğlu, Tamer Ergül), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2012 içinde.

⁹ Örnek için Yargıtay, 11. Ceza Dairesi, 27.01.2006 Tarih ve Esas: 2003/15440, Karar: 2006/259: Dolandırıcılık Suçu - Sanığın Kızının Sağlık Karnesiyle Kardeşinin Kızını Tedavi Ettirdiği, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=14808>, (Erişim Tarihi: 15/07/2019).

¹⁰ Bir örnek için Dinçer Gökçe, “*Bu da Gaucher Vurgunu*”, Hürriyet Gazetesi, 01 Nisan 2013, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/bu-da-gaucher-vurgunu-22941032>, (Erişim Tarihi: 20.07.2019).

¹¹ Yakın tarihli olanlarından örnek olarak Cumhuriyet, “*Kanser İlacı Şebekesi Çökertildi*”, 22 Eylül 2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/122091/kanser_ilaci_sebekesi_cokertildi.html, (Erişim Tarihi: 01.08.2019).

¹² Bir örnek için DHA, “*Stent Taktik’ Diyerek Hastaları Dolandırıyorlar*”, Hürriyet Gazetesi, 24 Eylül 2013, <http://www.hurriyet.com.tr/avrupa/stent-taktik-diyerek-hastalari-dolandiriyorlar-24776725>, (Erişim Tarihi: 20.07.2019).

¹³ Ege Cansen, “*Ahlaki Tehlike*”, 23 Ocak 2002, <http://www.hurriyet.com.tr/ahlaki-tehlike-49989>, (Erişim Tarihi: 15/07/2019).

İkinci önemli sonuç, olası bir tam rekabet sonucuna göre farklı oluşan fiyat-tan ve olası maliyetlerden kaynaklanmaktadır. Örneğin ikinci el araba piyasasında fiyatlar artmaktadır. Kredi piyasasında, bankalar kendilerini korumak için kredi talep edenlerden yüksek teminat talep edebilirler ve hatta yüksek faiz oranları ile çalışırlar. Sigortacılık sektöründe, yüksek primler gene dolandırılma korkusu olan sigortacı bakış açısının sonuçları olarak düşünülebilir. Sonuç olarak olması gerekenden daha yüksek faiz ya da prim oluşacaktır. Hatta sosyal güvenlik Kurumlarının katılım payları bile fiyat artışı içinde düşünülebilir. Sonuç olarak arabalar için kötü fiyat, kötü arabaların, yüksek faiz ve yüksek prim ödemesi, sadece riskli bireylerin sigorta ve kredi piyasalarında kalmasına neden olacaktır. Kendi kendini doğrulayan bir kehanet gibi, kötü nitelikli araba ve riskli bir müşteri ile karşılaşmayı bekleyenler gerçekten yaratılan fiyat (veya prim ve faiz) ortamı nedeniyle sadece onlarla karşılaşacaklardır.

Fakat en önemli maliyet bilgi arama, toplama, araştırma maliyeti olarak düşünülebilir. Sorunu çözecek olan bilginin kolay ulaşılabilir ve ucuz olmasından geçmektedir.

4. BİLGİ ÇÖZÜMLERİ

Sorun bilgiden kaynaklandığı için tarafların bilgisinin nispeten eşit hala gelmesi çözüm önerilerinin başında gelmektedir. Bilgisi az olan tarafın bilgisinin tamamlanması, bunun için oluşturulacak mekanizmalar ve bütün bu yapının maliyeti, asimetrik bilginin yarattığı sorunların çözümlenebilmesi için önemlidir. Sağlık ve kredi piyasası gibi bazı sektörlerde bilgiyi tamamlamak tüm sektörün müşteri bilgilerini gerektirmektedir; bazı sektörlerde ise sorun ikili ilişkiler ya da kamusal duyurularla çözülmeye çalışılmaktadır. Diğer bir ifade ile çözüm farklı sektörlerin yapısına göre değişmektedir. Bununla birlikte üç ana başlık düşünülebilir. Bilgi, eksik taraf tarafından araştırılarak elde edilebilir ve araştırma maliyetlerine katlanılabilir; fazla taraf tarafından aradaki sözleşmenin gerçekleşmesi için cömertçe ya da hukuki zorunlulukla paylaşılabilir ya da üçüncü bir taraf tarafından toplanarak, herkesle paylaşılabilir. Son olarak bilgi yerine teşvik ve ödüllerin kullanıldığı farklı bir bakış açısından bilgi verilecektir. Aşağıdaki örnekler bu bakış açısına göre düzenlenmiştir:

- a. *Bazı sektörlerde sözleşmenin eksik bilgiye sahip tarafı, bilgisini artırmanın yollarını aramakta ve oluşan araştırma maliyetlerine de katlanmaktadır. Örneğin,*
 - (i) İkinci el araba piyasasında, Türkiye’de, arabayı satın almak isteyen kendi tanıdığı bir tamirciye götürmesi ve bu maliyete katlanması normal bir uygulamadır. İkinci yaygın uygulama güvenilir aracı kurumlara

ya da bireylere yani şöhret, itibar sahibi araçlara başvurmadır ki bu da arabanın değil satıcının araştırılmasını gerektirecektir. İlk araştırma da araba konusunda bilgiye ulaşmaya çalışılırken, ikincisinde aracının kendisi araştırmaya konu olmaktadır. Hala nihai hedef araba olduğu için ikinci araştırma, asıl bilginin yerine dolaylı bilgi veren bir *göstergenin* (işaret ya da *sinyalizasyon*¹⁴ da denilebilir) seçilmesi anlamına gelmektedir.

- (ii) Doktor hasta ilişkisinde, özellikle araştırma maliyetine katlanmayı gerektiren bir durum söz konusu ise (ağır hastalık, zorunlu, zorlu bir cerrahi müdahale gerekliyse örneğin), hastalar araştırma yapmaktadırlar. Araştırma yapanın ulaşabildiği kaynaklara bağlı olarak, doktorun, varsa makaleleri, yaptığı ameliyatları da içerebilecek, fakat çoğunlukla daha önceki hasta deneyimlerine ve doktorun bıraktığı izlenime yani bu piyasa için işaret kabul edilebilecek şöhret ve itibara dayanan bir araştırma yapılabilmektedir. Hatta hastanın kendisinin doktorla deneyimi olarak düşünülürse, doktorun göz teması kurup kurmadığı, hastaya ne kadar bilgi verdiği gibi aslında arzu edilen hizmetin bilgisiyse çok ilişkisi olmayan göstergeler de kullanılabilir.
 - (iii) Benzer şekilde sigorta sektöründe, örneğin hayat sigortası uygulamasında, sigorta yaptıracak bireyin ücretsiz ya da maliyetini (eksik bilgisi olan) sigortacının karşıladığı, sigortacının önerdiği bir ya da birkaç doktora görünmesi, uygulamalar arasındadır. Sigortacının kişinin sağlık koşullarını bilmek isteği, ölüm ya da hastalık ihtimalinin, riskinin düşürülmesini hedeflemektedir. Bazı durumlarda (ailede tehlikeli ve uzun süreli maliyet çıkaracak hastalıkların tespiti ya da kişinin tehlikeli bir işte çalışması ya da tehlikeli bir hobisinin olması vb.) gösterge olarak kullanılmakta ve sigorta primlerini artış ya da azalış yönünde etkilemektedir.
- b. Sözleşmelerde eksik bilginin bilgisi fazla olan tarafından sunulduğu durumlar da söz konusudur.** Bu bazen dezavantajlı tarafın gücünden, bazen hukuki düzenlemenin bunu zorunluluk haline getirmesi nedeniyle olabilir. Örneğin,
- (i) Kredi piyasasında bilgi ve bilgi yerine geçecek belgeleri temin edenler, maliyetlerine katlananlar kredi için başvuranlar yani bilgisi daha çok taraftır. Kredi finansörleri, kredi alanların ödeme kabiliyetlerini ve

¹⁴ Asıl bilgiye ulaşmanın zor olduğu pek çok durumda, fazla bilgisi olan taraf tarafından üretilen ve dolayısıyla ters seçimi dengeleme şansı bulunan, dolaylı yoldan benzeri bir bilgi üretecek göstergeler, işaretlere verilen isimdir (David C. Colander, Economics, New York: Mc Graw Hill, 2010, s. 496).

ödeme niyetlerini bilmek isterler. Bunun yerine genellikle ödeyebilecek gelir düzeyine sahip olup olmadıklarını öğrenebilirler. Bu istenen bilgiye son derece yakın kabul edilebilir, yine de sadece bir göstergedir. Çünkü bireylerin ödeyebilecek gelirlerinin olması, krediyi geri ödeyeceklerini garanti etmez.

Bu konudaki uygulama, genellikle kredi için başvuranın gelir düzeyini, servetini ve borçlarını belgelemesi şeklindedir. Dolayısıyla gelirleri ve serveti çok görünen, borçları olmayan (ya da görünür olmayan) bir birey kredi için uygun nitelikte olacaktır. Eski uygulamalarda, bireyler gelirlerini (bordro vb.leri) ve servetlerini (banka hesabı, sahip olduğu ev, araba, arazi vb.) belgeler ve borçlarından bahsetmezlerdi. Bu kredi finansörlerinin bazen yanlış kararlar vermelerine (ters seçim) ve bazen kişilerle kötü niyetle birlikte hareket eden çalışanları nedeniyle, geri ödenme ihtimali (ve bazen niyeti) olmayan kredilerin tahsisine (ahlaki tehlike) neden olmaktadır. Bu ciddi sorun, kurumsal düzenleme için uygun ortam oluşturdu. Günümüzde bir bankaya kredi için başvurulduğunda, tüm diğer bankalardaki kredileri, borçları görebilmesi bu ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Fakat düzenlemenin maliyetinin kamu tarafından yani üçüncü taraf tarafından karşılandığını söylemek daha doğru olur.

(ii) Bir diğer bilgi kaynağı, sertifikalar, diploma vb. belgeler olarak düşünülebilir. Örneğin iş gücü piyasalarında, işverenler çalışanlarının üretken, verimli olmasını arzu ederler. Çalışkan ve üretken bireylerin araştırılması için düşünülebilecek kriterlerden biri diplomalardır. Diploma tahmin edilebileceği gibi üretkenlik ve verimliliğin çok iyi bir göstergesi değildir; yine de en sık kullanılan hatta çalışan seçimlerinde ilk basamak elemesi için kullanılan yöntem olduğu söylenebilir. Çalışanlar bir diploması olduğunu göstererek, işverenlere nitelikleri konusunda bilgi sunmaktadırlar.

c. *Bir diğer bilgi sunma yöntemi bilgiyi kurumsal olarak üretmektir. Uygulamada zorunluluk olmamakla birlikte genellikle kamu otoritesi olan bir tüzel kişilik tarafından üretilmektedir.* Bu durumda, genellikle hukuki zorlamayla makro düzeyde toplanan bir büyük veri söz konusudur. Toplanma, işleme, saklanma yükümlülüğü ve maliyeti kamu otoritesi tarafından (yani vergilerle) karşılanmaktadır.

(i) Bankacılık sektörü ve kredi piyasası için yapılan düzenleme örnek olarak gösterilebilir. Kredi Kayıt Bürosu (KKB), önde gelen dokuz bankanın ortaklığında 11 Nisan 1995 tarihinde kurulmuştur. Üyeleri, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (md.73/4) gereği olarak, müşterilerine

ait kredi bilgilerini Nisan 1999'dan bu yana birbirleriyle paylaşmaktadır.¹⁵ Böylece kredi piyasası için gerekli olan, kredi talep edenlerin durumları hakkında detaylı bir gösterge elde edilmektedir.

- (ii) Benzer bir durum tek hizmet sağlayıcı kurum olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun düzenlemeleri için de söylenebilir. Hizmet sağlayıcı olarak hastanelere de sahip olan SGK, kurum olarak sahip olduğu büyük veri tabanını zaman zaman özel sektör hizmet sağlayıcının kötü niyetli uygulamaları için gösterge olarak kullanmaktadır. Örneğin kurumun sunduğu hamilelik ve doğum hizmetlerinden sezaryenin, hem anneler hem de hekimler tarafından sık tercih edildiğini (2011'de %45), kendi veri tabanını kullanarak görmüştür.¹⁶ Bu sonucun 2011 yılında bakanlığın doktorlar için uyguladığı performans kriterlerinden, 2017'de hekimlerin normal doğumlardaki sorunlarda sorumlu tutulma oranının artmasından¹⁷ vb. sebeplerden kaynaklandığı iddia edilmektedir. Kurum hali hazırda teşvik yöntemleri ve yasaklamalarla normal doğuma dönüştürmeye çalışmaktadır.

- (iii) Marka ve markalaşma da bir firmanın ürünleri hakkında bilgisini ifşa etmesi, yani gönüllü olarak bilgisini paylaşması olarak düşünülebilir.¹⁸

d. *Teşvik ve ödül mekanizması da, eksik bilgiye sahip olan tarafın, diğer tarafın gizli bilgisini öğrenmese bile kendi lehine ya da kendi istediği yönde kullanması için düşünülen bir yöntem olduğu düşünülebilir. Örneğin*

- (i) Sosyal güvenlik Kurumu ve ilaç sektörü doktorların hareketlerini kendi lehlerine kullanmalarını sağlamak için ödüller kullanmaktadır. Çalışanların istenilen hareketleri yaptıklarında bir tür puanlama aracılığıyla gelir artışı ile ödüllendirilmesine dayanan performans kriterleri, Kurum doktor arasındaki ilişkide olduğu gibi diğer kamu personeli içinde uygulanmaktadır. İlaç firmalarının verdikleri ödüllere promosyon denmektedir. Sonuç olarak her iki uygulama da fazla bilgisi olan bir tarafın, gözlenemeyen hareketlerini kendi lehlerine değiştirmek amacı taşımaktadır. Veri toplama maliyetinin / harcamalarının yerini fazla bilgisi olanı ödüllendirme maliyeti almış gibi görünmektedir.

¹⁵ KKB, "Tarihçe", <https://www.kkb.com.tr/hakkimizda>, (Erişim Tarihi: 31.07.2019).

¹⁶ Mine Tuduk, "Sezaryen Yapma Kazan", Radikal Gazetesi, 23 Şubat 2011, <http://www.radikal.com.tr/saglik/sezaryen-yapma-kazan-1040878/>, Erişim Tarihi: 01/08/2019.

¹⁷ Sinem Eryılmaz, "Doğumda İlk Tercih Sezaryen Olmamalı", İstanbul Gazetesi, 30 nisan 2017, <http://www.istanbulgazetesi.com.tr/dogumda-ilk-tercih-sezaryen-olmamali-makale,67456.html>, Erişim Tarihi: 01/08/2019.

¹⁸ Browning/Zupan, *age*, s. 423.

- (ii) Gözlenebilir eylemlere ödüllendirme, primlerin azaltılması olarak düşünülebilir. Sigorta firmaları, hırsızlık ve yangın olasılığını düşüren önlemleri alan örneğin kamera ya da duman dedektörü için harcama yapan müşterilerine daha düşük prim uygulamaktadırlar. Benzer şekilde sigara içenlerin de daha yüksek sağlık primi ödemesi tartışılmaktadır.
- (iii) Sağlık sigortası uygulamalarında hasta davranışını değiştirmeyi hedefleyen kullanım başına alınan ücretler (katılım payları), sigorta içindeki bireylerin sağlık hizmetlerini sık kullanma davranışını (ahlaki tehlike) azaltmaya yönelik negatif teşvik uygulaması olarak değerlendirilebilir.
- (iv) Bu konuda düşünülebilecek son nokta, göstergelerin doğru seçilmemesinin yaratacağı önemli sonuçlar olabilir. Kullanılan, tahminen kolay gözlenebilen göstergelere doğru toplumun genelinin bir davranış değişikliği olacaktır.

SONUÇ

Hukukun çalışma konularından biri olan sözleşme, ekonomi teorisi açısından da tarafların bir araya geldiği işlemlerin formunu oluşturmaktadır. Ekonomi bakış açısından sözleşmenin şekillenmesinde tarafların bilgisinin eşit yani simetrik olması önemlidir. Bireylerin karşılıklı alışverişlerde ulaşabilecekleri en iyi sonuç (en iyi kalitede ürün, en iyi ücret yapısı, en iyi maliyet) bu şekilde elde edilebilir. Tarafların bilgileri aynı olmadığında ise, tarafların bir araya gelmesinden beklenen en iyi sonuçlar oluşmaz.

Eşit bilgi, her iki taraf için bilgiye ulaşmanın bir zorluğunun olmadığı ve sözleşmeyi etkileyen tesadüfî olaylar konusunda iki tarafın da aynı konumda olduğu bir durumu tanımlamaktadır. Asimetrik bilgi ise tarafların bu konularda benzer koşullara sahip olmadığını göstermektedir.

Bu durumun iki önemli sonucu söz konusudur. İlk olarak bireyler, piyasada olan ürün ve hizmetleri doğru değerlendiremez, niteliklerine göre sıralayamaz ve sonuç olarak doğru bedel takdir edemezler. Bu durumda kandırılma, hata yapma ihtimallerini göz önüne alarak ortalama fiyat önerirler ki bu da iyi ürünlerin piyasadan çekilmesine neden olur. İyi ve nitelikli ürünlerin ve hizmetlerin takdir edilememesi, piyasada niteliksiz ürünlerin ve hizmetlerin yaygınlaşmasına neden olur.

İkinci sonuç ise, alışverişlerde, ikili sözleşmelerde taraflardan özel bilgisi olanın bunu kötü niyetle kullanma ihtimalidir. Kontrol edilemeyecek, gözlenemeyecek durumlarda, sözleşmenin eksik bilgiye sahip tarafı sömürülebilir,

suistimal edilebilir. Bu ihtimalin yaygın hale gelmesi, toplum içinde daha az birlikte iş yapma, daha az birbirine güvenme ve daha çok yargıya başvurma şeklinde sonuçlar yaratabilmektedir. Sorunun çözümü, tarafların bilgi açığının tamamlanmasını gerektirir.

Asimetrik bilgi, pek çok ortamda gözlenmektedir. Teorinin şekillenışı ikinci el araba piyasası üzerinde yapılan analize dayanmasına rağmen, en yaygın uygulamaları, sigorta sektöründe ve kredi piyasasında gözlenmektedir. Ayrıca, iş gücü piyasasında, doktor hasta arasındaki ilişkilerde de bazı sorunlar yarattığı makaleden okunabilir. Sorunun çözümü için gereken bilgi açığının tamamlanması, farklı sektörlerde farklı şekilde yapılmaktadır.

Asimetrik bilgi toplumda genel bir güvensizlik ve tatminsizlik hissini oluşmasına, rantlar nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye yol açabilir. Çözüm için ceza adalet sisteminin devreye girmesi gereken durumlarda da gözlenebilir, izlenebilir, kanıtlanabilir bulgulara ihtiyaç olacağı için bilgi piyasaları oluşturulmadan sorunun çözümü sezgisel olacaktır. Tarafların daha memnun olduğu, daha az çatışma içeren bir sözleşmenin düzenlenmesi, bilgi açığının kapatılmasını gerektirir.

KAYNAKÇA

- Akerlof, George “*The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, s. 488-500.
- Arrow, K.J. “*Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*”, *American Economic Review*, Vol. 53, 1963.
- Browning, Edgar/Mark Zupan, *Mikro İktisat*, Recep Kök (çeviri editörü), Ankara: Nobel Yayınevi.
- Cansen, Ege “*Ahlaki Tehlike*”, 23 Ocak 2002, <http://www.hurriyet.com.tr/ahlaki-tehlike-49989>, (Erişim Tarihi: 15/07/2019).
- Colander, David C., *Economics*, New York: McGraw Hill, 2010.
- Cumhuriyet, “*Kanser İlacı Şebekesi Çökertildi*”, 22 Eylül 2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/122091/kanser_ilaci_sebekesi_cokertildi.html, (Erişim Tarihi: 01.08.2019).
- Çokgezen, Murat (çev) “*Limonlar’ İçin Piyasa: Kalite Belirsizliği ve Piyasa Mekanizması: G. A. Akerlof*”, Demir, Ömer (Edt), *Devlet, Rekabet, Mülkiyet ve İktisat*, Sakarya, Değişim Kitapevi Yayınları, 2000 içinde.
- DHA, “*‘Stent Taktik’ Diyerek Hastaları Dolandırıyorlar*”, *Hürriyet Gazetesi*, 24 Eylül 2013, <http://www.hurriyet.com.tr/avrupa/stent-taktik-diyerek-hastalari-dolandiriyorlar-24776725>, (Erişim Tarihi: 20.07.2019).
- Eryılmaz, Sinem, “*Doğumda İlk Tercih Sezeryan Olmamalı*”, *İstanbul Gazetesi*, 30 Nisan 2017, <http://www.istanbulgazetesi.com.tr/dogumda-ilk-tercih-sezaryen-olmamali-makale,67456.html>, (Erişim Tarihi: 01/08/2019).
- Gökçe, Dinçer, “*Bu da Gaucher Vurgunu*”, *Hürriyet Gazetesi*, 01 Nisan 2013, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/bu-da-gaucher-vurgunu-22941032>, (Erişim Tarihi: 20.07.2019).
- KKB, “*Tarihçe*”, <https://www.kkb.com.tr/hakkimizda>, (Erişim Tarihi: 31.07.2019).
- Macho-Stadler, Ines/J.David Perez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information- Incentives and Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Moğol, Tayfun, “*Kamu Maliyesinde Karar Alma*”, *Kamu Maliyesi*, (Edts: Şebnem Tosunoğlu, Tamer Ergül), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2012.
- Okan, Neval/Doğan Gökbel/Ahmet Haluk Atalay, *Temel Hukuk Terminolojisi*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Tuduk, Mine, “*Sezaryen Yapma Kazan*”, *Radikal Gazetesi*, 23 Şubat 2011, <http://www.radikal.com.tr/saglik/sezaryen-yapma-kazan-1040878/>, (Erişim Tarihi: 01/08/2019).
- Yargıtay, 11.Ceza Dairesi, 27.01.2006 Tarih ve Esas: 2003/15440, Karar: 2006/259: Dolandırıcılık Suçu - Sanığım Kızının Sağlık Karnesiyle Kardeşinin Kızını Tedavi Ettirdiği, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=14808>, (Erişim Tarihi: 15/07/2019).

1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi^(*)

1966 Draft Articles on the Law of Treaties With Commentaries

Arş. Gör. **Mukaddes KORKMAZ SÜRER**^(**)

Öz

Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1949'daki ilk oturumunda andlaşmalar hukuku konusundaki örf-adet kurallarını kodifikasyon için uygun bulmuştur. Uzun çalışmaların ardından Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1966'da Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddelerini tamamlayarak, Komisyon Şerhi ile birlikte BM Genel Kuruluna sunmuştur. BM Andlaşmalar Hukuku Konferansı'nda, 22 Mayıs 1969 tarihinde Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kabul edilmiştir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, uluslararası hukukun en önemli belgelerinden biri olma niteliğini sürdürmektedir. Sözleşme'nin tamamlayıcı yorum araçlarının düzenlendiği 32. maddesi bağlamında hazırlık çalışması niteliğinde olan Uluslararası Hukuk Komisyonu Şerhi'nin Türkçeye kazandırılmasının faydalı olacağını düşündük.

Anahtar Kelimeler

1966 Taslak Maddeleri ve Şerhi, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Andlaşmalar Hukuku, Uluslararası Hukuk Komisyonu.

Abstract

In its first session in 1949, the International Law Commission has found suitable customary law on treaties for codification. In 1966, the International Law Commission completed Draft Articles on the Law of Treaties and submitted it to the UN General Assembly with the Commission Commentary. Vienna Convention on the Law of Treaties was adopted on 22 May 1969 by The UN Conference on the Law of Treaties. The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties remains one of the most important documents of international law. We thought that it would be beneficial to translate the Commentary of the International Law Commission, which is a preparatory work within the context of Article 32, in which the complementary interpretation instruments of the Convention are set, into Turkish.

Keywords

1966 Draft Articles With Commentaries, 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, International Law Commission, Law of Treaties.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 13.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 16.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 23.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 16.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 22.10.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: mukaddesk@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4679-3141>.



Çevirmenin Notu:

Uluslararası Hukuk Komisyonu, andlaşmalar hukuku konusundaki örf-adet kurallarının oldukça çoğalmış olması nedeniyle, 1949'daki ilk oturumunda bu konuyu kodifikasyon için uygun bulmuştur. Uzun çalışmaların ardından Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1966'da Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddelerini tamamlayarak, Komisyon Şerhi¹ ile birlikte BM Genel Kuruluna sunmuştur. BM Andlaşmalar Hukuku Konferansı, Genel Kurulun kararları uyarınca ilki 26 Mart ila 24 Mayıs 1968'de, ikincisi 9 Nisan ila 22 Mayıs 1969'da olmak üzere iki oturum olmak üzere Viyana'da toplanmıştır.

23 Mayıs 1969 tarihinde Viyana'da imzalanan Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi,² 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye günümüzde 116 devlet taraftır; Türkiye ise Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmamıştır.³ Ancak Sözleşme'nin örf ve adet hukuku kurallarını saptayan hükümleri halen örf ve adet hukuku kuralı olma vasfı taşımaktadır. Ayrıca 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi devletlerin genel uygulama ve eğilimlerini yansıtmaları bakımından da önemlidir. Uluslararası Adalet Divanı, Gabčíkovo-Nagymaros Projesi Davası'nda⁴ olduğu gibi bazı davalarda dava taraflarının 1969 Viyana Sözleşmesi'ne taraf olup olmadıklarını gözetmeksizin, Sözleşme'ye atıfta bulunmuştur.

Örf-adet kurallarının oluşturulması ve ispatındaki zorlukların yanında uluslararası ilişkilerin gelişmesi ve devlet sayısındaki artışlar gibi nedenlerle, andlaşmalar günümüzde uluslararası hukukun en çok başvurulan kaynağı haline gelmiştir. Andlaşmaların hazırlanması, bağlayıcı hale gelmesi, yürürlüğe girmesi, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi hakkındaki kurallar 1969 Viyana Sözleşmesi'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, uluslararası hukukun en önemli belgelerinden biri olma niteliğini sürdürmektedir. Sözleşme'nin tamamlayıcı yorum araçlarının düzenlendiği 32. maddesi bağlamında hazırlık çalışması niteliğinde olan Uluslararası Hukuk Komisyonu Şerhi'nin Türkçeye kazandırılmasının faydalı olacağını düşündük. Şerh'ten yararlanırken, Viyana Konferansı'nda Taslak Maddelerde bazı değişiklikler yapılarak kabul edildiği göz önünde bulundurulmalıdır. Yararlı olması dileğiyle...

¹ *Draft articles on the law of treaties with commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s. 187-274. Ayrıca bkz: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (Erişim tarihi: 26.08.2019).

² United Nations (1969). *Vienna Convention on the Law of Treaties*, United Nations Treaty Series, vol. 1155, s. 331-512.

³ Detaylı bilgi için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=_en (Erişim tarihi: 26.08.2019).

⁴ Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary- Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

KISIM I GİRİŞ

Mevcut Maddelerin Kapsamı MADDE 1⁵

Mevcut maddeler, devletler arasındaki andlaşmalara uygulanır.

Şerh:

(1) “Devletler arasında akdedilen andlaşmalar” ile ilgili bu taslağın kapsamını tanımlayan bu hükmü, taslakta kullanılan ‘andlaşma’ terimini açıklayan 2(1)(a) maddesiyle olduğu kadar; uluslararası andlaşmaların diğer çeşitlerine genel bir kayıt koyan 3. maddeyle birlikte incelenmesi gerekmektedir. Başlangıçtaki bu hükmün tek fakat önemli amacı, bu taslak hükümlerinin, devletler arasında akdedilen andlaşmalara özgü olduğunun ve bu gibi andlaşmalara uygulanması için düzenlendiğinin altını çizmektir.

(2) 1. madde, Komisyonun on dördüncü oturumunda alınan ve uluslararası örgütlerle ilgili andlaşmalar hakkında özel bir hüküm içermemek ve bu taslağı devletlerarası andlaşmalarla sınırlandırmak kararının mantıksal bir sonucudur. Uluslararası örgütler tarafından akdedilen andlaşmalar, pek çok özellik arz ettiğinden; Komisyon her ikisinin bir arada incelenmesinin aşırı derecede karmaşık olacağını ve uluslararası örgütlerin andlaşmalarıyla ilgili tatmin edici hükümler de içeren bir taslağın, bu taslağın sonuçlandırılmasını erteleyeceğini göz önüne almıştır. 1962’de kabul edilen geçici taslağın 1. maddesine göre, söz konusu taslağın amacı bakımından andlaşma teriminin “iki veya daha çok devlet veya diğer uluslararası hukuk kişisi” arasında akdedilen andlaşmaları kapsadığı doğrudur. Ayrıca bu taslağın 3. maddesinin de, uluslararası hukukun diğer kişilerinin andlaşma akdetme yetkisi konusunda genel bir gönderme yaptığı ve uluslararası örgütlerin yetkisi konusunda çok genel bir kural ihtiva ettiği de doğrudur. Ancak ne 1962 taslağının diğer hükümlerinde, ne de 1963 ve 1964’te kabul edilen geçici taslaklarda uluslararası örgütlerin veya uluslararası hukukun diğer kişilerinin yaptıkları andlaşmalar konusunda özel bir düzenleme vardır.

(3) Taslak maddelerinin, olası bir konvansiyona kaynak olarak hazırlanmaya başlamasıyla, Komisyon, ilk olarak özellikle bu taslağın konusuyla ilgili olmayan andlaşma hükümlerini önceki 1. ve 3. maddelerden (şimdiki taslağın 2. ve 5. maddeleri) çıkartmayı ve ikinci olarak da, bu taslağın devletler arasında akdedilen andlaşmalara uygulanacağı konusundaki kısıtlamayı kesin olarak belirtmeyi zaruri saymıştır. Buna göre, Komisyon, 1. ve 5. maddelerde uygun

⁵ 1965 Taslağı, madde: 0.



düzeltilmeler yapmaya ve taslak maddelerin kapsamını Devletler arasında yapılan anlaşmalarla sınırlayan 1. maddeyi eklemeye karar vermiştir. Komisyon, sadece andlaşmanın ikinci maddesindeki tanımın değiştirilmesiyle amaca ulaşıp ulaşılmayacağını incelemiştir. Fakat virgüleme ve kolaylık kaygıları Komisyonu 1. maddedeki taslak hükümlerinin kapsamının belirlenmesinin gerekli olduğu sonucuna götürmüştür.

(4) Komisyon, taslak maddelerinin devletler arasında akdedilen andlaşmalara uygulanacağı konusundaki sınırlamaya yapılan vurgunun veya “uluslararası hukukun diğer kişilerinin” ve “uluslararası örgütlerin” yapacağı andlaşmaların hariç tutulmasından doğacak herhangi bir yanılıyı önlemenin daha az gerekli olmadığını belirtmiştir. Bunun için, bu çeşit uluslararası anlaşmaların hukukiliği konusunda herhangi bir görüş değişikliği içermediğinin altının çizilmesine karar vermiştir. Bundan başka, bunların hukuki gücü ve uygulanmaları ile ilgili olan özel bir kayıt 3. maddeye (resmi 2. madde) eklemeyi uygun görmüştür.

Terimlerin Kullanılması MADE 2⁶

1. Mevcut maddelerin uygulanması bakımından,

(a) “andlaşma” ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası andlaşma (mutabakat) demektir.

(b) “onay”, “kabul”, “tasvip”, veya “katılma”, bir devletin bu durumların her birinde uluslararası planda bir andlaşmayla bağlanma rızasını tespit ettiği bu isimdeki bir uluslararası işlem demektir.

(c) “yetki belgesi” bir devletin andlaşma metnini görüşmek, kabul etmek ve tevsik etmek, devletin bir andlaşmayla bağlanma rızasını açıklamak veya bir andlaşma hususundaki diğer herhangi bir işlemi yapmak için, kendisini temsil edecek kişi veya kişileri tayin eden, o devletin yetkili mercilerinin verdiği bir belge demektir.

(d) “çekice”, nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin, devletin bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya andlaşmaya katılırken, bazı andlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından ihraç etmek veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı beyan demektir.

⁶ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 1.

(e) “görüşmeci devlet”, andlaşma metninin hazırlanması ve benimsenmesine katılmış olan bir devlet demektir.

(f) “akit devlet”, yürürlüğe girmiş olsun olmasın, andlaşmayla bağlanma rızasını bildirmiş olan bir devlet demektir.

(g) “taraf”, andlaşmayla bağlanmaya rıza gösteren ve kendisi için andlaşmanın yürürlükte olduğu bir devlet demektir.

(h) “üçüncü devlet”, andlaşmaya taraf olmayan bir devlet demektir.

(i) “uluslararası örgüt”, bir hükümetler arası örgüt demektir.

2. Mevcut maddelerin terimlerin kullanılması ile ilgili 1. paragrafının hükümleri, herhangi bir devletin iç hukukunda bu terimlerin kullanılma şekline veya onlara verilecek anlama hanel getirmez.

Şerh:

(1) Bu maddenin amacı, başlıkta ve 1. maddede belirtildiği gibi, sadece taslakta kullanılan terimlerin anlamlarını ifade etmektir.

(2) “Andlaşma”: Andlaşma terimi, bu taslak boyunca devletler arasında yazılı biçimde akdedilmiş olan bütün anlaşmaları kapsayacak biçimde genel bir terim olarak kullanılmıştır. Her ne kadar “andlaşma” terimi tek resmi yol olduğunu çağırırsa da; tek bir belgeden oluşmayan ancak yine de andlaşmalar hukukunun uygulanacağı “belgelerin değişimi” gibi uluslararası anlaşma çeşitleri de vardır. Aynı şekilde, günlük kullanımda “anlaşma memorandumu” gibi tam olarak resmi olmayan, fakat andlaşmalar hukukuna tabi olduğu şüphesiz olan uluslararası anlaşmalar da bulunmaktadır. Andlaşmalar hukuku konusunda genel bir konvansiyon, bütün bu anlaşmaları kapsamalı ve “uluslararası anlaşmalar” yerine “andlaşma” teriminin kullanılmış olmasının esasa ilişkin olmasından ziyade, bir terminoloji sorunu olup olmadığı sorusunun cevabını vermelidir. Bu amaçla, Komisyona göre, “andlaşma” teriminin kullanılması, bazı zorunluluklar yüzünden, tercih edilmiştir.

(3) Öncelikle, basit usulde akdedilen andlaşmaların kullanımı istisnai bir durum değil, aksine çok geneldir ve bunların kullanılması gittikçe yaygınlaşmaktadır.⁷ İkinci olarak, resmi biçimde akdedilen andlaşmalarla basit usulde akdedilen andlaşmalar arasında sadece akdedilme metodu ve yürürlüğe girmeleri konularında kanuni farklılıklar bulunmaktadır. Geçerlilik, yürürlük, uygulama

⁷ Sir H. Lauterpacht'in birinci raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, vol. II, pp. 101-106.

ma, yorum ve sona erme gibi hukuka ilişkin konular uluslararası anlaşmaların bütün çeşitlerine uygulanmaktadır. Bu konularla ilgili olarak, belirtildiği gibi, uluslararası anlaşmaların bazı türleri arasında önemli bir takım farklılıklar vardır.⁸ Fakat bu farklılıklar ne biçim veya isimlendirmeden, ne de anlaşmaların somutlaştırıldığı biçimsel kaynaklardan değil; yöntemi ne olursa olsun anlaşmanın içeriğinden kaynaklanmaktadır. Resmi biçimde akdedilen anlaşmalarla arasında sadece akdetme ve yürürlüğe koyma bakımından farklılıklar olmasından dolayı, bazı uluslararası anlaşmaları, andlaşmalar hukuku konvansiyonunun genel kapsamı dışında bırakmak kabul edilemez. Üçüncü olarak, uluslararası anlaşmaların sınıflandırılmasını zorlaştıran terminoloji, resmi biçimde akdedilen anlaşmalar için bile fevkalade biçimde çeşitlenmiştir. Böylece resmi biçimde akdedilen anlaşmalar için “andlaşma” terimine ek olarak “konvansiyon” ve “protokol” terimlerinin yanında bazen “deklarasyon”, “şart”, “mukavele”, “pakt”, “akit”, “statü”, “anlaşma”, “konkordato” gibi başlıklar bulunabildiği gibi resmi veya daha az resmi anlaşma çeşitleri için de “deklarasyon”, “anlaşma” ve “modus vivendi” (geçici anlaşma) gibi başlıklarda bulunabilmektedir. “Anlaşma”, “notların değişimi”, “mektup teatisi”, “anlaşma momerandumu” veya “görüşme tutanağı” gibi isimler diğerlerine göre daha fazla kullanılsa da bu konudaki terminoloji neredeyse sınırsızdır.⁹ Bazı belgelerin bir takım amaçlar için diğerlerine göre daha sık kullanıldığı doğrudur; bazı muameleler için bazı başlıkların diğerlerine göre daha sık kullanıldığı da doğrudur. Fakat belli muamele tipleri için terimlerin özel veya sistematik bir kullanımı yoktur. Dördüncü olarak, yazılı şekilde uluslararası anlaşmaların bütün çeşitlerini kapsayacak genel bir terim olarak “andlaşma” teriminin kullanılması hukukçuların çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir.

(4) Daha önemlisi, andlaşma teriminin genel bir terim olarak kullanımı, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün iki hükmü tarafından da desteklenmiştir. 36. maddenin 2. paragrafında Statü’ye taraf devletlerin Divan’ın zorunlu yargılamasına tâbi konuları düzenlerken “bir andlaşmanın yorumunu” da saymıştır. Fakat tabii ki bu, başka bir ada sahip olan belgelerde yer alan veya andlaşma olarak adlandırılmayan uluslararası anlaşmaların yorumunun Divan’ın zorunlu yargılamasına tâbi olmadığı anlamına gelmemektedir. Yine 38. maddenin 1. paragrafında Divan, karar vermede “a. Uluslararası konvansiyonlar” bendine başvurmaya yönelmiştir. Bu da, konvansiyon olarak adlandırılmamış fakat ulus-

⁸ Sir G. Fitzmaurice’in ikinci raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission, 1957*, vol. II, p. 16, paras. 115, 120, 125-128 and 165-168; üçüncü raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission, 1958*, vol. II, p. 20, paras. 90-93.

⁹ Sir H. Lauterpacht’in birinci raporunda yer alan liste için bkz: *Yearbook of the International Law Commission, 1953*, vol. II, p. 101.

lararası anlaşmaların yer aldığı diğer belgelerin Divan tarafından uygulanmasının engellendiği anlamına gelmemektedir. Tersine, Divan bunları uygulamalıdır ve uygulamaktadır. Uluslararası anlaşmaların tümü ile ilgili bu iki hükmün ilkinde kullanılan terim “andlaşma”dır ve ikincisinde de daha resmi bir ifade olan “konvansiyon” terimi kullanılmıştır ki bu da “andlaşma” teriminin mevcut maddelerde genel bir terim olarak, uluslararası anlaşmaları kapsamak üzere kullanıldığını doğrulamaktadır. Bundan başka “andlaşma” teriminin yerine kullanılabilir alternatif deyim, taslağın yapılmasını zorlaştıracak olan ve uluslararası hukukun evrenselleşmiş dalı olan “andlaşmalar hukukunun” yerine konulduğunda kulağa hoş gelmeyecek olan “uluslararası anlaşmalar” deyimidir.

(5) Taslak metinde kullanıldığı gibi “andlaşma” terimi sadece “iki veya daha fazla devlet” arasında akdedilen uluslararası anlaşmaları kapsamaktadır. Şerhin önceki maddesinde de belirtildiği gibi, taslak boyunca veya burada kullanılan terim, uluslararası örgütler veya asi topluluklar gibi uluslararası hukukun diğer kişilerinin andlaşma akdetmelerini kesinlikle engellememektedir. Tersine 3. maddedeki kayıt, Komisyonun böyle anlaşmaların hukuki gücünü veya hukuki uygulanırlıklarını göz önüne alarak yanlış yorumların yapılmasını engellemek ve taslak maddelerinin devletler arasında akdedilen andlaşmalarla sınırlandırılması kararını vurgulamak için konulmuştur.

(6) “Uluslararası hukuka tâbi olan” deyimini uluslararası kamu hukuku tarafından düzenlenen uluslararası anlaşmalarla, devletler arasında akdedildiği halde taraflardan birinin milli hukuku (ya da tarafların seçtiği başka bir milli hukuk) tarafından düzenlenen uluslararası anlaşmaları ayırt etmek için kullanılmıştır. Komisyon “uluslararası hukuka göre sorumluluk yaratma niyeti” unsurunun da tanıma eklenip eklenemeyeceği sorununu da tartışmıştır. Bazı üyeler bunun, devletlerin uluslararası hukukla yerel hukuk arasında seçim yapma hakkının bulunacağı şeklinde anlaşılmasının kesinlikle istenmeyeceğini düşünmüşlerdir. Diğerleri doğal olarak anlaşan tarafların ister istemez uluslararası hukuk konusu olarak devletlerarası anlaşma yapacaklarını düşünmüşlerdir. Komisyon, bir dereceye kadar uygun olsa da, niyet unsurunun “uluslararası hukuka tâbi olan” deyiminin içinde olduğuna ve tanımda ayrıca niyet unsurundan bahsetmemeye karar vermiştir.

(7) Taslak maddelerinde “andlaşma” teriminin yazılı uluslararası anlaşmalar için kullanılacağı yönündeki sınırlama, uluslararası hukukun sözlü anlaşmalarının hukuki gücünü engellemek amacıyla getirilmemiştir; bunun yanında Komisyonun andlaşmalar hukuku konusundaki taslak maddelerinin ilerideki bölümlerinde bulunan bazı prensipler, sözlü anlaşmalar göz önüne alınarak düzenlenmemiştir. Fakat “andlaşma” terimi genellikle yazılı şekildeki anlaşmaları

ifade etmek için kullanılmaktadır ve Komisyon açıklık ve basitliği sağlamak için andlaşmalar hukuku konusundaki taslak maddelerinin sadece yazılı şekildeki anlaşmalarla sınırlandırılmasına karar vermiştir. Diğer taraftan, klasik anlaşma şekli, tek bir belgeyle olmasına rağmen, modern uygulamada anlaşmalar genellikle daha az resmi yollarla akdedilmekte ve iki veya daha fazla belgede toplanmaktadır. Tanımdaki “ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın” deyimini uluslararası anlaşmaların bütün bu çeşitlerini “anlaşma” teriminin içine almaktadır.

(8) 1962’de kabul edilen geçici metin iki ayrı kategorideki anlaşmanın tanımını daha ihtiva etmekteydi: (a) Basitleştirilmiş anlaşma ve (b) Genel çok taraflı anlaşma. “Basitleştirilmiş anlaşma” terimi, 1962 taslağının 4. ve 12. maddelerine “yetki belgesi” ve “onay” ile ilgili maddelerle bağlantılı olarak konulmuştur. Komisyonun yeterli hassasiyet vermeyi kolay bulmadığı tanım, bu maddelerde belirli kuralların uygulanmasında bir ölçüt olarak kullanılmıştır. İki maddeyi onyedinci oturumunda yeniden inceleyen Komisyon, maddelerin hazırlanma şekillerini büyük ölçüde gözden geçirmiş ve bu süreçte, “basitleştirilmiş anlaşma” ile tanımlamayı gerektiren diğer anlaşmalar arasında yapılan ayrımları ortadan kaldırmanın mümkün olduğuna karar vermiştir. Neticede bu taslakta farklılıklar kalmamıştır. İkinci terim olan “genel çok taraflı anlaşmalar” terimi, taslağın “anlaşmalara taraf olma” konusundaki maddelerine uygunluğu sağlamak için bir ölçüt olarak 1962 taslağının 8. maddesine konulmuştur. Şerhin 12. maddesindeki “anlaşmalara katılma” ile ilgili bölümde açıklanan sebeplerle, taslak maddelerinden çıkarılmıştır ve artık genel çok taraflı anlaşmalara katılımla ilgili herhangi bir kural içermemektedir. Bu nedenle, bu tanım taslak maddelerinin amacı için önemini kaybetmiştir ve bu maddede tanımlanan terimler arasında yer almamıştır.

(9) “Onay”, “kabul”, “tasvip” ve “katılma”: Bu terimlerin altının çizilerek tanımlanmasının amacı, taslak boyunca kullanıldığı gibi, bir devletin bir anlaşmayla bağlanma rızasını uluslararası alanda açıklayan uluslararası işlemlerle doğrudan ilgilidir. Birçok devletin Anayasası, devletin belli bir organı veya organlarının, anlaşmaları onaylaması veya tasvibi ile ilgili pek çok özel düzenleme içermektedir. Bu onay ve tasvip prosedürleri, devletin yetkili organlarının uluslararası bir işlemle devleti bağlama rızasını açıklamadan önce icra edilmesi gereken kendi iç hukuklarındaki düzenlemeler olarak etkisini göstermektedir. Diğer taraftan, bu rızayı açıklayan uluslararası işlem, devletlerin tarafı olacakları anlaşmada belirtilen biçimde belgelerin değişimi, tevdi edilmesi veya uluslararası alanda bildirimidir. Bunun dışında, bu terimlerin milli hukuktaki kullanımıyla uluslararası hukuktaki kullanımı arasında veya hukuk sistemleri arasındaki kullanımı açısından kesin veya gerekli bir paralellik yoktur. Uluslararası ve

milli prosedürlerin karıştırılması yönünde bir eğilim bulunduğundan ve sadece uluslararası prosedürler uluslararası andlaşmalar hukukuna uygun olduğundan, Komisyon, tanımı yapılan ve bu taslakta kullanılan onay, kabul, tasvip, katılma terimlerinin sadece uluslararası işlemlerle yapıldığı konusunun vurgulanmasının önemli olacağını düşünmüştür.

(10) “Yetki belgesi”. Bu terimin tanımı, “veya bir andlaşma hususundaki diğer herhangi bir işlemi yapmak” şeklindeki son ibarenin önemini göstermek için herhangi bir açıklama yapmayı ister gibi görünmemektedir. Her ne kadar “yetki belgesi” normal olarak andlaşmaların akdedilmesi konusunda (bk. 6, 10 ve 11 maddeler) önem kazansa da, andlaşmaların sona ermesi ve ihbarı gibi diğer işlemlerle ilgili olarak söz konusu edilmesi de mümkün gözükmemektedir (bk. 63. madde, 2. paragraf).

(11) “Çekince”. Bu tanımın yapılmasına ihtiyaç duyulmasının nedeni, devletlerin bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya bir andlaşmaya katılırken, pek de seyrek olmayan biçimde, kendi anlayışlarına veya belirli bir hükmün kendi yorumlarına göre, bazı konularda deklarasyon yapmalarıdır. Bu deklarasyon sadece devletin durumun açıklaması olabileceği gibi, bir çekinceyle eşanlamli olarak, terimlerin andlaşmada kabul edildiği biçimde kullanılıp kullanılmaması veya bunların andlaşmanın dışında bırakılması ile ilgili de olabilir.

(12) “Görüşmeci devlet”, “Âkit devlet”, “Taraf”. Komisyon, maddeleri formüle ederken, devletleri, istenen belirli bağlamlarda dört ayrı kategoriye ayırmanın ve bunları yeknesak terimlerle ifade ederek sınıflandırılmasının gerekli olduğuna karar vermiştir. “Andlaşmaya taraf olmaya yetkili devletler” şeklindeki ilk kategorinin tanımının yapılmasına gerek yoktur. Diğer üç kategori, aşağıdaki 1(e), 1(f) ve 1(g) paragraflarında tanımlanmıştır. “Görüşmeci devlet” tanımının hem “âkit devlet” hem de “taraf” terimlerinden belirli bağlamlarda, özellikle niyetten bahsedilen durumlarda, farklı olması istenmiştir. 72. maddenin çeşitli paragraflarındaki “andlaşmaya taraf olmaya yetkili devlet” terimi uygun terimdir. “Âkit devlet” tanımının, andlaşma yürürlüğe henüz girmiş olsa da olmasa da, andlaşmayla bağlanma rızasını açıklayan devleti belirttiği noktada “görüşmeci devlet” ve “taraf” terimlerinden farklı olması istenmiştir. “Taraf” tanımında da Komisyon, prensip olarak, bu terimin andlaşmanın kendisi için yürürlükte olduğu devleti ifade etmesiyle sınırlandırmaya karar vermiştir. Aynı zamanda, Komisyon, 65. maddede olduğu gibi, bir andlaşmanın yürürlüğe girmesi, geçerliliğinin tartışılması veya yürürlükteki bir andlaşmanın sona ermesi gibi konularda “taraf” terimini kullanmanın doğru olacağını düşünmüştür.

(13) “Üçüncü devlet”. Genel olarak bu terim bir andlaşmaya taraf olmayan devleti belirtmek için kullanılmaktadır ve Komisyon, bu terimi III. Kısımın 4. bölümünde böyle kullanmanın uygun olacağına karar vermiştir.

(14) “Uluslararası örgüt”. Her ne kadar bu taslak maddeler, uluslararası örgütlerin akdettiği andlaşmalarla ilgili olmasa da, bunların devletler arasında akdedilmiş belirli andlaşma çeşitlerine uyumu, bir uluslararası örgütün kuralları tarafından etkilenebilmektedir (bkz. 4. madde). Burada, “uluslararası örgüt”, hükümet-dışı örgütlerin kurallarının kapsam dışı bırakıldığını açık olarak belirtmek için, hükümetler arası örgüt olarak tanımlanmıştır.

(15) 2. paragrafta, kendi iç hukukları ve uygulamaları ve daha önemlisi andlaşmaların onaylanması açısından devletlerin durumlarının koruması amaçlanmıştır. Birçok ülkede, Anayasa, bir andlaşmanın milli hukuka göre belli bir formda olmasını veya devletin uygulamasına göre bir andlaşmanın yasama organı veya bunun tarafından kendisine yetki verilmiş organ tarafından onaylanmasını öngörürken anlaşmaların diğer çeşitlerini bunun içinde saymayabilmektedir. Buna göre, “andlaşma” terimine bu taslakta verilen tanımın, milli hukuka göre uluslararası anlaşmaların sınıflandırılması konusundaki mevcut yurtiçi kuralları veya kullanımları hiçbir şekilde etkilememesi zaruridir.

Mevcut Maddelerin Kapsamına Girmeyen Uluslararası Anlaşmalar **MADDE 3¹⁰**

Mevcut maddelerin:

1. Devletlerle uluslararası hukukun diğer kişileri arasında veya uluslararası hukukun bu gibi diğer kişilerinin kendi aralarında akdedilen uluslararası anlaşmalara veya;

2. Yazılı şekilde yapılmayan anlaşmalara uygulanmaması;

Bu gibi anlaşmaların hukuki gücünü veya mevcut maddelerde derpiş edilip de bu gibi anlaşmaların bu maddelerden bağımsız olarak uluslararası hukuka göre tabi olduğu herhangi bir kuralın bu anlaşmalara uygulanmasını etkilemeyecektir.

Şerh:

(1) Bu madde metni, 1962’de kabul edilen geçici taslak gibi, yazılı şekilde olmayan uluslararası anlaşmaların gücüyle ilgili bir kaydı (b) paragrafında içermiştir.

¹⁰ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 2.

(2) Devletlerle uluslararası hukukun diğerk kişileri arasında veya uluslararası hukukun bu gibi diğerk kişilerinin kendi aralarında akdettiğı anlaşmalarla ilgili (a) paragrafındaki ilk kayıt, Komisyonun, taslak maddelerini kesin olarak devletler arasında akdedilen andlaşmalarla sınırlama kararı ve 2. maddedeki “devletler arasında akdedilen bir uluslararası anlaşma” şeklindeki “andlaşma” tanımındaki sınırlamanın sonucu olarak, on yedinci oturumda konulmuştur. Mevcut maddelerin amacı bakımından sınırlı olduğu için, “Andlaşma” teriminin bu dar tanımı, bir devletle uluslararası örgütler veya uluslararası hukukun diğerk kişileri, veya iki uluslararası örgüt, veya uluslararası hukukun diğerk kişilerinden ikisi arasında akdedilen anlaşmaları, andlaşmalar hukukunun kapsamı dışında bıraktığı konusundaki vurguyu kendiliğinden yapmaktadır. Devletlerle uluslararası örgütler arasındaki veya iki uluslararası örgüt arasındaki anlaşmalar gibi anlaşmalar artık sıkça kullanıldığından, Komisyon, bunların hukuki güçleri ve bu taslakta belirtilen bazı kuralların bunlara uygulanmasının mümkün olduğunu vurgulamak için bir kayıt koymanın gerekli olduğuna karar vermiştir.

(3) Yukarıdaki (b) paragrafındaki ikinci kayda ihtiyaç duyulmasının nedeni, sözlü ve söz veya yazıyla belirtilmeden ifade olunan anlaşmaların herhangi bir hukuki gücünün olmadığı veya andlaşmalar hukuku kuralların bunlara uygulanmayacağı şeklinde kabul edilmemesi gerektiğı yönündeki vurgulamayı kendiliğinden yapan, 2. maddedeki “andlaşma” teriminin “yazılı biçimde olan” uluslararası anlaşma şeklindeki tanımından kaynaklanmaktadır. Komisyon, açıklık ve kolaylık için, genel olarak andlaşmalar hukuku konusundaki taslak maddelerini yazılı şekilde uluslararası anlaşmalarla sınırlandırırken, sözlü biçimdeki uluslararası anlaşmaların da hukuki güce sahip olacaklarını ve bu taslakta belirlenen bazı kuralların da bu çeşit anlaşmalara uygun olabileceğini kabul etmiştir.

(4) Bu taslak maddelerinin, uluslararası anlaşmaların bu kategorilerinin her ikisiyle de ilgili olmadığı gerçeğı, bunların hukuki gücünü veya “bunların ayrıca konusu olabilecekleri ilerideki bazı maddelerin bunlara uygulanmasını” etkilememektedir.

**Uluslararası Örgütleri Kuran Andlaşmalar ve
Bir Uluslararası Örgüt Çerçevesinde Kabul Edilen Andlaşmalar
MADDE 4¹¹**

Mevcut maddelerin bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olan herhangi bir andlaşmaya veya bir uluslararası örgüt çerçevesinde kabul edilen herhangi bir andlaşmaya uygulanması, o örgütün ilgili kurallarına tabi olacaktır.

¹¹ 1963 Taslağı, madde: 48; 1965 Taslağı, madde: 3(bis).



Şerh:

(1) On dördüncü, on beşinci, on altıncı oturumlarda olduğu gibi geçici olarak kabul edilen taslak maddeleri, uluslararası örgütleri kuran kurallarla ilgili bir takım özel kayıtlar ihtiva etmektedir. Komisyon, ek olarak, o zamanki taslak maddelerinin II. Kısımda bulunan ve andlaşmaların geçersizliği ve sona ermesi ile ilgili olan bütün maddeleri göz önüne alan sona ermeyle ilgili bir maddeyi (o taslağın 48. maddesi) eklemiştir. On yedinci oturumda, taslak maddelerinin tekrar incelenmesine başlanırken, Komisyon, söz konusu maddenin önceki yerine yani giriş kısmına alınabileceğine ve bir bütün olarak taslak maddelerini kapsar biçimde yeniden kaleme alınabileceğine karar vermiştir. Komisyon, bunun özel kayıtlar içeren taslak maddelerinin yapımını kolaylaştıracağını göz önüne almıştır. Komisyon, böyle genel bir kaydın, uluslararası örgütlerin kurallarının bazı bağlamlarda andlaşmalar hukukunun gözden kaçırılan bazı konularını etkilemesinin mümkün olabileceğine de karar vermiştir.

(2) Komisyon aynı zamanda, uluslararası örgütler hakkındaki kuralların etkisine bağlı olduğunu düşündüğü andlaşma kategorilerinin ve andlaşmalar hukukunun katılımla ilgili hükümlerinin sınırlandırılmasına karar vermiştir. 1962 Taslağındaki uluslararası örgütlerin kuralları hakkındaki bazı kayıtlar, sadece uluslararası örgütleri kuran değil aynı zamanda bunların himayesinde oluşturulan andlaşmaların akdedilmesiyle ilgili hükümlerine konulmuştur. 1963'te bu konunun tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, sadece andlaşmaların sona ermesi ve uygulanmasının durdurulması konularında bir kaydın konulmasına karar vermiştir. Mevcut maddelerin metnine on yedinci oturumda eklenen uluslararası örgütlerin kuralları hakkındaki genel kayıt bu terimlere göre kaleme alınmıştır.

(3) Bazı hükümetler, o zamanki taslağın III. bölümü hakkındaki yorumlarında, andlaşma akdetmek o örgütün görevleri arasında değilse veya konferans olanaklarının kolaylıklarından yararlanmak için andlaşmanın yapıldığı durumlar haricinde, müzakere eden devletlerin görüşme özgürlüğünü kısıtlayan uluslararası örgüt kurallarından sakınmak gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu kaygıları göz önüne alarak Komisyon, bu konudaki kaydı eski bölümünde ve sadece "Anayasal belgeleri" ve "uluslararası örgüt bünyesinde akdedilen" andlaşmaları kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Bu ibareyle, bir örgütün himayesinde veya imkânlarıyla kaleme alınan andlaşmaları kapsamak amaçlanmıştır ve kayıt, bir örgütün organı tarafından kaleme alınmış ve kabul edilmiş andlaşma metinlerine hasredilmektedir.

KISIM II ANDLAŞMALARIN AKDEDİLMESİ VE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

KESİM 1 ANDLAŞMALARIN AKDEDİLMESİ

Devletlerin Andlaşma Yapma Ehliyeti MADDE 5¹²

1. Her devletin andlaşma akdetme ehliyeti vardır.

2. Federal Anayasada böyle bir yetki verilmişse ve burada belirtilen sınırlar içinde, federe devletlerin de andlaşma akdetme yetkisi bulunabilir.

Şerh:

(1) Komisyonunu bazı üyeleri, uluslararası hukukta andlaşma akdetme yetkisi hakkındaki maddeye ihtiyaç olmadığını düşünmüşlerdir. Bu üyeler, diplomatik ilişkilere girebilme yetkisinin Diplomatik İlişkiler Konusundaki Viyana Konvansiyonu'nda belirlendiğini ve andlaşmalar hukuku konusunda da bu konunun belirlenmek istenmesi durumunda, Komisyonun kendini uluslararası hukukun bütün kişileri hakkındaki kuralları kodifike ederken bulabileceğini düşünmüşlerdir. Diğer üyeler ise yetki sorununun andlaşmalar hukukunda, diplomatik ilişki ve dokunulmazlık hukukuna göre daha önemli olduğunu; bu yüzden de taslak maddelerinin, andlaşma akdetme yetkisi konusunda en azından bazı genel hükümler içermesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

(2) 1962'de Komisyon, bu konuyu ele alırken, yetki konusunun ayrıntılarına girildiğinde problem büyüyeceğinden; (i) devletler ve uluslararası hukukun diğer kişilerinin, (ii) Federal birliklere üye devletlerin (federe devletlerin) ve (iii) uluslararası örgütlerin andlaşma akdetme konusundaki yetkilerini kapsayan bir hükmü taslağa koymaya karar vermiştir. Bunlardan üçüncüsü -uluslararası örgütlerin andlaşma akdetme yetkisi- Komisyonun uluslararası örgütlerin andlaşmalarıyla ilgili ayrı bir bölüm yapmayı tasarladığı zaman bu taslağa konulması düşünülen bir hükümdü. Bununla birlikte 1962'de Komisyon taslak maddelerini sadece devletlerarasında akdedilen andlaşmalarla sınırlandırmaya karar verince, uluslararası örgütlerin andlaşma akdetme yetkisi konusundaki bu hüküm taslaktan çıkarılmıştır. On yedinci oturumda, maddenin tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, taslak maddelerinin sadece devletler arasında akdedilen andlaşmalara hasredilmesi kararının mantıksal sonucu olarak, birinci paragraftaki "uluslararası hukukun diğer kişileri"nin andlaşma akdetme yetkisi ve

¹² 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 3.



üçüncü paragraftaki uluslararası örgütlerin andlaşma yapma yetkisi konularındaki özel hükümleri maddeden çıkarmayı uygun bulmuştur.

(3) Komisyonun bazı üyeleri, kalan iki hükmün taslakta kalmaya devam etmesinin gerekli olmadığını düşünmüştür. Bunlar devletlerin andlaşma akdetme yetkisine sahip olduğunun ayrıca açıklanmasının laf kalabalığı olacağını, bu hususun zaten 1. maddede taslak maddelerinin kapsamı tanımlanırken dolaylı olarak anlatıldığını ifade etmişlerdir. Bunlar aynı zamanda, federal devletlere üye devletlerin (federe devletlerin) yetkileri konusundaki 2. paragrafın yeterliliği ve bunlara gerçekten ihtiyacın olup olmadığı konusundaki şüphelerini belirtmişlerdir. Bununla birlikte Komisyon, taslak maddelerinde en az değişikliğin olması açısından, bu iki hükmün taslakta kalmasına karar vermiştir. Komisyon, her devletin andlaşma akdetme yetkisine sahip olduğunun altının çizilmesinin önemli olduğunu ve uygulamada var olan örnekler göz önüne alınarak, bazı federal devletlerin anayasaları tarafından üye devletlere tanınan üçüncü devletlerle andlaşma akdetme yetkisi hakkında genel bir kuralın taslağa konulabileceğini düşünmüştür.

(4) *1. paragraf*, her devletin andlaşma akdetme yetkisine sahip olduğu şeklindeki genel kuralı ifade etmektedir. “devlet” terimi, Birleşmiş Milletler Şartında, Divan’ın Statüsünde, Cenevre Deniz Hukuku Konvansiyonu’nda ve Diplomatik İlişkilere dair Viyana Konvansiyonu’nda kullanıldığı anlamda kullanılmıştır; yani bu uluslararası hukukun amacı bakımından “devlet”tir.

(5) *2. paragraf*, daha önce de bahsedildiği gibi, anayasalarında, belli ölçülerde üye devletlerine andlaşma akdetme yetkisi veren federal devletlerle ilgilidir. Bu federasyonun iki birimi arasında yapılan andlaşmaları kapsamamaktadır. Federal devletin iki üyesi arasında yapılan anlaşmalar bazı yönlerden uluslararası andlaşmalara benzemektedir ve bazı durumlarda da aradaki benzerlikten dolayı andlaşmalar hukukunun bazı prensipleri yerel hukukta bu çeşit anlaşmalara uygulanmaktadır. Fakat bu anlaşmalar federal devletin anayasasının hukuki rejimi tarafından düzenlenmektedir ve bunların taslak maddelerinin kapsamına alınması uluslararası hukukla yerel hukuk arasındaki sınırın aşılması anlamına gelecektir. Bu yüzden, 2. paragraf sadece federal devletin bir birimiyle başka bir devlet arasında yapılan andlaşmaları kapsamaktadır. Daha genel olarak, federal yönetim tarafından verilen andlaşma yapma yetkisi ile ilgili olarak uluslararası hukukta, üye devletlere üçüncü devletlerle andlaşma akdetme yetkisi verilmesini engelleyen bir kural bulunmamaktadır. Bazı durumlarda, üye devletlerin andlaşmaları kendi adlarına mı yoksa federal devletin bir organı olarak mı akdettikleri sorusu gündeme gelebilmektedir. Fakat bu sorunun cevabını federal anayasanın hükümleri arasında aramak gerekmektedir.

Andlaşma Akdederken Devleti Temsil için Yetki Belgesi**MADDE 6¹³**

1. 1. paragraftaki şartlar hariç, bir andlaşma metninin kabulü veya tevsiki amacıyla veya devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklaması amacıyla bir kişinin bir devleti temsil ettiği sadece şu hallerde kabul edilir:

(a) uygun bir yetki belgesi gösterdiği zaman; veya

(b) şartlardan dolayı devletlerin niyetlerinin yetki belgesini bertaraf etmek olduğu ortaya çıktığı zaman;

2. Görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın aşağıdaki kişilerin devletlerini temsil ettikleri kabul edilir:

(a) Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanları; bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla;

(b) Diplomatik misyon başkanları, kendilerini akredite eden devletle akredite oldukları devlet arasındaki bir andlaşmayı metin olarak kabul etmesi amacıyla;

(c) Devletler tarafından bir uluslararası konferans veya bir uluslararası örgütün organına akredite olan temsilciler, o konferansta veya organda bir andlaşma metnini kabul etmek amacıyla.

Şerh:

(1) 1962'de kabul edilen geçici taslakta metninde bulunan kurallar tekrar düzenlenmiş ve kısaltılmıştır. Aynı zamanda, hükümetlerin değerlendirmeleri ışığı altında, kuralların oluşturulmasındaki vurgu değişmiştir. 1962 metni, andlaşmanın kabul edilmesi ilgili değişik işlemlerde bulunacak temsilcilerin değişik kategorileri bakımından kuralları belirlemiştir. Komisyon tarafından kabul edilen nihai taslak metni, konuya daha çok, diğer bir taraf devletin yetki belgesi verilmesini istediği durumları düzenleyen ve bazen de yetki belgesinin istenmeden rahatça devam edilmesinin mümkün olduğu durumları düzenleyen bir bakış açısından yaklaşmıştır. Genel olarak, kuralların formüle edilmesinin nedeni, uluslararası hukukta bir andlaşmanın akdedilmesiyle ilgili işlemleri yapmak amacıyla devletini temsil eden kişilerin durumunu düzenlemektir.

(2) Madde, 2(1)(c) maddesindeki "bir devletin andlaşma metnini görüşmek, kabul etmek ve tevsik etmek, devletin bir andlaşmayla bağlanma rızasını açık-

¹³ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 4.



lamak veya bir andlaşma hususundaki diğer herhangi bir işlemi yapmak için, kendisini temsil edecek kişi veya kişileri tayin eden, o devletin yetkili mercilerinin verdiği bir belge” şeklindeki “yetki belgesi” tanımıyla birlikte incelenmelidir. 1962 metnindeki bu hüküm, yetki belgesinin verildiğine dair geçici bir kanıt olarak mektup veya telgrafın kullanılması yönündeki özel görüşlerle ilgilenmiştir. Konunun tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, bu gibi ayrıntıların uygulamaya bırakılmasına ve konunun genel bir kuralla ifade edilmesine karar vermiştir. Bu sebeplerle 1962 metnindeki bu hükümler maddeden çıkartılmıştır.

(3) *1. paragraf*, ikinci paragrafta listesi verilmiş özel durumlar haricindeki durumlar hakkında genel bir hükmü kaleme almaktadır. Madde, bir andlaşma metninin kabulü veya tevsiki veya devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklaması amacıyla, sadece uygun bir yetki belgesi gösterdiği zaman veya şartlardan dolayı devletlerin niyetlerinin yetki belgesini bertaraf etmek olduğu ortaya çıktığı zaman, bir kişinin bir devleti temsil ettiği kabul edilir demektir. Kural, yetki belgesinin hazırlanmasının diğer temsilcinin devletini temsile yetkili olduğunu gösterdiğinden, bir temsilci açısından esas korumadır; bu sebeple de yetki belgesinin bertaraf edilip edilmeyeceğine devletler karar verir. Daha önceki zamanlarda, yetki belgesinin aynı şekilde hazırlanması talep edilmekteydi ve daha resmi şekillerde hazırlanan andlaşmalarda hala böyle istenmektedir. Fakat modern andlaşmaların büyük bir çoğunluğu, yetki belgesinin hazırlanmasının istenmediği basit usullerle akdedilmektedir.

(4) *2. paragraf*, yetki belgesine ihtiyaç duymadan devleti temsil eden kişileri üç kategoriye ayırarak, bu durumları belirtmektedir. Bu yüzden, bu gibi durumlarda, diğer temsilcilerin, temsilci olduklarına dair kanıt sunmayan ve devleti temsil eden kişilere güvenmelerinin sağlanması gerekmektedir. Bu kategorilerin ilki, andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanını kapsamaktadır. Dışişleri bakanının, uluslararası anlaşma yapma amacıyla devleti temsil ederken buldukları özel durum, “İhlen Deklarasyonu” ile bağlantılı olarak Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nın “*Doğu Greenland’in Hukuki Statüsü Davası*”nda¹⁴ belirlenmiştir.

(5) İkinci özel kategori, kendilerini akredite eden devletle akredite oldukları devlet arasındaki bir andlaşmayı metin olarak kabul etmesi amacıyla devleti temsil ettikleri kabul edilen diplomatik misyon başkanlarıdır. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinin 3. maddesinin 1(c) paragrafında “bir diplomatik misyonun görevleri, diğerleri meyanında, ... kabul eden devlet hüküme-

¹⁴ P.C.I.J. (1933) Series A/B, No. 53, p. 71.

ti ile müzakereler yapmayı kapsar” denilmektedir. Bununla beraber, diplomatik misyonların devletlerini temsil konusundaki yetkisi, yetki belgesi verilmeden, bir andlaşma ile devleti bağlama rızasının açıklanması boyutuna varmamaktadır. Buna göre, bunların devletlerini temsil ederken sahip oldukları yetki, metnin kabul edilmesi noktasındadır.

(6) Üçüncü özel kategori, devletler tarafından bir uluslararası konferans veya bir uluslararası örgütün organına akredite olan temsilcilerdir ki bunların görevleri de diplomatik misyon başkanlarıyla aynıdır; yani bir andlaşmanın sadece metin olarak kabul edilmesi amacıyla yetkilidirler.

İzinsiz Yapılan Bir İşleme Sonradan İcazet Verilmesi **MADDE 7¹⁵**

Altıncı maddeye göre bir devleti temsil etmeye mezun kabul edilmeyecek bir kişinin bir andlaşmanın akdedilmesi ile ilgili olarak yaptığı bir işlem, o devletin yetkili otoritesi tarafından daha sonra teyit edilmedikçe hukuki sonuç doğurmaz.

Şerh:

(1) Bu madde, 1963’te kabul edilen geçici taslağın 32. maddesinin 1. paragrafında belirtilen önemi nedeniyle, geçersizlik sebebi olarak yetkili olmayan kişinin devleti bağlayıcı işlem yapması ile ilgilidir. Bu madde, devletin bağlanma rızası gösterdiği farzedilen işlemleri iki paragraf olarak açıklamıştır: (i) Bir kişinin, yetkili olmadığı halde, devleti temsil etmesi; ve (ii) Temsil yetkisi sınırlı olan temsilcilerin bu sınırlamalara uymaması. On yedinci oturumun ikinci bölümünde, 32. maddenin tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, bu durumlardan sadece ikincisinde rızanın geçersiz olarak kabul edilmesinin uygun olacağına karar vermiştir. Komisyon, devletini temsile yetkili olmayan kişinin durumunun belirtildiği birinci durumda, devleti bağlayacak bir işlemin olmadığını, bununla bağlantılı olarak da devlet tarafından açıklanmış bir rıza bulunmadığını göz önüne almıştır. Buna göre Komisyon, birinci durumdan devletlerin temsili ile ilgili olan bu bölümde bahsedilebileceğine karar vermiştir; ve bu maddede belirtilen kural, temsilcinin izinsiz olarak yaptığı işlemin, devlet tarafından sonradan icazet verilmemişse, hukuki etkisinin olmayacağı yönündedir.

(2) 6. madde, andlaşma akdedilirken devleti temsil yetkisi sorunuyla ilgilidir. Bundan dolayı, bu maddeye “*Altıncı maddeye göre bir devleti temsil etmeye mezun kabul edilmeyecek bir kişinin bir andlaşmanın akdedilmesi ile ilgili olarak yaptığı bir işlem, o devletin yetkili otoritesi tarafından daha sonra teyit*

¹⁵ 1963 Taslağı, madde: 32, para. 1.



edilmedikçe hukuki sonuç doğurmaz.” hükmü konulmuştur. Tabii ki böyle olaylar çok sık gerçekleşmemektedir, fakat uygulamada bunun örnekleri vardır. Örneğin, 1908’de Amerika Birleşik Devletleri’nin Romanya elçisi, yetkisi olmadığı halde, iki konvansiyon imzalamıştır.¹⁶ Bu konvansiyonlardan birinde elçiye, Hükümeti tarafından hiçbir yetki verilmemişken, diğerinde ise tamamen farklı bir konvansiyon için yetki belgesi verilmiştir. Yine 1951’de, peynirlerin adlandırılması ile ilgili, Stresa’da kabul edilen bir konvansiyonda, bir temsilci hem Norveç hem de İsviçre adına hareket ettiğini belirttiği halde sadece Norveç’i temsile yetkili idi. Bu her iki örnekte de andlaşma onaya tâbi idi ve onaylanmıştı da. Aynı sorunun gündeme gelebileceği bir başka örnek ise, ki uygulamada daha sık ortaya çıkabilmektedir, temsilcinin belli bir andlaşma yapmaya yetkili olması fakat yetkisini aşarak andlaşmada eklemeler veya değişiklikler yapmasıdır. Böyle bir duruma örnek, İran’ın kendi temsilcisinin, onay belgelerinin değişimi sırasında, açıklayıcı bir notla yetkisini aşmasından dolayı, 1847 Erzurum Andlaşmasını reddederek, Milletler Cemiyeti Konseyi huzurunda tartışmasıdır.

(3) Andlaşma yapmaya yetkinin olmadığı zamanlarda durum açıktır; maddeye göre, devletin temsilcisinin işlemini reddetme hakkı vardır. Diğer taraftan, temelde temsilcinin yetkisinin olmamasına rağmen, devlet temsilcinin işlemini onaylayarak, andlaşmayla bağlanma rızasını da açıklamış olabilir. Aynı zamanda devlet, andlaşmanın hükümlerini uygularsa veya temsilcisinin eylemi geçerliymiş gibi hareket ederse, bağlanma rızasını dolaylı olarak göstermiş olacaktır.

Metnin Kabulü

MADDE 8¹⁷

1. Bir andlaşma metninin kabulü, 2. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, andlaşmanın hazırlanmasına katılan devletlerin birleşik rızasıyla olur.

2. Bir uluslararası konferansta bir andlaşma metninin kabulü, konferansa katılan devletlerin üçte-ikilik oy çoğunluğu ile olur, meğer ki aynı çoğunluk farklı bir kuralın uygulanmasına karar bağlasın.

Şerh:

(1) Bu madde, andlaşma metninin kabul edilmiş sayılacağı, yani andlaşmanın önerilen şeklinin ve kapsamının saptanacağı oylama kuralıyla ilgilidir. Bu aşamada, taraf devletler sadece andlaşma metninin andlaşmanın hü-

¹⁶ Hackworth’s *Digest of International Law*, vol. IV, p. 467.

¹⁷ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 6.

kümlerini arzu edilen şekilde belirleyen bir belge olarak kaleme alınması ve bunların oylanması ile ilgilenmektedir, görüşmelerin sonundaki oylama ise sadece metnin bir bütün olarak kabul edilmesi amacıyla ilgilidir. Bu aşamada oylama sırasında verilen bir oy kesinlikle, devletin metnin hükümleriyle bağlanma rızasını göstermemektedir ki bağlanma rızasının başka bir yolla (imza, onay, katılma veya kabul) ifade edilmesi gerekmektedir.

(2) Önceki zamanlarda, andlaşma metninin kabulü, görüşmelere katılan bütün devletlerin anlaşmalarıyla gerçekleşmekteydi ve oybirliği kuralı genel bir kural olarak kabul edilmekteydi. Andlaşmaların geniş katılımlı uluslararası konferanslarda veya uluslararası örgütlerin bünyesinde yapılması uygulamasının yaygınlaşmasıyla, Komisyon oybirliği kuralının genel bir kural olarak uygulanmasının gerçekçi bir yaklaşım olmayacağını düşünmüş ve oylamalarda çoğunluk prensibi uygulanmasını başlatmıştır. Oybirliği kuralı, iki taraflı veya birkaç taraflı andlaşmalar için genel kural olmaya devam etmektedir. Fakat çok taraflı andlaşmalar için başka bir kuralın belirlenmesinin gerekmesine rağmen bu durumda da eğer devletler bu yönde karar vermişlerse, her zaman oybirliği kuralının uygulanması yolu açıktır.

(3) 1. paragraf, metnin uluslararası konferansta kabul edilmesi durumunda ki istisnayı hariç tutarak klasik kural olan oybirliği kuralını belirtmektedir. Bu kural, daha önce de belirtildiği gibi, sadece iki taraflı veya birkaç taraflı bulunan uluslararası andlaşmalara uygulanmaktadır. Tabii ki, 2. paragrafa göre, bir uluslararası konferansa katılan devletler önceden oybirliği kuralının uygulanacağına karar verebilirler. Fakat böyle bir karar alınmamışsa, oybirliği kuralı uluslararası konferanslarda oluşturulan andlaşmalar dışındaki andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesine uygulanır.

(4) 2. paragraf, uluslararası konferanslarda kabul edilen andlaşma metinleriyle ilgilidir ve Komisyon, devletler tarafından toplanan uluslararası konferanslarla bir uluslararası örgüt tarafından toplanan konferanslar arasında fark olup olmayacağını düşünmüştür. Bu konudaki sorun, örgütün oylama kuralının otomatik olarak uygulanmasıdır. Genel Kurul bir konferans topladığında, Birleşmiş Milletlerin Sekretaryasının uygulamasına göre, genel olarak ilgili devletlerle müzakereler yapılmakta ve konferansın kendini bağlayan, oylama kuralları dâhil konferansın prosedürünün geçici kurallarını hazırlanmaktadır. Fakat bu önerilen kurallara mı uyulacağı yoksa bunların yerine başka kuralların mı konulacağına konferans kendisi karar vermektedir. Bu yüzden, Komisyon, devletler tarafından veya uluslararası örgütler tarafından toplanan konferanslarda, metnin kabulü ile ilgili oylama kurallarının devletler tarafından belirleneceğine karar vermiştir.

(5) 2. paragrafta önerilen genel kurala göre, bir uluslararası konferansta metnin kabul edilmesi için, aynı çoğunlukla başka bir kural öngörülmemişse, üçte-ikilik çoğunluğun oyları gerekmektedir. Andlaşmanın metninin kabul edilmesi hakkındaki oylama kurallarıyla ilgili en son kararı, Konferansa katılan devletlerin kendilerinin vermesine rağmen; Komisyon, bu karar kabul edilirken gereken oy çoğunluğunun, mevcut maddeler arasına konulmasının gerekli olduğunu düşünmüştür. Aksi takdirde, andlaşma metninin kabul edilmesi için gereken oy çokluğunun belirlenmesi için ön-oylamanın nasıl olacağı konusunda usulle ilgili uzun tartışmaların olması riski bulunacaktı. Komisyonun bazı üyeleri usulle ilgili oylamada basit çoğunluğun yeterli olacağını ileri sürmüşlerdir. Diğerleri ise, diğer devletlerin az çoğunluklarla azınlıktaki grubun önemli görüşlerini bastırabileceklerini düşündüklerinden, böyle bir kuralın, azınlıktaki gruplar için yeterli korumayı sağlayamayacağını düşünmüşlerdir. 2. paragraftaki kural, en az üçte-ikilik çoğunluk isteyerek, azınlıkların oylarına da ihtiyaç duyulacağı için, azınlıkların ihtiyaçlarının da hesaba katılmasını gerektirmiş olmaktadır. Son karar konferansa bırakılmakta, fakat aynı zamanda usulle ilgili sorunların hızlı ve adil bir biçimde çözülmesi için de bir temel oluşturmaktadır. Çok taraflı andlaşmalarda metnin kabul edilmesi için üçte-ikilik çoğunluk kuralının artık sık olarak uygulandığından dolayı, Komisyonun bu kuralı getirmesinde haklı olduğu ortaya çıkmıştır.

(6) Komisyon, başka bir durumun söz konusu olduğu, Soykırım Konvansiyonu veya Kadınların Politik Hakları hakkındaki Konvansiyon gibi uluslararası örgütlerin bünyesinde oluşturulan andlaşmalar hakkında da karar vermiştir. Burada andlaşma metninin kabul edilmesi için, andlaşmayı hazırlayan organın oylama kurallarına uyulması gerekmektedir. Bu durum, uluslararası örgütlerin kurallarına katılımla ilgili 4. maddedeki genel kuralda belirtildiğinden, bu maddede ayrıca düzenlenmemiştir.

Metnin Tevsiki MADE 9¹⁸

Bir andlaşma metni aşağıdaki hallerde sarih ve kati olarak tespit edilir:

1. Metinde öngörülecek bir usulle veya andlaşmanın hazırlanmasına katılan devletlerin üzerinde mutabık kaldıkları bir usulle;

2. Böyle bir usul yoksa, bu devletlerin temsilcilerinin andlaşma metnini veya metni içine alan bir Konferans Nihai Senedini imzalamaları, *ad referendum* imzalamaları veya parafe etmeleri ile.

¹⁸ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 7.

Şerh:

(1) Andlaşma metninin tevsiki görüşmeci devletlerin, andlaşmanın tarafı olmalarından önce son ve kesin olarak onaylayacakları andlaşmanın içeriğini bilecekleri aşama olduğu için gereklidir. Artık her hangi bir değişikliğin yapılmayacağı ve tarafların üzerinde anlaşıkları tasarının, teklif edilen andlaşma metnini kapsadığının belirlendiği bir noktanın bulunması gerekmektedir. Tevsik aşaması metnin kesin halini aldığı ve metnin doğru ve sarıh olduğunun teyit edildiği bazı işlemlerin yer aldığı bir aşamadır.

(2) Geçmişte hukukçular metnin tevsiki aşamasını andlaşma hazırlık aşamalarından biri olarak, ayrıca ele almazdı. Bu yüzden geçici olarak metnin imzalanması tevsik anlamına gelmekteydi ve bu imza onay, kabul ve katılma veya devletin rızası ile bağlı bulunduğunu gösteren irade beyanından önceki bir aşama olarak değerlendirilirdi. Tevsikin bu fonksiyonu, diğer fonksiyonunu da içine almaktaydı.¹⁹ Bunun yanında, önceki yıllarda, andlaşma metninin tevsikinin diğer metotları, görüşmeci devletlerin yarısı veya hepsi tarafından tasarlanmaktaydı. Bunun örnekleri, diplomatik konferansların Nihai Senetlerinde düşünülen andlaşmaların imzalanmamış metinleri, uluslararası örgütler bünyesinde oluşturulan konvansiyon metinlerinin tevsikini yapan başkanın veya örgütün yetkili otoritesinin imzası konusundaki uluslararası örgütün usulü ve bir uluslararası örgütün teklifiyle oluşturulan andlaşma metinlerinin tevsikidir. Andlaşmaların yapılmasından kaynaklanan bu gelişmeler, metnin tevsikinin, andlaşma yapma usulünün ayrı bir adımı olarak ele alınmasının gereğini belirtmiştir. Başka bir düşünce de, andlaşma metninin iki veya daha fazla dilde tevsik edilmişken sadece bir dilde kabul edilebilmesidir.

(3) Tevsik prosedürü, andlaşma metninin içinde kararlaştırılabileceği gibi devletler bu konuda ayrı bir anlaşma da yapabilirler. Böyle bir kuralın konulmaması veya bir prosedürün belirlenmemesi durumunda ve aşağıdaki paragraftaki istisnalar dışında; tevsik, görüşmeci devletlerin imzası, *ad referendum* imzası veya paraflarıyla veya alternatif olarak bir konferansta metnin Nihai Senedinin kabul edilmesiyle olmaktadır.

(4) Daha önce de bahsedildiği gibi tevsik, artık hiç de seyrek olmayan bir biçimde, bir uluslararası örgütün bir organının teklifi veya bir örgüt yetkilisi tarafından yapılan tevsik işlemi şeklini almaktadır. Ancak bunlar, andlaşma metninin bir uluslararası örgüt dâhilinde kabul edildiği ve 4. maddedeki uluslararası örgütün kurallarıyla ilgili genel kurala tâbi olan durumlarda geçerlidir. Bu sebeple, özellikle bu konuya değinilmeyecektir.

¹⁹ Bkz: *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, pp. 233 and 234.

(5) Bu hüküm, yukarıda bulunan 3. paragraftaki prosedürleri düzenlemekte ve uluslararası örgütler dâhilinde kabul edilebilecek prosedürleri 4. maddenin düzenlemesine bırakmaktadır.

İmza ile Açıklanan Andlaşma ile Bağlanma Rızası
MADDE 10²⁰

1. Aşağıdaki hallerde bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası temsilcilerinin imzası ile açıklanabilir:

(a) andlaşma, imzanın o etkiye sahip olacağını öngördüğü zaman;

(b) görüşmeci devletlerin imzanın o etkiye sahip olması hususunda mutabık kaldıkları başka türlü tespit edildiği zaman;

(c) devletin imzaya o etkiyi verme niyeti, temsilcinin yetki belgesinden anlaşıldığı zaman veya görüşmeler esnasında açıklandığı zaman.

2. Birinci paragraf bakımından:

(a) bir metnin parafe edilmesi, görüşmeci devletlerin mutabık kalmaları halinde andlaşmanın imzalanmasını teşkil eder;

(b) bir andlaşmanın bir devletin temsilcisi tarafından *ad referendum* imzalanması, devleti teyit ederse, andlaşmanın imzalanmasını teşkil eder.

Şerh:

(1) 1962’de kabul edilen geçici taslak, “imza”nın çeşitli durumlarını üç ayrı maddede düzenlemiştir: 7. maddede, imzanın, parafın ve *ad referendum* imzanın tevsik etkisi; 10. maddede imzanın bu üç türünün prosedürleri ve 11. maddede bunların hukuki etkileri incelenmiştir. Konunun ele alınışı, bazı noktaların tekrarını içermiş ve kuralların uygulanmasını zorlaştırmıştır. Aynı zamanda, bazı hükümler kural koyucu nitelikte olmaktan çok açıklayıcı nitelikte idi. Buna göre, on yedinci oturumda 10. ve 11. maddelerin tekrar incelenmesi sırasında, Komisyon, 9. maddede imzanın tevsik etkisinin özel olarak incelenmesine ve 10 maddenin önceki taslaktan çıkartılarak, geriye kalan unsurların birleştirilmesi için bu maddede konulmasına ve maddeyi etkili kurullarla sınırlamaya karar vermiştir.

(2) Başlığında da belirtildiği gibi, madde devletin andlaşmayla bağlanma rızasını açıklayan nitelikteki imzayı açıklamaktadır. Bu madde, 1962 Taslağının 11. maddesinin 2. paragrafında belirtilmiş olduğu gibi, “onay” konusundaki veya “kabul” ve “katılma” konularındaki imzayla ilgili değildir. Komisyon, önceki 17.

²⁰ 1962 Taslağı, madde: 10 ve 11, ve 1965 Taslağı, madde: 11.

maddenin (şimdiki 15. madde) o paragrafta düzenlenen bir noktanın açıklanmadan geçildiğini ve diğer noktanın da bakılması gereken yeri gösteren bir notta başka bir şey olmadığını belirtmiştir. Ayrıca imzanın onay vs.deki tevsik etkisinin 9. maddede açıklandığını da belirtmiştir. Bunlara ek olarak, Komisyon, bu müessesenin 11. maddedeki ifadenin devamı olduğuna karar vermiştir. Buna göre, imzaya hiçbir şekilde gerçek öneminden daha az değer vermeden veya onay, kabul ve katılma konularındaki imzanın faydasızlığını ileri sürmeden, Komisyon, bu konunun özel olarak bir maddede ele alınmasının gereksiz olduğuna karar vermiştir.

(3) Maddenin 1. paragrafı, bir devletin andlaşmayla bağlanma rızasının açıklayan temsilcinin attığı imzayı, üç durumu göz önüne alarak düzenlemiştir. Bunlardan ilki, genellikle iki taraflı andlaşmalarda kullanılan, andlaşmanın kendisinin imzanın o etkiye sahip olacağını öngördüğü durumdur. İkincisi, görüşmeci devletlerin, imzanın bağlayıcı olacağı yönünde anlaştıklarının başka türlü tespit edilmesi durumudur. Bu durumda, niyetin nasıl ispatlanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Üçüncü durum ise, hükümetlerin tavsiyesiyle kaleme alınan, bir devletin yetki belgesiyle veya görüşmeler sırasında temsilcisine bu yetkiyi vermesine dair niyetiyle ilgili olan durumdur. Uygulamada bazı devletler kendi ihtiyaçları nedeniyle onayı zorunlu tutarken, diğer bir devlet imzayla bağlanma rızasının açıklanmasını kabul edebilmektedir. Böyle bir durumda, imzayla bağlanma niyeti kesin olarak açıklanmışsa, onay hususunda ısrar etmek gereksiz görülmüştür ve 1. paragrafa göre, imza da o devlet için bağlayıcı olacaktır.

(4) 2. paragraf, iki küçük fakat önemsiz olmayan noktayı içermektedir. Paragraf 2(a), bir metnin parafe edilmesinin devletin andlaşmayla bağlanma rızasının açıklayıp açıklamadığıyla ilgilidir. 1962 Taslağında,²¹ parafı ilgili metin çok sertti ve parafın sadece tevsik anlamını taşıyacağını ve andlaşmayla bağlanmak için her durumda imzaya gerek olduğu yönündeydi. Kısaca, *ad referendum* ile aynı temele oturtulmuştu. Bazı hükümetler, uygulamada özellikle devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanının parafının, hiç de seyrek olmayan biçimde, imzayla aynı güce sahip olarak alındığını belirtmişlerdir. Komisyon da, bunun böyle olduğunu kabul etmiş; fakat aynı zamanda diğer devletler tarafından da parafın imza gibi anlaşılmasının ve kabul edilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir. Bunun yanında, devlet başkanıyla başka bir temsilcinin parafı arasında fark yaratılmasının haksız yere kuralı karmaşılaştıracağına ve andlaşmayla bağlanma rızasını açıklayıp açıklamama konusunda parafın değerinin görüşmeci devletlerin niyetlerine bırakılmasına karar vermiştir. Bu sebeplerle, 2. paragrafın (a) bendi, eğer görüşmeci devletler anlaşmışlarsa, parafın andlaşmayla bağlanma rızasının açıklanması konusunda imzayla aynı değere sahip olacağını düzenlemektedir.

²¹ Bu Taslağın 10. madde, 3. paragrafı.

(5) Paragraf 2 (b), adından da anlaşılacağı gibi, geçici olan ve teyit edilmesi gereken *ad referendum* imzayla ilgilidir. *Ad referendum* imza teyit edilirse tam imzanın hükmünde olacaktır ve maddedeki kuralın amacı olan bir andlaşmayla bağlanma rızasının açıklanmasını yerine getirecektir. “Onay” ve “teyit”ten farklı olarak, *ad referendum* imzanın teyit edilmesi, andlaşmanın teyit edilmesi değil, imzanın teyit edilmesidir ve prensip olarak devleti *ad referendum* imzanın atıldığı tarihte andlaşmayı imzalamış gibi kılmaktadır. 1962 Taslağının 10. maddesi bu özel ve kesin kuralı koymuştur. “devlet, teyit ederken daha sonraki bir tarihi belirtmemişse” şeklindeki bir kuralın konulması yönündeki bir teklif bazı Hükümetlerden gelmiştir. Daha önceki veya sonraki bir tarihin seçilmesi durumunda, bu arada geçebilecek olaylardan dolayı, devletin tek taraflı olarak tarihi seçmesinin doğru olmayacağından, Komisyon, normal kurala böyle bir özelliğin getirilmesinin istenmeyen bir durum olduğuna karar vermiştir. Komisyon, bu noktanın her olayda görüşmecı devletlerin inisiyatifine bırakılmasına karar vermiştir. *Ad referendum* imzanın teyit edilmesi sırasında daha sonraki bir tarihin belirlenmesine itiraz edilmemişse, sorun kendiliğinden çözülmüş olmaktadır. 2. paragrafın (b) bendi, bu sebeplerle, eğer teyit edilirse, *ad referendum* imza, devletin andlaşmayla bağlanma rızasını açıklama bakımından, tam imzayla aynı etkiye sahip olmaktadır.

**Onaylama, Kabul veya Tasviple Bir Andlaşmayla
Bağlanma Rızasının Açıklanması
MADDE 11²²**

1. Bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası aşağıdaki hallerde onay ile açıklanır:

- (a) andlaşma, bu rızanın onay suretiyle açıklanacağını öngörüyorsa;
- (b) görüşmecı devletlerin onayın gerekli olduğu hususunda mutabık oldukları başka türlü tespit edilirse;
- (c) devlet temsilcileri andlaşmayı onaya tabi olarak imzaladığı zaman; veya,
- (d) devletin andlaşmayı onaya tabi olarak imzalama niyeti yetki belgesinden anlaşıldığı zaman veya görüşmeler esnasında açıklandığı zaman.

2. Bir devletin bir andlaşmayla bağlanma rızası onayinkine benzer şartlar altında kabul veya tasviple de açıklanır.

²² 1962 Taslağı, madde: 12 ve 14, ve 1965 Taslağı, madde: 12.

Şerh:

(1) Bu madde, bir devletin andlaşmayla bağlanma rızasını açıklarken, imzaya ek olarak onayın gerekli olduğu durumları düzenlemektedir. “Onay” kelimesi, 2. maddedeki tanımlarda da açıklandığı gibi, bu taslak maddeler boyunca, özellikle uluslararası alandaki onayı ifade etmek için kullanılmaktadır. Doğal olarak, yerel hukuka göre parlamentonun yaptığı onay ve tasvipte uluslararası alandaki onay birbirinden bağımsızdır. Bir andlaşmanın uluslararası onayıyla anayasal onayının, iki farklı alanda birbirinden tamamen farklı prosedürlere sahip olduğu doğrudur.

(2) Uluslararası hukuktaki modern onay kurumu, on dokuzuncu yüzyılda gelişmiştir. Daha önce onay, bir andlaşma kaleme alındıktan sonra, temsilciye devleti temsil etme yetkisini verdiği dair hükümdarın bir teyidi veya tasdiki şeklindeki önemli olan, fakat resmi ve sınırlı bir işlemi. Yani andlaşmanın onaylanması değil temsilcinin görüşmelere katılmak için atandığına dair teyit niteliğinde idi ve eğer temsilci yetkileri sınırında hareket etmişse, hükümdarın onaylama yükümlülüğü bulunmaktaydı. Onay konusunda, olayların çoğunda andlaşma yapma gücü parlamentonun kontrolüne bırakılır hale gelmiş ve böylece onay konusundaki doktrin tamamen değişmiştir. Onay işlemi, devletin andlaşmayla bağlanmadan önce, andlaşmanın kendisini incelediği son bir işlem halini almıştır. Bu gelişmeler, andlaşmaların büyük çoğunluğunun resmi biçimde yapıldığı bir zamanda gerçekleşmiştir. Bu sebeplerle, doğal olarak, onayın, andlaşmanın bağlayıcı olması için gerekli olduğu düşüncesi oluşmuştur.

(3) Aynı zamanda, devletler arasında özellikle ekonomik ve teknik alanlarda işbirliğinin gelişmesi, andlaşmaların akdedilmesinde notların değişimi gibi daha az resmi yolların tercih edilmesine sebep olmuş ve bu andlaşmalar genellikle sadece imzayla bağlayıcı hale gelir olmuştur. Diğer taraftan, elverişli oluşu ve kolaylığı yüzünden notların değişimi ve diğer daha az resmi yollar kullanılırken, bazı görüşmeciler devletlerin anayasal zorunluluklarından dolayı bu yollar da onay konusu yapılmıştır.

(4) Bütün bu gelişmeler hangi şartlar altında andlaşmanın bağlayıcılık kazanması için onayın gerekli olduğu konusundaki kuralların karmaşık hale gelmesine neden olmuştur. Bu konudaki tartışma daha çok teoriktir.²³ Neredeyse istisnasız olarak resmi biçimdeki andlaşmaların hepsi, onay konusunda hükümler içermektedir ve notların değişimi ve diğer basitleştirilmiş yollarda da buna benzer hükümler

²³ Sir H. Lauterpacht'in raporları için bkz: *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, vol. II, p. 112; ve *ibid.*, 1954, vol. II, p. 127; ve Sir G. Fitzmaurice'in birinci raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, p. 123.

bulunabilmektedir. Bundan başka, resmi veya resmi olmayan türdeki anlaşmalar ya belgenin onaya tâbi olacağını öngörmekte ya da onay olmadan, imzayla veya kararlaştırılan tarih veya olayla bağlayıcılık kazanabileceğini öngörebilmektedir. Bu konuda hüküm getirilmemesi ve konunun genel kurala bırakıldığı durumlar istisnaidir. Fakat eğer genel kural, aksi belirtilmemişse onayın gerekli olduğu şeklinde olacaksa, modern uygulamalara uygunluk sağlanması için genel kurala pek çok istisnanın konulması gerekecek ve sonuçta genel kuralın uygulandığı durumlar azınlıkta kalacaktır. Doğrusu, genel kuralın veya aksi görüşmeci devletler tarafından kararlaştırılmadıkça onayın gerekli olmadığı şeklindeki görüşler arasında tercih yapmak, uygulamaya bakıldığında çok da gerekli değildir.

(5) 1962’de kabul edilen geçici metin, birinci paragrafına, ikinci paragrafındaki durumlar hariç, andlaşmaların prensip olarak onaylanması gerektiğini belirterek başlamıştır. İkinci paragraf ise, onayı bertaraf etme niyetinin beyan edildiği, saptandığı veya tahmin edildiği yönündeki kategorileri ayrıca basit şekildeki andlaşmalar kategorisi belirterek genel prensibe dört istisnayı saymıştır. Bir üçüncü paragraf ise, onayı bertaraf etme niyetinin beyan edildiği veya saptandığı durumların listesini vermiştir. Maddenin 2. paragrafının etkisi, basit usuldeki andlaşmaların kolaylıkla ayırt edilebileceği gerçeğine dayanmaktadır. Her ne kadar maddenin genel fikrinin anlaşılması kolaysa da, Komisyon bu tür andlaşmaların formüle edilmesinin zor olduğuna karar vermiştir. 1962 metninin 1(b) paragrafı, basit usuldeki andlaşmaların tanımından çok tarifini vermiştir.

(6) Bazı hükümetler, kendi değerlendirmelerine göre, 1962 Taslağının 1. paragrafındaki basit kuralda, aksi kararlaştırılmadıkça, onaya duyulan ihtiyacın bertaraf edilmesine yönelik bir kuralın basit bir şekilde ifade edilmesi gerektiğini söylerken diğerleri bu görüşe katılmamıştır. Eleştiri aynı zamanda 2. ve 3. paragraflardaki kuralların genişletilmesine ve birbirlerinin kurallarını iptal etmelerine yönelmiştir.

(7) Komisyon, 1962 metninde bulunan devletlerin bu konudaki iki farklı görüşünü uzlaştırma yönündeki girişimin, özellikle basit biçimde akdedilen andlaşmalar göz önüne alınca, uygulamayı zorlaştırabileceğini düşünmüştür. Komisyon konuyu ikinci kez incelemiştir ve Hükümetlerin fikirlerinin ışığı altında ve bugün onaya tabi olmadan imzalanan andlaşmaların oranının çokluğunu göz önüne alarak, modern uluslararası hukukta, devletin andlaşmayla bağlanma rızasının hangi durumlarda onayla açıklanacağı konusunun kısaca düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Komisyonun görüşü açısına göre bu, basitleştirilmiş durumdaki 1962 metninin 2. ve 3. paragraflarında belirlenen esasların mümkün olması ve onay konusunun, ihtilafı kuralların düzenlenmesine başvurmak zorunda kalmadan, görüşmeci devletlerin niyetine bırakılması gerekmektedir.

(8) 1. paragrafa göre düzenlenmiş olan bu hüküm devletin andlaşmayla bağlanma rızasını açıklayan onayı dört durumda incelemiştir: (i) bu konuda andlaşmada bir hüküm varsa; (ii) görüşmeci devletlerin onay konusunda anlaş-tıkları başka türlü yollarla anlaşılıyorsa; (iii) bir devletin temsilcisi andlaşmayı onaya tabi olarak imzaladığında; ve (iv) devletin andlaşmayı onaya tabi olarak imzalama niyeti yetki belgesinden anlaşıldığı veya görüşmeler esnasında açık-landığı zaman. Komisyon, bu kuralların görüşmeci devletlerin kendi anayasal düzenleri bakımından; görüşmeci devletlerin andlaşmanın kendisinde veya ikin-ci bir anlaşma ile onayı şart koşmaları, andlaşmayı onaya tabi olarak imzalama-ları, yetki belgesine göre onayın gerekli olduğu veya görüşmeler sırasında bunu açıklamış olmaları gibi gerekli bütün hukuksal korumayı içerdiğini düşünmüş-tür. Aynı zamanda, andlaşmayla bağlanma niyetinin onayla açıklanacağı her durumda bu karar ya bir anlaşmayla alındığından ya da bu durum diğer tarafın da bilgisi dâhilinde olacağından, diğer görüşmeci devletin durumu da güvence-ye alınmıştır.

(9) 2. paragraf, basit olarak bir devletin andlaşma ile bağlanma rızasının kabul veya tasvipte açıklanmasının, onaya benzer şartlarla olacağını belirtmek-tedir. 1962 Taslağında “kabul” ve “tasvip” ayrı maddelerde düzenlenmişti. Aşa-ğıdaki paragraflarda açıklandığı gibi, bunların her ikisi de ya bağlanma rızasını açıklayan bir imzanın bulunmadığı ya da bağlayıcı olmayan bir imzanın bulun-duğu durumlarda iki yolla kullanılmıştır. Bunun yanında Komisyon, bu yolların kullanımının bir niyet sorunun olduğuna ve onay işlemindeki kuralların aynı-sının bunlara uygulanabileceğine karar vermiştir.

(10) Kabul işlemi, andlaşmalara taraf olmak için yeni bir prosedür olarak son yirmi yıl içinde ortaya çıkmıştır. Fakat “kabul” işleminin, iki yeni prosedür olan onay ve katılma işlemlerine benzer biçimde oluşturulduğunun söylenmesi daha doğru olacaktır. Uluslararası alanda, “kabul” metottan çok terminolojik olarak bir yeniliktir. Eğer bir andlaşma, kabule tabi imzanın geçerli olacağını öngörüyorsa, bu uluslararası alanda onaya tabi imzayla aynıdır. Bunun gibi, eğer bir andlaşma önceki bir imza olmadan “kabul”e açıksa, bu işlem de katıl-maya benzemektedir. Belgelerde “kabul”, “onay” veya “katılma” kelimelerin-den hangisinin kullanılacağı sorunu ise, basit olarak andlaşmada kullanılan ifa-de tarzıyla ilgili bir sorundur.²⁴ Buna göre, aynı ad farklı iki prosedür için kulla-nılabilmektedir; fakat bugün devletin andlaşma ile bağlanma rızasını önceki bir imzanın bulunması veya bulunmaması durumlarında olmak üzere, “kabul”ün iki şekilde olduğuna şüphe yoktur.

²⁴ Örnekler için bkz: *Handbook of Final Clauses* (ST/LEG/6), pp. 6-17.

(11) “Kabule tabi imza”, devletin anayasasına göre onay prosedürüne mecbur olmadan, hükümete andlaşmayı inceleme fırsatı vermek amacıyla, “onay”ın basitleştirilmiş bir şekli olarak andlaşma yapma uygulamasına dâhil edilmiştir. Buna göre, “kabule tabi imza” prosedürü daha çok şeklinden veya içeriğinden dolayı birçok devletin anayasasına göre parlamentonun onayına sunulamayacak andlaşmalar için kullanılmaktadır. Bazı durumlarda, bir andlaşmaya girmek için çeşitli anayasal gereklilikleri olan, mesela onay veya kabulü şart koşan devletlerin andlaşmaya taraf olmalarını kolaylaştırmaktadır. Fakat bunun yanında, “kabul”ün, genel olarak “onay” prosedürünün basitleştirilmiş şekli olarak kullanıldığı doğrudur.

(12) Yukarıdaki paragraftaki fikirler, andlaşma yapma terminolojisine “kabul”den önce giren “tasvip”e de gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra uygulanmaktadır. “Tasvip” her halde, imza olmadan “tasvip”e açık andlaşmalardan çok, “tasvibe tabi imza” şeklinde daha sık uygulanmaktadır.²⁵ Fakat her iki şekilde de uygulanması mümkündür. Bunun andlaşma yapma prosedürüne girişinde, aslında, bazı devletlerin anayasalarında bulunan tasvip prosedürü ve uygulamalarından esinlenilmiştir.

Bir Andlaşma ile Bağlanma Rızasının Katılmayla Açıklanması

MADDE 12²⁶

Aşağıdaki hallerde bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası katılma ile açıklanır:

(a) andlaşma veya andlaşmanın bir eki, bu rızanın katılma ile açıklanacağını öngördüğü zaman;

(b) görüşmecı devletlerin bu rızanın o devletçe katılma yoluyla açıklanabileceği hususunda mutabık oldukları başka türlü tespit edildiği zaman; veya

(c) bütün taraflar daha sonra bu rızanın o devlet tarafından katılma yoluyla açıklanabileceği hususunda mutabık kaldığı zaman.

Şerh:

(1) Katılma, bazı şartlar altında, imzacı olmayan devletlerin bir andlaşmaya taraf olmasını sağlayan geleneksel metottur. Katılmanın bir çeşidi, andlaşmanın kendisinin, bazı devletlerin veya devlet kategorilerinin andlaşmaya katılabileceğini öngördüğü durumdur. Diğer bir çeşit ise, taraf olmayan bir devletin sonradan taraf olması için davet edilmesidir.

²⁵ The *Handbook of Final Clauses* (ST/LEG/6), p. 18.

²⁶ 1962 Taslağı, madde: 13.

(2) Geçmişte henüz yürürlükte olmayan bir andlaşmaya katılmanın hukuki olarak mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür ve bunun mümkün olmayacağı yönündeki görüşler desteklenmiştir.²⁷ Fakat son zamanlarda yapılan andlaşmalar incelendiğinde, katılmayla ilgili hükümler içeren modern andlaşmalarda katılma hakkının andlaşmanın yürürlüğe girmesinden bağımsız olarak, ya andlaşmanın yürürlüğe gireceği tarih olarak belirlenen tarihten önce katılmanın mümkün olabileceği ya da katılma belgelerinin tevdi merciine teslim edilebileceğinin belirlendiği görülmektedir. Modern uygulamalar bu konuda öylesine ilerlemiştir ki, doktrindeki yürürlüğe girinceye kadar andlaşmaların katılmaya açık olmadığı yolundaki görüşe rağmen, Komisyon bu konuya değinilmesinin uygun olmayacağına karar vermiştir. Bu bağlamda Komisyon, özel raportörün aşağıda bulunan önceki bir araştırmasını hatırlatmıştır.²⁸

“Andlaşma akdetme prosedürünün etkisi konusundaki bazı önemli görüşler aksi yöndeki bir kuralı ister görünmektedirler. Katılma sayesinde pek çok andlaşma hiçbir zaman yürürlüğe girememektedir. Andlaşma akdetme alanındaki eğilim esneklik sağlama ve katı kuralların sınırlanması yönünde olduğundan, kural olmaktan çok istisna olduğunu uygulamanın göstermesinden dolayı katılma konusuna daha fazla rol yüklemek istenmeyen bir durumdur.”

Buna göre, bu hükümle katılma, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden bağımsız olarak düzenlenmiştir.

(3) Bazen katılma belgesi gibi görünen belgelerin “onaya tâbi” olduğu belirtilmektedir ve Komisyon, bu konudan ne bu hükümde ne de katılma belgeleriyile ilgili 13. maddede bahsedilebileceğine karar vermiştir. Bu şekildeki katılma belgesinin tevdi edilmesinin, katılma olarak etki doğurup doğurmayacağı konusunun bu maddede düzenlenip düzenlenmeyeceği sorunu gündeme gelmiştir. Milletler Cemiyetinin Genel Kurulunda, 1927’de bu sorun görüşülmüş ve aksi özellikle belirtilmedikçe, katılma belgesinin kesin olduğu kararlaştırılmıştır. Aynı zamanda, Cemiyetin bu prosedürden ne vazgeçeceği ne de bunu teşvik edeceği söylenmiştir.²⁹ Bugünkü güncel uygulamaya göre, Genel Sekreterlik de, Milletler Cemiyeti Sekreterliğinin tutumuna benzer bir tutum benimsemiştir. Genel Sekreterlik, böyle bir belgeyi, “hükümetin bir andlaşmaya taraf olma niyetini bildiren bir belge” olarak nitelemekte ve bunu diğer taraf devletlere

²⁷ Sir G. Fitzmaurice’in andlaşmalar hukuku hakkındaki ilk raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, pp. 125-126; ve Mr. Briery’nin ikinci raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol. II, p. 73.

²⁸ Bkz: Sir H. Lauterpacht, *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, vol. II, p. 120.

²⁹ *Official Journal of the League of Nations, Eighth Ordinary Session, Plenary Meetings*, p. 141.

bildirmemektedir. Dahası, bu belgenin onları andlaşmanın tarafı haline getirmeyeceği hususuna devletlerin dikkati çekilmekte ve “sadece, onaya tabi olmayan belgelerin tevdi edilmesiyle devletin taraf olarak kabul edileceğinin ve diğer devletlere bunun bildirileceğinin” altı çizilmektedir.³⁰ Komisyon, Genel Sekreterliğin “onaya tabi” katılma belgesi hakkındaki fikirlerinin tamamen doğru olduğuna karar vermiştir. Onaya tabi katılmanın bir dereceye kadar düzensiz olduğu doğrudur; fakat nadir olarak görüldüğünden uygulamada zorluk çıkartacak gibi gözükmemektedir. Bu yüzden, Komisyon, bu maddede bu konudan özellikle bahsedilmesinin gerekli olduğunu düşünmemiştir.

(4) Andlaşma yapma prosedüründeki gelişmeler, bazı durumlarda katılma işleminin kullanılmasını bulanıklaştırırsa da, normal olarak görüşmeci olmayan bir devletin işlemleri olarak kalmaya devam etmektedir. Katılma, normal olarak, içinde katılmayla ilgili hüküm bulunan veya alternatif olarak andlaşmanın resmi bir ekiyle veya tarafların bu konuda anlaşmasıyla katılmaya açık hale getirilen andlaşmalara, andlaşmanın oluşturulmasında yer almamış devletlerin, taraf olmasıyla ilgilidir. Bu sebeple, katılma hakkındaki kural, onay, kabul ve tasvip hakkındaki kurallardan biraz farklıdır. Bu madde, devletin andlaşmayla bağlanma rızasının katılmayla açıklanmasını üç durumda düzenlemektedir. (i) andlaşma veya andlaşmanın bir ekinin katılmayı öngörmesi; (ii) Görüşmeci devletlerin katılmaya rızalarını başka bir şekilde açıklamaları; (iii) bütün tarafların daha sonra bu rızanın katılma yoluyla açıklanabileceğini kabul etmeleri. Üçüncü durum, aynı zamanda tabii ki andlaşmanın ekidir. Fakat Komisyon, 36. maddeye göre ek bir anlaşmanın yapılmasıyla oluşturulan resmi eklerin prosedürü ve bir devletin katılması için daveti içeren resmi olmayan anlaşmaların, alt paragraflarda ayrıca düzenlenebileceğine karar vermiştir. Andlaşmanın katılmaya açılması için resmi olmayan anlaşmaların kullanılması prosedürüne bir örnek, Genel Kurulun 1903 numaralı tavsiyesine konu olan ve on beşinci oturumunda, Komisyonun raporunun III. Bölümünde belirtilen görüşlerine göre Milletler Cemiyetinin himayesinde oluşturulan genel çok taraflı andlaşmalara katılımın genişletilmesidir.³¹

Bir andlaşmaya taraf olma sorunu

(1) 1962 Taslağının 8. maddesi, ilki genel çok taraflı andlaşmalar ikincisi diğer bütün andlaşmalar ile ilgili iki hüküm içermektedir. İkinci hüküm her hangi bir zorluğa sebep olmamaktaydı, fakat genel çok taraflı andlaşmalarla ilgili olanı bazı güçlüklerle sebep olacak nitelikteydi. Bazı üyeler bu tarz

³⁰ *Summary of the Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Agreements (ST/LEG/7)*, para. 48.

³¹ *Yearbook of the International Law Commission, 1963*, vol. II, p. 217.

andlaşmaların, andlaşmaya taraf olabilecek devlet kategorilerinin belirtildiği özel hükümlere gerek olmadan, bütün devletlere açık olması gerektiğini savunmuşlardır. Diğer taraftan, bazı üyeler ise, devletlerin kendi istekleri doğrultusunda andlaşma ilişkilerine girme özgürlüklerini bir kenara bırakmanın adil olmayacağını ve çok taraflı andlaşmaların “her devletin” katılımına, aksi kararlaştırılmadığı takdirde açık olacağını düzenleyen bir kuralın oluşturulması gerektiğini belirtmişlerdir. Diğer üyeler, andlaşmaların bütün devletlere açık olması gerektiğini düşünen devletlerin görüşlerini paylaşırken, Komisyon, aksi andlaşmada veya uluslararası örgütün kurallarında belirtilmedikçe, genel çok taraflı andlaşmaların “her devletin” katılımın açık olacağını düzenleyen metni çoğunlukla kabul etmiştir. Kısaca, 1962 metninde, görüşmeci devletlere andlaşmanın hangi devlet kategorilerinin katılımına açık olacağını andlaşmanın hükümlerinde belirlemesi özgürlüğü verilmiş; fakat böyle bir hükmün yokluğunda, “her devletin” katılma hakkının olduğunu düzenlenmiştir.

(2) 1962 Taslağının 1. maddesi aynı zamanda “genel çok taraflı andlaşmalar”ın da bir tanımını içermektedir. Komisyonun, tamamen tatmin edici bulmadığı tanıma göre, genel çok taraflı andlaşma “uluslararası hukukun genel normlarıyla ilgilenen veya bütün devletleri ilgilendiren konulardaki çok taraflı andlaşmalar”dır.

(3) 1962 Taslağının 8. maddesine kendi değerlendirmelerine göre bazı devletler genel çok taraflı andlaşmaları bütün devletlere açmaktan yana olduklarını bildirmişler ve aynı zamanda bazı devlet kategorilerinin andlaşmaya taraf olabileceği yönünde sınırlayıcı hükümleri olan genel çok taraflı andlaşmaları da bütün devletlere otomatik olarak açmak için bu prensibin 9. maddede ayrıca belirtilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Belli bazı hükümetler ise karşı görüşleri nedeniyle 1962 metnine itiraz etmiş ve andlaşmada bu sorundan bahsedilmemişse, katılma konusunda evrensellik iddiasının ileri sürülemeyeceği belirtmişlerdir. Birkaç hükümet ise 1. madde hakkındaki kendi görüşlerine göre Komisyonun “genel çok taraflı andlaşmalar” tanımı hakkında yorum yapmışlardır.

(4) On yedinci oturumunda, Hükümetlerin yorumlarına ek olarak, Komisyon öncelikle çok taraflı anlaşmalara katılım hükümlerini ve çok taraflı anlaşmaların depoziterleri için “her Devlet” formülünün etkileri konusunda son uygulamalarla ilgili daha fazla bilgi edinmiştir.³² Hükümetlerin yorumlarına ek olarak Komisyon, on yedinci oturumda Komisyon, genel çok taraflı

³² Özel Raportör’ün Dördüncü Raporu (A/CN.4/177), 8. madde şerhi; Genel Sekreterin tescil yetkisi ve devletlerin depoziterlik uygulamaları ile ilgili olarak bir Komisyon üyesinin yönelttiği soruya Sekreteryanın cevabı için bkz: *Yearbook of the International Law Commission, 1965*, vol. 1, 791st meeting, para. 61 and 801st meeting, paras. 17-20.

andlaşmalara katılım sorununu 791 ila 795. toplantılarında yeniden incelemiş ve neticede birtakım teklifler oylamaya konulmuş fakat hiçbiri kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, Komisyon Özel Raportöründen, Taslak Komitesinin de yardımlarıyla, bu tartışma konusunda bir teklifte bulunmasını istemiştir. Bu oturumda da, mevcut görüş ayrılıklarının ışığı altında devletlerin andlaşmalara katılma haklarıyla ilgili genel bir kuralın formüle edilmesinin imkânsız olduğuna karar vermiştir. Bu yüzden, Komisyon, devletin andlaşmayla bağlanma rızasının imza, onay, kabul, tasvip veya katılmayla açıklandığı durumlarla pragmatik olarak kendisini sınırlamaya karar vermiştir. Buna göre, Komisyon, birden çok kez Genel Kurul'da tartışılmış olan ve halen devletler arasındaki dostane ilişkiler hakkındaki Uluslararası Hukuk Prensipleriyle ilgili Özel Komitelerde tartışılan bu konunun, taslak maddelerinden çıkartılmasına karar vermiştir.³³ Genel Kurul bu karar hakkında haber verirken, Komisyon andlaşmalara katılım sorununun tartışıldığı on yedinci oturumun 791 ve 795. toplantılarının³⁴ kayıtlarına ve on dördüncü oturum hakkındaki raporlarda³⁵ yer alan taslak maddelerinin 8 ve 9. maddeleri hakkındaki kendi yorumlarına ki o oturumda üyelerin konu hakkında ileri sürdükleri görüşlerin bir özetini içermekteydi, Genel Kurulun dikkatini çekmeye karar vermiştir.

Onay, Kabul, Tasvip ve Katılma Belgelerinin Teatisi veya Tevdi Edilmesi
MADDE 13³⁶

Andlaşma başka türlü öngörmedikçe, onay, kabul, tasvip veya katılma belgeleri aşağıdaki durumlarda bir devletin andlaşma ile bağlanma rızasını tespit eder:

- (a) akit devletler arasında teatisi**
- (b) tevdi merciine tevdi edilmeleri; veya**
- (c) akit devletlere veya, kabul edildiyse, tevdi merciine bildirmeleri.**

Şerh:

(1) 1962'de kabul edilen geçici taslakta, özel olarak onay, kabul, tasvip veya katılmanın prosedürü ve hukuki etkileri hakkında hüküm içeren iki madde (15 ve 16. maddeler) bulunmaktaydı. Bu maddelerin on yedinci oturumda tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, aslen tanımlayıcı nitelikteki unsurların elene-

³³ A/5746, Chapter VI, and A/6230, Chapter V.

³⁴ *Yearbook of the International Law Commission, 1965*, vol. I, pp. 113-142.

³⁵ *Yearbook of the International Law Commission, 1962*, vol. II, pp. 168 and 169.

³⁶ 1962 Taslağı, madde: 15 ve 16, ve 1965 Taslağı, madde: 15.

bileceğine, “bir andlaşmanın bir bölümüyle bağlanma rızası” ve “farklılık gösteren hükümlerin seçimi” hakkındaki asli noktaların ayrılarak farklı bir maddenin konusu yapılabileceğine ve bu maddenin onay, kabul, tasvip ve katılma işlemlerini tamamlayan belgelerin teatisi, tevdi edilmesi veya bildirilmesi hakkındaki uluslararası işlemler ile bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanması konusunda sınırlanmasına karar vermiştir.

(2) Bu yüzden bu hüküm, onay vs. belgelerinin akit devletler arasında teati edilmesi, tevdi merciine tevdi edilmesi veya bunların akit devletlere veya tevdi merciine bildirilmesi ile bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanacağını öngörmektedir. Bunlar andlaşmada genellikle belirlenen işlemlerdir, fakat eğer andlaşma özel bir prosedür öngörüyorsa elbette bu geçerli olacaktır bu madde de bunu öngörmektedir.

(3) Önemli olan nokta, andlaşmayla bağlanma rızasının hangi anda açıklanmış ve diğer akit devletler için etkili olduğudur. Belgelerin teati edilmesi durumunda problem yoktur; teatinin gerçekleştiği andır. Belgelerin bir tevdi merciine tevdi edilmesi durumunda ise, belgenin tevdi edilmesi işlemi tevdi eden devletle diğer akit devletler arasındaki hukuki bağı oluşturur mu yoksa sadece diğer devletlere tevdi mercii tarafından bilgi verildiğinde mi hukuki bağ kurulmuş olur şeklindeki sorun ortaya çıkmaktadır. Komisyon tevdi işleminin hukuki bağı kurduğu yönündeki var olan genel kuralın açık olduğuna karar vermiştir. Bazı andlaşmalar mesela Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri hakkındaki Viyana Konvansiyonu, özel olarak belli bir süre geçmedikçe andlaşmanın tevdi eden devlet açısından yürürlüğe girmeyeceğini öngörmüştür. Fakat bu durumlarda bile tevdi işlemiyle hukuki bağı oluşmaktadır. Uygulamada kolaylık sağlanması açısından, görüşmeciler devletlerin bu işlemi özellikle seçmelerinin nedeni andlaşmaya taraf olmanın kurulmasıdır. Tevdi eden devletin andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladığının diğer görüşmeciler devletlerin her birinin haberinin olması için belli bir süre gerektirebilir. Fakat belgenin tevdi edilmesini bağlanma rızasını açıklayacağı taraflar tarafından öngörülmemişse, tevdi işleminin kendisi, andlaşmada başka türlü öngörülmediği sürece, diğer akit devletlerle hukuki bağı kurmaktadır. Bu Uluslararası Adalet Divanı'nın Hindistan Ülkesi Üzerinde Geçiş Hakkı Davasındaki (ilk itiraz)³⁷ görüşüdür ki bu durum Divan Statüsünün 36. maddesinin 2. paragrafında yer alan ihtiyari durumun benzeri olan katılım belgelerinin tevdi edilmesiyle ilgilidir. Eğer bu dava, özel koşullar altında çeşitli problemlerin çıkmasının mümkün olduğunu gösteriyorsa, var olan kural iyi oluşturulmuş gibi görünmektedir. Var olan uygulamaya ve amaç ve konu bakımından andlaşma çeşitlerine bakarak Komis-

³⁷ *I.C.J. Reports 1956*, p. 170.

yon, değişik bir kuralın gerekli olmadığına, fakat bu kuralın değiştirilmesini belirli bir andlaşmanın hükümlerinin ışığı altında görüşmeci devletlere bırakılabileceğine karar vermiştir.

(4) Yukarıdaki (c) paragrafında bahsedilen belgelerin akit devletlere veya tevdi merciine bildirilmesi prosedürünün bugün kullanıldığı durumlar, belgelerin teatisinin basitleştirilmiş şekli ve belgelerin tevdi edilmesinin basitleştirilmiş şeklidir. Eğer kararlaştırılan prosedür, akit devletlere bildirim ise 73. madde uygulanacaktır ve birbirlerine karşı bildirim yapan devletlerin andlaşmayla bağlanmaları sonraki bildirim alınmasıyla gerçekleşecektir. Diğer taraftan, üzerinde anlaşılan prosedür tevdi merciine bildirim ise, buna tevdi merciine tevdi edilmesiyle ilgili görüşler uygulanacaktır; diğer bir deyişle, rıza tevdi merciinin bildirimini almasıyla kurulmuş olacaktır.

**Bir Andlaşmanın Bir Bölümüyle Bağlanma Rızası ve
Farklılık Gösteren Hükümlerin Seçimi
MADDE 14³⁸**

1. 16-20. maddelere hanel gelmemek üzere, bir devletin bir andlaşmanın bir bölümü ile bağlanma rızası ancak andlaşma buna izin verirse veya diğer akit devletler buna rıza gösterirse geçerlidir.

2. Farklı hükümler arasında bir seçim yapmaya izin veren bir andlaşma ile bir devletin bağlanma rızası, ancak rızanın hangi hükümlerle ilgili olduğu açıklığa kavuşturulduysa geçerlidir.

Şerh:

(1) Bu maddenin iki paragrafının içerdiği hükümler, 1962 Taslağının 15. maddesinin 1(b) ve 1(c) paragrafında düzenlenen hükümlerdir. Aynı zamanda, bu hükümler prosedürü tamamlayıcı düzenlemeler olmaktan çok asli hukuki kurallar olarak düzenlenmiştir.

(2) Bazı andlaşmalar, devletlerin bir andlaşmanın bir veya birkaç kısmına rıza göstermelerine veya bazı kısımları rızanın dışında bırakmalarına izin vermektedir ki böylece kısmi onay, kabul, katılma ve tasvip mümkün olmaktadır. Fakat böyle bir hükmün yokluğunda, kural bir andlaşmanın bütün olarak onaylanması, kabul edilmesi, vs.dir. Her ne kadar 16. maddeye göre andlaşmanın belirli maddelerine çekince ileri sürülmesi mümkünse de, andlaşmanın seçilmiş kısımlarının imza edilmesi buna göre mümkün değildir. Buna göre maddenin 1. paragrafı 16 ila 20. maddelerdeki çok taraflı andlaşmalara çekince ile ilgili hü-

³⁸ 1962 Taslağı, madde: 15, paragraflar: 1(6) ve (c), ve 1965 Taslağı, madde: 16.

kümlere halel gelmemek üzere, bir devletin bir andlaşmanın bir bölümü ile bağlanma rızası ancak andlaşma veya diğer akit devletler buna izin verirse geçerli olur hükmünü getirmektedir.

(3) 2. paragraf çok yaygın olmayan fakat mesela Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne dair Genel Senet ve iş hukukuyla ilgili bazı uluslararası konvansiyonlarda yer alan bir uygulamayla ilgilidir. Andlaşma her devlete değişik hükümler arasında seçim yapma hakkı vermektedir. Paragraf böyle bir durumda, bağlanma rızasının, ancak rızanın hangi hükümlerle ilgili olduğunun açıklığa kavuşturulmasıyla geçerli olacağını öngörmektedir.

Yürürlüğe Girmeden Önce Andlaşmanın Konusuna Engel Olmama Yükümü MADDE 15³⁹

Bir devlet, aşağıdaki hallerde bir andlaşmanın konusuna engel olacak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir:

(a) andlaşmanın akdedilmesi için görüşmelere girerken kabul edildiyse, görüşmeler devam ederken;

(b) onaya, kabule veya tasvibe bağlı olarak andlaşmayı imzaladığı zaman, andlaşmayla taraf olmamak niyetini açıklığa kavuşturmuş oluncaya kadar;

(c) andlaşma yürürlüğe girinceye kadar veya bu yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla, andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra.

Şerh:

(1) Onaya bağlı olarak andlaşmayı imzaladığı zaman, bir devletin andlaşmanın konusuna engel olacak hareketlerden kaçınma mecburiyetinin olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Kuşkusuz, Polonya'ya ait Yukarı Selisia'da Almanya'nın Bazı Çıkarları Davası'nda⁴⁰ Uluslararası Daimi Adalet Divanı, onaylanması halinde, imzalayan bir Devletin onaydan önceki dönemde haklarını kötüye kullanmasının, anlaşma konusundaki yükümlülüklerini ihlal edebileceğini kabul etmiş görünmektedir. Komisyon, bu sorumluluğun, bir andlaşmanın akdedilmesi için görüşmelere katılmaya karar verildiği daha önceki bir aşamada başladığına karar vermiştir. Bu öncelikle, bir andlaşmayı bilfiil onaylayan, kabul ve tasvip eden veya katılan devleti andlaşmanın yürürlüğe girinceye kadar geçen sürede de bağlamaktadır.

³⁹ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 17.

⁴⁰ P.C.I.J. (1926), Series A, No. 7, p. 30.

(2) Maddenin (a) paragrafı, amaçlanan bir andlaşmanın akdedilmesi için görüşmelere giren bir devletin, andlaşmanın konusuna engel olacak hareketlerden kaçınma yükümlünün görüşmelerin devam ettiği safhayı kapsayacağını ön-görmektedir.

(3) (b) paragrafı bir devletin bir andlaşmayı onaya, kabule veya tasvibe bağlı olarak imzaladığı durumlarla ilgilidir ve böyle bir devletin andlaşmaya taraf olmama niyetini açıklığa kavuşturuncaya kadar sorumluluğunu düzenlemektedir.

(4) Bir andlaşmayla bağlanma kararını ilan eden bir devletin böyle hareketlerden kaçınma yükümlülüğü, inandırıcılık ve önem verilmesi ile ilgilidir. Çünkü başta çok taraflı andlaşmalar olmak üzere bazı andlaşmaların yürürlüğe girmesinin çok uzun bir süre almasından veya bazen de hiçbir zaman yürürlüğe girmemelerinden dolayı yükümlülük için belli bir süre limiti koymak gerekmektedir. Bu sebeple (c) paragrafı, sorumluluğun “andlaşma yürürlüğe girinceye kadar veya bu yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla” sürecini düzenlemiştir.

KESİM 2 ÇOK TARAFLI ANDLAŞMALARLA ÇEKİNCE KONULMASI

Çekincelerin İleri Sürülmesi MADDE 16⁴¹

Bir devlet bir andlaşmayı imzalarırken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya bir andlaşmaya katılırken aşağıdaki hallerde bir çekinceyi ileri sürebilir:

- (a) andlaşma çekinceyi yasaklamadıkça;**
- (b) andlaşma sadece söz konusu çekinceyi kapsamı dışında bırakan, belirli çekincelerin ileri sürülmesine izin vermedikçe;**
- (c) andlaşmanın çekince hakkında hüküm içermediği durumlarda, çekince andlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşmazlık etmedikçe.**

⁴¹ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 18.

Çekincelerin Kabulü ve Çekincelere İtiraz MADDE 17⁴²

1. Bir andlaşmanın açık olarak veya zımnen izin verdiği bir çekincenin diğer akit devletler tarafından daha sonra herhangi bir şekilde kabulü gerekmez, meğer ki andlaşma aksini öngörmüş olsun.

2. Görüşmeci devletlerin sınırlı sayısından ve bir andlaşmanın konu ve amacından andlaşmanın bütün taraflar arasında bir bütün olarak uygulanmasının her birinin andlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir şartı olduğu anlaşıldığı zaman, bu çekince bütün tarafların kabulünü gerektirir.

3. Bir andlaşma bir uluslararası örgütün bir kurucu belgesi olduğu zaman ve başka türlü öngörmedikçe, bu çekince o örgütün yetkili organının kabulünü gerektirir.

4. Bu maddenin bir önceki paragrafının kapsamına girmeyen durumlarda:

(a) diğer bir akit devletin bir çekinceyi kabul etmesi, çekince ileri süren devleti diğer devlet bakımından, andlaşma yürürlüğe girerse veya girdiği zaman, andlaşmanın bir tarafı yapar;

(b) diğer bir akit devletin bir çekinceye yaptığı bir itiraz, andlaşmanın itiraz eden devletle çekince ileri süren devlet arasında yürürlüğe girmesini engeller, meğer ki aksi bir niyet kati şekilde itiraz eden devlet tarafından açıklanmış olsun.

(c) bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklayan ve bir çekince içeren bir işlemi en azından başka bir akit devlet çekinceyi kabul eder etmez hüküm doğurur.

5. İkinci ve dördüncü paragraflar bakımından bir devletin bundan haberdar edilmesinden sonraki on iki aylık bir dönemin sonuna kadar veya devletin andlaşma ile bağlanma rızasını daha sonraki bir tarihte açıklaması halinde, bu rızasını açıkladığı tarihe kadar, çekinceye hiçbir itirazda bulunmamış olması halinde, o devlet tarafından kabul edilmiş addedilir.

Şerh:

Giriş

(1) 16. ve 17. maddeler, çekince formüle edilirken ilgili diğer devletlerin kabulü veya reddine bağlı olduğundan, hukuki etkileri nedeniyle beraber ince-

⁴² 1962 Taslağı, madde: 19 ve 20, ve 1965 Taslağı, madde: 19.



lenmek zorundadır. İki taraflı bir anlaşmaya çekince konulması problem yaratmamaktadır, çünkü bu, iki devlet arasındaki anlaşmanın terimleriyle ilgili görüşmelerin yeniden açılmasına yönelik bir teklif niteliğindedir. Çekincenin kabul edilmesi veya reddedilmesi konusunda bir anlaşmaya varırlarsa, anlaşma akdedilecektir aksi takdirde akdedilmeyecektir. Fakat ikiden fazla devlet işin içine girince, bir devlet çekinceyi kabul ederken diğeri karşı çıkabildiğinden, problemler ortaya çıkmaktadır ki geniş katımlı çok taraflı anlaşmalar söz konusu olduğunda bu problemler tamamen karışık hale gelmektedir.

(2) Çok taraflı anlaşmalara çekince konusu geçmiş yıllarda çok tartışılmış ve Genel Kurul'un kendisi tarafından birden fazla vesileyle değinilmiş,⁴³ aynı zamanda Komisyon ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından da Soykırım Konvansiyonuyla⁴⁴ ilgili olarak incelenmiştir. Divan, Komisyon ve Genel Kurulda, bu çeşit anlaşmalara konacak çekincelerin geçerliliği konusunda ilgili diğer devletlerin rızalarının kapsamı şeklindeki esas sorun konusunda farklı görüşler ifade edilmiştir.

(3) 1951'de, bir çekincenin geçerli olması için ilgili bütün devletlerin uzlaşması gerektiği yönündeki doktrin, Soykırım Konvansiyonunun belirli koşullarına uygun olmadığı gerekçesiyle Divan üyelerinin çoğunluğu tarafından kabul görmemiş, ayrıca bu geleneksel doktrinin bir hukuk kuralına dönüştürülmediği belirtilmiştir.⁴⁵ Diğer taraftan, dört yargıç bu görüşe katılmamış ve geleneksel doktrinin, örf-adet hukukunun genel olarak kabul görmüş bir kuralı olduğu yönündeki düşüncelerinin gerekçelerini açıklamışlardır. Genel Kurulun sorusuna Divan'ın verdiği cevap şöyledir:

“1. Soru Hakkında:

Bir devletin ileri sürdüğü bir çekinceye taraflardan bir veya birkaçının itiraz etmesi, diğerlerinin etmemesi durumunda, eğer çekince konvansiyonun konu ve amacıyla bağdaşabilir nitelikte ise, o devletin Konvansiyona taraf olduğu düşünülebilir, aksi takdirde konvansiyonun tarafı olduğu düşünülemez.

2. Soru Hakkında:

(a) Konvansiyonun bir tarafı, konu ve amaç bakımından konvansiyonla bağdaşmadığı gerekçesiyle bir çekinceye itiraz ederse, çekince koyan devletin konvansiyona taraf olmayacağı düşünülebilir;

⁴³ Özellikle 1951'de in Soykırım Konvansiyonu ve 1959'da Hindistan'ın IMCO Konvansiyonuna koyduğu çekince ile ilgili olarak.

⁴⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951, p. 15.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 24.

(b) Diğer taraftan, taraf devletlerden biri çekincenin konu ve amaç bakımından konvansiyonla bağdaşacağını kabul ederse, çekince koyan devlet konvansiyonun tarafı olur.

3. Soru Hakkında:

(a) Konvansiyonu henüz onaylamamış bulunan imzacı bir devletin itirazı 1. sorunun cevabında belirtilen hukuki etkiyi ancak onayla gösterebilir. O ana kadar imzacı devletin sonuçta tutunacağı tavrı diğer devlete gösteren bir not olarak kabul edilir.

(b) İmzalamaya veya katılmaya yetkisi olan fakat henüz bunu yapmamış bulunan bir devletin bir çekinceye itirazının herhangi bir hukuki etkisi yoktur.⁴⁶

Divan, Genel Kurulun sorularına bu cevapları verirken bunların sıkı biçimde Soykırım Konvansiyonuyla sınırlı olduğunu vurgulamış ve Soykırım Konvansiyonuna ne tür çekincelerin konulabileceğinin ve bu çekincelere ne gibi itirazların yapılabileceğinin belirlenmesinde çözümün Konvansiyonun özel nitelikteki karakterinde bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Burada bahsedilen karakteristik özellikler arasında şunlar vardır: (a) Bir andlaşma olmasa bile, Konvansiyonda belirlenen prensiplerin - soykırımın kınanması ve cezalandırılması - medeni milletler tarafından hükümetleri bağlayan kurallar olarak kabul edildikleri gerçeği, (b) bu nedenle Konvansiyonun evrensel nitelikteki karakteri ve (c) Akit devletler açısından avantaj ve dezavantajları olsa da, Konvansiyonun tamamen insancıl ve uygarlaştırıcı amacı.

(4) Cevaplar Soykırım Konvansiyonuyla sınırlandırılmış olsa da, Divan aşağıda belirtilen bazı noktalarda genel açıklamalar yapmıştır:

(a) Bir devlet kendi rızası olmadan bir andlaşma ilişkisine sokulamaz ve bir çekince kabulü olmadan bir devlet karşı etkili olmaz.

(b) Görüşmeler sırasında öngörülmüşse, bütün akit taraflar tarafından kabul edilmeyen çekincelerin geçerli olmayacağı yönündeki geleneksel kavramın geçerli olacağı tartışmasızdır.

(c) Bununla birlikte, Soykırım Konvansiyonu gibi geniş katımlı konvansiyon türleri, çok taraflı andlaşmalarla ilgili uluslararası uygulamaya esneklik vermiştir. Çekince koyma yoluna gidilmesiyle, çekince koymaya zımni rıza ve çekinceye bazı devletler itiraz etmişse, kabul eden devletlerle birlikte, çekince koyan devletin konvansiyona taraf olmasına izin verilmeye başlanmıştır.

⁴⁶ *Official Records of the General Assembly, Sixth Session, Supplement No. 9 (A/1858)*, para: 16.

(d) Mevcut uluslararası uygulamalarda, çok taraflı konvansiyonlarda çekinceyle ilgili bir hükmün bulunmaması durumunda, akit devletlerin çekince koymasının yasaklandığı anlaşılmamaktadır. Çekince konulması, bunların geçerliliği ve etkileri konusunda ayrıca hüküm bulunmaması durumunda, bunların belirlenmesi için çok taraflı andlaşmanın karakteri, amacı, hükümleri, hazırlanma ve kabul edilme biçimleri göz önünde bulundurulması gereken faktörlerdir.

(e) Çekincenin, bütün akit devletlerin sarıh veya zımni kabullerine uygun olması gerektiği yönündeki sözleşmenin bütünlüğü prensibi, bir hukuk kuralına dönüştürülmüş gibi görünmemektedir.

(5) Daha sonra 1951’de, Genel Kurul tarafından istenildiği gibi, Komisyon çok taraflı andlaşmalara çekince konulmasıyla ilgili genel bir rapor sunmuştur.⁴⁷ Bu rapor Divan’ın “konvansiyonun konu ve amacına uygunluk” prensibini vurgulamıştır ki bu prensip çok taraflı konvansiyonlara uygulanmak için çok özel olduğundan genel bir uygulama olarak itiraza açıktır. Divan’ın görüşünün özellikle Soykırım Konvansiyonuyla sınırlandırılmış olmasından ve bütün durumlarda tarafları tamamen tatmin edecek bir örnek bir kuralın oluşturulamayacağını fark ettiğinden Komisyon, doktrinin çekince koymak isteyen bir devletin taraf olarak kabul edilmesi için ortak rızanın aranması gerektiği yolundaki fikrini tavsiye olarak bildirmiştir. Aynı zamanda bu kuralın uygulanması için küçük değişikliklerin de yapılabileceğini ileri sürmüştür.

(6) Genel Kurulun altıncı oturumunda, Divan’ın görüşü ve Komisyonun raporu birlikte göz önüne alınmış ve diğer çok taraflı konvansiyonlardan farklı olarak Soykırım Konvansiyonuna konabilecek çekincelerle ilgili olan 598 (VI) no.lu kararı kabul edilmiştir. Genel Kurul, Soykırım Konvansiyonunu göz önüne alarak, Genel Sekreterin, Divan’ının tavsiye niteliğindeki görüşe uymasını ve devletlerin bunu örnek olarak almasını tavsiye etmiştir. Gelecekte Birleşmiş Milletler’in himayesinde oluşturulacak ve Birleşmiş Milletler’in depo mercii olacağı çok taraflı konvansiyonlar için, Genel Sekreterden şunları talep etmiştir: (i) Böyle belgelerin hukuki etkileri hakkında karar vermeden, çekince ve itiraz içeren belgelerin tevdi edilmesinde depo mercii olarak hareket etmeye devam etmesi. (ii) İlgili bütün devletlere çekince ve itirazları içeren belgelerin metinlerini iletme ve bunun sonucunda bunların hukuki etkilerinin belirlenmesini ilgili devlete bırakması. İlerideki konvansiyonlarla ilgili olan karar, kararın kabul edilme tarihi olan 12 Ocak 1952 tarihinden sonra akdedilen konvansiyonlarla sınırlandırılmıştır ki buna göre bu tarihten önceki konvansiyonlara önceki uygulamalar, uygulanmaya devam edecektir. Gelecekteki konvansiyonlara ilişkin olarak, Genel Kurul, Komis-

⁴⁷ *Ibid.*, paras. 12-34.

yonun küçük değişikliklerle mevcut uygulamanın devam ettirilmesi teklifini desteklememiştir. Bunun yerine, Genel Sekreterden, bunlara herhangi bir hukuki sonuç bağlamadan, çekince veya çekincelere itirazları içeren belgelerin alımı ve dolaşımı için bir kanal gibi hareket etmesini istemiştir.

(7) Daha önce de belirtildiği gibi, Genel Kurulun 1951'deki sorun hakkındaki tartışmalarla ilgili olan görüşü bölünmüştür. Devletlerin bir bölümü oybirliği görüşünü desteklerken, bu grubun içinde birleşik rızanın yerine ilgili devletlerin üçte ikilik çoğunluğunun kabulünü destekleyenler vardır. Devletlerin başka bir grubu ise oybirliği görüşüne tamamen ters bakmakta ve çekince ve çekincelere itirazları bireysel olarak her devletin kendi sorunu olarak görülen esnek bir sistemi desteklemektedir. Bunlar böyle bir sistemin azınlıkların durumunu koruyacağını ve konvansiyonlara katılımın genişlemesini mümkün kılacağını savunmuşlardır. Diğer taraftan, karşı fikirdeki grup ise, böyle esnek bir sistemin Pan-Amerikan Birliği gibi homojen gruplar için uygun olsa da, evrensel uygulama için uygun olmayacağından bahsetmiştir. Birleşmiş Milletlerdeki bölünen bu görüşlerin tek somut sonucu, çekincelerin tevdi edilmesiyle ilgili performans hakkında Genel Sekretere verilen direktiflerdir.

(8) 1951'den beri bütün bu sorunlarla ilgili durum bazı açılardan değişmiştir. İlk olarak, 1951'den beri uluslararası topluluk hızla genişlemiştir ki buna göre çok taraflı andlaşmalara katılımcı olan birçok devlet oybirliği kuralını daha az uygulanır hale getirmiştir. İkinci olarak, 12 Ocak 1952 tarihinden beri, mesele son on dört yıl boyunca, Genel Sekreter'in tevdi mercii olduğu çok taraflı andlaşmalarda *de facto* olarak uygulanan sistem "esnek" sisteme yakındır. Genel Kurul'un 12 Ocak 1952 kararından sonra akdedilen andlaşmalarla ilgili olarak Genel Sekreter'in uygulaması şöyle ifade edilebilir:

"Genel Kurul'un çok taraflı andlaşmalara konacak çekincelerle ilgili kararından sonra akdedilen andlaşmalarda çekinceyle ilgili bir hükmün bulunmaması durumunda, Genel Sekreter bu kararın hükümlerine uyar ve ilgili devletlere, bunların hukuki etkileri hakkında karar vermeden onay ve katılma belgeleriyle birlikte çekincenin metnini iletir ve bunların hukuki sonuçlarını belirlemeyi ilgili devletlere bırakır. Yine yorumda bulunmadan, çekinceler hakkındaki görüşleri ilgili devletlere gönderir. Her konvansiyon için, tarihleri belirlemek amacıyla, konulan çekinceleri ve bunun üzerine ilgili devletler tarafından yapılan itirazları gösteren genel bir çizelge tutulur. Bir belgeyi çekinceyle birlikte tevdi eden bir devlet, anlaşmayı yürürlüğe koyması istenen taraflar arasında sayılır."⁴⁸

⁴⁸ *Summary of the Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Agreements (ST/LEG/7)*, para. 80.

Genel Kurul'un kararına uyarak, Genel Sekreter ne çekinceler ne de bunlara yapılan itirazların hukuki etkileri hakkında karar vermektedir ve bunların hukuki sonuçlarını belirlemeyi her ilgili devletin kendisine bırakmaktadır. Fakat oy birliği kuralına birçok devletin muhalefet etmelerini ve bu prensibin "bir hukuk kuralına dönüştüğü" yolundaki görüşü Divan'ın reddetmesini göz önüne alınarak, çekince koyan bir devlet uygulamada, çekinceye itirazlarını belirtmeyen devletlerin çoğunluğu tarafından konvansiyonun bir tarafı olarak kabul edilmektedir.

(9) Başka bir nokta ise, 1959'da çok taraflı anlaşmalara konacak çekinceler konusu Genel Kurul'un önüne tekrar belli bir bağlamda, bir uluslararası örgütün, ismen Hükümetler-Arası Denizcilik Danışma Örgütü'nün (Inter-Governmental Maritime Consultative Organization - IMCO), kurucu belgesiyle ilgili olarak gelmiştir. Hindistan'ın Sözleşmeyi kabul etmedeki beyanı ile ortaya çıkan asıl sorun IMCO'ya gönderilmiş ve hukuki sorular cevaplanmadan çözülmüştür. Fakat Genel Kurul, Genel Sekretere tevdi mercii fonksiyonlarını yerine getirmesi ve bu fonksiyonlarını (aksi bir hüküm içermediği sürece) 12 Ocak 1952'den sonra Birleşmiş Milletlerin himayesi altında akdedilen anlaşmalara genişletmesi yönündeki direktifini tekrarlamıştır.

(10) 1962'deki oturumunda, Komisyon, anlaşmanın kendisinin çekinceyle ilgili hükümler içermesi durumunda, sorunun anlaşmanın şartları tarafından halledildiği fikrine katılmıştır. Anlaşmanın şartları tarafından açıkça veya zımnen yasaklanan çekinceler kabul edilmezken açıkça veya zımnen izin verilen çekinceler kendiliğinden geçerlidir. Problem sadece anlaşmanın çekince konusunda tamamen sessiz kaldığı durumlarla ilgilidir ve burada Komisyon, Divan'ın anlaşmanın konu ve amacına uygunluk prensibinin, çok taraflı anlaşmalara çekince konulması ve bunlara itiraz edilmesinde uygulanabileceğine karar vermiştir. Güçlük, prensibin hangi yöntemle uygulanacağı sorununda ve özellikle bir mahkeme veya anlaşmanın yorumunu yapmaya yetkili bir organın bulunmaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Komisyon, küçük bir grup devlet arasında imzalanan anlaşmada, aksi bir hüküm yoksa, çekincenin kabulü konusunda oybirliğiyle anlaşmanın sağlanması gerektiğini ve asıl sorunun çekinceyle ilgili hüküm içermeyen çok taraflı anlaşmalarla ilgili olduğunu kabul etmiştir. Bu sorun hakkındaki Komisyonun görüşü de Divanda ve Genel Kurulda olduğu gibi bölünmüştür.

(11) Komisyonun bazı üyeleri, çok taraflı anlaşmalara konacak çekincelerin etkili olabilmesi için ilgili diğer devletlerin en azından belli bir oranda ortak kabullerinin gerekli olduğunu düşünmüşlerdir. Bunlar, çok taraflı bir anlaşmanın konusuyla bağdaşmayan bir çekince koyan devletin, bir veya bir-

kaç devlet taraf olarak kabul etti diye andlaşmaya taraf olarak kabul edilemeyeceğini düşünmüşlerdir. Örnek olarak da bir andlaşmanın veya görüşmelerde elde edilen bir uzlaşmanın temelini yıkan çekinceleri vermişlerdir. Çekincelere itiraz edilmesi konusunda yapılan bir yanlışlık sonucunda ortaya çıkan zımnî rıza durumu çok taraflı andlaşmalarda sıkça karşılaşılan bir durumdur ve böyle bir kurala göre, itiraz edilebilecek çekinceler ileri süren bir devletin, belli sayıda devlet karşısında kendini andlaşmanın tarafı olarak görmesi mümkündür. Buna göre, bu üyeler, ilgili devletlerin belli bir oranının (mesela üçte biri) bir çekinceye itiraz etmesi durumunda, çekince koyan devletin çekincesini geri çekmediği sürece andlaşmaya taraf olmasının engelleneceği yönündeki bir kuralı savunmuşlardır.

(12) Komisyon, Konvansiyonun bütünlüğünün devam ettirilmesi yönündeki tartışmalara önem verse de Konvansiyona geniş katılımın sağlanması için çekincelerin andlaşmanın bütünlüğüne etkisi açısından olduğundan fazla değer verilmemesi gerektiğini düşünmüştür. Andlaşmanın kendisi, sağlanması gereken ortak uzlaşma konusundaki esas çözümü katılımcı devletlere bırakmıştır. Çekincelerin büyük çoğunluğu, bir takım nedenler dolayısıyla bazı devletlerin kabul etmedikleri belli bir noktayla ilgilidir ve bunun andlaşmanın bütünlüğü üzerindeki etkisi minimum seviyededir ve bu durum eğer sadece birkaç devlet tarafından yapılmışsa andlaşmanın nispeten önemli hükümleri açısından da geçerlidir. Kısaca, sadece oldukça önemli türdeki çekincelerin konulmasıyla andlaşmanın bütünlüğü etkilenebilecektir. Şüphesiz ki, bunun gerçekleşmesi mümkündür, fakat bu durumda bile andlaşmanın kendisi bu konudaki uzlaşmayı diğer taraf devletlere bırakabilir. Andlaşmanın hem etkililiğini hem de bütünlüğünü kesinleştirmek için gerekli olan şey ise andlaşmanın önemli kısımlarını kabul eden yeterli sayıda devletin andlaşmaya taraf olmasıdır. Komisyon, 1951'de Amerikan Devletleri Konferansında kabul edilen konvansiyonların tarihçesinde, itiraz etmeyen devletlerin yanında taraf olmaya itirazı içeren bir çekinceyi ileri süren bir devlete izin vermekle evrensellik ilkesini temin veya teşvik eden bir yaklaşımı inandırıcı bulmamıştır.⁴⁹ Bununla birlikte, çekince koyma yetkisinin bulunması, bir devletin bir andlaşmayla bağlanmak için gerekli işlemleri yapmasını kolaylaştırmakta dolayısıyla andlaşmaların uygulanmasında evrenselliği büyük ölçüde ilerletmektedir. Üstelik genel çok taraflı andlaşmalar konusunda hiç de az olmayan sayıda devletin, bin andlaşmaya taraf olabilmesi ancak bir veya birkaç çekince koymasıyla mümkün olabilmektedir. Bu devletler, çekincelerine itiraz edilmesi durumunda, çekincelerini geri çekmek yerine andlaşmanın dışında kalmayı tercih edeceklerdir. Fakat farklı kültü-

⁴⁹ *Official Records of the General Assembly, Sixth Session, Supplement No. 9 (A/1858), para. 22.*

rel, ekonomik ve politik yapıdaki yüzden fazla devletin katılımı durumunda, genel çok taraflı anlaşmalara katılımın artırılması için, bir veya birkaç devletin itirazıyla, çekince koyan bir devletin anlaşmaya taraf olamaması riskinin engellenmesi gerekmektedir. Üstelik görüşmeci devletlerin, çok taraflı anlaşmalara taraf olabilmek için zorunlu olarak yapması gerekenleri sonuçlandıramaması uluslararası hukukun anlaşmalar aracılığıyla gelişmesi için çekince koyan devletlerin taraf olarak anlaşmalara serbest bir şekilde girişleriyle bu tip anlaşmaların bütünlüğünün aşırı bir şekilde zayıflatılması olasılığından daha büyük bir engel olarak görünmektedir. Komisyon aynı zamanda içinde bulunan geleneksel kavramların değişimi ve bunlarla mücadele döneminde uluslararası bir anlaşmada her ne olursa olsun ortak bir hükmün olası en geniş kabulünü destekleyen hükmün uluslararası topluluğun acil ihtiyaçlarına en çok uyan şek olduğunu da dikkate almıştır.

(13) Komisyonu etkileyen bir başka görüş ise iyi oluşturulmuş iki kural tarafından devletlerin önemli ihtiyaçlarının büyük ölçüde korunmuş olmasıdır.

(a) Bir çekinceye kabul edilebilir itirazlarını belirten bir devletin, kendisi ile çekince koyan devlet arasında anlaşmanın yürürlüğe konulmaması konusunda yetkili olması.

(b) Bir devletin koyduğu çekinceyi kabul eden bir devlet, bunun yanında, ilk devletin çekincesiyle kendisini muaf tuttuğu sorumlulukların kendisine uygulanmasını istemesi durumunda buna itiraz edebilir.

Gerçekten de, yukarıda belirtilen kuralların amacı olan, çekince koyan ve koymayan devletler arasındaki eşitlik uygulamada tam değildir. Çünkü çekince ileri sürmeyen bir devlet, çekince ileri sürmeyen diğer devletlere karşı olan sorumluluğundan dolayı, çekince ileri süren devletin kendisini muaf tuttuğu hükümleri de içerecek bir şekilde anlaşmanın tümüyle bağlı olduğunu düşünebilir. Buna göre, çekince ileri süren devlet, çekince ileri sürmeyen devlet bu hükümlere uyacağı garantisini vermişken, anlaşmanın aynı hükümlerinden muaf olabilir. Bununla birlikte, normal olarak, çekince ileri süren devlet anlaşmanın tamamen dışında kalsa bile, çekince ileri sürmek isteyen bir devlet diğerleri gibi çekince ileri sürmeyen devletin, diğer devletlere karşı olan sorumlulukları nedeniyle anlaşmanın hükümlerine uymakla zorunlu olacağı garantisine sahip olacaktır. Çekince koyarak kendisini bir ölçüde de olsa anlaşmanın rejimiyle bağlayacaktır. Bu yüzden, çekince koyan bir devletin çekincesi nedeniyle sınırlı temellerle taraf olmasından dolayı çekince koymayan bir devletin durumu daha zahmetli hale gelmeyecektir. Çekincenin ilgili olduğu hükümler ile anlaşmanın diğer hükümleri arasında sıkı bir ilişkinin olduğu durumlarda bile, çekince koymayan devlet, çekince ileri süren devlet ile birlikte anlaşmaya taraf olmaya

hazır değilse, çekince koymayan devlet, çekinceye itiraz ederek kendisi ve çekince koyan devlet arasında andlaşmanın yürürlüğe girmesini engelleyebilir. Böylece önemli olarak görünün nokta, diğer devletlerin çekinceye itiraz edeceğini bildiği durumlarda, çekince ileri süren devletin andlaşmaya kendi rızası ile taraf olmayacağı durumdur. Ve buna göre, belli hükümlerin bütünlüğünün devamına çok önem veren bir devletin, andlaşmanın hazırlanması aşamasında, çekincelerin yasaklanmasına yönelik hükümlerin andlaşmaya eklenmesini istemesi beklenebilir.

(14) Komisyon 1962’de, genel çok taraflı andlaşmalar durumunda, her devletin bireysel olarak çekinceyi kabul ettiği ve iki devlet arasındaki ilişkiler bakımından çekince koyan devletin andlaşmanın tarafı olarak kabul edildiği esnek sistem taraftarı görüşleri, ilgili diğer devletlerin belli bir oranda kabulüyle çekince koyan devletin taraf olarak kabul edildiği birlik sistemini sürdürmek yönündeki görüşlerden üstün tutmuştur. Komisyon bu karara vararak aynı zamanda, birlik kuralının devam ettiği küçük bir grup devlet arasında yapılan andlaşmalar dışında, çok taraflı andlaşmaların çeşitleri arasında bir ayırım yapmanın gereksiz olduğuna da karar vermiştir.

(15) Hükümetler, Komisyonun hedeflediği maddeleri eleştirirken, çok taraflı andlaşmalara konacak çekinceler hakkında bir çözüm olarak oluşturulan, 1962 Taslağının somutlaştırılmış esnek sistemi destekler görünmüşlerdir. Buna göre on yedinci oturumunda, Komisyon kendisini 1962’de kabul edilen geçici maddeleri, Hükümetlerin detaylar hakkındaki yorumlarına göre gözden geçirmekle sınırlandırmıştır.⁵⁰

(16)1962 Taslağını, çok taraflı andlaşmalara konacak çekincelerle ilgili olarak şu beş maddeyi içermektedir: “Çekincelerin ileri sürülmesi” (madde 18), “Çekincelerin kabulü ve çekincelere itiraz” (madde 19), “Çekincelerin hukuki etkisi” (madde 20), “Çekincelerin uygulanması” (madde 21), “Çekincelerin geri alınması” (madde 22). Sözü edilen son iki madde, taslakta değişiklikler yapılırken 1962’deki haliyle kalmıştır. (şimdiki 19 ve 20. maddeler) Diğer üç madde çeşitli yeni düzenlemelere tabi tutulmuştur. Önceki 18. ve 19. maddelerde bulunan çekincelerin ileri sürülmesi, kabul edilmesi ve çekincelere itiraz edilmesi konusundaki prosedürlerle ilgili olan yönleri ayrılarak şimdiki 18. maddeye yerleştirilmiştir. Şimdi 16. madde bağımsız olarak sadece çekincelerin ileri sürülmesi ile ilgili hükümleri ihtiva ederken, önceki 19. ve 20. maddelerde bulunan çekincelerin kabulü ve çekincelere itiraz konuları 17. maddede bir araya

⁵⁰ Komisyon ayrıca Genel Sekreter’den bir rapor almıştır: *Depositary Practice in Relation to Reservations (A/5687)*.

getirilmiştir. Buna göre, Nihai Taslakta da sözü edilen değişikliklerle birlikte çekinceler hakkında beş hüküm içermektedir. Yorumların geri kalanında bahsedilecek olan çok taraflı andlaşmalara konacak çekincelerle ilgili olan rejimin temelleri, aşağıda 16. ve 17. maddelerde açıklanmıştır.

16. Maddenin Şerhi:

(17) Bu genel hüküm, çekince koymaya izin verilen üç istisnai durumu düzenlemektedir. Bunlardan ilk ikisi andlaşmanın kendisinin açıkça veya zımnen çekinceye izin verdiği durumlarla ilgilidir. Üçüncü durum ise andlaşmanın çekince konusunda hüküm içermediği fakat belirli bir çekincenin andlaşmanın konu ve amacıyla bağdaşmaz nitelikte olduğu durumlarla ilgilidir. Kısaca, madde, Divan'ın andlaşmada öngörülmeven çekincelerle ilgili genel kural niteliğindeki kriterini kabul etmiştir. (a) ve (b) paragrafındaki belirsiz terimlerle ifade edilen çekincenin açıkça veya zımnen yasaklandığı durumlarda madde açıktır. Diğer taraftan, (c) paragrafında bulunan çekincenin makullüğü, diğer akit devletlerin çekincenin kabul edilebilirliğini değerlendirmelerine bağlı olan bir konudur ve bu yüzden bu madde 17. maddede bulunan çekincelerin kabulü ve çekincelere itiraz konusuyla beraber incelenmek zorundadır.

17. Maddenin Şerhi:

(18) Bu maddenin 1. paragrafı, çekincelere andlaşma tarafından açıkça veya zımnen izin verilen durumları kapsamaktadır yani diğer bir ifadeyle diğer akit devletlerin rızası andlaşmada verilmiştir. Bu yüzden çekincenin ayrıca kabulüne gerek yoktur.

(19) Daha önce 14. maddenin şerhinde belirtildiği gibi, 2. paragraf, çok taraflı andlaşmalara konacak çekinceler için esnek bir sistem oluşturulması açısından, çok sayıda devlet ile sınırlı sayıda devlet arasında akdedilen andlaşmalar arasında bir ayırım yapmaktadır. 1962 metni “küçük bir grup arasında akdedilen andlaşmalar”ı o sistemin dışında tutmuştur. Hükümetler, “küçük bir grup devlet” vurgusunun, esnek sistemin genel kurallarından hariç tutulmak için yeterli nitelikte bir ölçüt oluşturup oluşturamayacağını sorgulamışlardır. Bu yüzden Komisyon, bu noktayı tekrar incelemiş ve ölçütte sınırlı sayıda devletin önemli olduğu zamanlarda önemli olan noktanın, andlaşmanın bütün taraflar arasında tamamen uygulanması yönündeki niyet olduğuna karar vermiştir. Buna göre, Komisyonun bu kural için amaçladığı şekle göre, görüşmeci devletlerin sınırlı sayısından ve bir andlaşmanın konu ve amacından andlaşmanın bütün taraflar arasında bir bütün olarak uygulanmasının her birinin andlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir şartı olduğu anlaşıldığı zaman, bu çekince bütün tarafların kabulünü gerektirir.

(20) 3. paragraf, bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olan andlaşmalar için özel bir kuralı düzenlemekte ve aksi andlaşmada öngörülmedikçe çekincenin o örgütün yetkili organının kabulünü gerektireceğini söylemektedir. Bu konu birkaç kez gündeme gelmiş ve Genel Sekreter, Hükümetler-Arası Denizcilik Danışma Örgütü (IMCO) Konvansiyonuna konacak çekinceleri ele aldığı 1959'daki raporunda, yetkili organın, söz konusu sözleşmeyi yorumlayacak bir otorite olduğu ve onun kararlarına saygı duyulacağı belirtilmiştir.⁵¹ Komisyonun görüşüne göre, söz konusu bir uluslararası örgütün kurucu andlaşması olduğunda, andlaşmanın bütünlüğü görüşü diğer görüşlere göre ağırlık kazanmaktadır ve bu konuda ne kadar esnek davranılabileceğine karar verecek olan örgütün üyelerinden oluşan yetkili organdır. Komisyon şimdiki 4. maddede belirtilen genel kuralla konunun kısmen kapsanabileceğini de belirtmiştir. Fakat uluslararası bir örgütün kurallarının bu konuya değinmemesi ihtimaline karşılık da bu maddenin korunmasına karar vermiştir.

(21) 4. paragraf, yukarıdaki paragrafların kapsamına girmeyen çok taraflı uluslararası andlaşmalarla ilgili olan durumlarda geçerli olmak üzere, esnek sistemle ilgili üç ana kuralı içermektedir. (a) paragrafı, diğer bir akit devletin bir çekinceyi kabul etmesi, çekince ileri süren devleti diğer devlet bakımından, andlaşma yürürlüğe girerse veya girdiği zaman, andlaşmanın bir tarafı yapar hükmünü getirmektedir. Diğer taraftan (b) paragrafı ise, itiraz eden devlet tarafından aksi açıklanmadıkça, diğer bir akit devletin bir çekinceye yaptığı bir itirazın, andlaşmanın itiraz eden devletle çekince ileri süren devlet arasında yürürlüğe girmesini engelleyeceğini düzenlemektedir. Her ne kadar çekincelere itiraz normal olarak, çekince kapsamında andlaşmanın yürürlüğe girmesinin reddi anlamına gelmekteyse de, bazen çekince koyan ve itiraz eden devletler arasında yürürlüğe girmesinin engellenmesi niyeti olmadan, ilke veya politika nedenleriyle çekincelere itiraz edilebilmektedir. (c) paragrafı ise, bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklayan ve bir çekince içeren bir işleminin, en azından başka bir akit devlet çekinceyi kabul eder etmez hüküm doğuracağı hükmünü getirmektedir. Bu hüküm, çekince koyan bir devletin, bir andlaşmayla ne zaman bağlı hale geldiğinin belirlenmesi açısından önemlidir.

(22) 4. paragrafta bulunan kurallar, andlaşmalara katılımı ilgili her taraf devletin diğer taraflarla karşı karşıya taraf olmak zorunda olmadığı bir sistem kurmaktadır. Sonuçta, çekince koyan bir devlet, X devletine karşı andlaşmanın tarafı olurken, X ve Y devletleri kendi aralarında andlaşmanın tarafı olsalar bile, Y devletine karşı andlaşmanın tarafı olmayabilir. Fakat geniş katılımlı bir

⁵¹ *Official Records of the General Assembly, Fourteenth Session, Annexes, agenda item 65, document A/4235.*

andlaşmanın akdedilmesi durumunda, Komisyon, Y devletine itirazıyla, andlaşmanın çekinceyi kabul eden devletle çekince koyan devlet arasında yürürlüğe girmesini engelleme yetkisi vermenin tercih edilebileceğine karar vermiştir.

(23) 5. paragraf, 2. ve 4. paragraflarda bulunan çekincenin kabul edilmesi ve çekinceye itiraz edilmesi ile ilgili kuralları bütünler nitelikte olan, (mesela, çekinceye açıkça veya zımnen izin verilmemiş olan veya uluslararası bir örgütün kurucu belgesinin olmadığı durumlarda) itirazın olmaması halinde bunun zımni bir rıza olarak kabul edileceği belli bazı durumları düzenlemiştir. Madde, bir devletin çekinceden haberdar edilmesinden sonraki on iki aylık bir dönemin sonuna kadar veya devletin andlaşma ile bağlanma rızasını daha sonraki bir tarihte açıklaması halinde, bu rızasını açıkladığı tarihe kadar, çekinceye hiçbir itirazda bulunmamış olması halinde, çekincenin o devlet tarafından kabul edilmiş sayılacağını düzenlemektedir. İtirazın bulunmaması durumunda çekincenin zımnen kabul edilmiş sayılacağı yönündeki prensip devlet uygulamasına şüphesiz, Divan'ın Soykırım Konvansiyonuna Konacak Çekinceler Davasında bahsettiği uluslararası uygulamada var olan çekincelere zımni rızaya müsamahayla girmiştir. Üstelik üç aylık ve bazı durumlarda altı aylık bir dönem sonunda rızanın var olduğunu sayan özel bir hüküm bazı modern andlaşmalarda bulunması gerekirken,⁵² bazı andlaşmalar aynı sonucu üç aylık bir limit koyarak elde etmişlerdir.⁵³ Yine 1959'da, Amerikan Hukukçular Konseyi,⁵⁴ kendisine bir çekince iletilen bir devlet, bir yıllık süre içinde her hangi bir cevap verilmediyse, o devletin çekinceye herhangi bir itirazının olmadığını kabul edilmesini önermiştir.

Çekincelerle İlgili Usul MADDE 18⁵⁵

1. Bir çekincenin, bir çekincenin açık bir şekilde kabulünün ve bir çekinceye yapılan bir itirazın, yazılı şekilde yapılması ve andlaşmaya taraf olmaya yetkili olan devletlere bildirilmesi gerekir.

2. Andlaşmayı onaya, kabule veya tasvibe tabi olarak imzalandığı zaman veya metnin kabul edildiği zaman ileri sürülmüşse, bir çekincenin onu ileri süren devlet tarafından andlaşma ile bağlanma rızasını açıkladığı za-

⁵² Örneğin *Ticari Örneklerin ve Reklam Malzemelerinin İthalatını Kolaylaştırmak için Uluslararası Sözleşme*, 1952 (90 gün); ve *Kalpazanlığın Önlenmesi hakkında Uluslararası Sözleşme*, 1929 (6 ay).

⁵³ Örneğin *Kayıp Şahısların Ölüm Bildirgesi Hakkında Sözleşme*, 1950, *Evli Kadınların Uyraklığı hakkında Sözleşme*, 1957 (ikisi de 90 gün).

⁵⁴ Final Act of the Fourth Meeting of the Inter-American Council of Jurists, p. 29; A/CN.4/124, *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, vol. II, p. 133.

⁵⁵ 1962 Taslağı, madde: 18 ve 19, ve 1965 Taslağı, madde: 20.

man teyit edilmelidir. Böyle bir durumda, çekince teyit edildiği tarihte ileri sürülmüş addedilecektir.

3. Bir çekincenin teyit edilmesinden önce ona yapılan bir itirazın kendisi teyit edilmeyi gerektirmez.

Şerh:

(1) Bu madde, daha önce 1962 Taslağının 18. ve 19. maddelerinde düzenlenmiş bulunan, çekincelerin ileri sürülmesi, kabulü ve çekincelere itiraz konularında prosedürle ilgili hükümleri gözden geçirilmiş ve kısaltılmış bir şekilde tekrar düzenlemektedir.

(2) 1. paragraf sadece, bir çekincenin, bir çekincenin açık bir şekilde kabulünün ve bir çekinceye yapılan bir itirazın, yazılı şekilde yapılması gerektiğini ve bunun andlaşmaya taraf olmaya yetkili olan devletlere bildirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Kabul durumunda kural açık kabullerle sınırlandırılmıştır, çünkü önceki maddenin 5. paragrafında belirtildiği gibi zımni rıza çekincelerin kabulü konusunda geniş bir yer almaktadır.

(3) Uygulamada çekinceler, andlaşmaların akdedilmesinin çeşitli aşamalarında düzenlenmektedir. Böylece, hiç de seyrek olmayan bir biçimde çekinceler görüşmeler sırasında belirtilebilmekte ve bu anda kaydedilmektedir. Bazen böyle çekince beyanlarına, sonradan resmi şekildeki çekinceler gibi güvenilmektedir. Bunun yanında Komisyon, çekince koyma niyetinin açık ve kesin olarak belirlenmesi için, ilgili devletin andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya katılırken, beyanını yinelemesinin gerekli olduğuna karar vermiştir. Buna göre, hazırlık aşamalarında ifade edilen bir çekince beyanı, 16. maddede düzenlenen çekince ileri sürme metotlarından biri değildir ve bu yüzden bu maddede bundan bahsedilmemiştir.

(4) 2. paragraf, daha sonraki bir aşamada, onaya, kabule veya tasvibe tabi olarak imzalandığı zaman ileri sürülen çekincelerle ilgilidir. Komisyon, burada yine, andlaşmayla kesin olarak bağlanırken ilgili devletin çekince konusunda herhangi bir şüphe bırakmaması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre madde, eğer devam ettirmek istiyorsa, devletin çekincesini teyit etmesi gerektiğini düzenlemiştir. Aynı zamanda, 17. maddenin 5. paragrafının yürürlüğü açısından, bu durumlarda çekincenin teyit edildiği zaman ileri sürülmüş sayılacağını öngörmüştür.

(5) Diğer taraftan Komisyon, bir çekincenin teyit edilmesinden önce ona yapılan itirazın da teyit edilmesinin gerekli olmadığını düşünmüştür ve bu yüzden 3. paragraf böyle bir durumda itirazın teyit edilmesinin gerekmediğini açıklamaktadır.

Çekincelerin Hukuki Etkisi MADDE 19⁵⁶

1. 16, 17 ve 18. maddelere uygun şekilde diğer bir taraf bakımından tesis edilen bir çekince:

(a) çekince ileri süren devlet, çekincenin ilgili olduğu andlaşma hükümlerini çekince ölçüsünde değiştirir, ve

(b) diğer tarafın çekince ileri süren devletle ilişkilerinde, bu hükümleri aynı ölçüde değiştirir.

2. Çekince, andlaşmanın diğer taraflarının kendi aralarındaki ilişkilerde andlaşma hükümlerini değiştirmez.

3. Bir çekinceye itiraz eden bir devlet andlaşmanın kendisiyle çekince ileri süren devlet arasında yürürlüğe girmesini kabul ettiği zaman, çekincenin ilgili olduğu hükümler iki devlet arasında çekince ölçüsünde uygulanmaz.

Şerh:

(1) Bu maddenin 1. ve 2. paragrafı, andlaşmanın yürürlükte olduğunu farz ederek 16, 17. ve 18. hükümler altında, bir çekincenin hukuki etkilerini düzenleyen kuralları içermektedir. Tartışma konusu olmayacak gibi görünen bu kurallar, doğrudan, bir andlaşmanın tarafları arasındaki ilişkilerinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bir çekince, çekince ileri süren devlet ile diğer devlet arasındaki andlaşma hükümlerinden doğan karşılıklı hak ve borçları çekince kapsamında değiştirir. Fakat bunu kendi aralarındaki andlaşmanın terimi olarak kabul etmediklerinden, çekince andlaşmanın diğer taraflarının kendi aralarındaki ilişkiler bakımından andlaşmayı değiştirmez.

(1) Maddenin 3. paragrafı, 17. maddenin 4. paragrafında tasarlanan, çekinceye itiraz eden bir devletin, çekince koyan devlet ile kendi arasında andlaşmanın yürürlüğe girmesini kabul ettiği özel durum ile ilgilidir. Komisyon, bazı hükümetlerin ileri sürdüğü, böyle durumlarda iki devlet arasındaki ilişkilerde andlaşmanın çekince kapsamında uygulanmaması ve bu şekildeki bir imkânın bütünlük amacıyla gerekli olduğu yönündeki görüşleri doğru bulmuştur. Paragrafta tanımlanan böyle bir kuraldır.

⁵⁶ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 21.

Çekincelerin Geri Alınması MADDE 20⁵⁷

1. Andlaşma başka türlü öngörmedikçe, bir çekince her zaman geri alınabilir, ve çekinceyi kabul etmiş olan bir devletin rızası geri alma için gerekli değildir.

2. Andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya başka türlü mutabık kalınmadıysa, çekincenin geri alınması, diğer tarafların bildirim almalarından sonra hüküm doğurur.

Şerh:

(1) Bazen, diğer devlet tarafından kabul edilen bir çekincenin, diğerinin rızası olmadan geri alınamayacağı ve bir çekincenin kabul edilmesiyle iki taraf arasında diğerinin de rızası olmadan değiştirilemeyecek bir ilişkinin doğduğu iddia edilmiştir. Fakat Komisyon, andlaşmada aksi öngörülmedikçe, tercih edilecek kuralın çekinceyi geri çekerek, çekince koyan devletin kendi durumunu andlaşmanın hükümlerine tam olarak uygun hale getirmede serbest olduğu yönündeki kural olduğuna karar vermiştir. Komisyonun görüşüne göre, çekincelerin geri çekilmesi konusunda bir hüküm andlaşmaya konulmamışsa, bir andlaşmanın taraflarının çekince koyan bir devletin çekincesini geri almasını isteyeceklerini farz etmiştir. Maddenin 1. paragrafı buna göre genel kuralı düzenlemektedir.

(2) Çekince, çekince koyan devletin andlaşmanın hükümlerinden ayrılması olduğundan, çekincenin geri alındığının diğer taraflara bildirilmesi görevinin çekincesini geri alan devlete yüklenmesi gerekir ki diğer devletler, çekincenin geri alındığını bilmediklerinden dolayı çekincenin ilgili olduğu hükümlere aykırı davranışlarda bulunmasınlar. Bu yüzden 2. paragraf, andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya başka türlü mutabık kalınmadıysa, çekincenin geri alınması, diğer tarafların bildirim almalarından sonra hüküm doğurur hükmünü getirmektedir. Komisyon, çekincenin geri alındığının bildirildiği notun diğer devlet tarafından alındığında kendi iç hukuklarında gerekli değişiklikleri yapmak için bazı andlaşma çeşitlerinde kısa bir sürenin gerekli olacağını anlamıştır. Fakat Komisyon, genelde çekincenin geri alınmasının belirli bir anda geçerli olmasının istenen bir durum olmasından dolayı, bunun genel bir kural olarak ifade edilmesini gereksiz bulmuştur. Komisyon, bunun andlaşmanın özel hükümlerinin düzenlemesine bırakılmasını düşünmüştür. Komisyon aynı zamanda, böyle bir hükmün yokluğunda bile, diğer bir devletin, bir çekincenin geri alınmasıyla

⁵⁷ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 22.



değişen durumu kendi iç hukukunda etkili kılmak için kısa bir süre talep etmesi durumunda, çekince koyan devletin kendi çekincesinin oluşturduğu durumdan yakınmasının iyi niyet kuralına aykırı olacağına karar vermiştir.

KESİM 3 ANDLAŞMALARIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

Yürürlüğe Girme MADDE 21⁵⁸

1. Bir andlaşma, kendisinin öngördüğü veya görüşmeci devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girer.

2. Böyle bir hüküm veya mutabakat yoksa, andlaşma bütün görüşmeci devletler için andlaşma ile bağlanma rızası tespit edilir edilmez yürürlüğe girer.

3. Andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra bir devletin bağlanma rızasını açıklaması halinde, andlaşma aksini öngörmedikçe, o devlet bakımından andlaşmayla bağlanma rızasının açıklandığı tarihte yürürlüğe girer.

Şerh:

(1) Bu maddenin metni, 1962’de geçici olarak kabul edilen metinden biraz daha ayrıntılıdır. Bunun sebebi, bu metinde onay, kabul vs. belgelerinin değiş tokuş edilmesi veya depo merciine tevdi edilmesi için andlaşmada bir tarihin belirlendiği durumlarda bunun aynı zamanda o andlaşmanın yürürlüğe girme tarihi olarak da saptanmış olabileceğinin anlaşılmasıdır. Buna göre andlaşmada yürürlüğe gireceği tarih belirlenmemişse, 1962 metninin 2. paragrafı, onay, kabul, tasvip ve imzalamaya tarihlerinin yürürlüğe girme tarihi olacağını düzenlemiştir. Her ne kadar bu madde hükümetlerin itirazıyla karşılaşmamışsa da, Komisyon bu maddeyi metinden çıkarmaya karar vermiştir. Komisyon, görüşmeci devletlerin her durumda onay, belgelerin tevdi edilmesi veya imzaların atılması gibi tarihlerin yürürlüğe girme tarihi olarak belirlenmesinin isteyeceklerinden kuşku duymuştur. Buna göre, varsayımlarla böyle tarihlerin belirlenmesinin çok ileri gitmek olacağını düşünmüştür.

(2) Maddenin 1. paragrafı, bir andlaşma, kendisinin öngördüğü veya görüşmeci devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girer şeklindeki temel kuralı düzenlemektedir. Komisyon, belgelerin teatisi veya tevdi edilmesi veya imzaların tamamlanması için kesin bir tarihin ve bu tarihin de yürürlüğe girme tarihi olarak belirlendiği durumlarda, bunu “kendisinin öngördüğü tarzda ve tarihte” şeklinde ifade etmiştir.

⁵⁸ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 23.

(3) 2. paragraf, böyle bir hüküm veya mutabakat yoksa, andlaşma bütün görüşmeci devletler için andlaşma ile bağlanma rızası tespit edilir edilmez yürürlüğe girer hükmünü getirmektedir. Bu, Komisyonun var olan uygulamaya uygun olacağını ve maddede düzenlenebileceğini düşündüğü tek genel varsayımdır.

(4) 3. paragraf üzerinde hiçbir tartışmanın olmayacağını düşünüldüğü, andlaşmanın aksini öngörmediği sürece, bir andlaşma yürürlüğe girdikten sonra andlaşmaya taraf olan devlet için o andlaşmanın, bağlanma rızasının açıklandığı tarihte yürürlüğe gireceği şeklindeki kuralı içermektedir. “O devlet için yürürlüğe girer” deyimini uygulamada bu bağlamda anlamlandırılmakta⁵⁹ ve basitçe yürürlükte olan bir andlaşmaya o devletin taraf olduğu anı belirtmektedir.

(5) Bu maddenin bildirimler ve yazışmalarla ilgili olan 73. maddeyle birlikte tekrar gözden geçirilmesi sırasında, Komisyon, özellikle çok taraflı andlaşmalar için bağlanma rızasının açıklanması ile andlaşmanın yürürlüğe girmesi arasında kısa bir sürenin bulunması yönündeki eğilimlerin arttığını gözlemlemiştir. Örneğin, Deniz Hukuku Konusunda Cenevre ve Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri hakkındaki Viyana Konvansiyonu andlaşmanın bu iki safhası arasında otuz günlük bir zaman dilimi belirlemiştir. Fakat andlaşmaların çeşitliliği ve bunların farklı koşullar altında akdediliyor olması Komisyonun, böyle bir zamanı genel kural olarak belirlemesini engellemiş ve böyle bir zamanın belirlenmesi, eğer gerekli görüyorlarsa, görüşmeci devletlere bırakılmıştır. Komisyonun görüşüne göre, andlaşmada aksi belirtilmediği sürece, var olan kural hiç şüphesiz gerekli olan izinlerin açıklandığı anda yürürlüğe girmesidir.

Geçici Olarak Yürürlüğe Girme MADDE 22⁶⁰

1. Bir andlaşma:

(a) andlaşmanın kendisi geçici olarak yürürlüğe girebileceğini öngörüyorsa, görüşmeci devletlerin onayı, kabulü, tasvibi veya katılımına kadar; veya

(b) görüşmeci devletler başka bir tarzda böyle mutabık kalırlarsa, geçici olarak yürürlüğe girer.

2. Aynı kural, bir andlaşmanın bir bölümünün geçici olarak yürürlüğe girmesinde de uygulanır.

⁵⁹ Örneğin *Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri ve Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmeleri*.

⁶⁰ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 24.



Şerh:

(1) Bu madde bazı aralıklarla uygulanmakta olan bir konuyla ilgilidir ve bunu taslak maddelerine sokmaktadır. Andlaşmanın ilgili olduğu konuların aciliyetinden veya başka sebeplerden ilgili devletler, kendi yetkili otoritelerinden gerekli onay veya kabulü alıncaya kadar andlaşmanın geçici olarak yürürlüğe girmesini isteyebilmektedirler. Bu durumlarda andlaşmanın geçici olarak yürürlüğe girmesinin, andlaşmanın üstünlüğünden dolayı mı yoksa ikinci bir andlaşmaya bağlı olarak mı gerçekleştiği düşünülebilir. Fakat her iki tarzında hukuki etkiye sahip olduğu ve andlaşmayı geçicilik temelinde yürürlüğe soktuğu tartışılmazdır.

(2) Aynı etkinin yaratılması için başka bir alternatif ise, andlaşmaya böyle bir hüküm koymadan, başka bir protokol, mektup teatisi veya başka bir tarzda andlaşmanın geçici olarak yürürlüğe gireceği hakkında anlaşmalarıdır. Maddenin 1. paragrafı bunun için iki olasılık öngörmektedir.

(3) Günümüzde hiç de az olmayan bir uygulama, acil ihtiyaçları karşılamak veya andlaşmanın tamamının yürürlüğe konması için gerekli hazırlıkları yapmak için, andlaşmanın bir kısmının geçici olarak yürürlüğe konmasıdır. Andlaşmanın tümünün geçici olarak yürürlüğe girmesi ile ilgili hususlar burada da geçerlidir. Buna göre, maddenin 2. paragrafı andlaşmanın bir kısmının geçici olarak yürürlüğe girmesine de uygulanır.

(4) 1962'de geçici olarak kabul edilen metin, geçici olarak yürürlüğe giren bir andlaşmanın uygulanmasının sona ermesi ile ilgili bir hüküm içermekteydi. Maddenin tekrar incelenmesi sırasında, hükümetlerin de yorumları ışığı altında, Komisyon bu konunun tarafların anlaşmasına ve andlaşmaların sona ermesiyle ilgili hükümlerin düzenlemesine bırakılmasına karar vermiştir.

KISIM III
ANDLAŞMALARA RİAYET, ANDLAŞMALARIN
UYGULANMASI VE YORUMU

KESİM 1
ANDLAŞMALARA RİAYET

Ahde Vefa (Pacta Sund Servanda)
MADDE 23⁶¹

Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir.

Şerh:

(1) *Pacta sund servanda*, - yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir- kuralı andlaşmalar hukukunun geleneksel bir kuralıdır. Bu kuralın önemi, Birleşmiş Milletler Şartının önsözünde saygın bir yere konularak belirtilmiştir. Şartın 2. maddesinin 2. paragrafına göre üyeler, bu andlaşma gereğince üzerlerine aldıkları görevleri iyi niyetle yerine getireceklerdir.

(2) İyi niyet ilkesinin ahde vefa kuralının önemli bir bölümü olduğu fikrinde olan uluslararası mahkemelerde pek çok yetkili vardır. Buna göre, Algeciras Akdinin 95 ve 96. maddelerine göre Fas'taki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşlarının Hakları Davası'nda (27 Ağustos 1954)⁶² çeşitli değerlendirmeler yapılırken Divan şunları söylemiştir: “Değerlendirme yapma yetkisi geleneksel otoritelere aittir, fakat bunun iyi niyetle yapılması gerekmektedir.” Benzer bir şekilde, Uluslararası Daimi Adalet Divanı da, azınlıklara karşı ayırım yapılmasını yasaklayan kuralları uygularken, hukukta olduğu kadar gerçekte de ayırımın bulunmadığının garanti edilmesi için, maddenin harfi harfine uygulanması sorumluluğundan kaçınılmaması gerekmektedir. Bu konuya dair çeşitli örnekler⁶³ ihtiyari yargılamalarda da bulunmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, Ghent Andlaşması ile Amerika Birleşik Devletleri'ne çeşitli düzenlemeler yapma yetkisi bahşeden Kanada'nın sularında Büyük Britanya'nın balıkçılıkla ilgili düzenleme yapma yetkisi ile ilgili olan Kuzey Atlantik Kıyısı Balıkçılık Tahkimi'nde Hakem Heyeti şunları söylemiştir: “Büyük Britanya'nın düzenleme

⁶¹ 1964 Taslağı, madde: 55.

⁶² *I.C.J. Reports 1952*, p. 212.

⁶³ Örneğin: *Danzig Bölgesinde Polonya Vatandaşlarının ve Polonyalı Kökenli Diğer İnsanların Davranışı veya Konuşması*, P.C.M. (1932), Series A/B, No. 44, p. 28; *Arnavutluk'taki Azınlık Okulları*, P.C.I.J. (1935), Series A/B, No. 64, pp. 19-20.

yapmadaki egemenlik haklarını kullanmasının sınırlanması sonucunu doğuran Andlaşmanın sorumluluk yükleyen bir ilişki yaratması halinde bu düzenlemele-
rin iyi niyetle yapılması gerekmektedir.”⁶⁴

(3) Buna göre, madde “yürürlükteki bir andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir” hükmünü getirmektedir. Bazı üyeler “yürürlükteki” teriminin çeşitli yorumlara neden olabileceğinden dolayı, bunun maddenin kesin ifadesini bozabileceğinden kuşkulandırmışlardır. Diğer üyeler ise, bu kelimelerin kuralın bir ögesine vurgu yaptığını ve taslak maddelerin diğer hükümleriyle beraber incelendiğinde mantıksal olarak bunları içermesi gerektiğini belirtmişlerdir. Komisyon andlaşmaların yürürlüğe girmesi, geçici olarak yürürlüğe girmesi, andlaşmaların yürürlüğe girmesinden önce görüşmeciler devletlerin sorumlulukları, andlaşmaların geçersizliği ve sona ermesi konularında pek çok hüküm koymuştur. Bu nedenle, taslak yapma bakış açısına göre, ahde vefa ilkesinin uygulanacağı andlaşmalar yürürlükte olan andlaşmalardır. “Yürürlükte olan” terimi tabii ki 21. maddeye göre kesin olarak yürürlüğe giren andlaşmalar kadar, 22. maddeye göre geçici olarak yürürlüğe giren andlaşmaları da kapsamaktadır.

(4) Bazı üyeler, andlaşmanın konu ve amacına engel olacak hareketlerden kaçınma yükümünün de burada düzenlenmesinin bazı avantajlarının olacağını düşünmüşlerdir. Fakat Komisyon burada sadece sorumlulukların iyi niyetle yerine getirilmesi ve ahde vefa ilkesinin düzenlenmesinin tercih edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

(5) Komisyon ahde vefa ilkesi ile ilgili bu kuralın taslak maddelerinin şu andaki yerine mi yoksa özel önemini belirtmek için maddelerin başına mı konulması gerektiğini tartışmıştır. 1. bölümün giriş niteliğindeki karakteri göz önüne alınca, bu maddenin başlangıca alınmasının uygun olmayacağına karar vermiştir. Diğer taraftan, andlaşmaların yüklediği sorumlulukları iyi niyetle yerine getirilmesi ilkesinin, andlaşmalar hukuku konusundaki bu konvansiyonun tümünü kapsadığı da doğrudur. İyi niyet ilkesi uluslararası ilişkilerin tümüne uygulanmaktadır, fakat bu konunun andlaşmalar hukukunda özel bir yeri vardır, bu nedenle de andlaşmaların yorumu hakkındaki 27. maddede bu konuya tekrara değinilmiştir. Komisyon, bu ilkenin önemini vurgulanması için, şartın önsözünde olduğu gibi, Konvansiyonun önsözünde de *pacta sunt servanda* ilkesine yer verilebileceğini düşünmüştür.

⁶⁴ (1910) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, p. 188. Hakem heyeti ayrıca “uluslararası hukukun andlaşma yükümlülüklerinin iyi niyetle yerine getirilmesi gerektiği ilkesine” de açıkça atıfta bulunmuştur.

KESİM 2 ANDLAŞMALARIN UYGULANMASI

Andlaşmaların Geriye Yürümezliği MADDE 24⁶⁵

Andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe, andlaşma hükümleri, andlaşmanın bir taraf bakımından yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen herhangi bir hareketle veya vakiyla veya ortadan kalkan herhangi bir durumla ilgili olarak, o tarafı bağlamaz.

Şerh:

(1) Eğer uygun olduğunu düşünüyorlarsa, tarafların, bir andlaşmanın veya bunun bir kısmının hükümlerinin geçmişe etkili olacağını kararlaştırmalarına herhangi bir engel yoktur. Fakat genel kural, andlaşmada böyle bir hüküm yoksa veya andlaşmanın terimlerinden böyle bir şey anlaşılmıyorsa, andlaşmanın geriye yürümezliğidir. Uluslararası Adalet Divanı tarafından da, Yunan Hükümetinin 1926'da akdettiği bir andlaşmaya göre, 1922 ve 1923'te vuku bulan olaylardan dolayı bazı taleplere karşı çıktığı Ambatielos Davasında (İlk İtiraz)⁶⁶ bu kural desteklenmiş ve uygulanmıştır. Uyuşmazlığın, andlaşmanın geriye yürümezliği ilkesine aykırı olduğunu kabul eden Hükümet, 1922 ve 1923'te oluşan olaylara taraflar arasında 1926'da akdedilen andlaşmayla benzer hükümler taşıyan ve o zamana kadar yürürlükte olan 1886'da akdedilmiş bulunan bir andlaşmanın uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Divan, bu davayı reddederken şunları söylemiştir: "Bu tezinin kabul edilmesi, 1926 Andlaşmasının 29. maddesinin geriye etkili olması sonucunu doğuracaktır ki andlaşmanın 32. maddesine göre de bu andlaşma onayla birlikte yürürlüğe girecektir. Andlaşmanın geriye etkili olması istenseydi andlaşmada böyle bir hüküm bulunurdu. Mevcut durumda böyle bir hüküm veya kayıt bulunmamaktadır. Bu yüzden, andlaşmanın önceden de etkili olduğunu kabul etmek imkânsızdır."

Böyle özel bir hükmün veya kaydın bulunduğu andlaşmalara en güzel örneklerden biri, geriye etkili yorumun bulunduğu Mavrommatis Filistin Ayrıcalıkları Davası'dır.⁶⁷ Birleşik Krallık, dava konusu olayın Lozan Andlaşmasının XII. Protokolünden önce oluştuğunu ileri sürerek Divan'ın yargı yetkisine itiraz etmiştir. Fakat Divan şunları söylemiştir:

⁶⁵ 1964 Taslağı, madde: 56.

⁶⁶ *I.C.J. Reports 1952*, p. 40.

⁶⁷ *P.C.I.J. (1924) Series A, No. 2*, p. 34.



“XII. Protokol, protokolün akdedilmesinden önceki Osmanlı yönetimi tarafından garanti edilen bazı ayrıcalıkların taraflar arasında tanınması ve uygulanması ile ilgili durumları düzenlemek amacıyla akdedilmiştir. Bu sebeple, XII. Protokolün özelliği, kendisinden önceki hukuki durumlara uygulanacak olmasıdır. Eğer Protokolün içinde böyle bir hüküm bulunmasaydı, belgenin yürürlüğe girmesinde önceki ihlallere karşı hakların korunması açısından, hakların korunmasının en gerekli olduğu zaman için, Protokol etkisiz kalacaktı. Divan bu yüzden Protokolün, hangi tarihte olursa olsun, hakların ihlaline karşı garanti oluşturduğuna karar vermiştir.”

(2) Bu konu, taraflar arasındaki özel nitelikteki anlaşmazlık kategorileri veya anlaşmazlıklar hakkındaki uluslararası mahkemelere itaat konusunda birkaç kez uluslararası mahkemelerin önüne gelmiştir. Filistin Ayrıcalıkları Davasında, Daimi Divan şunları söylemiştir:

“Divan, şüphenin bulunduğu durumlarda, bir uluslararası anlaşmadan kaynaklanan yargılama hakkı, anlaşmanın kurulmasından itibaren ortaya çıkan anlaşmazlıkların tümünü kapsar... Birçok tahkim andlaşmasında bulunan, andlaşmanın akdedilmesinden önceki anlaşmazlıkları kapsar nitelikteki kayıt da, yargılama yetkisinin açıkça sınırlanması gerektiğini ve bu nedenle, yorumda ifade edilen kuralın doğruluğunu belirtmektedir.”⁶⁸

Bu andlaşmanın geriye yürümesi anlamına gelmemektedir, çünkü anlaşmazlık kelimesi kullanılarak, herhangi bir ayırım yapmadan, tarafların anlaşmanın yürürlükte olduğu zaman var olan anlaşmazlıklar konusunda yargı yetkisini kabul ettikleri farz edilecektir. Diğer taraftan, uygulamayı tam olarak güvence altına almak için andlaşma hükümleri içine yargı yetkisiyle ilgili de bir hüküm konulmuşsa, andlaşmanın geriye yürümezliği ilkesi de bu kapsamda uygulanacaktır. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce meydana geldiği iddia edilen insan hakları ihlallerinin Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme'ye göre değerlendirilmesinin doğru olmayacağını düşünmüştür.⁶⁹

⁶⁸ *Ibid.*, p. 35; Bkz: the *Phosphates in Morocco Case*, *P.C.I.J.* (1938) Series A/B, No. 74, p. 24. Uluslararası mahkemelerin yargı yetkisini zaman bakımından sınırlandıran çeşitli kayıtlar zorluklara yol açabilmektedir; ancak Daimi Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı'nı bu konuda oldukça kapsamlı içtihat geliştirmiştir. Bu konu, belirli andlaşma hükümlerinin uygulanması ile ilgili olması bakımından Divan'ın yargı yetkisi ile ilgilidir ve Komisyon, genel andlaşmalar hukuku bağlamında ayrıntılı inceleme yapılmasına gerek görmemiştir.

⁶⁹ Bkz: *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, (1955-57) pp. 153-159; *ibid.* (1958-59) pp. 214, 376, 382, 407, 412, 492-494; *ibid.* (1960) pp. 222, 280, 444; ve *ibid.* (1961) pp. 128, 132-145, 240, 325.

(3) Andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce oluşmaya başlayan bir eylem veya durum andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra da devam ederse, andlaşma hükümlerinin kapsamına girecektir. Andlaşmanın, daha önce başlamış olsa bile, andlaşmanın yürürlükte bulunduğu zaman devam eden konulara uygulanması, andlaşmanın geriye yürümezliği ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Buna göre Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kendini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin akdedilmesinden önceki yasama, yürütme ve yargı işlemlerinin bu Sözleşme'ye uygunluğunu araştırmakta yetkili görmemişse de, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra oluşan veya tekrarlanan işlemlere yargı yetkisini kullanmıştır.⁷⁰

(4) Buna göre madde, andlaşmadan aksi anlaşılmıyorsa, andlaşmanın hükümlerinin, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce oluşmuş fakat andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce sona ermiş bulunan eylemlere veya olaylara uygulanmayacağını düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile andlaşma, yürürlüğe girmesinden önce bitmiş olaylara veya eylemlere veya sona ermiş durumlara uygulanmayacaktır. “Andlaşmada aksi belirtilmedikçe” ifadesinin yerine “andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe” ifadesinin kullanılmasının nedeni, andlaşmanın geriye yürütülmesi niyetinin sadece andlaşmaya konacak özel hükümlerle değil, andlaşmanın tümünden çıkarılabileceği durumları da kapsamaktır.

(5) Komisyon, andlaşmanın yürürlüğünün durdurulmasından sonra meydana gelen eylem, olay veya durumlarla ilgili bir kural konulup konulmaması konusunu tekrar görüşmüştür. Açıkça, andlaşma, andlaşmanın yürürlükte olduğu zaman oluşmuş eylem, olay ve durumların hukuki etkilerini belirlemede bazı etkilere sahip olmaya devam etmektedir. Fakat Komisyon, bu konunun andlaşmaların sona ermesinin sonuçlarıyla ilgili olan 66. ve 67. madde, 2. paragrafa dâhil olduğuna karar vermiştir. Buna göre Komisyon bu maddeyi sadece geriye yürümezlik ilkesiyle sınırlandırmaya karar vermiştir.

Andlaşmaların Ülkede Uygulanması MADDE 25⁷¹

Andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe, andlaşma her bir tarafın bütün ülkesinde uygulanır.

⁷⁰ De Becker Davası için bkz: *Yearbook of the European Convention of Human Rights* (1958-59), pp. 230-235; Başvuru No: 655/59; *Yearbook of the European Convention of Human Rights* (1960), p. 284.

⁷¹ 1964 Taslağı, madde: 57.



Şerh:

(1) Bazı andlaşma çeşitleri, konuları nedeniyle alışılmış anlayışa göre ülkesel uygulamadan etkilenmesi zordur. Fakat andlaşmaların çoğu ülkede uygulanır ve ülkesellikten tam olarak neyin amaçlandığı sorusu akla gelebilir. Bazı durumlarda andlaşmanın belli bir ülke veya bölgeye uygulanacağı yönünde hükümler bulunmaktadır. 21 Ekim 1920 tarihli Norveç'in Spitzbergen Üzerindeki Egemenliğinin Tanınması Hakkındaki Andlaşma⁷² ve 1 Aralık 1959 tarihli Antarktika Andlaşması⁷³ bu andlaşmalara örnektir. Diğer durumlarda, andlaşmada hükümlerinin belli bölgelere uygulanacağı belirtilir. Birleşik Krallık'ın yaptığı bir takım andlaşmalar sadece Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda'ya uygulanırken Kanal Adalarına ve Man Adası'na uygulanmaz.⁷⁴ Yine ülkesinde serbest bölgesi bulunan ülkeler, bu bölgenin bazı ticari andlaşmaların haricinde tutulmasına gerek duyabilirler. Bir diğer örnek ise halkın karışık halde olmasından ortaya çıkan problemler, mesela resmi işlemlerde kullanılacak dil ile ilgili düzenleme getiren sınır andlaşmalarıdır. Diğer taraftan ülkesellik ilkesinin uygulanabileceği suçluların iadesi veya hükümlerin infazı andlaşmaları gibi andlaşmalar ülkeyle ilgili herhangi bir düzenleme veya sınırlama getirmemektedir.

(2) Komisyon, andlaşmanın ülkesellik gayesinin tarafların niyetlerine dayandığına ve andlaşmanın bu konuda herhangi bir hüküm getirmediği durumlarda uygulanmak üzere sadece bu maddede genel bir kuralın konulması gerektiğine karar vermiştir. Devletlerin uygulaması, uluslararası mahkemelerin kararları ve hukukçuların yazıları, andlaşmadan aksi anlaşılmadığı sürece andlaşmanın tarafların bütün ülkesine uygulanacağı görüşünü desteklemektedir.⁷⁵ Buna göre bu maddede formüle edilen bu kuraldır.

(3) “Her bir tarafın bütün ülkesi” terimi devletin ülkesini oluşturan toprak parçası, tâbi karasuları ve hava ülkesini kapsayacak nitelikte çok yönlü bir terim olarak kullanılmıştır. Komisyon bu terimi, bazı çok taraflı andlaşmalarda görülen “tarafların uluslararası alanda sorumlu oldukları ülke veya ülkeler” terimine

⁷² League of Nations, *Treaty Series*, vol. II, p. 8.

⁷³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 402, p. 71.

⁷⁴ Örneğin, *Büyük Britanya Hükümeti ile Kuzey İrlanda Hükümeti ile SSCB'nin Bilimsel, Teknolojik, Eğitimsel ve Sosyal Alanlardaki İlişkilerle İlgili Anlaşması 1963-65 (United Kingdom Treaty Series No. 42 of 1963)*; 1961 tarihli Avusturya ile Büyük Britanya arasındaki Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Sözleşme, Büyük Britanya'nın İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda'dan oluştuğunu belirtmiştir. (*United Kingdom Treaty Series No. 70 of 1962*).

⁷⁵ *Summary of the Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Agreements (ST/LEG/7)*, paras. 102-103; *Succession of States in relation to General Multilateral Treaties of which the Secretary-General is Depositary (A/CN.4/150)*, paras. 73, 74 and 138. *Yearbook of the International Law Commission, 1962*, vol. II, pp. 115, 123.

tercih etmiştir. Bununla, “sömürge kaydı” olarak adlandırılan terimin çağrışımının yapılmasını önlemek istemiştir. Komisyon, modern bir andlaşmalar hukuku konvansiyonu oluşturulmasındaki görevinin, andlaşmanın ülkeye uygulanması ile ilgili genel kuralın düzenlenmesi olduğuna karar vermiştir.

(4) Bir hükümet, farklı özerk bölgelerden oluşan bir devletin, andlaşmanın ülkenin hangi bölümlerine uygulanacağını deklare etme yetkisinin bulunduğu maddeye ikinci bir paragraf olarak eklenmesini istemiştir. Bu amaca göre, bu deklarasyon bir çekince olarak değil, andlaşmayla bağlanma rızasının devletin bazı bölgeleri için sınırlandırılmasıydı. Komisyon böyle bir maddenin çözebileceğinden fazla probleme neden olabileceğine karar vermiştir. Aynı zamanda, metinde kullanılan “andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe” teriminin tüm hukuki ihtiyaçları kapsayacak nitelikte bir esnekliği sağladığına da karar vermiştir.

(5) Bazı hükümetler, andlaşmanın uygulanmasını sadece tarafların ülkesiyle sınırlandırıldığı yönünde bir yanlış anlayışa neden olabileceği için bu maddenin hatalı olduğunu belirtmişlerdir. Bunlar maddede, andlaşmanın ülke dışında uygulanmasından da bahsedilecek şekilde tekrar düzenlenmesini istemişlerdir. Komisyon, 1964’te kabul edilen geçici taslakta olduğu gibi, maddenin başlığının yer bakımından andlaşmaların uygulanması konusunun tümünü kapsama niyetinde olduğunun belli olduğuna ve hükümetlerce belirtilen nitelikteki sınırlayıcı hükümlerin yanlış anlamaları arttıracığına karar vermiştir. Diğer taraftan, andlaşmaların ülke dışında uygulanmasıyla ilgili bir maddenin de taslağa konulması teklifinin, hükümetlerin önerilerinin de bu konuda yetersiz kalması nedeniyle, devletlerin ülke dışı yetkileri konusunda çeşitli problemlere yol açabileceğini düşünmüştür. Komisyon, maddenin amacının andlaşmaların ülkeye uygulanması hakkındaki sınırlı konuyu düzenlemek olduğuna ve tercih edilmesi gereken çözümün, başlığın ve metnin düzenlenmesinin kuralın doğasına uygun olarak yapılması olduğuna karar vermiştir. Komisyonun görüşüne göre andlaşmaların ülke dışı uygulanması hakkındaki bir kural tarafların niyetine veya tarafların olduğu farz edilen niyetlerine göre düzenlenemez ve ülke dışı uygulamanın hassas dengelerini bu maddede düzenlemeye çalışmak uygunsuz olur.

(6) Komisyonunda andlaşmaların ülkesellik amacının devletlerin halefiyeti konusundan etkilenip etkilenmeyeceği sorunu tartışılmıştır. Komisyon, bu konudan bahsedilmemesine ve 39. maddenin 5. paragrafının şerhinde açıklandığı gibi bu konuyu genel bir hükümde belirtmeye karar vermiştir (madde 69).

Aynı Konu Hakkında Birbirini Takip Eden Andlaşmaların Uygulanması
MADDE 26⁷⁶

1. Birleşmiş Milletler Şartının 103. maddesi saklı kalmak üzere, aynı konuyla ilgili olarak artarda yapılan andlaşmaların tarafları olan devletlerin hakları ve yükümlülükleri, aşağıdaki paragrafa uygun şekilde tespit edilecektir:

2. Bir andlaşma, bir önceki veya sonraki andlaşmanın hükümlerine tabi olduğunu veya onlarla bağdaşmaz addedilemeyeceğini belirttiği zaman, o diğer andlaşmanın hükümleri üstündür.

3. Daha önceki bir andlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki andlaşmaya da taraf olduğu fakat önceki andlaşma 56. maddeye sona erdirilmediği veya yürürlüğü askıya alınmadığı zaman, daha önceki andlaşma sadece hükümlerinin sonraki andlaşmayla bağdaşması ölçüsünde uygulanır.

4. Sonraki andlaşmanın tarafları önceki andlaşmanın taraflarının tamamını kapsamadığı zaman:

(a) her ikisine taraf olanlar arasında üçüncü paragrafta yer alan aynı kural uygulanır.

(b) her iki andlaşmaya taraf olan bir devletle sadece önceki andlaşmaya taraf olan bir devlet arasında, önceki andlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir.

(c) her iki andlaşmaya taraf olan bir devletle sadece sonraki andlaşmaya taraf olan bir devlet arasında, sonraki andlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir.

5. Dördüncü paragraf hükümleri, 37. maddeye veya 57. maddeye göre bir andlaşmanın sona erdirilmesi ile veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili herhangi bir meseleye veya bir devletin başka bir devlete karşı, başka bir andlaşma gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşmayan bir andlaşmanın yapılması veya uygulanması sebebiyle bir devlet için doğabilecek herhangi bir sorumluluk meselesine hanel getirmez.

Şerh:

(1) 1964'te geçici olarak kabul edilen bu maddenin metninde düzenlenen kurallar, birbiriyle bağdaşmaz hükümler içeren andlaşmaların uygulanması ile ilgilidir. Maddenin tekrar incelenmesi sırasında Komisyon bağdaşmazlık duru-

⁷⁶ 1964 Taslağı, madde: 63.

munun olduğu durumlarda bu kuralların belli bir önemi olsa da, aynı konuda birbirini izleyen andlaşmaların uygulanması ile ilgili daha genel kuralların konulabileceğini düşünmüştür. Komisyon, kuralların bu şekilde ifade edilmesinin bir avantajının, başka bir devletle başka bir andlaşmaya göre alınan sorumluluklara paragraf 4(c)'ye göre müdahale edilmesi riskinin önlenmesi olacağını düşünmüştür. Bu nedenle, 1964 metnindeki maddenin asıl anlamı aynı kalırken anlatım biçimi belirtilen tarzda değiştirilmiştir.

(2) Andlaşmalar da sıkça görülen bir durum, andlaşmanın ilgili olduğu konuyla ilgili başka bir andlaşma veya andlaşmanın hükümleri arasındaki ilişkiye bir düzenleme getiren kaydın bulunmasıdır. Bu kayıt bazen önceki bir andlaşmayla, bazen ilerideki bir andlaşmayla bazen de önceki ve sonraki herhangi bir andlaşmayla ilgili olabilmektedir. Hükümün içeriği ne olursa olsun, aynı konuda birbirini izleyen andlaşmalardan hangisinin önce uygulanacağını belirlenmesi için bu hükümün göz önüne alınması gerekmektedir.

(3) Böyle üstün kayıtlar arasında örnek olarak “Birleşmiş Milletler üyelerinin bu Andlaşmadan doğan vecibeleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan vecibelerinin çatışması halinde Andlaşma vecibeleri üstün gelecektir” hükmünü getiren Birleşmiş Milletler Şartının 103. maddesi gösterilebilir. Bu maddeye göre Birleşmiş Milletler üyesi olan bir devlet ile üye olmayan bir devlet arasında ilişki tam olarak belirlenmeyebilir. Fakat modern uluslararası hukukta Birleşmiş Milletler Şartının önemli bir yeri olmasından ve Birleşmiş Milletlerin üye devletlerinin milletler topluluğunun geniş bir kısmını oluşturmasından dolayı Komisyon, Şartın 103. maddesine özel bir yer verilmesinin ve bu maddede bahsedilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple, 103. maddenin yorumuna veya Birleşmiş Milletlerin yetkili organlarınınca uygulanması konularına girmeden, üyelerin andlaşmadan kaynaklanan sorumlulukları karşısında 103. maddenin üstünlüğü konusunu belirtmeye karar vermiştir. Buna göre 1. paragraf, tarafların birbirini takip eden andlaşmalardan doğan sorumlulukları arasındaki ilişkiyi Şartın 103. maddesine göre düzenlemektedir.

(4) 2. paragraf, taraflar arasında yürürlükte olan andlaşmalarla diğer andlaşma hükümleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bu kayıtların çoğu, 3. ve 4. paragraflarda belirtilen kuralların doğrulanmasından başka bir şey değildir. İki taraflı andlaşmalarla hükümlerine ilave yapma yetkisi veren Konsolosluk İlişkileri hakkındaki 1963 Viyana Konvansiyonunun⁷⁷ 73. maddesinin 2. paragrafı gibi diğer andlaşmalar ise, sadece genel konvansiyonun hükümlerine aykırı olmayan iki taraflı andlaşmaları kabul etmektedir. Bu kayıtların bazı çe-

⁷⁷ Birleşmiş Milletler Konsolosluk İlişkileri Konferansı, *Official Records*, vol. II, p. 187.

şitleri, genel kuralın uygulanmasını etkilediğinden, bunlara özel olarak dikkat edilmesi gerekmektedir. Mesela bazı andlaşmalarda taraflar, ya belirtilen diğer bir andlaşmanın hükümleriyle o andlaşmanın bağdaşmaz nitelikte olmadığını ya da o andlaşmadan doğan sorumlulukların etkilenmeyeceğini bildirmektedirler. Eski tarihli pek çok andlaşma,⁷⁸ Cemiyet Misakının yüklediği sorumluluklara aykırı her hangi bir sorumluluk yüklemeyeceğini şart koşturmakta ve bugün buna benzer bir kayıt Şartın üstünlüğü konusunda ilgili olarak bazı andlaşmalarda bulunmaktadır.⁷⁹ Diğer örnekler ise, Edebi ve Sanatsal Eserlerin Korunması hakkında Bern Konvansiyonunun hükümlerini etkilemek niyetinin reddedildiği 1952 Evrensel Telif Hakkı Konvansiyonunun⁸⁰ XVII. maddesi; var olan andlaşmaları etkileme niyetini reddeden Açık Denizler hakkında 1958 Cenevre Konvansiyonunun⁸¹ 30. maddesi ve Konsolosluk İlişkileri hakkında Viyana Konvansiyonunun 73. maddesidir. Taraf devletlerin üçüncü devletlerle akdettiği var olan andlaşmalarla ilgili böyle kayıtlar, sadece *pacta tertiis non nocent* genel kuralını doğrulamaktadır. Fakat böyle hükümler bazı durumlarda bu kuralın ötesine geçerek, her iki andlaşmaya da taraf olan devletler için bu andlaşmalar arasında önceliği belirleyebilmekte ve taraf devletin ileride üçüncü devletlerle akdedeceği andlaşmalarla ilgili olabilmektedir. Bunlar bağdaşmazlık olduğu durumlarda diğer andlaşmaya öncelik verir görünmektedir. Buna göre 2. paragraf, bir andlaşma, bir önceki veya sonraki andlaşmanın hükümlerine tabi olduğunu veya onlarla bağdaşmaz addedilemeyeceğini belirttiği zaman, o diğer andlaşmanın hükümleri üstündür hükmünü getirmektedir.

(5) Diğer taraftan, 103. madde hariç, andlaşmalardaki diğer bir andlaşmaya karşı üstünlük veren kayıtlar, önceki veya sonraki tarihte olursa olsun, maddenin 3. ve 4. paragraflarında öncelikle ilgili genel kuralların uygulanmasını değiştirmemektedirler.

(6) Sadece geçmişle ilgili olan böyle kayıtlardan bir çeşidi, aynı konudaki andlaşmalardan sonrakine öncelik verendir. Önceki andlaşmayla sonraki andlaşmanın taraflarının aynı olması durumunda, bu çeşit kayıtlar zorluğa neden olmamaktadır. 56. maddenin şerhinde belirtildiği gibi, önceki andlaşmanın tarafları, o konuda yeni bir andlaşma yaparak, her zaman andlaşmanın tamamını

⁷⁸ Örneğin bkz: 1921 tarihli Uluslararası Öne Sahip Ulaşım Elverişli Su Yollarının Rejimi Hakkında Sözleşme'nin 16. maddesi (League of Nations, *Treaty Series*, vol. VII, p. 61); ve İyi Mesai ve Arabuluculuk hakkında Pan-Amerikan Andlaşması'nın 4. maddesi (League of Nations, *Treaty Series*, vol. CLXXXVIII, p. 82).

⁷⁹ Örneğin Amerikalılar Arası Yardım Andlaşması'nın 10. maddesi (United Nations, *Treaty Series*, vol. 21, p. 101).

⁸⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 216, p. 148.

⁸¹ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı, *Official Records*, vol. II, p. 138.

veya bir kısmını yürürlükten kaldırma hakkına sahiptir. Böyle olunca, birinci andlaşmayla bağdaşmayan ikinci bir andlaşma yaptıklarında, tarafların birinci andlaşmaya son vermek istedikleri veya aksi bir niyet anlaşılmadıkça, bağdaşmayan hükümler kapsamında değiştirmek istedikleri farz edilir. Buna göre, ikinci andlaşmanın önceliğini bildiren kayıtlar, aksi bir niyetin yokluğunu doğrulamaktadır. Diğer taraftan, önceki bir andlaşma üstünde önceliğin bulunduğu na dair kayıt içeren ikinci andlaşmanın tarafları, ilk andlaşmanın taraflarının tümünü içermediği zaman, *pacta tertiis non nocent* kuralı hükmün hukuki etkisini sınırlandırmaktadır. Sonraki andlaşma, kendisine taraf olmayan bir devleti ilk andlaşmadan doğan haklarından mahrum bırakamaz. Gerçekten bazı tarafların andlaşma kapsamındaki haklarından diğer tarafları, bu haklarıyla bağdaşmayan kendi aralarında ilerideki andlaşmayla, mahrum etme çabası önceki andlaşmanın bir ihlalini oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu nitelikteki kayıtlar, sonraki andlaşmanın tarafı olan devletlere etkilerini sınırlayacak nitelikte oluşturulmaktadır. Örneğin 25 Mayıs 1962 Nükleer Gemi Operatörlerinin Sorumluluğu hakkındaki Konvansiyonun XIV. maddesi şu hükmü getirmektedir:

“Bu Konvansiyon, imzaya açıldığı tarihte yürürlükte olan veya imza, onay veya katılmaya açık bulunan bir uluslararası konvansiyonun yerini diğer konvansiyonla bağdaşmaz nitelikte olduğu zaman alır, fakat taraf devletlerin taraf olmayan devletlere karşı böyle konvansiyonlardan doğan sorumlulukları bu maddeden hiçbir şekilde etkilenmez.”⁸²

Benzer şekilde, daha önceki andlaşmaları tadil eden birçok andlaşma daha önceki andlaşmanın hepsinin veya bir bölümünün yerine geçmektedir, fakat aynı zamanda andlaşmaya taraf olan devletlere tadil araçlarının uygulanmasını sağlamaktaydı.⁸³ Her iki andlaşmaya da taraf olan devletler arasında olduğu gibi durumlarda, sonraki anlaşma geçerli olmaktadır, fakat her iki anlaşmaya taraf olan bir devletle sadece ilk andlaşmaya taraf olan bir devlet arasında ilk andlaşma geçerli olacaktır. Bunlar, maddenin 4(a) ve (b) paragraflarında düzenlenen aynı kurallardır, böyle kayıtların eklenmesi normal kuralların uygulanmasını değiştirmemektedir.

⁸² *American Journal of International Law*, vol. 57 (1963), p. 275.

⁸³ Milletler Cemiyeti andlaşmalarını değiştiren Birleşmiş Milletler Protokollerinin hepsinin 1. maddesi şöyledir: “İşbu Protokolün tarafları, kendi aralarında olduğu gibi, Mevcut Protokolün ekinde belirtilen değişiklikleri, bu Protokolün hükümlerine uygun olarak ve tam hukuki etki tanınarak uygulamayı taahhüt ederler.” Örneğin bkz: Ekonomik İstatistiklerle İlgili 1928 Uluslararası Sözleşmesi’ni değiştiren 1948 Protokolü (United Nations, *Treaty Series*, vol. 20, p. 229); 1926 Cenevre Kölelik Sözleşmesi’ni değiştiren 1953 Protokolü (United Nations, *Treaty Series*, vol. 182, p. 51). Ayrıca bkz: Savaş Alanındaki Silahlı Kuvvetlerdeki Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesine İlişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 59. maddesi (United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, p. 66).

(7) Bu kaydın bir başka çeşidi sadece ileriye etkili olacağı çeşididir ve taraflardan, bu andlaşmayla çelişkili hükümleri olan bir andlaşmaya girmemelerini istemektedir. Uluslararası Ulaşma Elverişli Suyolları Rejimi hakkındaki Statü⁸⁴ gibi bazı andlaşmalar kaydın her iki çeşidini de içermektedir ki bu biraz, hem geçmiş hem de gelecekle ilgili olan Cemiyet Misakına (madde 20) ve Birleşmiş Milletler Şartına (madde 103) benzemektedir. Böyle durumlarda önceki andlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki andlaşmanın da tarafıysa kaydın önemi kalmaz, çünkü bunlar sonraki andlaşmayı akdetmekle kendilerinin önceden akdettikleri andlaşmayı yürürlükten kaldırmaya veya değiştirmeye yetkilidirler. Daha zoru ve daha önemlisi, sonraki andlaşmaya taraf olanların önceki andlaşmaya taraf olanların tümünü içermediği durumlarda bu kaydın etkisinin ne olacağı sorundur. Çin’le ilgili 1922 tarihli Dokuz-Güç Paktının 2. maddesinde olduğu gibi, önceki andlaşmada bulunan kayıt, taraflara bu andlaşmayla çelişecek andlaşma yapmayı yasaklayacak şekilde oluşturulmuş olabilir.⁸⁵ Veya sadece üçüncü devletlerle yapılan andlaşmalarla ilgili olabilir; Uluslararası Ulaşma Elverişli Suyolları Rejimi hakkındaki Statünün 18. maddesinde olduğu gibi:

“Akit devletlerin her biri, uluslararası öneme haiz suyolları üzerinde ulaşım ile ilgili olarak taraf olmayan devletlerle, anlaşmayla veya başka bir şekilde, bu Statünün hükümlerine aykırı muamelede bulunamaz.”⁸⁶

Veya yine kaydın amacı, akit devletlerin kendi aralarında, konvansiyonun genel sorumluluklarına aykırı anlaşma yapmalarını engellemek olabilir.⁸⁷ Bu kayıtlar, bağdaşmaz nitelikteki andlaşmalar arasındaki uyumsuzlukları çözen normal kuralların uygulanmasını değiştirir nitelikte değildir. Andlaşmalarda bulunan bazı sorumluluklar, doğal olarak her zaman, bütün taraflara uygulanmak istenen şeyler arasındadır. Buna açık bir örnek Nükleer Denemelerin Yasaklanması Andlaşması’dır ve andlaşmadan doğan sorumluluklarına aykırı olarak bir akit tarafın, sonraki bir anlaşmaya girmesi açıkça bu Andlaşmayla bağdaşmaz. Diğer sorumluluklar iki taraflı türden olabilir, buna göre akit taraflar arasında konvansiyonun uygulanmasını değiştiren iki taraflı andlaşmalar, onun

⁸⁴ 13 ve 18. maddeler, League of Nations, *Treaty Series*, vol. VII, p. 36.

⁸⁵ League of Nations, *Treaty Series*, vol. XXXVIII, p. 281: “Akit taraflar, herhangi bir taraf veya taraflar ile, 1. maddede belirtilen ilkeleri ihlal edecek veya zarar verecek biçimde birbirleriyle, bireysel veya çok taraflı olarak herhangi bir andlaşmaya, anlaşmaya, düzenlemeye veya mütabakata katılmamayı taahhüt eder.”

⁸⁶ League of Nations, *Treaty Series*, vol. VII, pp. 36-61.

⁸⁷ Örneğin 1883 Sınai Mülkiyetin Uluslararası Korunması Sözleşmesi’nin 15. maddesi (de Martens, *Nouveau Recueil general*, 2e serie, vol. X, p. 133); 1908 Edebi Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Berlin Sözleşmesi’nin 20. maddesi (de Martens, *Nouveau Recueil general*, 3e serie, vol. IV, p. 590).

hükümleriyle bağdaşır niteliktedir. O zaman taraflar, bazı durumlarda karşılıklılık temeliyle ilgili olarak mecburi tek bir rejimin kurulmasını kararlaştırabilirler, mesela sınai mülkiyetin korunması veya telif hakları gibi. Çelişkili olan mevcut andlaşmalara karşı üstün olduğunu belirten bir kaydın hukuki uygunluğu, gerekli ve birbirine bağlı bir andlaşma rejiminin yaratılması niyetinin açıkça belirlenmesinde gereklidir; kısaca andlaşma yapmanın açıkça yasaklanmasıyla kayıt, andlaşmanın hükümlerinden sapan sonraki anlaşmanın, andlaşmayla bağdaşmadığını ortak terimlerle belirtmektedir.

(8) Buna göre Komisyon, belli bir andlaşmanın diğer andlaşmalara göre önceliğinin bulunduğunu belirten kayıtların hiçbir şeklinin, Şartın 103. maddesi dışında, özellikle belirtilmesinin gerekmediğini belirtmiştir. Komisyon, böyle bir kaydın varlığından veya yokluğundan bağımsız olarak, esas önemli olan noktanın birbirine bağlı ve tamamlayıcı karakterdeki⁸⁸ sorumlulukları şart koşan bir andlaşmanın akdedilmesinin, tarafların bu sorumluluklara aykırı olan sonraki bir andlaşmayı akdetme kapasitelerini etkileyip etkilemeyeceği veya bu konunun andlaşmalara uymamanın uluslararası alandaki sorumluluğa bırakılması olduğuna karar vermiştir. Bu konu, 4(c) paragrafındaki konuyla ilgilidir ve aşağıda (12) ve (13). paragraflarda bu konuya değinilmiştir.

(9) 3. paragraf, (ister yeni devletler eklensin ister eklenmesin) bir andlaşmanın bütün taraflarının aynı konuyla ilgili olarak yeni bir andlaşma akdetmeleriyle ilgilidir. Bu paragraf, bir andlaşmanın bütün taraflarının aynı konuyla ilgili daha sonraki tarihli bir andlaşmayı akdederse ve (a) tarafların meseleyi o andlaşmaya tabi kılmak istedikleri daha sonraki andlaşmadan anlaşılır veya başka türlü tespit edilirse; veya (b) daha sonraki andlaşmanın hükümleri daha öncekinin hükümleri ile ikisinin aynı zamanda uygulanamayacağı kadar bağdaşmıyorsa, o andlaşma sona ermiş kabul edilir hükmünü getiren 56. maddeyle birlikte okunmalıdır. O maddenin 2. paragrafına göre, eğer tarafların niyetinin bu olduğu andlaşmadan anlaşılıyorsa veya başka türlü tespit ediliyorsa,

⁸⁸ Önceki bir Özel Raportör "*birbirine bağlı tip*" yükümlülükler içeren bir andlaşma, her bir tarafın yükümlülüklerinin yalnızca diğer tarafların karşılık gelen yükümlülükleri bağlamında anlamlı olduğu; böylece bir tarafın yükümlülüklerini ihlal etmesinin yalnızca ihlal eden Devlet ile diğer taraflar arasındaki ilişkileri değil, hepsi arasında geçerli olan ve bütün tarafların arasında uygulanabilecek olan andlaşma rejimine zarar veren andlaşmalar olarak tanımlanmıştır. (Sir G. Fitzmaurice, Üçüncü rapor, *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II, 19. madde ve şerhi) Kendisi silahlı savaş andlaşmalarını, belirli silahların kullanılmasını yasaklayan andlaşmaları, belirli alanlarda veya belirli dönemlerde avlanmayı yasaklayan andlaşmaları örnek olarak vermiştir. Aynı Özel Raportör tarafından "tamamlayıcı tip" yükümlülükler içeren bir andlaşma, "yükümlülüğün gücünün kendiliğinden var olduğu, her taraf için mutlak olduğu ve diğerlerinin karşılık gelen icraatına bağlı olmadığı" andlaşmalar olarak tanımlanmıştır. Özel Raportör Soykırım Sözleşmesi, İnsan Hakları Sözleşmeleri, 1949 Savaş Tutsaklarına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, belirli bir rejim veya sistemi belirli bir alanda sürdürme zorunluluğu getiren Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri ve Baltık Denizi'ne giriş rejimi gibi örnekler vermiştir.

daha önceki andlaşmanın sadece yürürlüğünün durdurulduğu kabul edilir. Mevcut hüküm her iki andlaşmanın da yürürlükte ve uygulanmakta olduğu durumlarda uygulanır, yani 56. maddeye göre andlaşmanın sona erdirilmemiş veya yürürlüğünün askıya alınmamış olması gerekmektedir. 3. paragraf, sonraki bir niyet açıklamasının öncekine üstün kabul edilmesi gerektiği yönündeki genel kurala uygun olarak, “daha önceki andlaşma sadece hükümlerinin sonraki andlaşmayla bağdaşması ölçüsünde uygulanır” hükmünü getirmektedir.

(10) 4. paragraf, daha karışık bir problem olan önceki andlaşmanın bütün değil fakat bazı taraflarının sonraki andlaşmaya da taraf olması ile ilgilidir. Böyle durumlarda, 30. madde sonraki andlaşmanın taraflarının, kendilerinin rızası olmadan önceki andlaşmanın diğer taraflarını haklarından mahrum etmelerini engellemektedir. Buna göre, birbirine bağlı ve önemli nitelikteki sorumluluklar içeren önceki bir andlaşmanın özel bir kuralın konusu olabileceği sorundan ayrı olarak, Komisyonun bu durumlara uygulanabilecek kurallarla ilgili olarak bulduğu çözüm şöyledir:

(a) Her ikisine taraf olanlar arasında üçüncü paragrafta yer alan aynı kural uygulanır.

(b) Her iki andlaşmaya taraf olan bir devletle sadece önceki andlaşmaya taraf olan bir devlet arasında, önceki andlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir.

(c) Her iki andlaşmaya taraf olan bir devletle sadece sonraki andlaşmaya taraf olan bir devlet arasında, sonraki andlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir.

(a) ve (c) alt paragraflarında bulunan kurallar, yine, sonraki bir niyetin öncekine göre üstün olduğu yönündeki genel prensibin uygulanmasından başka bir şey değildir ve (b) paragrafı da 30. maddedeki kuralın uygulamasıdır. Komisyonun önem verdiği bu kurallar, Milletler Cemiyeti andlaşmalarını tadil eden Birleşmiş Milletler protokollerinde olduğu gibi, andlaşmanın bütün taraflarının tadil andlaşmasına taraf olmadığı çok taraflı andlaşmaları tadil eden andlaşmalara uygulanan kurallardır.⁸⁹

(11) 4. paragraftaki kurallar, yalnızca kendi aralarında olduğu gibi, belli tarafların karşılıklı hak ve sorumluluklarını düzenlemektedir. Bunlar, bir tarafın, başka bir devletle yaptığı başka bir andlaşmadan kaynaklanan sorumluluklarla bağdaşmayan bir andlaşma yapmasından veya uygulamasından doğan uluslara-

⁸⁹ Bkz: Andlaşmalar Hukuku ile ilgili Genel Kurul Kararları (document A/CN.4/154, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, pp. 5-9).

rası alandaki sorumluluğunu kaldırmaz. Eğer bir andlaşmanın akdedilmesi veya uygulanması başka bir andlaşmanın tarafının haklarını ihlal ediyorsa, bir andlaşmaya göre diğer bir andlaşmanın ihlal edilmesinin sonuçları uygulanacaktır. Zarar gören taraf, 57. maddeye göre, andlaşmanın sona erdirilmesini veya yürürlüğünün durdurulmasını talep edebilir veya kendisinin haklarını ihlal eden tarafın uluslararası sorumluluğunu isteyebilir. 5. paragraf, bu iki duruma göre bir kayıt koymaktadır. Aynı zamanda, 37. madde hükümlerine göre, çok taraflı andlaşmaların tadil edilmesiyle ilgili bir kayıt da içermektedir. Bu hükümler, çok taraflı bir andlaşmanın uygulanmasının değiştirilmesiyle ilgili yeni bir andlaşmanın yapıldığı durumlarla ilgilidir ve mevcut maddenin 4. paragrafında bulunanlar bu hükümlerin bir kenara konulduğu anlamına gelmemektedir.

(12) Komisyon, Hükümetlerin yorumlarının ışığı altında, bir şekilde sonraki andlaşmanın bütün taraflarının önceki andlaşmanın taraflarının haklarını ihlal ettiklerinin farkında olmaları durumunda, birbirine bağlı ve önemli tarzda sorumluluklar içeren önceki bir andlaşmanın, bağdaşmaz hükümler içeren sonraki andlaşmanın hükümsüz sayılacağı yolunda özel bir durum yaratıp yaratılmayacağını tekrar incelemiştir. Bu problemin benzer bir yönü, Özel Raportör tarafından ikinci raporunda,⁹⁰ yeniden oluşturulan ilgili bölümlerle birlikte, bilgi verme amacıyla, Komisyona on altıncı oturumunda önerilmiştir.⁹¹ Komisyon, Özel Raportör tarafından önerilen detaylı hususlar hakkında bir pozisyon belirlemeden, problemin çeşitli yönleri hakkında mevcut yorumlarda yaptığı analize dikkat çekmek istemiştir.

(13) Komisyonun bazı üyeleri, birbirine bağlı ve önemli nitelikte sorumluluklar içeren önceki bir andlaşma durumunda sonraki bir andlaşmanın belli oranında tarafının bağdaşmazlığın farkında olması durumunda özel bir kuralın oluşturulması yönünde fikre sahiptiler. Fakat Komisyon, var olan hukuka göre, bir tarafın öncekine aykırı olan bir andlaşma akdetmesi konusunun uluslararası sorumluluğa bırakılması gerektiğini kabul etmiştir. Komisyon ayrıca “birbirine bağlı” ve “önemli” karakterdeki sorumlulukların çeşitli olabileceğine de dikkat etmiştir. Bazıları kendi alanında önemli olsa da özellikle teknik konularda olabilir; diğerleri ise, barışın devamı, nükleer denemeler veya insan hakları gibi çok önemli konularda olabilir. Konularından dolayı bazı durumlarda sorumlulukların *jus cogens* niteliğinde olabileceğine ve 50 ve 61. maddelerin hükümlerinden ayrılabilmesine işaret etmiştir. Fakat Komisyon, diğer durumlarda konunun uluslararası sorumluluğa bırakılması gerektiği kanısına varmıştır. Aynı zaman-

⁹⁰ Bu Raporun 14. Maddesinin şerhi, paras. 6-30; *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, pp. 54-61.

⁹¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, pp. 189-191.

da, daha önce de belirtildiği gibi, paragraf 4(c)'nin sonraki bir andlaşmanın akdedilmesini haklı çıkardığı yönündeki bir fikrin yok edilmesi için, Komisyon, maddenin formüle edilmesini, birbiriyle bağdaşmayan andlaşmalardan çok, birbirini izleyen andlaşmaların önceliği ile ilgili olduğu şeklinde yönlendirmeye karar vermiştir. Sonraki andlaşmanın akdedilmesi, eğer sadece önceki andlaşmanın geliştirilmesi veya buna ilave yapılması niteliğinde ise, tabii ki sonraki andlaşma tamamen hukukidir.

KESİM 3 ANDLAŞMALARIN YORUMU

Genel Yorum Kuralı MADDE 27⁹²

1. Bir andlaşma hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, andlaşmanın bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

(a) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir andlaşma;

(b) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak veya daha fazla tarafta yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler de dikkate alınır:

(a) taraflar arasında andlaşmanın yorumu ile ilgili olarak yapılan daha sonraki herhangi bir andlaşma,

(b) tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

(c) taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.⁹³

⁹² 1964 Taslağı, madde: 69.

⁹³ 1964 Taslağı, madde: 71.

Tamamlayıcı Yorum Araçları MADDE 28⁹⁴

27. maddenin uygulanmasından hâsıl olan manayı teyit etmek veya 27. maddeye göre yapılan yorum,

(a) manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

(b) çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa,

manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

Şerh:

Giriş

(1) Uluslararası hukukta yorumla ilgili kuralların yararı, hatta varlığı bazen tartışılmıştır. Andlaşmalar hukuku konusunda Komisyonun Özel Raportörlerinden ilk ikisi, andlaşmaların yorumu hakkında genel kuralların uluslararası hukukta bulunması ile ilgili kuşkuvarını özel yazılarında belirtmişlerdir. Diğer hukukçular, bağlayıcı nitelikteki yorumun belli genel ilkelerine bazı kayıtlar koymakla birlikte, andlaşmaların yorumu hakkında bazı genel kuralların bulunmasına daha az tereddüt göstermişlerdir. Andlaşmalar hukukundaki önceki Özel Raportör G. Fitzmaurice, özel yazılarında yorum prensiplerinin temeli olarak gördüğü Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı'nın yargulamalarından altı temel prensip ortaya çıkartmıştır. 1956'da Uluslararası Hukuk Enstitüsü,⁹⁵ oldukça dikkatli bir dille formüle ettiği, yorum hakkında birkaç temel prensip ihtiva eden iki maddelik bir çözüm kabul etmiştir.

(2) Hukukçular, andlaşmaların yorumuna yaklaşımları bakımından şunlara verdikleri önem bakımından da ayrılmaktadırlar: (a) Tarafların niyetlerinin esas ifadesi olan andlaşmanın metni. (b) Andlaşma metninden farklı bir unsur olarak tarafların niyetleri. (c) Andlaşmanın deklare edilen veya açıkça görünen konu ve amaçları.

Bazıları asıl olarak tarafların niyetleri üzerinde durmuşlar ve önemi dolayısıyla hazırlık çalışmalarına ve yorum vasıtası olarak tarafların niyetlerinin belirlenmesinde diğer delillere başvurmuşlardır. Bazıları da özellikle genel çok taraflı andlaşmalarda olmak üzere, andlaşmanın konu ve amacına büyük önem vermiştir.

⁹⁴ 1964 Taslağı, madde: 70.

⁹⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46 (1956), p. 359.



Fakat çoğunluk andlaşmanın yorumuna temel olarak andlaşma metninin üstünlüğünü vurgulamakta ve andlaşmanın yorumu için andlaşmanın konu ve amacını ve taraflarının niyetlerini esaslı olmayan bir delil olarak kabul etmektedir. Önceki paragrafta sözü edilen Uluslararası Hukuk Enstitüsünün görüşü de budur.

(3) Uluslararası hükümlerin çoğu, andlaşmaların yorumunu içermektedir ve uluslararası mahkemelerin yargılarında yorumun prensip ve kurallarına sık sık rastlanmaktadır. Aslında, statülerin ve sözleşmelerin yorumu için oluşturulan her türlü prensip ve kuralların ifadeleri uluslararası mahkemelerin kararlarında bulunabilmektedir. Tabii ki, andlaşmaların yorumlanması işi aynı zamanda Dışişleri Bakanlıklarının her zaman yaptığı işlerden biridir.

(4) Buna göre, eğer sorun bunların uluslararası alana uygunluğu ise, andlaşmalar hukukunun kodifikasyonu çalışmasına, andlaşmaların yorumu hakkında prensip ve kuralların konulması için yeterli gerekçe vardır. Fakat bazı hukukçulara göre sorun, bu prensip ve kuralların bağlayıcı olmayan karakterinden kaynaklanmaktadır. Büyük kısmı için bunlar, andlaşmaya konulan ifadelerle tarafların hangi anlamı vermek istediklerini anlamaya yardımcı olan mantıksal prensiplerdir. Bunların herhangi bir duruma uygulanması için uygunluğu, belgenin yorumlayıcısı tarafından değerlendirilmesi gereken hususların türlerine, mesela kelime ve cümlelerin düzenlenişi, bunların birbirleri ve belgenin diğer kısımları ile olan ilişkileri, belgenin genel özelliği ve konusu, belgenin hangi koşullar altında oluşturulduğu gibi, dayanmaktadır. Bunların uygulanması için uygun bir fırsatın bulunduğu düşünülse bile, bunların uygulanması yorumu yapanın, uygulanmasının belirli duruma uygun olacağı kanısında olmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile bu prensiplere başvurma, mecburi olmaktan çok ihtiyari-dir ve bir belgenin yorumlanması bilimden çok sanattır.

(5) Yorumun prensiplerinin uygulaması hakkında, çeşitli koşulların objektif olarak değerlendirilmesi ve belirli bağlamlarda verilen duruma uygunluğu konusunun kodifike edilmeye çalışılması mantıksız olurdu. Buna göre, Komisyon kendini, andlaşmaların yorumu hakkında genel prensipler oluşturacak nitelikte birkaç genel kural koymakla sınırlamaya ve diğerlerini izole etmeye karar vermiştir. Kuşkusuz, bu kuralların oluşturulması bile kolay değildi, fakat Komisyon bu işe girişmek için yeterli gerekçe olduğunu düşünmüştür. Öncelikle, andlaşmaların iyi niyetle ve hukuka uygun olarak yorumlanması, öncelikle ahde vefa ilkesinin bir anlamının olmasıyla mümkündür. İkinci olarak, yorum metodları hakkındaki zıt görüşler göz önüne alınınca, Komisyon andlaşmaların yorumu konusunda metnin rolü hakkında kesin bir pozisyon almanın gerekli olduğunu düşünmüştür. Üçüncü olarak da, Komisyon tarafından kabul edilen bir kısım maddeler, andlaşmada bulunması gereken konularla tarafların niyetlerine

göre andlaşmaya konulmuş konular arasında ayırım yapan kayıtlar içermektedir; ve açıkça böyle hükümlerin uygulanabilmesi ancak yorum kurallarına göre tarafların niyetlerinin tespit edilmesiyle mümkündür. Ek olarak yorum kurallarının oluşturulması sadece andlaşmaların uygulanması sırasında değil andlaşmaların oluşturulması sırasında da önemlidir.

(6) Bazı hukukçular, yorum prensiplerini kendilerine göre açıklarken kural koyan ve diğer andlaşmalar arasında bir ayırım yapmışlardır ve belli bir prensibin, kuralın veya metodun uygulanmasında andlaşmanın çeşidinin de etkili olacağı doğrudur (örneğin *contra proferentum* prensibi veya hazırlık çalışmalarının kullanılması). Fakat genel yorum kurallarının oluşturulmasında Komisyon böyle bir ayırımın yapılmasına gerek görmemiştir. Ne de *ut res magis valeat quam preat* özdeyişinde ifade edilen prensibin genel bir kural olarak kabul edilmemesi gerektiğini düşünmüştür. Komisyon bazı durumlarda bu prensibe başvurmanın yerinde olacağını düşünmüştür ve bu Uluslararası Divan tarafından da istenmiştir. Örnek olarak, Korfu Boğazı Davasında⁹⁶ Divan özel andlaşmayı yorumlarken şunları söylemiştir: “Yorumun genel kabul görmüş kurallarının böyle özel andlaşmalarda bulunan bir hükme uygulanması bazen uygunsuz olabilmekte ve anlam ve etkiden yoksun bulunabilmektedir.” Ve Daimi Divan’ın Yukarı Savoy’daki Serbest Bölge ve Gex Bölgesi Davalarının⁹⁷ aynı etkideki daha önceki kararlarına gönderme yapmıştır. Bununla birlikte, Komisyon *ut res magis valeat quam preat* özdeyişinin genel bir yorum kuralı olarak doğruyu yansıttığını görüşünü benimsemiştir ve 27. maddenin 1. paragrafında, bir andlaşma hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır hükmü getirilmiştir. Bir andlaşma iki şekilde yorumlanmaya açıksa ve biri andlaşmanın etkisine, iyi niyete ve konu ve amacına uygunsuz ve diğeri değilse ilk yorum şekli kabul edilir. Gereği gibi sınırlanıp uygulandığında kural, yorum adına geniş ve liberal olarak, andlaşmanın terimlerinde bulunan ve ifade edilenlerin ötesine geçilmesine neden olmaz. Buna göre, Komisyona göre bu noktada ayrıca bir hükmün bulunmasına gerek yoktur. Ek olarak, böyle davranmak “etkili yorum” prensibi adına andlaşmanın anlamını genişletme girişimlerini arttırabilir. Genişletme konusunda dar bir görüş bile kabul etmeyen Divan, yine de *ut res magis valeat* prensibinin belirli sınırlarla bu amaç için kullanılmasında ısrar etmiştir. Barış Andlaşmalarının Yorumu hakkındaki Tavsiye Kararında⁹⁸ Divan şunları söylemiştir:

⁹⁶ *I.C.J. Reports 1949*, p. 24.

⁹⁷ *P.C.I.J. (1929)*, Series A, No. 22, p. 13; Bkz: *Acquisition of Polish Nationality, P.C.I.J. (1923)*, Series B, No. 7, pp. 16-17, ve *Exchange of Greek and Turkish Populations, P.C.I.J. (1925)*, Series B, No. 10, p. 25.

⁹⁸ *I.C.J. Reports 1950*, p. 229.

“*Ut res magis valeat quam preat* özdeyişinde ifade edilen yorum prensibi, ki etkililik kuralı olarak sıkça başvurulur, Divan’ın, Barış Andlaşmaları hakkındaki anlaşmazlıkların çözümü konusunda bunların anlamına ve ruhuna aykırı yorum yapmasını haklı çıkarmaz.”

Ve andlaşmanın kesin anlamına karşı olan bir yorum tarzının kabul edilmesinin andlaşmanın yorumlanması değil andlaşmanın değiştirilmesi olacağının altını çizmiştir.

(7) 1964’teki oturumunda Komisyon, genel olarak andlaşmaların yorumu ile ilgili olan geçici olarak üç madde (69-71) ve birden çok dilde akdedilmiş andlaşmalarla ilgili olarak da iki madde kabul etmiştir. Komisyonun yorumun genel kurallarını izole ve kodifike girişimi genel olarak hükümetler tarafından desteklenmiş ve taslağında bulunan kurallar bunlar tarafından önerilmiştir. Fakat hükümetlerin yorumlarının ışığı altında ve taslağın daha verimli ve sıkı hâlde getirilmesinin normal sürecinde, o zamanki 71. maddeyi (özel anlamı olan terimler) yine o zamanki 69. maddeyle (yorumun genel kuralları) birleştirerek ve 72 ve 73. maddeleri (birden çok dildeki andlaşmalar) bu beş maddeyi üçe indirmiştir. Bu değişiklikler dışında, Komisyonun şimdi hedeflediği kurallarla, Hükümetlere 1964’te iletilen maddeler arasında fark bulunmamaktadır.

(8) Hükümetlerin yorumlarındaki belli görüşlere bakarak Komisyon, 27. maddedeki yorumun çeşitli unsurları arasındaki ve 28. maddedeki unsurlar arasındaki ilişkilerin genel kavramlarının altını çizmeye karar vermiştir. Bu görüşler göstermiştir ki 27 maddenin paragraflarındaki yorumla ilgili çeşitli unsurlar arasında hiyerarşik bir sıralamanın olduğu zannedilebilir. Komisyon maddeye “yorumun genel kuralları” adını vererek ve 1 ve 2. paragrafla 3. paragraf arasındaki ve ilk ikisi arasındaki ilişkinin altını çizerek maddedeki yorum yöntemlerinin uygulanmasının birleşmiş bir uygulama olduğunun altını çizmiştir. Bir durumda, ancak bütün unsurlar var olduğunda kesin sonuca varılabilir ve bunların etkileşimi konuyla ilgili hukuki yorumu verebilir. Bu yüzden, 27. madde “genel kurallar” şeklinde değil “yorumun genel kuralları” şeklinde isimlendirilmiştir, çünkü Komisyon yorum işinin bir bütün olduğuna ve maddenin hükümlerinin tek bütünleşmiş bir kural olduğuna vurgu yapmak istemiştir. Aynı şekilde 2. paragrafın açılış hükmündeki “bütün” kavramı bu paragrafta sözü edilen yorum unsurları ile 1. paragrafta bulunan “bütün” kelimesi ile bağlantı kuracak şekilde düzenlenmiştir. Yine 3. paragrafın açılış ifadesi olan “andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler de dikkate alınır” ifadesi de 3. paragrafta bulunan yorum kuralları ile 1. paragraftakileri birleştirmek için konulmuştur. Eğer 4. paragraftaki hükümler (1964 Taslağının 71. maddesi) farklı bir karaktere sahipse de, “özel” kelimesi 1. paragraftaki kurallarla bağlantıyı göstermektedir.

(9) Komisyon, Hükümetlerin yorumlarının ışığı altında 27. maddenin yapısını tekrar incelemiş ve diğer alternatifleri gözden geçirmiştir. Bununla birlikte Komisyon, uluslararası hukuktaki kuralların transfer edildiği 1, 2 ve 3. paragraflarla, önceki 71. maddenin 4. paragraf olarak eklenmesiyle maddenin genel yapısının korunabileceğine karar vermiştir. Bir bütün olarak okunduğunda, maddenin yorum kuralları arasında hiyerarşik bir sıralama getirdiğinin düşünülmebileceğini kabul etmiştir. Doğal olarak maddede yorumla ilgili unsurların bir sırayla düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat bu zorunlu hukuki bir hiyerarşi değil, Komisyonun maddede amaçlanan düzenlemeye ulaşmasında mantıksal bir gerekliliktir. Komisyonun hemfikir olduğu bir nokta, yorumun başlangıç noktası olarak andlaşmanın metni kabul edildiğinde mantıksal olarak, “bir andlaşma hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır” hükmü bahsedilmesi gereken ilk hükümdür. Aynen, mantık “giriş”te bulunan unsurlar bundan sonra bahsedilmesini öngörür ki bunlar bir kısım oluşturmaktadır veya andlaşmaya sıkıca bağlanmıştır. Yine, 3. paragraftaki unsurların - taraflar arasında andlaşmanın yorumu ile ilgili olarak yapılan daha sonraki her hangi bir andlaşma, tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması, taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı diğerlerini takip etmesi ve daha önceki paragraflardan önce olmaması da mantık gereğidir. Bu unsurların metne bağlı olması nedeniyle mantık bunları öngörmektedir. Fakat bu üç unsurun hepsi bağlayıcı niteliktedir ve doğaları gereği kendilerinden öncekine göre ikincil nitelikte kabul edilemezler.

(10) Komisyon, Hükümetlerin yorumlarının ışığı altında, yorumun bunlardan başka yöntemleri hakkındaki önceki 70. madde ile yorum unsuru olarak hazırlık çalışmalarına özel bir önem veren önceki 69. maddeyi yine gözden geçirmiştir. Her ne kadar bir kısım hükümetler hazırlık çalışmalarına geniş bir rol verme ve bunu bu maddede bulundurma taraftarı olmuşlarsa da çoğunluk Komisyonun bu konudaki tavrına katılmıştır. Bazı Komisyon üyeleri de hazırlık çalışmalarına otomatik olarak bir rol veren bir sistemden ve yorum konusunda esnek olan diğer yöntemlerden yana olmuştur. Fakat Komisyon, esnek unsurlar arasındaki ilişki hakkındaki mevcut 28. maddedeki hükümlerle Uluslararası Divan’ın yargı yetkisi hakkındaki 27. maddedeki hükümlerin tutulabileceğine karar vermiştir. 27. maddedeki yorum unsurları tarafların metindeki güvenilir ifadeleri aldıklarında veya bundan sonra yaptıkları anlaşmayla ilgilidir. Yani bu, bazen metindeki anlaşmaya ışık tutmaya yarasa da, yorum unsuru olarak güvenilir bir karakteri bulunmayan hazırlık çalışmaları ile aynı değildir. Üstelik hazırlık çalışması esnasında tutulan kayıtların genelde eksik veya yanıltıcı olduğu

şüphesiz olduğundan bunların yorum unsuru olarak değerlendirilirken olaya sağduyulu yaklaşmak gerekmektedir. Buna göre Komisyon, 27. ve 28. maddelerde güvenilir ve ilave yorum araçları arasında yapılan ayırımın gerekli olduğunu düşünmüştür. Aynı zamanda, 28. maddedeki hükümlerin, 27. maddede belirtilen hükümlerle yorumun yardımcı araçları arasında kesin bir çizgi çizmediğinin de altını çizmiştir. 28. maddenin anlamı belirlemek amacıyla yardımcı araçlara başvurmaya izin vermesiyle 27. madde iki madde arasında bir bağ kurmakta ve yorum işleminin birliğini sağlamaktadır.

27. Maddenin Şerhi

(11) Daha önce de belirtildiği gibi metnin tarafların gerçek niyetlerini belirttiği görüşüne dayanmaktadır ve yorumun başlangıç noktası da metnin anlamının açıklanmasıdır, tarafların niyetlerinin araştırılması değil. Uluslararası Hukuk Enstitüsü andlaşmaların yorumu konusunda “metne bağlı” bu yaklaşımı kabul etmiştir. Tarafların niyetlerine bağımsız yorum temeli olarak çok fazla rol verilmesi Enstitüde itirazlarla karşılaşmıştır. Diğer taraftan, metne bağlı yaklaşım “*le texte signe est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus recente expressions de la volonte commune des parties*” (imzalanan metin, istisnalar dışında, tarafların ortak iradesinin tek ve en son ifadesidir.) gerçeğini bir otoritenin takdir etmesine bağlıdır.⁹⁹ Üstelik Uluslararası Divan’ın yargısında andlaşmaların yorumunda metne bağlı yaklaşımın yerleşmiş hukuk olarak kabul edilmesinin istenen bir durum olduğuna dair pek çok beyan bulunmaktadır. Divan, andlaşmaların değiştirilmesinin, olmadığı şekilde okunmasının yorum işine dâhil olmadığını birden çok defa, açıkça veya zımnen açıklamıştır.¹⁰⁰

(12) 1. paragraf üç ayrı prensip ihtiva etmektedir. İlki, -iyi niyetle yorum-pacta sund servanda ilkesinin devamıdır. İkinci prensip metne bağlı yaklaşımın bir ifadesidir; tarafların andlaşmada kullanılan terimlerden çıkan alelaide manaya göre niyetlerinin olduğu farz edilir. Üçüncü prensip genel düşünce ve iyi niyetle ilgilidir, bir andlaşmanın anlamı soyut şeylerde değil andlaşmanın bütünü içinde konu ve amacına göre belirlenir. Bu prensipler Divan tarafından da defalarca doğrulanmıştır. Divan, Bir Devletin Birleşmiş Milletlere Kabulü için Genel Kurulun Yetkisi hakkındaki Tavsiye Görüşünde şunları söylemiştir:¹⁰¹

“Divan, bir andlaşmanın hükümlerini yorumlamak ve uygulamakla görevli olan bir mahkemenin ilk görevinin, dâhil oldukları bütün içinde bunlara doğal ve sıradan anlamı vererek bunları etkili hâle getirmeye çalışmak olduğunu belirtme-

⁹⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 44, tome 1 (1952), p. 199.

¹⁰⁰ Örneğin: *United States Nationals in Morocco case, I.C.J. Reports 1952*, pp. 196-199.

¹⁰¹ *I.C.J. Reports 1950*, p. 8.

nin gerekli olduğunu düşünmektedir. Eğer ilgili kelimeler bütün içinde doğal ve sıradan anlam verildiğinde anlamlı oluyorsa yorum işlemi tamamlanmıştır.”

Ve Daimi Divan erken tarihli bir Tavsiye Kararında¹⁰² içeriğin, terimin bulunduğu maddeyi veya bölümü değil andlaşmanın tümünü kapsadığını vurgulamıştır:

“Andlaşmanın dilinin Divanda tartışılmasından önce, Andlaşmanın bir bütün olarak okunması zorunludur ve andlaşmanın anlamı, birden fazla yoruma açık olan belirli birkaç bölümden çıkartılmaya çalışılmamalıdır.”

Yine Divan andlaşmanın girişindeki konu ve amaca, belirli bir maddeyi yorumlamak için birçok kez başvurmuştur.¹⁰³

(13) 2. paragraf andlaşmanın yorumlanması için içeriğin nelerden oluştuğunu tanımlamaya çalışmıştır. Yorum amacıyla giriş kısmı andlaşmanın bir bölümünü oluşturduğu gibi andlaşmaya özel olarak eklenen belgelerde yorum için gereklidir. Sorun hangi belgelerin yorum açısından andlaşmanın bir bölümü olarak kabul edileceğindedir. 2. paragraf iki çeşit belgenin andlaşmanın bütününe dahil olduğunu belirtmektedir: (a) Bütün taraflar arasında andlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olarak yapılan herhangi bir anlaşma ve (b) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge. Bu hükmün dayandığı prensip, eğer andlaşmanın akdedilmesi bağlamında yapılmamış fakat taraflar tarafından bunun andlaşmayla bağlantısı aynı yolla kabul edilmemişse, tek taraflı bir andlaşmanın 27. maddeye göre içerikten sayılamayacağıdır. Diğer taraftan andlaşmanın bütünden sayılan ve 2. paragrafta tanımı yapılan bu iki çeşit belgenin andlaşmanın önemli bir kısmı olarak kabul edilmesi gerekli değildir. Andlaşmanın önemli bir kısmı olarak kabul edilip edilmeyecekleri tarafların niyetlerine bağlıdır.¹⁰⁴ 2. paragrafta amaçlanan, andlaşmanın yorumu için, bu kategorilerdeki belgelerin belirsizlik ve anlaşmazlık durumunda anlamın anlaşılması için başvurulabilecek kaynaklar değil andlaşmanın terimlerinin sıradan anlamına ulaşılması için bütünün bir parçası olduğudur.

(14) Paragraf 3 (a) içerik ve andlaşmanın yorumu hakkında taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla birlikte göz önüne alınması gereken başka bir unsurdan bahsetmektedir. Bazen bir hükmün anlamı konusunda görüşmeler sırasında varılan bir anlaşmanın, yorum açısından bir temel oluşturup oluşturmadığı so-

¹⁰² *Competence of the ILO to Regulate Agricultural Labour*, P.C.I.J. (1922), Series B, Nos. 2 and 3, p. 23.

¹⁰³ Örneğin, *United States Nationals in Morocco case*, I.C.J. Reports 1952, pp. 183, 184, 197-198.

¹⁰⁴ *Ambatielos case* (Preliminary Objection), I.C.J. Reports 1952, pp. 43 and 75.

runu ortaya çıkabilir.¹⁰⁵ Ancak andlaşmanın akdedilmesi sırasında veya bundan önce bir hükmün yorumu hakkında bir anlaşma yapılmışsa, bunun andlaşmanın bir kısmını oluşturduğu kabul edilir. Buna göre divan Ambatielos Davasında¹⁰⁶ “Deklarasyonun hükümleri yorum kaydının doğasında vardır ve Andlaşmanın önemli bir parçası olarak kabul edilmelidir...” demiştir. Benzer şekilde, andlaşmanın akdedilmesinden sonra bir hükmün yorumu için yapılan bir andlaşma da taraflar açısından geçerli bir yorum aracıdır ve yorum için andlaşmayla birlikte okunmalıdır.

(15) Paragraf 3 (b) benzere şekilde, içerikle birlikte göz önüne alınması gereken bir unsur belirtmektedir. “Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.” Andlaşmanın uygulanmasıyla ilgili böyle bir uygulamanın önemi, yorum unsuru olarak, andlaşmayı tarafların nasıl anladığını gösteren objektif bir delil olmasından dolayıdır.¹⁰⁷ Uluslararası mahkemeler buna bir yorum aracı olarak başvurumaktadırlar. Tarım İşçiliğinin düzenlenmesi Konusunda Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Yetkisi hakkındaki Görüşünde¹⁰⁸ Daimi Divan şunları söylemiştir:

“Eğer bir anlaşmazlık bulunsaydı Divan, gerçek anlama ulaşmak için Andlaşmaya göre yapılan hareketleri göz önünde bulundururdu.”

Aynı zamanda Divan,¹⁰⁹ kendisinin metinden çıkardığı ve anlaşılmaz olmaması gerektiğini düşündüğü konularda mevcut uygulamaları delil olarak göstermiştir. Benzer şekilde Uluslararası Divan, Korfu Boğazı Davasında¹¹⁰ şunları söylemiştir:

“Tarafların özel anlaşmaya girerek var olan tutumları, Divan’ın tazminat miktarına karışmak niyetlerinde olmadıklarını göstermektedir.”

¹⁰⁵ Bkz: *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter) case*, I.C.J. Reports 1948, p. 63.

¹⁰⁶ (Preliminary Objection), I.C.J. Reports 1952, p. 44.

¹⁰⁷ Rusya Tazminat Davasında Daimi Hakem Heyeti şöyle demiştir: “...*Vexécution des engagements est, entre Etats, çomme entre particuliers, leplus stir commentaire du sens de ces engagements*”. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, p. 433. Devletler arasındaki taahhütlerin yerine getirilmesi, bireyler arasında olduğu gibi, söz konusu taahhütlerin etkinliği konusundaki en kesin yorumdur. (“... the fulfilment of engagements between States, as between individuals, is the surest commentary on the effectiveness of those engagements”. İngilizceye çeviren J. B. Scott, *The Hague Court Reports* (1916), p. 302).

¹⁰⁸ *P.C.I.J.* (1922), Series B, No. 2, p. 39; ayrıca bkz: Lozan Andlaşması’nın 3. maddesinin 2. fıkrasının yorumu, *P.C.I.J.* (1925), Series B, No. 12, p. 24; Brezilya Borçları Davası, *P.C.I.J.* (1929), Series A, No. 21, p. 119.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 40-41.

¹¹⁰ *I.C.J. Reports 1949*, p. 25.

Sonraki uygulama, tarafların terimlere verdiği anlamın ortak olduğunu gösterdiği ölçüde değerlidir. Komisyon, tarafların bir andlaşmanın yorumu hakkında anlayışlarını gösteren sonraki bir uygulamanın gerçek yorum aracı olarak yorum andlaşmalarının yanında 3. paragrafta yer alabileceğini düşünmüştür. 1964'te geçici olarak kabul edilen metin, bütün tarafların anlayışlarını belirten uygulamadan bahsetmekteydi. "Bütün" kelimesini çıkartarak Komisyon kuralı değiştirmek istememiştir. "Bütün" kelimesinin çıkartılmasının nedeni, bir tarafın uygulamayı sadece kabul etmesinin yeterli olduğu durumlarda bile uygulamanın içinde yer almasının gerekeceği yönünde bir yanlış anlamının engellenmesidir.

(16) Paragraf 3 (c), içerikle beraber göz önüne alınması gereken başka bir unsurdan bahsetmektedir: "Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı". Daha önce de bahsedildiği gibi, 1964 metninin 1. paragrafında bulunan bu unsur andlaşmanın terimlerine verilmesi gereken sıradan anlamın, *andlaşmanın akdedildiği sırada var olan uluslararası hukukun genel kurallarına göre* belirlenmesi gerektiğini düzenlemektedir. İtalik yazılan kelimeler hukuksal bir olayın olduğu andaki hukuk kurallarına göre değerlendirilmesi prensibinin bir yansımasıdır. Bu hüküm on altıncı oturumda¹¹¹ tartışılırken bazı üyeler, andlaşmanın terimlerinin yorumu hakkındaki kuralların değişiminin etkilerini yansıtmadığını bu yüzden hükmün eksik olduğunu belirtmişlerdir. Bazı hükümetler bu kuralı desteklerken diğerleri çeşitli nedenlerle bu hükmü eleştirmişlerdir. Kuralın tekrar incelenmesi sırasında Komisyon 1964 metninin, andlaşmaların yorumuna o zamana ait hukukun uygulanması sorununu kısmen kapsadığı için yetersiz olduğunu ve yanlış anlamalara sebep olabileceğini düşünmüştür. Komisyon aynı zamanda herhangi bir olayda, uluslararası hukukun andlaşmaların yorumuyla ilgisinin tarafların niyetlerine bağlı olduğuna ve zamanla ilgili unsur hakkında bir kuralın formüle edilmeye çalışılmasının zorluklara neden olabileceğine karar vermiştir. Zamanla ilgili unsurun doğru uygulanmasının normal olarak, terimin iyi niyetle yorumlanmasına dâhil olacağını düşünmüştür. Bu yüzden Komisyon zamanla ilgili unsurun çıkartılabileceğine ve uluslararası hukuka olan referansı "taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı" şeklinde değiştirmeye karar vermiştir. Aynı zamanda yorumun bu kuralını 3. paragrafa, harici bir unsur olarak metin ve 2. paragrafta tanımlanan "bütün" ile birlikte transfer etmeye karar vermiştir.

(17) 4. paragraf, 1964 metninin 71. maddesinin özünün 27. maddeye eklenmesiyle oluşmuştur. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istediklerinin

¹¹¹ 69-71. maddelere ilişkin şerhin 11. paragrafı; *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, pp. 202-203.

tespit edildiği durumlarda, o terime o mananın verileceğini öngörmektedir. Bir andlaşmanın taraflarının bir terime teknik veya başka bir özel anlam vermeleri durumuna hiç de az olmayan bir biçimde rastlansa da bazı üyeler bu konuda özel bir hüküm konulmasına ihtiyaç olduğu konusunda şüphelenmişlerdir. Bunlar bir terimin teknik veya özel kullanımının içerikten anlaşılacağını ve terimin teknik veya özel hale gelmesinin içerikten kaynaklandığını belirtmişlerdir. Diğer üyeler, teknik veya özel anlamın genellikle içerikten anlaşılacağını tartışmazken, ispat yükünün terime özel bir anlam verilmesini isteyen tarafa düşüğünün vurgulanması açısından bu konuda özel bir hükmün konulmasında yarar olduğunu düşünmüşlerdir. Divan'ın bu istisnaya birden çok kez başvurduğunu belirtmişlerdir. Mesela, Doğu Greenland'in Hukuki Statüsü Davasında Daimi Divan şunları söylemiştir:

“Haritalarda bütün adayı tanımlamak için kullanılan “Greenland” kelimesinin coğrafi anlamı, kelimenin sıradan anlamı olarak kabul edilmelidir. Eğer taraflardan biri bu kelimeye alışılmamış veya istisnai bir anlam verilmesi gerektiğini iddia ediyorsa, o taraf iddiasını ispatlamalıdır.”¹¹²

28. Maddenin Şerhi

(18) Uluslararası mahkemelerin yargılarında, kelimelerin sıradan anlamı kullanıldığında içeriğe göre açık oluyorsa ve anlam ifade ediyorsa, yorumun diğer araçlarına ihtiyaç olmadığını belirten pek çok ifade vardır. Bu düzenlemelerin çoğu hazırlık çalışmaları ile ilgilidir. 12. paragrafta bahsedilen Birleşmiş Milletlere bir devletin Katılımı hakkında Genel Kurulun Yetkisi hakkındaki Divan'ın görüşü buna bir örnektir ve diğer bir örnek de Birleşmiş Milletlere bir devletin Katılımıyla ilgili olan önceki tarihli başka bir görüşüdür.¹¹³

“Divan metin tamamen açık olduğunu düşünmektedir, Daimi Divan'ın konvansiyon metninin yeterince açık olduğu durumlarda hazırlık çalışmalarına başvurmaya gerek olmadığı yönündeki uygulamasından ayrılmayacaktır.”

Daha önce de belirtildiği gibi, Komisyonun andlaşmaların yorumuna yaklaşımı, andlaşma metninin tarafların esas niyetlerini açıkladığını kabul edilmesi gerektiği yönündedir ve yorumun konusu da tarafların başlangıçtan beri var olan niyetlerinin araştırılması değil metnin anlamının açıklanmasıdır. 27. maddede terimlere sıradan anlamlarını vermeyi, andlaşmanın içeriğini, amaç ve konusunu, uluslararası hukukun genel kurallarını, tarafların esas yorumlarıyla beraber andlaşmanın yorumlanmasında ilk kriterler olarak belirlemiştir. Bunun yanında, 27. maddedeki kurallar

¹¹² P.C.I.J. (1933), Series A/B, No. 53, p. 49.

¹¹³ I.C.J. Reports 1948, p. 63.

uygulandıktan sonra açık ve mantıklı bir anlam çıkmadığı durumlar için hazırlık çalışmaları gibi yardımcı unsurlardan bahsetmeden taslak maddelerini hazırlamanın gerçekçi olmayacağına ve uygunsuz olacağına karar vermiştir. Uygulamada, uluslararası mahkemeler, devletler ve uluslararası örgütler gibi, 27. maddenin uygulanması sonucu ortaya çıkan anlamı doğrulamak için, hazırlık çalışmaları başta olmak üzere, yardımcı yorum araçlarına başvurmuştur. Divan'ın kendisi de birçok nedenle, metnin sıradan anlamını doğrulamak için hazırlık çalışmalarına başvurmuştur. Mesela, 1919 tarihli Kadınların Gece Çalışmaları hakkındaki Konvansiyon hakkındaki görüşünde Daimi Divan şunları söylemiştir:¹¹⁴

“Konvansiyon metninde yapılan çalışmalar sonucu ulaşılan kararı hazırlık çalışmaları da doğrulamaktadır ve 3. maddeyi kelimelerin doğal anlamından başka bir şekilde yorumlamak için bir neden yoktur.”

(19) Buna göre Komisyon, 28. maddede hazırlık çalışmaları dâhil, yorumun diğer araçlarına, 27. maddenin uygulanmasından hasıl olan manayı teyit etmek veya 27. maddeye göre yapılan yorum,

(a) manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

(b) çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa,

tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabileceğini açıkça belirtmiştir.

“Tamamlayıcı” kelimesi, 28. maddenin alternatif sunmadığını fakat 27. maddede bulunan prensipler tarafından yapılan yoruma yardımcı olmak amacıyla bunların bulunduğunu vurgulamaktadır. Alt paragraf (a), açık bir anlamın bulunmadığı durumlarda anlamın belirlenmesi için bu araçların kullanılmasını öngörmektedir. Alt paragraf (b) de “çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa” bu araçların kullanılması öngörmektedir. Divan, sıradan anlamın geçerli olacağı kuralına bir istisna olarak bunu kabul etmiştir. Diğer taraftan, istisnai duruma giren, açık bir anlamın bulunmaması veya çok açık bir şekilde saçma olması veya makul olamayan bir sonuca götürme durumları nispeten azdır.¹¹⁵ Komisyon, terimlere verilecek sıradan anlamın etkisinin azaltılmaması açısından istisnanın kısıtlanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre alt paragraf (b) sadece 27. maddeye göre yapılan yorumun saçma olması veya makul olmaması durumlarıyla sınırlanmıştır.

¹¹⁴ P.C.U. (1932), Series A/B, No. 50, p. 380; Bkz: Sırp ve Brezilya Borçları Davaları, P.C.U. (1929), Series A, Nos. 20-21, p. 30.

¹¹⁵ Örneğin, *Polish Postal Service in Danzig*, P.C.U. (1925), Series B, No. 11, p. 39; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, I.C.J. Reports 1950, p. 8.

(20) Komisyon hazırlık çalışmalarının neler olduğunu tanımlamaya çalışarak hiçbir şey kazanılmayacağını düşünmüştür, gerçekten böyle yapmak bazı ilgili olayların dışlanmasına neden olabilirdi. Komisyon aynı zamanda, çok taraflı anlaşmalar göz önüne alınınca hazırlık çalışmalarının sadece görüşmelere katılmış devletler arasında yapıldığı veya bu çalışmalar yayınlandığı durumlara bu maddenin izin verip vermediğini düşünmüştür. Uluslararası Komisyonun Oder Nehri hakkındaki Bölgesel Yargılama Yetkisi Davasında¹¹⁶ Daimi Divan, Versailles Andlaşmasını hazırlayan konferansa Divan'ın katılmasından önce üç devletin bazı maddelerin hazırlık çalışması hakkındaki görüşünü dışlamıştır ve bu kuralı koyarken yayınlanmış ve yayınlanmamış belgeler arasında fark gözetmeyi reddetmiştir. Fakat Komisyon böyle bir kural koymanın, anlaşmanın oluşturulduğu konferansa katılmayan devletlerin de katılımına açık bulunan çok taraflı anlaşmalar durumunda geçerli uygulamayı yansıtmayı tartışmıştır. Daha fazlası, kuralın arkasındaki prensip, o davadaki Divan'ın ifadelerinden de anlaşılacağı gibi, çok da gerekli gibi görünmemektedir. Görüşmelerine katılmadığı bir anlaşmaya katılan bir devlet, eğer isterse katılmadan önce hazırlık çalışmalarını görmeyi talep edebilir. Aksi takdirde, genel katılıma açık pek çok, çok taraflı anlaşmada bu kuralın uygulanması uygun olmazdı. Bu görüşler, yayınlanmış olanlar kadar yayınlanmamış hazırlık çalışmalarına da uygulanır ve iki taraflı veya küçük bir grup devlet arasında yapılmış kapalı anlaşmalarda hazırlık çalışmaları tarafların elinde zaten bulunacaktır. Buna göre, Komisyon çok taraflı anlaşmaların hazırlık çalışmaları hakkında özel bir hüküm koymamaya karar vermiştir.

İki veya Daha Fazla Dildeki Andlaşmaların Yorumu MADDE 29¹¹⁷

1. Bir anlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı halinde, belirli bir metnin üstün tutulacağını metnin kendisi öngörmedikçe veya taraflar öylece kararlaştırmadıkça, her bir dildeki metin aynı şekilde geçerlidir.

2. Metnin tevsik edildiği dillerden gayri bir dildeki bir anlaşma sureti, ancak anlaşmanın öngörmesi veya tarafların kabul etmesi halinde geçerli bir metin telakki edilir.

3. Anlaşma hükümlerinin her bir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edilir. 1. paragrafta değinilen durum hariç, geçerli metinler arasında yapılan bir karşılaştırma, 27. ve 28. maddelerin uygulanmasının ortadan kaldırmadığı bir mana farkı ortaya koyarsa, metni en iyi uzlaştıran mana benimsenecektir.

¹¹⁶ P.C.U. (1929), Series A, No. 23.

¹¹⁷ 1964 Taslağı, madde 72 ve 73.

Şerh:

(1) Andlaşmaların iki veya daha fazla dilde akdedilmesi olgusu oldukça sık görülmeye başlanmış ve Birleşmiş Milletlerin oluşmasıyla beş farklı dilde birçok genel çok taraflı andlaşma akdedilmiştir. Bir andlaşma birden fazla dilde akdedildiği zaman, farklı dildeki versiyonların statüleri bakımından, yorum açısından farklılık olabilir de olmayabilir de. Her bir metin andlaşmanın esas metni olabilir; veya bir veya birkaç metin “resmi metin” olabileceği gibi taraflar tarafından veya bireysel olarak hükümet tarafından veya bir uluslararası örgüt tarafından hazırlanan bir çeviri de “resmi çeviri” olabilir.¹¹⁸

(2) Bugün daha resmi nitelikteki andlaşmaların çoğu, farklı dildeki versiyonların statüleri hakkında hükümler içermektedir. Böyle bir hüküm yoksa, tevsik edilen her metnin geçerli sayılacağı genel olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile genel kural dillerin eşitliği ve aksi bir hüküm olmadığı takdirde metinlerin eşit şekilde geçerli olmasıdır. Bu kuralı belirtirken birinci paragraf, yapmak veya kabul etmek yerine tevsik etmek ifadesini kullanmıştır. Bu, bir andlaşmanın akdedilmesinin prosedürlerinden olan “metnin tevsiki” aşamasıyla ilgili olan mevcut hükümlerden 9. maddenin göz önüne alınması sebebiyledir.

(3) 1. paragraftaki koşul iki sebeple gereklidir. İlk olarak, İkinci Dünya Savaşından sonra akdedilen Barış Andlaşmalarının Fransızca, İngilizce ve Rusça metinleri geçerli sayarken İtalyanca, Bulgarca, Macarca vb. dillerdekileri sadece “resmi” olarak adlandırdığı gibi, bazen andlaşmalar özellikle belli metinlerin geçerli olacağını vurgulamaktadır.¹¹⁹ Gerçekten, bazı taraflar arasında bir metin geçerli kabul edilirken diğer taraflar arasında başka bir metnin geçerli metin olarak kabul edildiği durumlar bilinmektedir.¹²⁰ İkinci olarak, andlaşma birden çok dilde akdedilince görüş ayrılığı halinde, belirli bir metnin üstün tutulacağını metnin kendisi öngörebilir. Gerçekten de iki devlet arasında akdedilen andlaşmalarda, bir dilin diğer tarafça iyi anlaşılması nedeniyle veya diğer tarafın dilinin üstünlüğünü kabul etmemek için metnin üçüncü bir dille akdedilmesi ve bunun geçerli metin olarak kabul edilmesi sık rastlanılan bir durumdur. Buna bir örnek 1957’de Japonya ve Etiyopya arasında Japonca, Amharik dilinde ve Fransızca akdedilen ve 6. maddesinde Fransızca metni geçerli metin olarak kabul eden Dostluk Andlaşması’dır.¹²¹ Biraz daha özel bir durum da

¹¹⁸ Örneğin, İtalya ile Barış Andlaşması’nın İtalyanca metni “resmi”dir, ancak “esas” değildir, çünkü 90. madde yalnızca Fransızca, İngilizce ve Rusça metinleri esas olarak tanımlar.

¹¹⁹ Bkz: İtalya (90. madde), Bulgaristan (38. madde), Macaristan (42. madde), Romanya (40. madde) ve Finlandiya (36. madde) ile yapılan Barış Andlaşmaları.

¹²⁰ Örneğin, Treaty of Brest-Litovsk of 1918 (10. madde).

¹²¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 325, p. 300.

Fransızca, İngilizce ve İtalyanca akdedilen ve anlaşmazlık durumunda, Milletler Cemiyeti ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile ilgili olan I. ve XII. Bölümler hariç, Fransızca metnin geçerli olacağını öngören St. Germain, Neuilly ve Trianon Barış Andlaşmalarıdır.

(4) Görüş ayrılığının bulunduğu durumlarda belli bir metne öncelik veren hükümlerin uygulanması, yorumda hangi hükümlerin uygulanacağı noktasında zor bir probleme yol açmaktadır. Metinlerin kelimeleri arasında çok küçük bir fark olsa bile asıl metin otomatik olarak uygulamaya konacak mıdır? Yoksa “görüş ayrılığı” durumunun olduğuna karar vermeden önce yorumun normal araçlarına başvurarak metinleri uzlaştırmaya mı çalışılacaktır? Uluslararası mahkemelerin kararları bu problemin çözümüne kesin olmayan bir ışık tutmaktadır. Bazen mahkemeler, Neuilly Andlaşmasının¹²² Yorumlanması Hakkındaki Davada Daimi Divan’ın yaptığı gibi, resmi metinler arasında görüş ayrılığı olup olmadığını incelemeyen basitçe, geçerli metni uygulamaktadır. Bazen mahkeme, tarafların niyetlerini bulmak için farklı metinler arasında bir karşılaştırma yapmıştır.¹²³ Bu aynı zamanda Polonya Yüksek Mahkemesinin Habsburg-Lorraine Meclisinin Arşidükü ile Polonya Devlet Hazinesi arasındaki davada kullandığı metottur.¹²⁴ Sorun tarafların bu maddeyi koymaktaki niyetleri ile ilgilidir ve Komisyon yorumun genel kurallarına göre bir formülle sorunu çözmeye çalışmanın Komisyon için uygun olacağından şüphe duymuştur. Buna göre Komisyon, böyle bir hüküm içeren andlaşmalar için 1. paragrafta genel bir kayıt koymanın yeterli olacağını düşünmüştür.

(5) 2. paragraf, 9. maddeye göre tevsik edilmemiş bir andlaşma metninin, andlaşma veya taraflar tarafından yorum açısından geçerli metin olarak kabul edilmesiyle ilgilidir. Mesela, 1897’de Büyük Britanya ile Etiyopya arasında yapılan sınır andlaşması İngilizce ve Amharik dilinde akdedilmiş fakat anlaşmazlık durumunda Fransızca çevirisinin geçerli olacağını düzenlemiştir.¹²⁵

(6) Andlaşma metninin birden çok dilde tevsik edilmesi, kullanılan terimler tarafların niyetlerini yansıttığı için her zaman için bir problem kaynağı olmuştur. Fakat birbirine uygun olmayan tevsik edilmiş iki metin bulunsa da,

¹²² P.C.I.J. (1924), Series A, No. 3.

¹²³ Örneğin, *De Paoli v. Bulgarian State, Tribunaux arbitraux mixtes, Recueil des decisions*, vol. 6, p. 456.

¹²⁴ *Annual Digest of International Law Cases, 1929-1930*, case No. 235.

¹²⁵ Aslında Andlaşma’da “resmi” denmiştir; ancak bunu “geçerli” anlamına geldiği açıktır; Hertslet, *The Map of Africa by Treaty* (3rd ed.), vol. 2, pp. 42-47; Ayrıca bkz: The Convention for the Unification of Certain Rules concerning Collisions in Inland Navigation, Hudson, *International Legislation*, vol. 5, pp. 819-822.

hukukta taraflar tarafından kabul edilmiş ve tarafların niyetlerini yansıtan terimlerin bulunduğu sadece bir andlaşmanın olduğunun vurgulanması gerekmektedir. Uygulamada, birden çok dilde tevsik edilmiş andlaşmanın bulunması yorum işini bazen kolaylaştırmakta bazen de zorlaştırmaktadır. Az dildeki ve birkaç maddeden oluşan andlaşmalarda metinler arasında pek çelişki bulunmamaktadır. Dillerin farklı karakterleri, tam olarak *consensus ad idem*'in bulunmaması veya metinler arasında ayarlamaları yapmak için yeterli zamanın bulunmaması gibi nedenler metinlerin anlamı arasında az ya da çok çelişkinin bulunmasına neden olmaktadır. Metinlerin çokluğu, andlaşmanın terimlerinin anlaşılabilirliği veya belirsizliğine ciddi bir neden olmaktadır. Diğer taraftan, bir dildeki terimlerin anlamı anlaşılabilir veya belirsiz fakat diğer dilde tarafların niyetlerini yansıtır nitelikte ise, andlaşmanın çok dilde olması yorum işini kolaylaştırmaktadır.

(7) Andlaşmanın birden çok dilde tevsik edilmesi durumu, andlaşmaların yorumuna yeni bir unsur katmaktadır, metinlerin karşılaştırılması. Fakat bu, yeni bir yorum sistemini gerektirmemektedir. İfadelerin çokluğuna rağmen andlaşma ve 27. ve 28. maddelerdeki kurallar tarafından yönetilen yorum işlemi açısından terimlerin kullanılması tek kalmaktadır. Andlaşmanın ve bunda kullanılan terimlerin birliği, birden çok dildeki andlaşmaların yorumunda esaslı öneme sahiptir ve bu her metindeki terimlerin aynı şeyi ifade ettiğini varsayan tevsik edilen metinlerin aynı etkiye sahip olmaları prensibiyle güvenceye alınmıştır. Bu varsayım, metinlerden birini diğerine tercih etmeden önce bunlar arasında ortak bir şeyler bulmak için her şeyin yapılmasını öngörmektedir. Andlaşmanın bir terimi tevsik edilen bütün metinlerde aynı olduğundan belirsiz veya anlaşılabilir olabilir, veya birisinde böyledir fakat diğer metinlerde nasıl olduğu belirsizdir, veya metinler aynı anlama sahipmiş gibi görünmüyor olabilir. Fakat eğer belirsizlik veya anlaşılabilirlik bütün metinlerde bulunuyorsa veya bu metinlerin çok dilde olmasından kaynaklanıyorsa, yorumcu için ilk kural, andlaşmanın yorumunun standart kurallarını uygulayarak tarafların o terime vermek istedikleri anlamı araştırmaktır. Andlaşmanın çok dilde olması, yorumcunun bir metni diğer metne basitçe tercih etmesini ve andlaşmanın konu ve amacına, hazırlık çalışmalarına, var olan koşullara, mevcut uygulamaya göre belirsizlik ve anlaşılabilirliği çözmeye çalışmadan bir metni dışlamasını haklı çıkartmaz. Aksine, metinlerin eşitliği, metinleri uzlaştırmak için makul her çabanın sarf edilmesini ve yorumun normal araçlarına başvurarak tarafların niyetlerini bulmayı ifade eder.

(8) Bu yüzden 3. paragraf, andlaşma hükümlerinin her bir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edileceğini öngörmektedir. Sonra da, -bir metnin önceliği konusunda tarafların anlaşması durumu hariç- metinler arasında bir

mana farkı varsa, metni en iyi uzlaştıran mananın benimseneceğini eklemektedir. Bu hükümler metinlerin eşitliği ilkesini gerçekleştirmektedir. Bazı hukukçular tarafından metinler arasında uyumsuzluğun bulunduğu durumlar için sınırlayıcı bir yorum kuralı koyması gerektiği düşünülen Daimi Divan, Mavrommatis Filistin İmtiyazları Davası'nda¹²⁶ şunları söylemiştir:

“... birinin diğerine göre daha ilgili görüldüğü ve aynı etkiye sahip iki versiyonun bulunması durumunda Divan, tarafların ortak niyetleriyle uyum içinde olacak biçimde, her iki versiyon arasında uyum sağlamak için sınırlı bir yorum kabul etmelidir. Mevcut olayda, bu karar özenle uygulanmıştır çünkü sorun Filistin mandatörü olarak Büyük Britanya'nın sorumluluklarıyla ilgili bir belgeyle ilgilidir ve muhtemelen orijinal taslak İngilizce yapılmıştır.”

Fakat Divan, metinleri uyumlaştırmak için sınırlı yorum hakkında genel bir kural koyma yönündeki ilk cümleye uyma niyetinde değildir. Bu durumda sınırlayıcı yorum uygundur. Fakat belirsizlik durumunda sınırlayıcı bir yorumun kabul edilebileceği sorunu geneldir ve andlaşmanın doğasına ve belirsiz terimin bulunduğu içeriğe bağlıdır. Belirsizliğin andlaşmanın çok dilli olmasından kaynaklanması gerçeği varsayımın sınırlayıcı yorumdan yana yapma veya yapmama neden değildir. Buna göre, Mavrommatis Davası¹²⁷ metinleri uzlaştırma görüşlerine büyük bir destek verirken, birden çok dildeki metinler arasında belirsizlik bulunması durumunda sınırlayıcı yorumun yapılması hakkında genel bir kural konulmamıştır.

(9) Komisyon, birden çok dildeki andlaşmaların yorumu hakkında genel kuralların kodifike edilmesi için başka uygun prensiplerin bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Mesela, açık anlamı olan metinden yana veya taslağın yapıldığı dildeki andlaşma versiyonundan yana tercih yapılmasının öngörülüp öngörülemeyeceğini araştırmıştır. Fakat her olayın koşullarına ve tarafların niyetlerine bağlı olduğundan, bunun çok ileri gitmek olduğunu düşünmüştür. Aynı zamanda bunlar bazen konuya bir ışık tutsalar da, geçerli olmayan metinler hakkında genel bir kural koymanın uygun olup olmayacağını da düşünmüştür.

¹²⁶ *P.C.I.J.* (1924), Series A, No. 2, p. 19.

¹²⁷ Bkz: *Venezuelan Bond cases*, Moore, *International Arbitrations*, vol. 4, p. 3623; and *German Reparations under Article 260 of the Treaty of Versailles* (1924), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. I, pp. 437-439.

KESİM 4 ANDLAŞMALAR VE ÜÇÜNCÜ DEVLETLER

Üçüncü Devletlerle İlgili Genel Kural MADDE 30¹²⁸

Bir andlaşma rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır.

Şerh:

(1) 2 (1) (h) maddesinde tanımlanan üçüncü devlet, andlaşmaya taraf olmayan bir devlettir ve bir andlaşmanın, o andlaşmaya taraf olmayan bir devlet için, kendi rızası olmadan ne hak doğuracağı ne de sorumluluk yaratacağı prensibi neredeyse evrensel bir prensiptir. Mevcut hükümde altı çizilen kural, Roma Hukukunda ortaya çıkmış *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* özdeyişiyile ifade edilen kuraldır; andlaşmalar, rızaları olmadan üçüncü devletlere ne sorumluluk yaratır ne de hak verir. Uluslararası hukukta bu kural sadece anlaşmalar hukukundaki genel kavramla değil fakat devletlerin egemenlik ve bağımsızlıklarıyla ilgilidir. Devlet uygulamalarında ve uluslararası mahkemelerin kararlarında olduğu kadar hukukçuların eserlerinde de bu kuralın kabul gördüğünün kanıtına bol bol görünür.

(2) Sorumluluk: Uluslararası mahkemeler, ister iki taraflı ister çok taraflı olsun, prensip andlaşmalarında tarafların rızaları dışında, taraf olmadıkları bir andlaşmadan dolayı bunlara ne sorumluluk yüklenebileceği ne de sahip oldukları hakların değiştirilebileceği prensibinde katı davranmıştır. Örneğin, Palmas Adası Davasında,¹²⁹ İspanya ile diğer devletler arasında akdedilen andlaşmalara göre, İspanyanın ada üzerindeki hakları hakkında Yargıç Huber şunları söylemiştir: “İspanya ile üçüncü güçler arasında akdedilen ve bunun Filipinler üzerinde egemenliğini kabul eden andlaşma, Hollanda üzerinde bağlayıcı olmaz...”¹³⁰ başka bir bölümde de şunları söylemiştir:¹³¹ “... andlaşmanın doğru anlamı ne olursa olsun, andlaşma üçüncü devletlerin hakkını değiştirecek şekilde yorumlanamaz.” Üçüncü bir bölümde de şunları vurgulamıştır:¹³² “Hollanda’nın yeni yetkisi, üçüncü devletler arasında akdedilen bir andlaşmayla değiştirilemez.” Kısaca, İspanya ve diğer devletler arasında akdedilen andlaşma *res inter alios acta* (üçüncü kişiler arasında yapılmış andlaşma)’dır ve hiçbir şekil-

¹²⁸ 1964 Taslağı, madde: 58.

¹²⁹ (1928) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 831.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 850.

¹³¹ *Ibid.*, p. 842.

¹³² *Ibid.*, p. 870.



de Hollanda üstünde bağlayıcı olmaz. Yukarı Savoy'daki Serbest Bölge ve Gex Bölgesi Davasında¹³³ sorun çok taraflı bir andlaşmaydı -Versailles Barış Andlaşması- ve Daimi Divan Andlaşmanın 435. maddesinin “kendisinin kabul ettiği sınırlar dışında, andlaşmaya taraf olmadığı için İsviçre üzerinde bağlayıcı olmadığına” karar vermiştir. Benzer şekilde, Uluslararası Komisyonun Oder Nehri hakkındaki Bölgesel Yargılama Yetkisi Davasında¹³⁴ Daimi Divan, Uluslararası Ulaşım Elverişli Suyolları Rejimi hakkındaki 1921 Barselona Konvansiyonunu göz önüne almayı Polonya bu andlaşmaya taraf olmadığı için reddetmiştir. Doğu Carelia Davasında¹³⁵ da Daimi Divan, Milletler Cemiyeti Misakı hakkında farklı bir tavır sergilememiştir.

(3) Haklar: Altı çizilen kuralın haklara uygulanmasına, hakemlik kararlarında da rastlanmaktadır ki bu kurala göre bir andlaşmada o andlaşmanın tarafı olmayan üçüncü bir devlet için hak yaratan hükümler bulunamaz ve sadece taraflar o andlaşmaya göre hak talep edebilir. Clipperton Adası¹³⁶ hakkındaki hakemlikte, hakem Meksika'nın Fransa'ya karşı 1885 Berlin Andlaşmasının hükümlerinin uygulanmasını talep etmeye, o andlaşmanın tarafı olmadığından dolayı hakkı bulunmadığına karar vermiştir. Merkez Rhodopia Ormanları Davasında¹³⁷ hakem, Yunanistan'ın Neuilly Andlaşmasına göre taleplerini desteklerken, şunları söylemiştir: “... Neuilly Andlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce, Yunan Hükümeti Constantinople Andlaşmasının tarafı olmadığından, Andlaşmanın ilgili şartlarına göre taleplerde bulunmasının hukuki temeli yoktur.”¹³⁸

(4) *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* kuralının bir istisnaya izin verip vermediği Komisyonda tartışmaya yol açmıştır. Üyeler arasında sorumluluklar açısından tam bir anlaşma vardır; bir andlaşma kendiliğinden taraf olmayan devlet için sorumluluk yaratamaz. Görüş ayrılığı, bir andlaşmanın taraf olmayanlar için hak yaratıp yaratmayacağı konusunda çıkmıştır. Bir grup üye, tarafların niyeti buysa, bir andlaşmanın bu etkiye sahip olabileceğini, tabii ki taraf olmayan devletin bu hakkı kabul etmek veya uygulamak zorunda olmadığını düşünmüştür. Başka bir grup üye ise taraf olmayan bir devlet kabul etmedikçe gerçek bir hakkın bulunmadığını düşünmüşlerdir. Bu konu 32. maddenin çerhinde daha detaylı olarak tartışılmıştır.

¹³³ P.C.I.J. (1932), Series A/B, No. 46, p. 141; *ibid.* (1929), Series A, No. 22, p. 17.

¹³⁴ *ibid.* (1929), Series A, No. 23, pp. 19-22.

¹³⁵ *ibid.* (1923), Series B, No. 5, pp. 27-28; Ayrıca bkz: Case of the Aerial Incident of 27 July 1955, I.C.J. Reports 1959, p. 138.

¹³⁶ Reports of International Arbitral Awards, vol. II, p. 1105.

¹³⁷ *ibid.*, vol. III, p. 1405.

¹³⁸ Annual Digest and Reports of International Law Cases, 1933-34, case No. 39, p. 92.

(5) 1964'te geçici olarak kabul edilen taslakta maddenin başlığı "Andlaşmanın taraflara etkilerinin kısıtlayan genel kural" idi. Maddenin amacının "andlaşmaların üçüncü devletlere etkileri" olduğundan bu konuda yanlış anlamaları önlemek için Komisyon başlığı "üçüncü devletlerle ilgili genel kural" olarak değiştirmeye karar vermiştir. Aynı sebeple ve andlaşmaların uygulanmasına önyargılı yaklaşıyor gibi görünmemek açısından, maddenin ilk kolu olan "andlaşma sadece taraflar arasında uygulanır" gibi bölümler maddeden çıkartılmıştır. Bu yüzden maddeyi kısa ve basit şekilde sınırlamıştır. "Bir andlaşma rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır." Başlık da metin de mümkün olduğu kadar Komisyonun üyelerinin görüşleri arasında belli bir denge sağlayacak şekilde oluşturulmuştur.

Üçüncü Devletler İçin Yükümlülükler Öngören Andlaşmalar MADDE 31¹³⁹

Bir andlaşmanın tarafları bu andlaşmanın bir hükmünün, o andlaşmanın tarafı olmayan bir devlet için yükümlülük aracı olmasını kast ettiyse ve üçüncü devlet o yükümlülüğü açıkça kabul ettiyse, bu andlaşma hükmünden üçüncü bir devlet için yükümlülük ortaya çıkar.

Şerh:

(1) Önceki maddede belirtilen kurala göre, bir andlaşmanın tarafları rızası olmadan taraf olmayan bir devlet için sorumluluk yaratamaz. Bu kural devletlerin egemenlik ve bağımsızlıklarının bir siperidir. Mevcut hüküm taraf olmadığı bir hükümlerinin bağlayıcı olması için her zaman o devletin rızasının gerekli olduğunun altını çizmektedir. Buna göre taraf olmayan bir devletin bağlanması için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak, andlaşmanın taraflarının andlaşma hükümlerinin taraf olmayan devlet için sorumluluk yaratması niyetinde olması gerekmektedir. İkinci olarak da, üçüncü devletin bu sorumluluğu açıkça kabul etmesi gerekmektedir. Komisyon, bu şartların gerçekleşmesi halinde bir yanda andlaşmanın taraflarının diğer yanda üçüncü devletin bulunduğu ikinci bir anlaşmanın oluştuğunu ve sorumluluğun kaynağının ilk andlaşma değil fakat ikinci anlaşma olduğunu düşünmüştür. Bununla birlikte, konu bu şekilde düşünülse de, olay belirli devletler arasında akdedilen bir andlaşmanın taraf olmayan bir devlet üzerinde bağlayıcı olmasıyla ilgili olmaya devam etmektedir.

(2) Maddedeki kuralın uygulanması Daimi Divan'ın Serbest Bölge Davasında,¹⁴⁰ Versailles Andlaşmasının 435. maddesine yaklaşımıyla açıklanmıştır.

¹³⁹ 1964 Taslağı, madde: 59.



İsviçre Versailles Andlaşmasına taraf değildi fakat maddenin metni öncelikle onun andlaşmayı akdetmesini gerektiriyordu. İsviçre Federal Konseyi, Fransız Hükümetine bir not göndererek 435. maddeyi kabul etmesinin bazı şartlar altında mümkün olduğunu bildirmiştir.¹⁴¹ Bu şartlardan biri, Fransız Hükümetinin daha önce yapılan andlaşma, konvansiyon vs. hükümlerinin yeni şartlara göre uygulanmaya devam etmemesi yönündeki kayıdır ve kabulünün serbest bölge rejiminin üstünlüğünü kabul etmesi anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Fransa, Divan önünde serbest bölge hakkındaki eski andlaşma ve konvansiyonların 435. maddeyle yürürlükten kalktığını iddia etmiştir. Bu iddiayı reddederken Divan İsviçre'nin 435. maddenin serbest bölgeleri iptal eden ve yürürlükten kaldıran bir bölümünü kabul etmediğini belirtmiştir:

“Versailles Andlaşmasının 435. maddesi İsviçre üzerinde bağlayıcı değildir ki kendi kabul ettiği kapsam dışında andlaşmanın bir tarafı değildir ve kabul ettiği bu kapsam bu maddeye Ek 1'i oluşturan İsviçre Federal Konseyi'nin 5 Mayıs 1919 tarihli notunda belirtilmiştir, İsviçre Hükümeti bu eylemiyle 435. maddenin şartlarını bu notta belirttiği biçimde kabul etmiştir.”

(3) Bazı hükümetler kendi yorumlarına göre, saldırgan devletlere dayatılan andlaşma hükümlerinden söz etmişler ve böyle hükümlere bu maddenin uygulanması konusunda sorun çıkmıştır. Komisyon, hareket tarzı Şarta uygun olduğu için, böyle durumların maddede belirtilen prensiple çelişeceğini düşünmüştür. Aynı zamanda, tehdit veya güç kullanımıyla elde edilen andlaşmaların geçersizliğini düzenleyen 49. madde, Birleşmiş Milletler Şartına aykırı tehdit ve güç kullanımı ile ilgilidir. Şarta uygun biçimde bir andlaşmanın saldırgan devlete karşı uygulanması 49. maddedeki kuralla ters değildir. Komisyonda büyük çoğunlukla, Şarta uygun olarak saldırgan devlete karşı bir andlaşmayla sorumluluk yüklenmesi hakkında genel bir kayıt konulması kararlaştırılmıştır. Bu kaydın metni 70. maddededir.

Üçüncü Devletler İçin Haklar Öngören Andlaşmalar MADDE 32¹⁴²

1. Bir andlaşmanın tarafları bu andlaşmanın bir hükmünün ya üçüncü bir devlete veya o devletin mensubu olduğu devletler grubuna, ya da bütün devletlere bir hak vermesini kast ettiyse ve üçüncü devlet buna rıza gösterirse, üçüncü devlet için andlaşmanın bu hükmünden o hak doğar. Üçüncü devletin rızası, aksi belirtilmediği sürece farz edilir.

¹⁴⁰ P.C.I.J. (1929), Series A, No. 22, pp. 17 - 18; *ibid.* (1932), Series A/B, No. 46, p. 141.

¹⁴¹ Bu notun ilgili bölümünün metni Versailles Andlaşması'nın 435. maddesine eklenmiştir.

¹⁴² 1964 Taslağı, madde: 60.

2. Birinci paragrafta göre bir hakkı kullanan bir devlet bu hakkın kullanılması için andlaşmada öngörülen veya andlaşmaya uygun şekilde tesis edilen şartlara uyacaktır.

Şerh:

(1) Bu madde, tarafı olmadığı bir andlaşmadan dolayı bir devletin bir hakka sahip olduğu durumlarla ilgilidir. Haklar konusu sorumluluklar konusuna göre daha fazla tartışmaya yol açan bir konudur çünkü üçüncü devletin rızası farklı biçimde aranmaktadır. Bir andlaşmanın tarafları, üçüncü bir devlete rahatça bir hak dayatamaz çünkü bir hak kolaylıkla kabul edilmeyebilir veya bundan vazgeçilebilir. Bu nedenle, mevcut hükme göre sorun, hakkın yaratılması için üçüncü devletin “kabulünün” gerekip gerekmediği veya andlaşmanın kendi gücüyle hakkı yaratıp yaratmadığıdır.

(2) Komisyon andlaşma uygulamasının hiç de küçümsenmeyecek sayıda üçüncü devletler için şartlar öngördüğünü göz önüne almıştır. Bazı durumlarda şart bireysel olarak devletlerle ilgilidir, örnek olarak Versailles Andlaşmasında şartlar Danimarka¹⁴³ ve İsviçre¹⁴⁴ ile ilgilidir. Bazı durumlarda ise şartlar bir grup devlet ile ilgilidir, iki dünya savaşından sonraki Barış Andlaşmalarının hükümleri mağlup devletlerin, andlaşmalara taraf olmayan bazı devletlerden savaştan kaynaklanan taleplerinden vazgeçmesini şart koşturmaktadır. Başka bir durum ise Şartın 35. maddesidir ki bu, taraf olmayanların uyuşmazlıkları Güvenlik Konseyi veya Genel Kurulun önüne getirme hakkının bulunduğunu belirtmektedir. Yine Manda ve Vesayet Anlaşmaları, Birleşmiş Milletler ve Cemiyet üyeleri lehine belirli haklar öngören hükümler içermektedir ki bu hükümler, bir üyenin diğer üyeler için hak elde etmesinden dolayı özel bir karaktere sahiptir.¹⁴⁵ Bazı kanal, boğaz ve uluslararası nehirlerdeki ulaşımın serbestliği ile ilgili hükümlerde olduğu gibi diğer örneklerde, şart genel olarak devletlerle ilgilidir.

(3) Bazı hukukçular, bir andlaşmanın ya tasarlayarak ya da tesadüfi etkiyle üçüncü bir devlet hakkında yarar sağlayabileceğini fakat ikincisinde geçerli bir hakkın ancak taraflar ve üçüncü devlet arasında yapılacak ikincil bir anlaşmayla elde edileceğini savunmuştur. Diğer bir ifadeyle, sorumluluk konusunda olduğu gibi, bir hakkın da, ancak andlaşma hükmünün bir hak yaratma niyeti hakkındaki teklifinin üçüncü devlet tarafından kabul edilmesiyle yaratılabilecektir. Ne devlet uygulamalarında ne de Daimi Divan’ın Serbest Bölge Da-

¹⁴³ Versailles Andlaşmasının 109. maddesi.

¹⁴⁴ Versailles Andlaşmasının 358 ve 374. maddeleri.

¹⁴⁵ Bkz: *South-West Africa cases, I.C.J. Reports 1962*, pp. 329-331 ve p. 410; the *Northern Cameroons case, I.C.J. Reports 1963*, p. 29.

vasındaki¹⁴⁶ beyanlarında uluslararası hukukta diğerleri için şartlar oluşturulduğunun kabul edildiğine dair bir kanıt bulunmamaktadır.

(4) Diğer hukukçular,¹⁴⁷ andlaşmalar hukukundaki dört özel Raportör dâhil, farklı bir pozisyon almışlardır. Açıkça, eğer niyetleri buysa, uluslararası hukukta iki veya daha fazla devletin bir andlaşmayla üçüncü bir devlet hakkında hak yaratmasına engel olacak hiçbir şeyin bulunmadığını ve bunun her zaman için andlaşmanın taraflarının niyetleriyle ilgili bir sorun olduğunu belirtmişlerdir. Bunlara göre, üçüncü bir devlete bir yarar sağlayan andlaşmalar ile üçüncü devlete geçerli bir hak tanıyan andlaşmalar arasında bir ayırım yapılmalıdır. İkinci durumda diğer devlet bir hak elde etmek için kendisine yarar sağlayacak hükmü direk olarak talep etmekte ve hükmün ifası için taraflardan birinin yardımını istemek zorunda kalmamaktadır. Bunların görüşüne göre, bu hak, diğer devletin kabulü hakkındaki özel bir eylemi veya bununla taraf devletler arasındaki ikincil bir andlaşma açısından uygun değildir. Bu yazarlar devlet uygulamasının bu görüşü desteklediğini ve Aaland Adası sorununda¹⁴⁸ Cemiyet Konseyinin Hukukçular Komitesinin raporunda ve özellikle 1932’de Daimi Divan’ın aşağıdakileri söylediği Serbest Bölge Davası’nda bunun için yetki bulunduğunu savunmuşlardır:

“Kendi yararına geçerli bir hakkı kabul ederken üçüncü devletin bazı şartları da kabul ettiği konusu üzerinde düşünmeksizin kabul edilemez. Fakat egemen devletlerin bu konu ve etkiyi kabul etmelerinin önünde hiçbir şey yoktur. Diğer devletler arasında oluşturulan bir belgeye göre bir hakkın bulunup bulunmadığı sorusunda her olayda şunlar ayrı ayrı araştırılmalıdır: devletlerin üçüncü bir devlet yararına bir hak yarattıklarının belli olması ve bunun diğer devlet tarafından kabul edilmesi.”¹⁴⁹

(5) 1964’te Komisyonun bazı üyeleri, bazı hukukçuların 3. paragrafta belirtilen görüşlerini paylaşırken diğer üyeler 4. paragrafta belirtilen ikinci grup hukukçunun görüşünü benimsemiştir. Fakat Komisyon üyelerinin görüşleri arasında bulunan farkın doktrinsel nitelikte olduğuna ve bu iki farklı doktrinsel görüşün uygulamasının çok da farklı olmadığına karar vermiştir. İki grup da bir andlaşma hükmünün üçüncü bir devlet yararına bir hak yaratabileceğini ve

¹⁴⁶ P.C.I.J. (1932), Series A/B, No. 46, p. 147.

¹⁴⁷ Örneğin, Sir G. Fitzmaurice, Andlaşmalar hukuku hakkında beşinci rapor, *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, vol. II, pp. 81 ve 102-104.

¹⁴⁸ League of Nations, *Official Journal*, Special Supplement No. 3 (October 1920), p. 18.

¹⁴⁹ P.C.I.J. (1932), Series A/B, No. 46, pp. 147-148; Bununla birlikte, bu davada üç yargıç, Andlaşmaya taraf olmayan bir Devlet lehine bir kaydın kendisinin bu Devlet üzerinde gerçek bir hak verebileceği görüşüne karşı çıkmıştır.

üçüncü devletin de bunu kabul etmekte veya reddetmekte özgür olduğunu kabul etmektedirler. Farkları ise birinci gruba göre yararlanan devlet hakkı bir şekilde kabul edinceye kadar andlaşma hükmü bir tekliften öteye gitmezken diğer gruba göre hak bir kerede ortaya çıkmakta ve diğer devletin reddine kadar varlığını sürdürmektedir. Diğer taraftan ilk grup, sorumluluğun kabulünden farklı olarak, hakkın üçüncü devlet tarafından kabulünün açık biçimde olmasının gerekmediğini, andlaşmadaki hakkın küçük bir uygulamasının da bu anlama geleceğini kabul etmektedir. İkinci grup, hâlihazırda var olan bir hakkı kabul etmeyenin bunu açıkça ifade etmesine gerek olmadığına hakkı uygulamamasının da yeterli olduğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak, Komisyon uygulamada hemen hemen her durumda iki görüşünde aynı sonuçları verdiğini düşünmüştür. Ama Komisyon, bir hakla ilgili hükümlerin değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması hakkındaki doktrindeki farklı görüşleri de göz önüne almamıştır. Tersine, yararlanan devletin hakla ilgili rızasını açıklayınca kadar, tarafların bu hakkı geri almaya veya değiştirmeye de haklarının bulunduğu ve eğer üçüncü devletin rızası olmadan hakkın geri alınamayacağı veya değişiklik konusu olamayacağı belirtilmişse üçüncü devletin rızasının her zaman gerekli olduğu konusunda Komisyon hemfikirdir. İki doktrinsel görüşün ancak çok istisnai durumlarda farklı neticeler vereceğinin düşünülmesinden dolayı Komisyon maddenin, devlet uygulamalarının ihtiyaçlarını giderirken kuralın doktrinindeki temelini de göz ardı etmeyecek şekilde oluşturmaya karar vermiştir.¹⁵⁰

(6) Hükümetler yorumlarında doktrinsel noktada bir pozisyon almamışlar ve genel olarak kuralın maddede düzenlendiği şekilde kabul eder görünmüşlerdir. Bazı Hükümetler, farklı bir bakış açısıyla, geçici olarak kabul edilen 1964 metninin 1(b) paragrafında belirtilen “ve devlet açıkça veya zımnen buna rıza gösterirse” şeklindeki ikinci durumdan dolayı şüpheye düşmüşlerdir. Bu yorumların bir sonucu olarak ve niyetin bir hakla, mesela devletlere genel olarak ulaşım hakkı verilmesiyle, ilgili olduğu durumlarda kuralın buna uygun olması için Komisyon maddenin 1. paragrafını bu noktada değiştirmiştir. “Açıkça veya zımnen” kelimelerini silmiş ve aksi belirtilmediği sürece üçüncü devletin rızasının bulunduğunu belirten bir hüküm eklemiştir. Bu değişikliğin iki doktrinsel görüş arasında uygulamada olabilecek farkları azaltacağını belirtmiştir.

(7) 1. paragraf tarafı olmadığı bir andlaşmadan dolayı bir devlet için bir hakkın iki koşul altında doğabileceğini düzenlemektedir. İlk olarak tarafların hükmün ya belli bir devlet için, ya üyesi buldukları bir grup devlet için ya da

¹⁵⁰ Örneğin, Finlandiya Barış Andlaşması hakkında Amerika Birleşik Devletleri Hazinesi ile Dışişleri Bakanlığı Finlandiya'nın ABD'de bir haktan feragat etme hakkına sahip olup olmadığı konusunda tartışmışlardır.

genel olarak bütün devletlere bir hak vermesi niyetinin bulunması gerekir. Hak vermeyle ilgili niyet esaslı öneme sahiptir, çünkü eğer tarafların böyle bir niyeti varsa, sınırlı bir yarardan farklı olarak, geçerli bir hak andlaşma hükümleriyle verilebilir. Belli bir devlet, bir devlet grubu ya da genel olarak bütün devletlerle ilgili şartlara 2. paragrafta değinilmiştir. İkinci koşul ise yararlanan devletin kabulüdür. Bu koşulun şimdiki zamanda “ve devlet buna rıza gösterirse” şeklinde formüle edilişi, hakkın andlaşmayla mı yoksa üçüncü devletin kabulüyle mi yaratıldığı sorusunu gündeme getirmektedir. Daha önce de açıklandığı gibi, bir görüşe göre yararlananın rızası, taraflar tarafından yapılan bir teklifin kabulüdür, diğer görüşte ise rıza sadece hakkın yararlanan devlet tarafından reddedilmediğini gösterdiği için önemlidir. Paragrafın ikinci cümlesi, aksi belirtilmediği sürece rızanın var olduğunun farz edileceğini belirtmektedir. Komisyon hakkın geniş bir grup devlete veya bütün devletlere verildiği durumlarda gerekli esnekliğin sağlanması için bu kuralın gerekli olduğunu düşünmüştür.

(8) 2. paragraf, bir hakkı kullanan bir devletin bu hakkın kullanılması için andlaşmada öngörülen veya andlaşmaya uygun şekilde tesis edilen şartlara uyuması gerektiğini düzenlemektedir. “Andlaşmaya uygun şekilde tesis edilen” bölümü, pek çok durumda bir hakkın ne şekilde uygulanacağını ikincil bir belgede veya bir tarafın tek yanlı açıklamaları vasıtasıyla belirlendiği gerçeğine dayanmaktadır. Örneğin, uluslararası bir nehirde ulaşımın serbest olmasına izin veren bir hükmün bulunması durumunda, tabii ki kara devleti bu hakkın kullanılması ile ilgili düzenlemeleri yapma yetkisini kendinde tutmaktadır. Bir Hükümet bu paragrafın, tarafların üçüncü devlete verilen hakkı tadil etme yetkilerini kısıtlayacak şekilde yorumlanacağı endişesini dile getirmiştir. Komisyon, böyle bir yorumun tamamen gerçek dışı olacağını çünkü bu maddenin sadece hakkı uygulamak için üçüncü devletin şartları yerine getirmesinden bahsettiğini söylemiştir. Tarafların andlaşmayı değiştirme hakları tabii ki önemli bir sorundur ancak bu sorun bu paragrafla değil 33. maddeyle ilgilidir.

Üçüncü Devletlerin Yükümlülüklerinin veya Haklarının Geri Alınması veya Değiştirilmesi MADDE 33¹⁵¹

1. 31. maddeye uygun şekilde üçüncü bir devlet için bir yükümlülük ortaya çıktığı zaman, bu yükümlülük ancak andlaşmaya taraf olanların ve üçüncü devletlerin rızası ile geri alınabilir veya değiştirilebilir. Meğerki tarafların başka türlü mutabakata vardıkları tespit edilmiş olsun.

¹⁵¹ 1964 Taslağı, madde: 61.

2. 32. maddeye uygun şekilde üçüncü bir devlet için bir hak ortaya çıktığı zaman, üçüncü devletin rızası olmadan hakkın geri alınamayacağı veya değiştirilemeyeceği niyeti tespit edilirse, bu hak akit taraflarca geri alınmaz veya değiştirilemez.

Şerh:

(1) 33. madde, 31. ve 32. maddeye göre üçüncü bir devlet hakkında doğan bir sorumluluk veya hakkın geri alınması veya değiştirilmesi ile ilgilidir. 1964'te geçici olarak kabul edilen maddenin metni, hakları ve sorumlulukları içine alan ve andlaşmadan aksi yani bunların geri alınabileceği belli olmadıkça, üçüncü devletin rızası olmadan hakların ve sorumlulukların geri alınamayacağını veya değiştirilemeyeceğini belirten bir kural içermektedir. Bu kuralın düzenlenişi bazı Hükümetlerce eleştirilmiştir ve bazıları da bu hükmün üçüncü devletin hakkını korumakta çok ileri gittiğini belirtmiştir. Komisyon belli eleştirilere katılmasa da, 1964 metnin yeterince tatmin edici olmadığını ve yeniden kaleme alınması gerektiğini düşünmüştür.

(2) Komisyon, sorumlulukların geri alınması veya değiştirilmesinde uygulanacak kuralların haklarınkinden farklı olacağını düşünmüştür. Hatta tarafların ve üçüncü devletin durumları bu ikisinde tersine çevrilmiştir. Bir sorumluluğun değiştirilmesi veya geri alınması teklifinin taraflardan değil, üçüncü devletten gelebilir ve böyle bir durumda, sorumluluğu kabul eden devlet andlaşmanın taraflarının rızası olmadan değişiklik yapamaz veya geri alamaz. Buna göre maddeyi, biri sorumlulukları diğeri hakları kapsayacak biçimde iki paragrafta düzenlemeye karar vermiştir. Komisyon aynı zamanda maddenin, andlaşmanın hükümlerinin değiştirilmesi veya geri alınması değil, üçüncü devletin hak veya yükümlülüğünün değiştirilmesi veya geri alınması ile ilgili olacağını, çünkü andlaşmanın değiştirilmesinin tarafların karşılıklı ilişkileriyle ilgili olduğuna karar vermiştir.

(3) 1. paragraf tarafların başka türlü mutabakata vardıkları tespit edilmişse üçüncü bir devlet için bir yükümlülük ortaya çıktığı zaman, bu yükümlülüğün ancak andlaşmaya taraf olanların ve üçüncü devletin rızası ile geri alınabileceğini veya değiştirilebileceğini öngörmektedir. Önceki paragrafta belirtildiği gibi eğer yükümlülüğün geri alınmasını veya değiştirilmesini üçüncü devlet istiyorsa bu kural tamamen doğrudur. Eğer geri almayı veya değiştirmeyi andlaşmanın tarafları talep ediyorsa durum bu kadar basit değildir. Tarafların yükümlülüğün ifasını talep etme haklarından vazgeçtikleri bir durumda, üçüncü devletin rızası gereksiz olabilir ve böyle bir durumda bir zorluğun çıkması imkânsızdır. Fakat Komisyon uluslararası ilişkilerde böyle basit durumlara az rastlanıldığını ve birçok olayda üçüncü devletin yükümlülüğünün daha karışık ilişkilere yol açtığını ve yükümlülükteki bir değişiklik için karşılıklı rızanın gere-

keceğini düşünmüştür. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıysa tarafların ve üçüncü devletin rızasını gerekli olduğu yönündeki genel kuralı paragrafa koymuştur.

(4) 2. paragraf yukarıda açıklanan nedenlerle, andlaşmanın taraflarınca üçüncü devletin hakkının geri alınması veya değiştirilmesi ile ilgilidir. Komisyon, bazı Hükümetlerin 1964 metninde, taraf devletlerin andlaşma hükümlerini geri alma veya değiştirme haklarının çok fazla kısıtlandığı ve üçüncü devlete de bir veto hakkı verildiği şeklindeki yorumlarını göz önüne almıştır. Fakat birbiriyle çelişen ve göz önüne alınması gereken başka görüşlerin de olduğunu düşünmüştür. Şüphesiz ki, devletlerin üçüncü devlet yararına hak yaratmalarında gözlerinin korkutulmaması gerekir, özellikle hareket özgürlüklerinin sınırlanacağı korkusu olmadan uluslararası suyollarında ulaşım konusunda olduğu gibi. Fakat bu kuralların belli bir ölçüde sağlamlığı ve sabitliği de az öneme sahip değildir. Daha fazlası, taraflar eğer üçüncü devletin hakkının değiştirilebilir olmasını istiyorlarsa, bunu andlaşmaya yazabilirler veya üçüncü devletler olan görüşmelerde bunu belirtebilirler şeklindeki görüşünde bir gücü vardır. Bu çatışan görüşleri ve bazı Hükümetlerin yorumlarını göz önüne alınca Komisyon, 2. paragraftaki kuralı üçüncü devletin rızası olmadan hakkın geri alınamayacağı veya değiştirilemeyeceği niyeti tespit edilirse, bu hak akit taraflarca geri alınmaz veya değiştirilemez şeklinde değiştirmeye karar vermiştir. Hakkın geri alınmaz karakteri, hakkın verildiği andlaşmanın terimlerinden veya doğasından veya üçüncü devlet ile taraflar arasında yapılan anlaşmadan anlaşılabilir.

**Bir Andlaşmada Yer Alan Kuralların Uluslararası Teamül Aracılığıyla
Bağlayıcı Olması
MADDE 34¹⁵²**

30-33. maddelerde yer alan hiç bir hüküm, bir andlaşmada belirtilen bir kuralın bir uluslararası teamül kuralı olarak üçüncü bir devleti bağlamasını engellemez.

Şerh:

(1) Andlaşmalarda bulunan kuralların taraflar arasında uygulanmasında teamülün oynadığı rol iyi kavranmıştır. Belli devletler arasında akdedilen bir andlaşma, bölgesel, nehirlerle veya denizle ilgili bir rejim kurabilir ve bu diğer devletler tarafından kabul edilerek teamül vasıtasıyla bunlar üzerinde bağlayıcı olabilir, mesela savaş alanıyla ilgili kurallar koyan Lahey Konvansiyonları,¹⁵³ İsviçre'nin tarafsızlaştırılması ile ilgili anlaşmalar, uluslararası suyolları ile ilgili

¹⁵² 1964 Taslağı, madde: 62.

¹⁵³ Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi tarafından hangi kuralların teamül hukuku olarak bağlayıcı olduğunun belirlenmesi için ele alındı.

çeşitli andlaşmalarda olduğu gibi. Öyleyse, var olan kuralları kodifike eden bir konvansiyon, zamanla konvansiyona taraf olmayan devletler tarafından teamül hukukunun genel kabul görmüş bir düzenlenişi haline gelebilir.

(2) Bu durumda andlaşmanın üçüncü devletler üzerinde hukuki etkilerinin olduğu söylenebilecek midir? Bu durumlar, andlaşmanın tarafları ile diğer devletler arasında bir andlaşma ilişkisi kurulmadan, andlaşmadaki kuralların teamül hukuku olarak bağlayıcı kabul edildiği durumlardır. Kısaca bunların bağlayıcı olmasının nedeni andlaşma değil teamül hukuktur. Bu sebeple, Komisyon bu işlemin üçüncü devletler üzerinde etkisi olan andlaşmalar olarak taslak maddelerine konulamayacağını düşünmüştür. Bu yüzden de, akit devletler arasında andlaşma hükümlerinin uygulanmasının genişletilerek teamül hukuku haline gelmesiyle ilgili özel bir hüküm getirmemeye karar vermiştir. Diğer taraftan, 30 ila 33 maddeler arasındaki hükümlerin ve oluşumun öneminden dolayı, bu maddelerde yer alan hiç bir hükmün, bir andlaşmada belirtilen bir kuralın bir uluslararası teamül kuralı olarak üçüncü bir devleti bağlamasını engellemeyeceği hakkında genel bir kural koymayı uygun bulmuştur.

(3) Komisyon, bu maddeyi 30 ila 33. maddelere göre yapılan yoruma göre yukarıda değinilen sürecin meşruluğunun reddedilmesi ihtimaline karşı bir kayıt olarak düzenlemiştir. Bu maddenin tek amacının bu olduğunu açıkça belirtmek için Komisyon 1964 metninin düzenlenişini değiştirmiştir.

(4) Komisyon, objektif rejimler yaratan andlaşmalardan özel bir durum olarak ayrıca değinilebileceğini düşünmüştür. Komisyonun bazı üyeleri, uluslararası hukukta objektif rejim yaratan andlaşmaların bulunduğunu ve bunların taslak maddeleri yapılırken özel bir muameleyi hak ettiğini belirterek bu görüşten yana olmuştur.¹⁵⁴ Bunların görüşüne göre, bu tanıma uyan andlaşmalar bir ülkenin tarafsızlaştırılması veya askersizleştirilmesi, uluslararası suyollarında ulaşım serbestisi tanyan andlaşmalardır ve Güney Kutbu Andlaşmasını da bunlara dâhil etmişlerdir. Fakat diğer üyeler, *erga omnes* olarak bazı hakların ve yükümlülüklerin ortaya çıkabileceğine de bunun andlaşmalar hukukunun bir kurumu veya kavramıyla ilgisi olmadığını belirtmişlerdir. Bu durumun 32. maddedeki kuralın uygulanması sonucunda ortaya çıkabilir veya mevcut hükümdeki kayda göre bir andlaşmayla bir uluslararası teamül filizlenebilir. Bir andlaşmayla objektif rejimler kurma imkânı hakkında bir kural koyma genel kabul görmeyeceğinden, Komisyon bu sorunun andlaşmalar hukukuyla ilgili olan bu taslak maddelerine koy-

¹⁵⁴ Bkz: Sir G. Fitzmaurice'in Andlaşmalar hukuku hakkındaki beşinci raporu, *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, vol. II, pp. 69-107; ve Sir H. Waldock'un üçüncü raporu, A/CN.4/167, 63. madde ve şerhi, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, pp. 26-34.

mamaya karar vermiştir. Genel olarak devletler hakkında objektif haklar yaratma niyetindeki andlaşmalarla ilgili olan 32. maddedeki hüküm ile bu maddedeki süreç *erga omnes* olarak geçerli olan andlaşmaların kurulmasına hukuki bir temel oluşturmaktadır. Buna göre de Komisyon, böyle objektif rejimler yaratan andlaşmalarla ilgili özel bir hüküm koymamaya karar vermiştir.

KISIM IV ANDLAŞMALARIN TADİLİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ

Andlaşmaların Tadiliyle İlgili Genel Kural MADDE 35¹⁵⁵

Bir andlaşma, taraflar arasında anlaşma ile değiştirilebilir. Kısım II'ye konulan kurallar, andlaşma başka türlü öngörmediği ölçüde, böyle bir anlaşmaya uygulanır.

Çok Taraflı Andlaşmaların Tadili MADDE 36¹⁵⁶

1. Andlaşma başka türlü öngörmedikçe, çok taraflı andlaşmaların tadili aşağıdaki paragraflar gereğince olacaktır.

2. Çok taraflı bir andlaşmayı bütün taraflar arasında tadil etmeye dair bir teklif, her birisi:

(a) böyle bir teklif hakkında yapılacak işlemle ilgili karara katılma;

(b) andlaşmanın tadili için herhangi bir andlaşmanın görüşülmesine ve yapılmasına katılma hakkına sahip olan, bütün âkit devletlere bildirilir.

3. Andlaşma taraf olmaya yetkili olan her devlet, tadil edilen andlaşmaya da taraf olmaya yetkili olacaktır.

4. Tadil anlaşması, hâlihazırdaki andlaşmaya taraf olup da tadil anlaşmasına taraf olamayan herhangi bir devleti bağlamaz. Bu durumda 26. maddenin 4(b) paragrafı hükmü o devlet bakımından da uygulanır.

5. Tadil anlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra andlaşmaya taraf olan herhangi bir devlet, farklı bir niyeti belirtmediyse:

(a) tadil edilen anlaşmanın bir tarafı kabul edilir ve

(b) tadil anlaşması ile bağlı olmayan herhangi bir taraf bakımından tadil edilmemiş andlaşmanın tarafı kabul edilir.

¹⁵⁵ 1964 Taslağı, madde: 65.

¹⁵⁶ 1964 Taslağı, madde: 66.

Şerh:

Giriş

(1) Uluslararası örgütlerin gelişmesi ve çok taraflı andlaşmaların yapılmasındaki artış andlaşmaların tadil edilme yöntemleri üzerinde önemli bir etkide bulunmuştur. İlk olarak, çok taraflı andlaşmaların tadili şimdi uluslararası örgütleri ilgilendiren bir meseledir. Bu, açıkça andlaşmanın bir örgütün kurucu belgesi olduğunda veya andlaşmanın uluslararası çalışma konvansiyonları gibi, bir örgütün içinde hazırlandığında ortaya çıkan bir durumdur. Fakat aynı zamanda bu durum, bir örgütün himayesinde yapılan andlaşmaya ve örgütün sekretaryasının usulle ilgili hükümleri uygulamak için depoziter olması durumuna genişletilebilir. Bütün bu durumlarda bir tadil belgesinin hazırlanması örgütün sistemi veya depoziterin fonksiyonları içinde oluşturulmaktadır. Sonuç olarak, her bir tarafın andlaşmanın gözden geçirilip düzeltilmesi veya tadil edilmesiyle ilgili görüşme hakları geniş olarak korunmuştur. İkinci olarak, çok taraflı andlaşmaların hızlı artışı, ileride andlaşmanın kendisinin içinde, gelecekteki tadil edilme olasılığı için tadil yapma hükümlerinin bulunmasının öneminin artan bir şekilde farkına varılmasına neden olmuştur. Üçüncü olarak, çok sayıda tarafı olan çok taraflı andlaşmaların artması, orijinal andlaşmaya yapılacak tadillerin bütün taraflar tarafından yapılan bir andlaşmayla bir tadil prosedürüyle sınırlandırılması hemen hemen imkânsız hale getirmiştir ve tadilleri kabul etmek isteyen bu devletler arasında tadil andlaşmalarının, aynı zamanda önceki andlaşmanın diğer taraflarıyla ilgili olarak andlaşmanın varlığını yürürlükte bırakırken, yürürlüğe girmesinin artan bir şekilde uygulanması için yol göstermiştir. Böylece, 1906'da, 1864 Harp Halindeki Silâhlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Konvansiyonu, uygun olarak onaylandığı zaman akit taraflar arasındaki ilişkilerde 1864 Konvansiyonunun yerini alabilmesini, fakat yeni Konvansiyonu onaylamayan Konvansiyon tarafları arasındaki ilişkilerde 1864 Konvansiyonunun yürürlükte kalmasını sağlayan yeni bir Konvansiyonla değiştirilmiştir. Benzer bir hüküm 1899 Konvansiyonu'nu değiştiren 1907 Karada Savaş Adet ve Kurallarına dair Lahey Konvansiyonu'nda da vardır. Aynı teknikte birçok örnek vardır, özellikle Birleşmiş Milletler protokolleri, belli Milletler Cemiyeti konvansiyonlarını yeniden gözden geçirmektedir.

(2) *Nihai Kayıtların El Kitabı*'nda verilen örneklerde belli olduğu gibi, tadil kayıtları, çok taraflı andlaşmaların içinde çok çeşitli şekillerde bulunmaktadır.¹⁵⁷ Çeşitliliğine rağmen birçok tadil kayıtları, tadilin hukuki görünümüyle kapsamlı

¹⁵⁷ ST/LEG/6, pp. 130-152.

bir şekilde ilgili olmaktan uzaktır. Bazıları, örneğin, yalnızca bir değişiklik önerisinin önerilebileceği şartları, değerlendirme prosedürünü öngörmeden belirtir. Diğerleri, bir öneriyi göz önüne alırken aynı zamanda bir tadilin benimsenebilmesi ve yürürlüğe girmesi veya var olan andlaşmanın tarafları üzerindeki kesin etkisini tanımlamama durumlarıyla ilgilenmemiştir. Bir tadilin benimsenmesi veya yürürlüğe girmesiyle ilgili kayıtlara göre andlaşmanın bütün tarafları tarafından kabul edilmesi için bazı gereksinimler vardır, fakat bazı kabuller yeterli nitelikli çoğunluk şekli gibidir. Genelde, kayıtların çeşitliliği çok taraflı andlaşmaların tadil edilmesiyle ilgili ayrıntılı örf kurallarının gelişmeleri konusunda andlaşma uygulamasından sonuç çıkartmayı zorlaştırmaktadır; bununla beraber Komisyon andlaşmaların tadiliyle ilgili kuralların kapsamlı bir kodunu tasarlamaya çalışmak için kendisinin uygun olduğunu düşünmemiştir. Diğer taraftan, Komisyona, tadil yöntemini içeren temel kurallarının kesin ve açık olarak belirten taslak maddeleri oluşturmak cazip gelmiştir.

(3) Bazı andlaşmalar “tadil” ifadesini andlaşmanın bireysel hükümleriyle bağlantılı olarak ve “gözden geçirilmesi” ifadesini de bütün andlaşmanın genel olarak gözden geçirilmesi anlamından kullanmıştır.¹⁵⁸ Eğer bu söyleyişin belirli bir rahatlığı varsa, devlet uygulamalarında bir örnek olarak bulunmamaktadır ve hukuki prosedür içinde herhangi bir farklılık yoktur. Bununla birlikte Komisyon mevcut maddelerde “tadil” ifadesini kullanmayı hem belirli hükümlerin hem de bütün andlaşmanın genel olarak gözden geçirilmesi olarak yeterli bulmuştur.¹⁵⁹ “Gözden geçirme” ifadesi açısından Komisyon, devlet uygulamalarında sık bulunduğunu ve aynı zamanda andlaşmalarda kullanıldığını belirtmiştir. Bununla birlikte “Andlaşmaların gözden geçirilmesi” kalıbıyla ilgili ortaya çıkan nüanslarla ilgili olarak II. Dünya Savaşından önceki dönemde Komisyon “tadil” ifadesini tercih etmiştir. Bu ifade burada bütün taraflar açısından bir andlaşmanın hükümlerini değiştirmeyi amaçlamış bir andlaşmanın tadilinin şeklini bildirmektedir. Daha genel bir terim olan “değiştirme” madde 37’de sadece belirli tarafların arasında sonuçlanan andlaşmayla ve sadece kendi aralarında andlaşma hükümlerini değiştirmeye niyetlenmekle ve aynı zamanda tarafların hükümleri uygularken ortaya çıkan bir andlaşma hükmünün değişikliğiyle bağlantılı olarak kullanılmıştır.

¹⁵⁸ Şart’ın 108 ve 109. maddeleri; ayrıca bkz: *Handbook of Final Clauses* (ST/LEG/6), pp. 130 ve 150.

¹⁵⁹ Bu nedenle, Şartın XVIII. Bölümüne “Değişiklikler” adı verilmişken 109. maddede “gözden geçirmek” denilmiştir.

35. Maddenin Şerhi

(4) 35. madde, bir andlaşmanın taraflar arasında olan bir andlaşma ile değiştirilebileceğini ve bu kurallara andlaşma başka türlü bir şey belirtmemişse bölüm II kapsamında başvurulabileceğini belirtmiştir. Sadece onunla bağlanacak devletler açısından yürürlüğe giren başka çok taraflı andlaşma tarafından değiştirilen çok taraflı andlaşmaların modern uygulamalarıyla ilgili olarak Komisyon andlaşmanın bütün taraflarla olmaması zorunluluğunu 51. madde kapsamında andlaşmaların sona ermesi meselesinde olduğu gibi belirtmemiştir. Metnin kabulü ve tadil andlaşmasının yürürlüğe girmesi prosedürü 8, 21. maddeler ve II. Bölümün 22. maddesiyle kolay bir şekilde uygulanacaktır. Diğer taraftan, madde 36'da her bir tarafın tadil prosedürünün uygulama hakkını koruyan kesin kurallar oluşturulmaya çalışılmıştır. Normal olarak bir andlaşmanın tadili yazılı şekildeki bir başka andlaşmanın sonuçlarından etkilenmektedir ve bu hükümde bölüm II tadil andlaşmalarına başvuruyu kuralları olduğu şeklinde yansıtılmıştır. Bununla beraber, madde 51'in şerhinin 3. paragrafında açıklandığı gibi, Komisyon "*acte contraire*" teorisinin uluslararası hukukta yeri olmadığını göz önüne almamıştır. Bir tadil andlaşması orijinal andlaşmanın taraflarının istediği şekilde olabilir. Gerçekten, Komisyon bir andlaşma değişikliğinin bazen andlaşmaya başvurmada tarafların davranışlarıyla gösterilen sözlü bir anlaşmayla veya zımnî anlaşmayla olabileceğini hatırlamıştır. Tadil andlaşmalarına başvuru andlaşmaların yürürlüğe girmesi veya sonuçlanmasıyla ilgili bölüm II kurallarının belirttiğine dayanarak Komisyon, bir andlaşmanın sözlü veya zımnî bir anlaşmayla değiştirilmesinin uygun olmadığını ima etmemiştir. Bilakis, bir andlaşmayı değiştiren bir sözlü anlaşmanın hukuki gücünün madde 3 alt paragraf (b) hükmünde korunduğunu belirtmiştir ve başvurusunda tarafların sonraki uygulamalarıyla bir andlaşmanın değiştirilmesi için madde 38 hükmünü vurgulamıştır.

36. Maddenin Şerhi

(5) Bu madde çok taraflı andlaşmaların karışık tadil yöntemleriyle ilgilidir. Komisyon iki taraflı andlaşmalar için özellikle herhangi bir kural oluşturmaya gerek olup olmadığını düşünmüştür, fakat bunun herhangi bir yararlı amaca hizmet etmeyeceğine karar vermiştir. Sadece iki tarafın olduğu yerde mesele aslında onların arasındaki görüşme veya andlaşmadır ve Bölüm II'deki kurallar bireysel olarak tarafların pozisyonlarını korumada ve prosedürü düzenlemekte yeterlidir. Üstelik Komisyonun bir andlaşmanın tadili için bir tarafın diğer tarafın amacına iyi niyetle yeterli saygıyı gösterme yükümlülüğü olduğunu düşünmesine rağmen böyle bir ilkenin diğer tarafların tadil önerisi için ciddi olarak dikkat etmiyorlarmış gibi gösterilen bir zemin üzerinde andlaşmaların kaldırıl-

çağının keyfi bildirilmesine kapı açmaksızın bir hukuki kural gibi oluşturulması zor olduğu hissedilmektedir.

(6) Madde 36 sadece çok taraflı bir andlaşmanın dar anlamda tadiliyle ilgilendirilmektedir, bu, tarafların kendi aralarında genel olarak andlaşmanın değiştirilmesi için şekli bir andlaşma yapma amaçlarının olduğu yerdedir ve belirli taraflar arasında sadece bu taraflar açısından andlaşmanın değiştirilmesi amacını gerçekleştirmek için andlaşma yapılan yerde değildir. Komisyon taraflar arasında yapılan bir tadil andlaşmasının genellikle taraflardan bazılarının andlaşmanın onayla, kabul veya uygun bulma prosedürünü ihmal etmeleri nedeniyle andlaşma sadece diğerleri açısından seyrek olarak yürürlüğe girmemektedir. Bununla birlikte, genel olarak taraflar arasındaki bir andlaşmayı tadil etmek için yapılan tadil andlaşmasıyla sadece belirli taraflar arasında başlangıçtan beri bir andlaşmanın değiştirilmesinin uygulanmasını düzenleyen andlaşma arasındaki önemli farkı göz önüne almıştır. Bir tadil belgesinin eşit olarak sadece belirli taraflar arasında uygulama meydana getirebilmesine rağmen, Komisyon bir kesin ayrımın, dar anlamda tadil yöntemi ile sınırlı bir taraflar çerçevesinde yapılan andlaşmanın değiştirilmesinin uygulanmasıyla ilgili kendi aralarındaki andlaşma arasında yapılması gerektiğini düşünmüştür. Bu nedenle, kendi aralarındaki andlaşmalar ayrı olarak madde 37'de mevcut maddenin 2. paragrafının açılış cümlesini sadece bütün taraflar için andlaşmanın tadil edilmesi amaçlarını göz önüne alırken incelenmiştir.

(7) Paragraf 1 maddede belirtilen kuralların sadece andlaşmada farklı bir kural ortaya koymayan belirli bir hükmün yokluğunda başvurulabilecek tali kurallar olduğunu belirtmektedir. Modern çok taraflı andlaşmalar, bu şerhin 3. paragrafında belirtildiği gibi, seyrek olarak tadillerini düzenleyen hükümleri düzenlememektedir ve mevcut maddelerdeki hükümler açık olarak andlaşmadaki bu tarzdeki hükümlerin konusu olmak zorundadır.

(8) Paragraf 2, çok taraflı bir andlaşmayı bütün taraflar açısından tadil etme amacı bütün taraflara, eğer herhangi biri amaçla ilgili olarak görüşmelerde ve andlaşmanın tadilini düzenleyen herhangi bir andlaşmanın sonuçlanmasında yer almak istiyorsa, kararı harekete geçirmek için her bir tarafın, karara katılma hakkı olduğunu bildirmek zorundadır. Geçmişte genellikle belirli taraflar tarafından, diğer tarafların onayı sorulmadan andlaşmalar tadil edilmekte veya gözden geçirilmekteydi. Bu durum bazı hukukçuların her bir tarafın andlaşmanın tadili için yapılan görüşmelerin herhangi birine katılmayı çok taraflı andlaşmanın bütün tarafları açısından zorunlu olduğu genel kuralının oluşmadığı ve böylece karşılık olarak, çok taraflı andlaşma tarafları böyle görüşmelere bütün orijinal tarafların katılmaları için davet etme yükümlülüğü altında olma-

dıkları sonucuna varmasına neden olmuştur. Bir andlaşmanın farklı taraflarının andlaşmanın gözden geçirilmesinde danışılmamasının örneklerde yeteri kadar yaygın olduğunun farkına varılmasına rağmen, Komisyon devlet uygulamalarının bu sonuca veya Komisyon tarafından böyle bir görüşün kabul edilmesine izin verdiğini düşünmemektedir.

(9) Diğer taraflara danışmadan eğer bir grup taraf bir andlaşmanın tadil rejimine etkide bulunmayı başarıyorsa, eşit olarak devletler böyle bir muamelenin an ve an taraf olarak haklarının bir ihlali gibi danışmaya götürdüğüne karşı tepki oluştuğunu atlamaktadır. Ayrıca, aynı zamanda tarafların hepsine bir usul olarak danışıldığı birçok olayda vardır. Bunun yanında, Komisyon bir andlaşma tarafından kurulan bütün hukuki ilişkilerin doğasının, andlaşmanın tadili veya gözden geçirilmesiyle ilgili olarak bütün taraflara danışılmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Geçmişte bunun her zaman olmadığı gerçeği, iyi niyetle andlaşmanın yerine getirilmesinde taraflar tarafından varsayılan yükümlülükten direkt olarak akışı gibi gözüken bir ilkeyi kenara koymak için yeterli bir neden değildir. Bir saldırganın olayında olduğu danışmada belirli bir tarafı savunulabilir şekilde getirilmediği zaman oluşan özel durumlar olabilir. Fakat genel kural andlaşmanın tadiliyle ilgili bütün tarafların onayının alınmasının gerektiği yönündedir; madde 36'nın 2. paragrafındaki kuralın belirttiği gibi.

(10) Bu oturumda maddeye eklenen paragraf 3, andlaşmaya taraf olma hakkı olan her devletin aynı zamanda andlaşmanın tadiline katılma hakkının olduğu konusunu düzenlemiştir. Bu kurala göre devletlerin bir andlaşmaya taraf olma ehliyetleri ve özellikle hazırlık aşamalarına katılmış fakat onunla bağlanmak için rızalarını henüz vermemiş olanların, andlaşmanın tadilinde belirli bir ilgileri vardır. Komisyon bu ilginin, andlaşmanın tadilinin sonucu ve görüşmelerinde yer alma hakkı şeklinde mi yoksa andlaşmanın tadiline taraf olmayı bir hakla sınırlayan şekilde mi ifade edildiğini değerlendirmiştir. Komisyonun görüşüne göre sorun, andlaşmanın uygulanmasıyla ortaya çıkan gereksinimleri karşılamak açısından tarafların hakları ile metnin hazırlanmasına katkıda bulunan devletlerin andlaşmanın tarafı olmak için metinde belirtilen hakları bir arada denge oluşturmaya çalışmaktadır. Komisyon, uygulamada tarafların genellikle tadil edilmiş andlaşmaya olabilecek en geniş şekilde katılmayı teşvik etmek için bir tadil andlaşmasının sonucu veya görüşmesine taraf olma yetkisini devletle görüşme fikrinin çekici olduğunu düşündüklerini takdir etmiştir. Fakat yalnız olarak andlaşmayı iletirmek için kendilerini söz vererek bağlayan bunların hakkının eğer uygun olduğunu düşünüyorlarsa, bir tadil andlaşmasında istenen düzeltmeleri kapsamak hatırlanabilir. Böylece paragraf 3'ün bir tadil andlaşmasıyla düzeltildiği gibi andlaşmaya taraf olma hakkının verilmesi hakkında devletlere danışmaktan ileriye gidemediğine karar verilmiştir; diğer ifa-

deyle paragraf andlaşmaya taraf olma ve aynı zamanda tadil andlaşmasına taraf olma hakkı vermektedir.

(11) Paragraf 4, bir tadil andlaşmasının tadil andlaşmasına taraf olmayan bir tarafı andlaşmayla bağlamadığını belirtmektedir. Ve madde 26'nın atfıyla, paragraf 4 (b) sonradan andlaşmaya bu şekilde taraf olanla ve tadil andlaşmasıyla bağlanan arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir, iki taraflı haklarını ve borçlarını düzenleyen tadil edilmemiş andlaşmadır. Elbette paragraf bir tadil andlaşmaları olayında uygulamadan başka bir şey değildir, madde 30'daki genel kurala göre bir andlaşma kendisine taraf olmayan devlete hiçbir yükümlülük yükleyemez. Bununla birlikte bu paragraf dışında mesele andlaşmanın taraflarını üzerinde önemli hukuki etkileri olan önceki bir andlaşmayı tadil aracı doğasına bırakılıp bırakılmayacağıdır. Bazı modern andlaşmalarda bu paragraftaki genel kural orijinal andlaşmada veya belirli bir uluslararası örgütün içerisinde sonuçlanan andlaşmalarda başvuru karşı bir kuralla oluşturulan farklı bir hüküm yerini almıştır.¹⁶⁰ Örneğin, Cenevre Yol Ticareti Konvansiyonunun (1949) 3. Maddesi, bir konferansın 2/3 çoğunluğu tarafından kabul edilen herhangi bir tadil, bu tadili onaylamadığını bildiren kişiler hariç diğerleri için yürürlüğe girebilecektir. Rayla Taşınan Ürünler için Sınır Geçişini Kolaylaştırma Uluslararası Konvansiyonu madde 16'ya göre tarafların en az 1/3'ü tarafından itiraz edilmedikçe tadil bütün taraflar açısından yürürlüğe girecektir.

(12) Aynı zamanda ilerdeki bölüme de eklenen 5. paragraf, daha karışık bir durum olan bir devletin andlaşmanın en azından bazı tarafları arasında yürürlüğe giren tadil andlaşmasından sonra andlaşmaya taraf olmasıyla ilgilenmektedir. Daha önce belirtildiği gibi uygulamada tadil andlaşmasının orijinal andlaşmanın bazı taraflarınca onaylanması yaygındır. Andlaşmanın taraflarının yürürlüğe girme açısından iki kategorisi: (a) sadece tadil edilmemiş andlaşmaya taraf olan devletler ve (b) hem andlaşmaya hem de tadil andlaşmasına taraf olan devletler. Genel düşünceye göre, hala bütün taraflar andlaşmanın tarafıdır ve iki taraflı ilişkileri bu andlaşma kapsamındadır. Sadece tadil edilmemiş andlaşmaya taraf olan herhangi bir devlet sadece, hem bu tarzda taraf olan devletle hem de hem andlaşmaya hem de tadil andlaşmasına taraf olan devletle ilişkilerinde andlaşmayla bağlıdır; bu paragraf 4'teki kuralın etkisidir. Diğer taraftan, hem andlaşmaya hem de tadil andlaşmasına taraf olan herhangi bir, iki devlet arasında başvuru andlaşma tadil edilen andlaşmadır. O zaman sorun tadil andlaşması yürürlüğe girdikten sonra sadece andlaşmaya taraf olan bir devletin pozisyonu açısından. Bu sorun iki temel sorun ortaya çıkartmaktadır. (1) Yeni bir tarafın, aksi belirtilmemişse, hem andlaşmaya hem de tadil

¹⁶⁰ Bkz: *Handbook of Final Clauses* (ST/LEG/6) pp. 135-148.

andlaşmasına taraf olduğu mu varsayılacaktır? (2) Yeni bir tarafın yükümlülükleri, aksine bir niyet belirtilmemişse, tadil edilmemiş andlaşmaya taraf olanlarla bu andlaşmaya göre mi belirlenecektir? Bu sorular teorik olmaktan, genel çok taraflı bir andlaşma tadil edildiği zaman uygulamada meydana gelene kadar uzaktır. Ayrıca, Komisyon Sekretarya tarafından bir devlet için tadil andlaşmasıyla ilgili olarak amacı hakkında herhangi bir bildirimde bulunmadan andlaşmaya rızasını başka türlü belirtmesinin veya onaylamasının ortak bir anlam yüklediği konusunda bilgilendirilmiştir ve bu olaylarda kabul, onaylama vb. araçlar, andlaşmaların tadillerini kapsadığını depoziter olarak Genel Sekreterlik tarafından kendi kapasitesinde varsayılmaktadır.

(13) Bazı modern andlaşmalar özel bir hükümlerle meseleyi önceden görmüş ve belirlemiştir fakat andlaşmaların çoğu bunu yapmamıştır. Buna dayanarak Komisyon mevcut maddelerin, ilgili devlet veya andlaşmanın başka bir amaç belirtmediğinde başvurulabilecek genel bir kural olduğunu düşünmüştür. Bu kuralın iki ilkeye dayandırılabilceği belirtilmiştir: (a) devletin sadece andlaşmaya taraf olma, hem andlaşmaya hem de tadil andlaşmasına veya sadece tadil andlaşmasına taraf olamaya karar verme hakkı; (b) devlet tarafından herhangi bir bildirim olmadan, andlaşma kapsamında iki taraflı ilişkilerde çok sayıda devletleri getirebilecek bir sonuç bulma istenmektedir. Böylece paragraf 5, farklı amaçların ifadesinin olmadığı takdirde, tadil andlaşması yürürlüğe girdikten sonra taraf olan bir devlet şu şekilde göz önüne alınır: (a) tadil edilen andlaşmanın tarafı, ve (b) aynı zamanda tadil andlaşmasıyla bağlı olmayan herhangi bir andlaşma tarafıyla ilişkilerinde tadil edilmemiş andlaşma tarafı.

(14) 1964 yılında Komisyon tarafından geçici olarak kabul edilen madde, tadil andlaşmasının hazırlanmasına katılan ancak daha sonradan bu andlaşmanın tarafı olmayan devletlere *nemo potest venire contra factum proprium* ilkesini uygulayan bir hüküm (1964 tarihli metnin 3. paragrafı) içermektedir. Hükümün etkisi andlaşmaya taraf olmuş bu devletler arasında yürürlüğe koyulmuş tadil andlaşmasına itirazları imkânsızlaştırmaktır. Bu hükümün Hükümetlerin yorumu ışığında yeniden incelenmesinde Komisyon bundan vazgeçilebileceğine karar vermiştir. Bunu belirtirken orijinal andlaşma kapsamında kendi haklarının ihlali gibi andlaşmanın yürürlüğe koyulmasını tamamlamak için bir tadil andlaşmasının yapılmasına katılan devletler için Komisyon, her olay için uygulanabilecek 1964 metninin 3. paragrafı kapsamında kesin bir kuralın oluşturulmasının çok uzak olduğunu ve nadir olduğunu belirtmiştir.

**Çok Taraflı Andlaşmaları, Tarafların Sadece Bazıları Arasında
Değiştirmek İçin Yapılan Andlaşmalar
MADDE 37¹⁶¹**

1. Çok taraflı bir andlaşmanın iki veya daha fazla tarafı aşağıdaki şartlarla sadece kendi aralarında andlaşmayı değiştirmek için bir andlaşma yapabilirler:

(a) andlaşma tarafından böyle bir değişiklik ihtimali öngörüldüyse; veya

(b) söz konusu değişiklik:

(i) bu değişiklik diğer tarafların andlaşmadan doğan haklarından istifade etmelerini veya yükümlülüklerinin yerine getirilmesini etkilemiyorsa,

(ii) değişiklik, kendisinden sapılması halinde, bir bütün olarak andlaşmanın konu ve amacının etkin bir şekilde yerine getirilmesiyle bağdaşmayacak bir hükümlerle ilgili değilse,

(iii) andlaşma tarafından yasaklanmadıysa.

2. Paragraf 1(a) kapsamına giren bir durumda, andlaşma başka türlü öngörmedikçe, söz konusu taraflar, diğer tarafları andlaşma yapma niyetlerinden ve andlaşma için öngördüğü değişiklikten haberdar edecektir.

Şerh:

(1) Bu madde, madde 35 ve 36'nın şerhlerinde daha önce açıklandığı gibi, bir andlaşmanın "tadili" ile değil fakat andlaşmanın "değiştirilmesi" için "kendi aralarında" (*inter se*) andlaşma ile ilgilenmektedir: Bu, çok taraflı bir andlaşmanın sadece bazı tarafları arasında yürürlüğe giren ve sadece kendi aralarında andlaşmayı değiştiren bir andlaşmadır. Açıkça, sonuçta hepsi onaylamayacak olsa da, küçük bir veya iki grubun sadece kendi aralarında, genel olarak taraflar arasında yapılan bir tadil andlaşmasından farklı temelde olan ve de diğer tarafların katılmak konusunda fikirlerini sormadan andlaşmayı değiştiren bir işlemdir. Bir kendi aralarında andlaşma için, andlaşmanın amacı ve konusuyla bağdaşmaz etki ve amaca sahip olma daha yakındır. Tarih kendi aralarında andlaşmalar için daha çok andlaşmanın rejimini değiştiren ve ilgili devletlerin isteklerini bastıran çok sayıda örnek vermektedir. Andlaşmanın konu ve amacıyla uyuşmayan bir kendi aralarında andlaşmaya başvuru ve hatta anlaşma hakkında devlet sorumluluğu sorusu ortaya çıkartacağı hususunda bir şüphe yoktur. Bununla birlikte daha önceki mevcut maddeler kapsamında, esas mesele kendi aralarında andlaşma kapsamındaki durum izin verilebilir olup olmadığıdır.

¹⁶¹ 1964 Taslağı, madde: 67.

(2) Paragraf 1(a) bir kendi aralarında andlaşmanın eğer bir andlaşma içinde böyle bir andlaşmanın olabileceği belirtilirse izin verilebilir olduğunu önemle vurgulamıştır: diğer bir ifadeyle, eğer andlaşmada “bir hakkın başkasına devri” tasarlanmışsa. Paragraf 1(b) sadece eğer 3 durum yerine getirilirse diğer durumlarda da kendi aralarında andlaşmaların izin verilebilir olabileceğini belirtmiştir. İlk olarak, değiştirme diğer tarafların yükümlüklerinin yerine yetirmelerini veya haklarına katılmayı etkilemeyecek; bu onların haklarını engellememeli veya gündemlerine eklenmemelidir. İkinci olarak, andlaşmanın amacı ve konularının etkili olarak yerine getirilmesiyle uyumsuz olarak düzenlenmiş bir hükümle ilgili olmayacaktır; örneğin bir silahsızlaştırma veya tarafsızlık andlaşmasının bağımsız maddelerini değiştiren bir kendi aralarında andlaşma mevcut maddelerin amacı ve konularıyla uyumsuz ve izin verilemez. Üçüncü olarak, değiştirme andlaşma tarafından yasaklanmış olmamalıdır, örneğin Edebi Eserlerin Korunmasına Dair 1908 tarihli Berlin Konvansiyonu madde 20’nin bir hakkın devredilmesiyle ilgili hükmünde olduğu gibi. Bu durumlar alternatif değildir fakat kümülatiftir. İkinci ve üçüncü durumlar, bu doğru, andlaşmanın konu ve amacıyla uyumsuz bir kendi aralarında andlaşmanın dolaylı olarak andlaşma tarafından yasaklanmadığı sürece üst üste binmektedir. Bununla birlikte, Komisyon ikinci durumu ayır olarak belirtmenin daha uygun olacağını düşünmüştür; ve her zaman tarafların kendi aralarında değişiklikleri açıkça yasaklamaları mümkündür, böylece ikinci durum tarafından küçük değişiklikler bile dışarıda bırakılmaktadır.

(3) Paragraf 2 bazı taraflar tarafından andlaşma yapma amaçlarını geliştiren diğer taraflara bilgilendirme ihtiyacıyla ve sağladığı değişiklikleri yapan bir kendi aralarında andlaşmayla yapılan yasadışı değişikliklerden diğer tarafları ileriye yönelik bir koruma eklemek çabasıdır. Paragrafın metni, 1964’te geçici olarak kabul edildiği gibi, onlardan sadece kendi aralarında andlaşmanın esas sonuçlarını diğer taraflara bildirmelerini gerektirmiştir. Bunun yanında Hükümetlerin yorumu ışığında paragrafın yeniden incelediğimizde Komisyonun mevcut oturumda kuralın andlaşmanın sonucunun gelişiminde belirtilmeye gerek olduğu sonucuna varmıştır. Komisyon bunun gereksiz olduğunu ve hatta bir amaç yalnızca filizlenme ve halen oluşum aşamasındayken önceden haber verme gereğinin tavsiye edilmez olduğuna karar vermiştir. Bununla beraber “andlaşmayı tamamlama ve ... amaçları için andlaşmayı değiştirme niyeti” sadece diğer taraflara bildirme gereği duyulan hazırlanmış aşamasına gelmiş bir kendi aralarında andlaşma görüşmesi olduğunda göstermek için bildirme terimi belirtmiştir. Aynı zamanda Komisyon mevcut oturumda, kendi aralarında bir andlaşma olasılığını tasarlayan bir andlaşma olduğu zaman, andlaşmanın kendisi bildiriye gereksiz kılmadıkça tamamlananın diğer taraflara bildirilmesinin tercih edildiğini

belirtmiştir. Bu tarzdaki olaylarda bile, diğer tarafların kendilerini kendi aralarında anlaşma andlaşmayla tasarlandı diye memnun etme gibi bir kabul edilebilir fırsatları olabileceği düşünülmektedir.

Andlaşmaların Sonraki Uygulamalarla Değiştirilmesi **MADDE 38¹⁶²**

Bir andlaşma tarafların hükümleri değiştirme yönündeki anlaşmalarını yansıtan sonraki uygulamalarıyla değiştirilebilir.

Şerh:

(1) Bu madde, tarafların andlaşmayı değiştirmek için ortak bir rızalarını gösteren uygulamalarının bulunduğu fakat andlaşmanın metnini değiştirmedikleri durumlarla ilgilidir. Sonraki uygulama 27. maddenin 3(b) paragrafında belirtildiği gibi, tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulamasıdır. Eşit bir biçimde, tarafların ortak rızalarını yansıtan sürekli uygulama da andlaşmanın değiştirilmesinde etkili olabilmektedir. Hava ulaşımı hizmetleri anlaşmasıyla ilgili iki taraflı bir andlaşmayla ilgili olan Fransa ile ABD arasındaki bir hakemlik kararında, hakem sonraki uygulamadan bahsederek şunları söylemiştir:

“Bu tür bir davranış andlaşmanın yorumu konusunda yararlı olabilir, fakat buna ek olarak, bu davranış belli davranışlardan veya tutumlardan kaynaklanan bir sürekli değişiklik kaynağı da olabilir ki bu tarafların yargısal durumlarında ve talep edebilecekleri haklarında değişiklik yapar.”¹⁶³

Ve mahkeme sonraki uygulamalarla anlaşmada bazı değişikliklerin yapıldığı gerçeğini bulmuştur. Her ne kadar andlaşmanın yorumuyla tadil edilmesi arasındaki çizgi bazen bulanık olsa da, hukuki prosedürler farklıdır. Buna göre, sonraki uygulamalarla bir andlaşmanın tadil edilmesi bu hükümlerde incelenmiştir.

(2) Buna göre madde, bir andlaşmanın tarafların hükümleri değiştirme yönündeki anlaşmalarını yansıtan sonraki bir uygulamalarıyla değiştirilebileceğini öngörmektedir. Kuralın bu şekilde kaleme alınmasıyla Komisyon, bir taraf sonraki uygulamaya aktif olarak katılmasa bile değişikliği bütün tarafların kabul ettiğini belirtmesi gerektiğinin altını çizmek istemiştir.

¹⁶² 1964 Taslağı, madde: 68.

¹⁶³ 22 December 1963 tarihinde Cenevre’de verilen karar, Hakemler: R. Ago (Başkan), P. Reuter ve H.P. de Vries. (Karar metninin kopyası, pp. 104 ve 105).

(3) 1964'te geçici olarak kabul edilen metinde, andlaşmanın değıştirilebileceği durumları ihtiva eden iki paragraf daha bulunmaktaydı:

(i) tarafların aynı konuda yaptıkları ve hükümleri bağdaşmaz nitelikte olan sonraki bir andlaşma; ve

(ii) taraflar üzerinde bağlayıcı olan ve andlaşmanın konularıyla ilgili olan yeni bir teamül hukuku kavramının ortaya çıkması.

Fakat Komisyon, hükümetlerin yorumlarını da göz önüne alarak bunları ayırmaya karar vermiştir. Aynı konuda sonraki bir andlaşmanın yapılması durumunu 26. maddenin 3. ve 4. paragraflarına koymaya karar vermiştir. Yeni bir uluslararası hukuku kuralının ortaya çıkması ile ilgili sorununda belli durumlarda geniş bir kapsamı olduğunu düşünmüştür. Daha sonra da bu konunun teamül hukukuyla ilgili genel başlığa dâhil olduğunu ve burada sadece bu konuyla ilgili olarak incelemenin çok karışık olacağına karar vermiştir.

KISIM V ANDLAŞMALARIN GEÇERSİZLİĞİ, SONA ERDİRİLMESİ VE YÜRÜRLÜĞÜNÜN ASKIYA ALINMASI

KESİM 1 GENEL HÜKÜMLER

Andlaşmaların Geçerliliği ve Yürürlükte Olmalarının Devam Etmesi MADDE 39¹⁶⁴

1. Bir andlaşmanın veya bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının geçerliliğine ancak mevcut maddelerin uygulanması yoluyla itiraz edilebilir. Bu maddelere göre geçersizliği saptanan bir anlaşma geçersizdir.

2. Bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya feshedilmesi veya taraflardan birinin andlaşmadan çekilmesi, ancak andlaşmanın veya mevcut hükümlerin uygulanması sonucu meydana gelebilir. Aynı kural bir andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınması hususunda da geçerlidir.

Şerh:

(1) Taslak maddelerinin bu bölümündeki hükümler, bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya geçersiz sayılması, bir tarafın andlaşmadan çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması ile ilgili sebeplerin bulunduğu bir grup madde içermektedir. Komisyon buna göre, andlaşmaların istikrarını sağlamak için, bu

¹⁶⁴ 1963 Taslağı, madde: 30.

bölümün başına genel bir hüküm koymaya ve andlaşmanın geçerliliğinin ve yürürlükte olmasının normal olduğunu ve bunun aksinin belirtilmesi için bu maddelerde düzenlenen dayanaklara gerek olduğuna karar vermiştir.

(2) 1. paragraf, bir andlaşmanın geçerliğine ancak bu maddelerin kullanılmasıyla itiraz edilebileceğini öngörmektedir.

(3) Birçok andlaşma kendisinin sona ermesi, feshedilmesi veya tarafların çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması konularında hükümler içerdiğinden 2. paragrafın ifadesi biraz farklıdır. Bu paragraf Bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya feshedilmesi veya taraflardan birinin andlaşmadan çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması, ancak *andlaşmanın veya mevcut hükümlerin uygulanması sonucu meydana gelebilir* demektedir.

(4) İki paragrafta da kullanılan “mevcut hükümlerin uygulanması” ifadesi bir bütün olarak taslak maddelerini belirtmektedir, sadece geçersizlik ve sona ermeyle ilgili bölümleri değil. Diğer bir ifadeyle, geçersizlik ve sona erme nedenleriyle ilgili maddeyle değil, aynı zamanda o maddeyi etkili kılan diğer koşullarla ilgili diğer maddelere de, mesela 4. madde (bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olan andlaşma), 41. madde (andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği), 42. madde (andlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirme, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya almayla ilgili bir gerekçeye başvurma hakkının kaybı) gönderme yapmaktadır.

(5) “Ancak mevcut maddelerin uygulanması yoluyla” ve “mevcut hükümlerin uygulanması sonucu” ifadeleri de, taslak maddelerinde andlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirme, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya almayla ilgili öngörülen nedenlerin, andlaşmanın kendisinde öngörülen istisnalar dışında, tüketici olduğunu belirtmek için özel olarak kullanılmıştır. Bu bağlamda Komisyon, “eskime” veya “kullanılmayış” durumlarının da sınırlı bir sona erme nedeni olup olamayacağını düşünmüştür. Fakat Komisyon “eskime” veya “kullanılmayış” durumlarının gerçeklere dayanan bir sona erme nedeni olsa da, bu tür sona ermenin hukuki dayanağının, andlaşma ilişkilerine göre davranışlarından belirlenmesi gereken tarafların rızası olduğuna karar vermiştir. Komisyonun görüşüne göre, “eskime” veya “kullanılmayış” durumlarında, andlaşmanın tarafların tümünün rızasıyla istenen bir zamanda sona erdirilebileceğini öngören 51. madde kullanılmalıdır. Yine, bir tarafın kişiliğinin sona ermesine neden olan hukuki kişiliğinde meydana gelen değişiklik, iki taraflı bir andlaşmanın sona ermesine neden olmasına rağmen, taslak maddelerinde yer almamıştır. İki taraflı bir andlaşmada tarafların birinin yokluğu andlaşmanın da sona ermesine neden olurken, çok taraflı andlaşmalarda bu durum sadece tarafların birinin eksilmesine yol açmaktadır. Komisyon aynı zamanda, bir andlaşmanın sona ermesiyle ilgili olarak devletlerin halefiyeti ve bir devletin uluslararası sorumluluğu sorun-

larının göz önüne alınıp alınamayacağını da düşünmüştür. Bu konuların andlaşmalar hukukunun diğer bölümlerine de etkileri olabileceğinden, Komisyon 69. maddede bunlarla ilgili genel bir kayıt koymaya karar vermiştir.

Uluslararası Hukukun Diğer Kurallarına Göre Yükümlülükler MADDE 40¹⁶⁵

Mevcut maddelerin uygulanması veya andlaşma hükümlerinin uygulanması yoluyla bir andlaşmanın geçersizliğine hükmedilmesi, sona erdirilmesi veya taraflardan birinin andlaşmadan çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması; herhangi bir devletin andlaşmada yer alan fakat andlaşmadan bağımsız olarak uluslararası hukuk gereğince yerine getirilmesi gereken herhangi bir yükümlülüğünü icra etmesi görevine herhangi bir şekilde zarar vermez.

Şerh:

(1) Bu hüküm şu haliyle 1963'te Hükümetlere gönderilen maddelerin II. Kısmında yer almamaktaydı. Benzer bir hüküm, 53. maddenin 4. paragrafında bulunmaktaydı fakat sona ermeyle ilgili durumlarla sınırlanmıştı. Bu noktanın besbelli olduğu düşünülebilirse de, Komisyon andlaşmanın sona ermesinin, aynı zamanda uluslararası hukukun başka bir kuralını oluşturan ve andlaşmanın hükümlerinde de bulunan yükümlülüklerden tarafları kurtarmayacağını altının çizilmesinin yaralı olacağını düşünmüştür. On yedinci oturumun ikinci bölümünde,¹⁶⁶ andlaşmanın geçersizliği ve yürürlüğünün askıya alınması ile ilgili maddeler incelenirken, Komisyon bunlarında maddede yer almasının önemli olduğuna karar vermiştir. Buna göre, 1963 Taslağının 53. maddesini silerek bunun yerine bu bölümün başlangıcına, bir andlaşmanın geçersiz olduğu, sona erdirildiği, yürürlüğünün askıya alındığı veya taraflarından birinin çekildiği bütün durumlarla ilgili genel bir kural koymaya karar vermiştir.

Andlaşma Hükümlerinin Ayrılabilmesi MADDE 41¹⁶⁷

1. Bir tarafın, bir andlaşmada öngörülen andlaşmayı feshetme, andlaşmadan çekilme veya yürürlüğünü askıya alma hakkı; andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, ancak andlaşmanın tamamı hakkında kullanılabilir.

¹⁶⁵ Yeni madde. Benzer bir madde 1963 tarihli taslağın 53. maddesinin 4. fıkrasına eklenmiştir ancak sona erme durumlarıyla sınırlı kalmıştır.

¹⁶⁶ Bkz: 842. toplantı.

¹⁶⁷ 1963 Taslağı, madde: 46.

2. Bir andlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirmeye, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya alma için mevcut maddelerde tanınan bir gerekçeye, aşağıdaki paragraflarda veya 57. maddede öngörülen durumlar müstesna, ancak andlaşmanın tamamı hakkında başvurulabilir.

3. Eğer gerekçe münhasıran belirli hükümlere ilişkinse, bu gerekçeye sadece bu hükümler hakkında şu hallerde başvurulabilir:

(a) anılan hükümler uygulanmaları bakımından andlaşmanın geri kalan kısmından ayırt edilebiliyorsa;

(b) bu hükümlerin ayrılması, diğer taraf veya tarafların bir bütün olarak andlaşma ile ilgili rızalarının esash temelini oluşturmuyorsa.

4. 3. paragrafa tâbi olarak, 46. ve 47. maddelerin kapsamına giren hallerde, hile veya ayartılmaya başvurma hakkı olan devlet gerek andlaşmanın tamamı, gerekse sadece belli hükümler hakkında bunu yapabilir.

5. 48, 49 ve 50. maddelerin kapsamına giren hallerde, andlaşma hükümlerinin hiç bir şekilde ayrılması caiz değildir.

Şerh:

(1) Andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesi, son zamanlarda, andlaşmayı sona erdirmeye hakkıyla beraber düşünölmeye başlanmıştır. Bazı modern otoriteler, geçersizlik durumunda ve savaşın andlaşmalara olan etkisini belirlemede ayrılabilirlik ilkesini kabul etmişlerdir. Bunlar bazı durumlarda, andlaşmanın diğer hükümleriyle kurulan hak ve yükümlölük dengesini bozmadan bir hükümün silinebileceğini veya askıya alınabileceğini belirtmişlerdir. Bu otoriteler, kendi savlarını desteklemek için Daimi Divan'ın yorumla ilgili bazı beyanlarını kullanmışlardır.¹⁶⁸ Yorum amacıyla andlaşmanın ayrılabilirliği, andlaşmanın geçersizliği veya sona ermesiyle ilgili ayrılabilirlik konusundan tamamen farklıdır. Divan'ın kararları bu konuya pek fazla ışık tutmasa da, farklı görüşteki yargıçlar Norveç Borçları¹⁶⁹ ve Interhandel Davalarında,¹⁷⁰ İhtiyari Kayda göre tek taraflı bir deklarasyonun geçersizliğinin iddia edildiği durumlarda, andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği prensibinin uygulanabilirliğini kabul etmişlerdir.

¹⁶⁸ Örneğin the *Free Zones* case, Series A/B, No. 46, p. 140; the S.S. *Wimbledon* case, Series A, No. 1, p. 24.

¹⁶⁹ *I.C.J. Reports 1957*, pp. 55-59.

¹⁷⁰ *I.C.J. Reports 1959*, pp. 57, 77, 78, 116, 117.

(2) Bu koşullarda, Komisyon andlaşmanın geçersizliği, sona ermesi ve askıya alınması konularıyla ilgili olarak andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği prensibinin uygunluğunu ve yararlarını incelemeye karar vermiştir. Prensibin bu bağlamda uygulanmasının uygunluğunu her maddeye farklı görüşlerin uygulanması iyi olabileceğinden her maddede ayrı ayrı incelemeye de karar vermiştir. Komisyon, ayrılabilirlik prensibinin andlaşmanın geçersizliği, sona ermesi ve askıya alınması ile ilgili konularda uygulanmasının, belli istisnalar dışında, uygun olduğuna karar vermiştir. Genel olarak, Komisyon geçersizlik, sona erme veya askıya alınmanın ikincil hükümlerle ilgili olduğu durumlarda, egemen devletler arasında yapılan andlaşmanın bütününe sona erdirilmesi, geçersiz sayılması veya askıya alınmasının uygun olmadığını düşünmüştür. Komisyon aynı zamanda, bazı durumlarda böyle hükümlerin elenerek andlaşmaya göre taraflar arasında olan yarar dengesinin bozulmayabileceğini düşünmüştür. Diğer taraftan, Komisyon, bütün andlaşmaların konsensüse dayanan karakteri nedeniyle, ayrılabilirlik ilkesinin andlaşmanın temelini oluşturan yükümlülüklerin değiştirilmesinde kullanılmayacağına karar vermiştir. Buna göre, Komisyonun andlaşmanın orijinal temeline uygun ve aynı zamanda, rızanın esas temelinden uzaklaştırmayacak bir çözüm yolu bulmalıydı.

(3) Komisyon, andlaşmada öngörülen bir fesih, sona erdirme vs. hakkına ayrılabilirlik prensibinin uygun hâle getirilemeyeceğini düşünmüştür. andlaşmada bir hakkın öngörülmesi durumunda, hakkın nasıl kullanılacağını düzenlemek tarafların işidir; ve eğer bir bölümün feshedilmesi, sona erdirilmesi vs. hakkında hüküm yoksa, andlaşmanın bir bütün olarak feshedileceği, sona erdirileceğini düşündükleri farz edilir. Bu yüzden maddenin 1. paragrafı, bir andlaşmada öngörülen hakkın; andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, ancak andlaşmanın tamamı hakkında kullanılabilirliğini öngörmektedir.

(4) Komisyon, ayrılabilirlik ilkesini kabul ederken, andlaşma hükümlerinin bütünlüğünün ana kural olduğunun altını çizmeye karar vermiştir. Buna göre 2. paragraf, bir andlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirme, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya almak için Sözleşmede tanınan bir gerekçeye, sonraki paragraflarda veya 57. maddede öngörülen durumlar dışında, ancak andlaşmanın tamamı hakkında başvurulabileceğini belirtmektedir.

(5) 3. paragraf, eğer gerekçe münhasıran belirli hükümlere ilişkinse, bu gerekçeye sadece bu hükümler hakkında, anılan hükümler uygulanmaları bakımından andlaşmanın geri kalan kısmından ayırt edilebiliyorsa ve bu hükümlerin ayrılması, diğer taraf veya tarafların bir bütün olarak andlaşma ile ilgili rızalarının esaslı temelini oluşturmuyorsa başvurulabileceğini düzenlemektedir. Buna

göre paragraf, eğer bu koşullar bulunuyorsa, geçersiz, sona eren, feshedilen ve askıya alınan hükümlerin ayrılarak diğer hükümlerin yürürlükte kalmaya devam etmelerini öngörmektedir. Anılan hükümler uygulanmaları bakımından andlaşmanın geri kalan kısmından ayırt edilebiliyorsa şeklindeki (b) paragrafındaki sorun, maddenin amacı ve konusu, diğer maddelerle ilişkisi, hazırlık çalışmaları ve andlaşmanın akdedilmesi sırasında var olan koşullar göz önüne alınarak çözülecektir.

(6) 4. paragraf, ayrılabilirlik sorununu 3. paragraftaki koşullara tabi tutarken, hile (madde 46) ve ayartılma (madde 47) ile ilgili değişik bir kural getirmektedir. Bu durumlarda geçersizlik tabii ki hile ve ayartılmanın kurbanı olan devlet tarafından istenebilecektir ve Komisyon andlaşmanın tamamının mı yoksa hile ve ayartılmanın ilgili olduğu bir kısmının mı geçersiz sayılacağını seçme hakkının o devlette bulunduğunu düşünmüştür.

(7) 5. paragraf, bir temsilcinin veya bir devletin icbarının söz konusu olduğu durumlarda, andlaşma hükümlerinin ayrılmasının caiz olmadığını düzenlemektedir. Komisyon bir temsilcinin veya bir devletin icbar edildiği durumlarda, andlaşmanın tümünün geçersiz sayılması için yeterli nedenin bulunduğunu düşünmüştür. Komisyon sadece böyle yapılırsa, icbar edilen devletin kendisini icbar eden devletle olan andlaşma ilişkilerinin geleceği hakkında karar verirken tamamen özgür bir durumda olabileceğini düşünmüştür.

(8) 5. paragraf, bir *jus cogens* kuralıyla çelişkili olan bir andlaşmayı da (madde 50) ayrılabilirlik prensibine istisna olarak kabul etmiştir. Bazı üyeler, andlaşmanın sadece küçük bir kısmının *jus cogens*'e aykırı olduğu durumlarda bile andlaşmanın tamamının geçersiz sayılmasının gereksiz olduğunu belirtmişlerdir. Fakat Komisyon, *jus cogens* kurallarının çok önemli olduğunu ve andlaşmayı akdederken var olan bu kurallara uyulmazsa andlaşmanın tamamının geçersiz sayılması gerektiğini düşünmüştür. Bu durumda taraflar andlaşmayı *jus cogens*'e uygun hâle getirebilirler, eğer böyle yapmazlarsa da hukuk buna hükümsüzlük yaptırımını vermelidir.

**Andlaşmayı Geçersiz Kılma, Sona Erdirme, Ondan Çekilme veya
Yürürlüğünü Askıya Almayla İlgili Bir Gerekçeye Başvurma Hakkının Kaybı
MADDE 42¹⁷¹**

Bir devlet, 43-47. maddelere veya 57-59. maddelere göre bir andlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirme, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya almayla ilgili bir gerekçeye aşağıdaki hallerde artık başvuramaz:

¹⁷¹ 1963 Taslağı, madde: 47.

Eğer olayları öğrendikten sonra,

(a) andlaşmanın, olura göre, geçerli olduğu veya yürürlükte kaldığı veya yürürlükte olmaya devam ettiği hususunu açıkça kabul etmiş olursa; veya

(b) davranışı sebebiyle andlaşmanın, olura göre, geçersizliğine veya yürürlükte tutulmasına zımnen rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerekiyorsa.

Şerh:

(1) Bir tarafın kendi tutarsızlıklarından yararlanmasına izin verilmemesi ilkesinin temeli, esasen iyi niyet ve dürüstlük (*allegans contraria non audiendus est*) ilkelerine dayanmaktadır. Bu kuralın uluslararası hukukla ilgisi genel olarak kabul edilmektedir ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından da iki ayrı davada açıkça tanınmıştır.¹⁷²

(2) Prensibin¹⁷³ andlaşmalar hukukunda da belli bir önemi vardır. Daha önceki şerhlerde de değinildiği gibi, bir andlaşmanın geçersiz sayılması sona erdirilmesi veya yürürlüğünün durdurulması sebepleri kötüye kullanılabilir. Diğer bir risk de, andlaşmanın akdedilmesinde esaslı bir hatanın bulunduğundan bir devletin haberdar olmasından sonra, eğer bir şey olmazsa, temsilcinin yetkisini aşımı, diğer bir tarafın andlaşmayı ihlali vs. andlaşmayla birlikte devam edebilir ve o devletin artık yükümlülükleriyle bağlı olmak istemediği bir zamana kadar sürebilir. Bu prensip bu isteklerin dile getirilmesi için bir zaman limiti koymaktadır. Bu, Temple Davasında ve İspanya Kralının Hakemlik Kararında prensibin oynadığı roldür. Buna göre, Komisyon prensibin genel karakterini kabul ederken, bunun andlaşmalar hukukunda bir andlaşmanın geçersizliği veya sona ermesi konularında önemli olduğuna karar vermiştir.

(3) En ciddi örnek, geçersizlik, sona erme, çekilme veya askıya alma hallerine sebep olabilecek bir durumun öğrenilmesinden sonra, ilgili devletin açıkça andlaşmanın geçerli veya yürürlükte olduğunu kabul etmesidir. Böyle bir durumda, devletin geçersizlik, sona erme, çekilme veya yürürlüğü askıya almayla ilgili bütün haklarını verdiği kabulü gerekir ve maddenin (a) paragrafı da bunu öngörmektedir.

(4) (b) paragrafı devletin gerçeği öğrendikten sonraki hareketlerine göre, geçersizlik, sona erme vs. isteme hakkının kalmayabileceğini ve bunların

¹⁷² *The Arbitral Award made by the King of Spain, I.C.J. Reports 1960*, pp. 213-214; *The Temple of Preah Vihear, I.C.J. Reports 1962*, pp. 23-32.

¹⁷³ Yargıç Alfaro ve Fitzmaurice'in görüşleri için bkz: *The Temple of Preah Vihear, I.C.J. Reports 1962*, pp. 39-51, 62-65.

andlaşmanın geçerliliğini ve yürürlükte kalmasını kabul ettiği anlamına gelebileceğini öngörmektedir. Böyle bir durumda, devletin diğer tarafların andlaşmanın geçerli ve yürürlükte olduğunu düşündürecek tarzda kendisinin önceki hareketlerine aykırı olarak hukuki bir pozisyon almasına izin verilmemiştir.

(5) Komisyon, kuralın uygulanmasının gerçeklere dayanması ve iyi niyetle uygulanması gerektiğini düşünmüştür. Buna göre bu prensip, gerçeklerden haberdar olmayan devlete veya andlaşmanın geçersizliğini özgürce ileri süremeyecek devlete uygulanmaz. İkinci sebebe göre, 48. maddeye göre temsilcinin ve 49. maddeye göre bir devletin icbar edildiği durumlarda Komisyon prensibin uygulanmasının doğru olmayacağını düşünmüştür. İcbarın uluslararası ilişkilerde etkisi öyle önemlidir ki, Komisyon böyle elde edilmiş bir rızanın tamamen geçersiz sayılması gerektiğini düşünmüştür ve böylece icbarın kurbanı kendisini icbar eden devletle ilişkilerinde tamamen özgür davranabilsin. Bu maddenin icbar durumunda uygulanmasına izin vermenin 48 ve 49. maddelerle sağlanan korumayı azaltacağını düşünmüştür. Komisyon aynı zamanda prensibin *jus cogens*'le ilgili durumlara uygulanmasının da uygun olmayacağına karar vermiştir. Sonuç olarak kuralın uygulanması 43-47 ve 57-59. maddelerle sınırlanmıştır.

KESİM 2 ANDLAŞMALARIN GEÇERSİZLİĞİ

İç Hukukun Andlaşma Akdetme Yetkisiyle İlgili Hükümleri MADDE 43¹⁷⁴

Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıldığında vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğerki ihlal aşikâr olsun.

Şerh:

(1) Andlaşma yapma yetkisi ile ilgili anayasal sınırlamalar çeşitlidir.¹⁷⁵ Bazı anayasalar yürütmenin, yasama organının rızasını almadan bir andlaşma veya belli bazı andlaşmaları yapmasını engellemek istemekte, bazıları, andlaşmanın yasama organı tarafından kabul edilmeden geçerli olmayacağını belirtmekte, diğerleri de anayasa değişikliği olmadan değiştirilemeyen kanunlar bulundurmakta ve böylece yürütmenin andlaşma yapma yetkisine sınırlama getirmektedir. Hukuki olarak, iç hukuka göre, yürütmenin andlaşmalara girme yetkisine anayasal

¹⁷⁴ 1963 Taslağı, madde: 31.

¹⁷⁵ Bkz: *United Nations Legislative Series, Laws and Practices concerning the Conclusions of Treaties* (ST/LEG/SER.B/3).

sınırlamalar koyan ve yasamanın bir çeşit onayı olmadan yürütmenin andlaşmaları yürürlüğe koymasını engelleyen bu tür hükümler arasında bir ayırım yapılabilir. Öncekinin yürütmenin andlaşma akdetme yetkisini ve sonrakinin de akdedilen bir andlaşmayı yürürlüğe koymayı etkilediği söylenebilir. Maddeye göre sorun, bu anayasal sınırlamaların nereye kadar uluslararası alan da geçerli olacağı ve bir andlaşmaya bir devletin sözde yetkili ajanının verdiği rızanın durumu hakkında ortaya çıkmaktadır. Ve bu sorunda farklı görüşler bulunmaktadır.

(2) Bazı hukukçular, uluslararası hukukun, bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını hangi organların açıklayacağını belirleme görevini iç hukuka bıraktığını ve imza, onay, kabul gibi devleti bağlayıcı işlemlerin değerini tespit ederken bu anayasal kuralların göz önüne alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre, bir devletin organlarını andlaşmaya girme konusunda sınırlayan iç hukuk kuralları uluslararası hukukun bir bölümü olarak kabul edilmelidir ki uluslararası alanda verilen bir rızanın anayasal sınırlamaları ihmal etmesi önlenilsin en azından azaltılsın. Eğer bu görüş kabul edilirse, diğer bir devletin 6. maddeye göre devlet Başkanı, Başbakan veya Dışişleri Bakanı tarafından imzalanmış andlaşmalara güvenmemesi; her olayda o devletin andlaşmasının ihlal edilmediğinden emin olması veya sonradan andlaşmanın geçersiz hale gelmesi riskini göz önüne alması gerekir.

(3) 1951 Komisyon bu görüşe dayanan bir madde kabul etmiştir.¹⁷⁶ Bazı üyeler, iç hukukun uluslararası hukuka dâhil edilmesi tezini sert bir şekilde eleştirirken, Hukuki İşler Genel Sekreter Yardımcısı depoziterlerin yüz yüze gelebileceği bazı zorlukları ifade etmiştir. Bu oturumdaki tartışma boyunca, Komisyonun kararının hukuki prensiplerden çok, devletlerin başka bir kuralı kabul etmeyeceği inancına dayandığı ifade edilmiştir.

(4) Diğer hukukçular, kendi görüşlerini iç hukukun uluslararası hukuka dâhil edilmesi görüşüne dayandırmakla birlikte, andlaşmaların güvenliğinin tehlikeye atılmaması için bu doktrinde bazı değişikliklerin yapılması gerektiğini düşünmüştür. Bunlara göre, iyi niyet prensibi, sadece aşikâr olan veya diğer tarafın kendisine bildirdiği sınırlamaların göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Bu görüşe göre, anayasal gerekçelerle bir andlaşmanın geçerliliğine itiraz eden devlet, ancak anayasanın aşikâr maddelerine dayanabilir. Anayasaya aykırı bir imza, onay vs. nin anayasaya aykırılığından kaynaklanması hipotezine dayanan bir uzlaşmacı çözüm, bazı zorluklara neden olacaktır. Eğer bir devletin iç hukukundaki bir sınır-

¹⁷⁶ Madde 2: "Bir Andlaşma, bir devlet açısından imza, onay, katılma veya Devletin iradesini belirten herhangi başka bir usulle, o devletin anayasasına uygun olarak ve bu amaç için yetkili bir organ aracılığıyla, bağlayıcı hale gelir." (*Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II, p. 73*).

lama uluslararası hukukta etkili sayılıyorsa ve bu devlet Başkanının veya devletin başka bir ajanının andlaşma akdetme konusunda yetkilerini kısıyorsa, bu amaç için hangi sınırlamanın aşikâr olduğu hangisinin aşikâr olmadığı açık değildir. Uygulamadaki zorluklar daha fazladır, çünkü birçok sınırlamada aşikâr olanla olmayan arasındaki çizginin çizilmesi daha zordur. Bazı anayasal hükümler sübjektif yoruma açıktır mesela politik andlaşmaların veya özel öneme sahip andlaşmaların yasamaya sunulması gibi, bazı kanunlar da sınırlamanın andlaşma yapma yetkisiyle mi yoksa bunların iç hukuktaki etkileriyle mi ilgili olduğunu aydınlatmamaktadır. Fakat hükümlerin görünüşte tam ve açık olması halinde, sınırlamanın yüzeysel açıklık ve aşikâr lığı yanıltıcı olabilmektedir. Anayasanın katı sınırlamalar içerdiği durumlarda genellikle yürütmeye iç hukukta öngörülen katı prosedürleri takip etmeden basitleştirilmiş şekilde andlaşma yapabilmesi için geniş bir özgürlük verilmektedir; ve andlaşma yapma gücü, kanuna tamamen uyma durumuyla ya bir yorum süreciyle ya da politik anlayışların buna göre şekillendirilmesiyle uzlaştırılmaya çalışılmaktadır. Daha fazlası basitleştirilmiş andlaşmalar konusunda anayasal uygulama daha esnek biçimde olmakta ve anayasada belirlenen prosedürlere göre bir andlaşmadan bahsedilip bahsedilmeyeceği yürütmenin politik kararlarından biri haline gelmektedir ki bunun kararına sonradan yasama veya yargı organları tarafından karşı çıkılabilir. Buna göre, milli bir kanuna göre yapılan bir andlaşmanın uluslararası sınırlamaya dâhil olup olmadığını veya uluslararası bir mahkemenin milli bir hükmün aşikâr olup olmadığına karar vermesi kolay değildir.

(5) Hukukçuların üçüncü grubu ise, andlaşma akdederken kendisini hangi organların temsil edeceğini belirleme işini devletlere bırakmakta ve bu niyetin nasıl açıklandığıyla ilgilenmektedir. Bu görüşe göre, uluslararası hukuk, uluslararası alanda andlaşmaların yapıldığı prosedürleri ve koşulları belirlemekte ve aynı zamanda devletleri adına bu işlemleri yapacak organların ve ajanların belirleneceği şartları düzenlemektedir. Sonuç olarak, eğer bir ajan uluslararası hukuka göre devletini temsile yetkiliyse ve bu prosedürlerden biriyle devletin rızası açıklanmışsa, o devlet uluslararası hukuka göre o andlaşmayla bağlı kabul edilir. Bu görüşe göre, iç hukukun gereklerine uymamak yerel hukuka göre andlaşmanın geçersizliğe neden olabilir ve temsilcinin sorumluluğu yoluna da gidilebilir, ancak temsilci uluslararası hukuka göre yetkisi dâhilinde hareket ettiği sürece, andlaşma uluslararası alanda o devleti bağlar. Bazı yazarlar,¹⁷⁷ iç hukukun ihlalini diğer devletin bildiği durumlarda veya anayasal yetkinin bulunmadığının çok açık olduğu ve diğer devletin bunu bilmesi gereken durumlarda kuralı değiştirerek yumuşatmaya çalışmışlardır. Üçüncü gruba göre temel

¹⁷⁷ UNESCO, "Survey on the Ways in which States interpret their International Obligations", p. 8.

prensip, bir temsilcinin uluslararası hukuka göre sahip olduğu yetkiyle yaptıklarının devletin bir düzene sahip olduğunu farz etmeye hakkının bulunduğu ve belli bir olayda yetkinin bulunmadığını bilen veya hukuka göre bildiği farz edilen durumlarda da böyle yapamayacağıdır.

(6) Uluslararası mahkemelerin kararları ve devlet uygulamaları, üçüncü grup hukukçunun görüşlerine dayanmaktadır. Herkesin kabul edeceği gibi uluslararası hukuk bilimi çok kapsamlı değildir. Cleveland Kararı¹⁷⁸ (1888) ve George Pinson Davasında¹⁷⁹ (1928) bu noktada geçerli kararlar değildir fakat andlaşmaların uluslararası geçerliliğiyle anayasal hükümlerin uygulığı hakkında incelemeler içermektedir. Diğer taraftan, Franco-Swiss Custom Davası¹⁸⁰ (1912) ve Rio Martin Davası¹⁸¹ (1924) hakemlerin, bir protokolün ve notların değişiminin geçerliliğini tartışırken, anayasal sınırlamaların ihlal edildiği iddiasının göz önüne alınması gerektiği yönünde kesin kararlarını içermekteyken, Metzger Davasında da aynı tarzda bir düşünce bulunmaktadır. Üstelik Doğu Greenland¹⁸² ve Serbest Bölgeler¹⁸³ Davalarındaki beyanlar direk olarak bu noktayla ilgili olmasa da, uluslararası mahkemelerin uluslararası hukuka göre yetkili kabul edilen bir ajanın -bir Dışişleri Bakanının veya bahsedilen durumlarda uluslararası prosedürlere göre bir ajanın- yetkisini araştırmayacaklarını belirtmektedir.

(7) Devlet uygulamaları, anayasal gerekçelerle bir andlaşmanın geçersiz olduğu fakat diğer devletin bunu uyuşmazlık konusu yapmadığı örneklerle doludur. Üstelik Milletler Cemiyeti üç durumda (Lüksemburg'un Cemiyete katılımı, Politis olayı ve Arjantin'in üyeliği) uluslararası alanda yetkili olan bir kişinin yaptığı irade beyanına karşı anayasal olarak yetkisiz olduğunun sonraki bir açıklamayla belirtilmesi geçerli değildir. Yine bir depoziter olayında, Birleşik devletler Hükümeti, düzgün gözüken bir anlaşmaya sadakat notuna anayasal yetkinin bulunmadığı yönünde bir itirazın diğer tarafların kabulüne bağlı olduğunu farz eder görünmektedir. Devlet ajanları bir andlaşmayı akdederken veya onay veya kabul belgelerini depo merciine tevdi ederken birbirlerinin anayasal yetkilerini incelememektedirler.

(8) Görünüşte yetkili organ veya ajanlar tarafından verilen fakat anayasaya aykırı olan rızanın, normalde rızayı bozmadığı yönündeki görüş, iki ayrı görüşten çıkmış görünmektedir. Bunlardan ilki, uluslararası hukuk birden çok

¹⁷⁸ Moore, *International Arbitrations*, vol. 2, p. 1946.

¹⁷⁹ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 327.

¹⁸⁰ *Ibid.*, vol. XI, p. 411.

¹⁸¹ *Ibid.*, vol. II, p. 724.

¹⁸² *P.C.I.J.*, Series A/B, No. 53, pp. 56-71 and p. 91.

¹⁸³ *P.C.I.J.*, Series A/B, No. 46, p. 170.

andlaşma yapma prosedürü (onay, kabul, tasvip, katılma) geliştirmiştir ki devletler önceden o andlaşmaya taraf olup olmayacaklarına, anayasal gerekliliklerini göz önüne alarak kesin olarak karar verebilsinler. Bir andlaşma onay, kabul veya tasvip konusu yapıldığında, görüşmeci devletler diğerlerinin anayasal gereklerinin öngördüğü her şeyi yapabilir. Bir hükümetin diğer hükümetlerin haklarında andlaşmaların ele alınışını inceleyeceğini düşünmek çok gerçekçi değilken bir devletin diğerinin anayasası hakkında sorgulamalar yapması diğeri tarafında kendi işlerine kabul edilemez bir müdahale olarak kabul edilebilir. Aynı görüşler devletin andlaşma üzerinde gerekli bütün çalışmaları yapabileceği ve anayasal gereklilikleri yerine getirebileceği katılma durumunda da geçerlidir. Yine, imzayla bir andlaşmayla bağlanma durumunda Hükümet bu prosedürü seçmekte, görüşmeler başlamadan önce andlaşmanın konusunun ne olduğunu bilmekte ve modern iletişim teknolojisi sayesinde temsilcisinden andlaşmanın kapsamı hakkında bilgi alabilmekte ve gerekirse temsilcisine imzayı *ad referendum* olarak atması talimatını verebilmektedir. Kuşkusuz, imzayla bağlanan ve özellikle basitleştirilmiş usuldeki andlaşmalarda anayasanın ihlal edilmesi riski daha fazladır. Fakat bu durumda da, hükümetlerin temsilcilerinin işlemlerini kontrol etmesi ve anayasal gereklilikleri uygulaması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, anayasal hükümlerle uyumsuzluğun olduğu her durumda sorumluluk o devletin hükümetine aittir.

(9) İkinci görüş ise, bir devletin anayasal gerekliliklerin ihlal edildiğini öne sürerek geçersizliği talep ettiği diplomatik olayların çoğunda devlet sorumluluklarından kaçmak istemektedir. Hükümetler andlaşmanın akdedilmesinden sonra kendisini anayasal zorlukların içinde bulunca, iç hukuk işlemleriyle anayasal engel kaldırılmaya çalışılmakta ve diğer taraflardan muhtemel bir hoşgörü beklemektedirler. Bir andlaşmanın anayasal geçerliliğinin sorgulanmasıyla karşılaşan Hükümet normal olarak, uluslararası veya yerel hukukta yaptığı düzenlemelerle andlaşmaya göre durumunu düzeltmeye çalışmaktadır.

(10) On beşinci oturumda Komisyonun bazı üyeleri, andlaşma yapmaya yetkili organ veya organları devletin iç hukuku düzenlediğinden, bu kapsamda uluslararası hukukun iç hukuku göz önüne alması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre, iç hukuka göre yetkili olmayan bir organ veya temsilcinin yaptığı bir andlaşma, devletin iç hukuka göre andlaşmaya rızası olmaması gerekçesiyle geçersiz kabul edilebilir. Fakat çoğunluk, iç hukukun karışık ve belirgin olmayan kurallarının andlaşmaların güvenliğini tehlikeye atacağını düşünmüştür. Bunlar bu maddede düzenlenen temel prensibin, uluslararası hukuka göre yetkili olan bir organ veya ajanın rızayı vermesi durumunda, iç hukuktaki kuralların araştırılmamasının andlaşmanın geçerliliğini etkilememesi şeklinde olmasını ifade etmişlerdir. Bazı üyeler de bu kurala istisnalar getirilerek kuraldaki pren-

sibin zayıflatılmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Fakat diğer üyeler, iç hukukun ihlalinin aşikâr olduğu durumları buraya bir istisna olarak koymanın yararlı olacağını düşünmüştür. Bunlar, geçmişte olan ve bir devlet Başkanının anayasasının açık hükümlerine aykırı olarak andlaşmaya girdiği durumları hatırlamıştır. Böyle bir durumda verilen rızaya diğer devletin hukuki olarak dayanamayacağından bu istisnayı kabul etmenin prensibi uzlaştırmayacağını düşünmüşlerdir. Komisyonunda bu görüş hâkim olmuştur.

(11) Bu konuda yorum yapan hükümetlerin büyük çoğunluğu, Komisyonun bu problem hakkındaki düşüncelerine katıldıklarını göstermişlerdir, yani andlaşma akdetme yetkisi konusundaki iç hukuk kurallarının ihlali, bu ihlal aşikâr olmadığı sürece, rızayı geçersiz kılmaz görüşüne katılmışlardır. Bazı hükümetler, bir taraftan istisnanın uygulanması açısından aşikârlığın kime karşı olması gerektiğini diğer taraftan da nelerin açık ihlali oluşturduğunun metinde yer alması gerektiğini belirtmişlerdir. Fakat, Komisyon, aşikârlığın kime karşı olması gerektiğinin özel olarak belirlenmesini gereksiz bulmuştur. Maddede bulunan kural ise, andlaşma akdetmeyle ilgili iç hukuk kurallarının ihlalinin, normal olarak ve iyi niyetle konuyla ilgili olan herhangi bir devlet için objektif olarak açık olması ile ilgilidir. Komisyonun görüşüne göre, “aşikâr” kelimesi uygulanacak kriterin objektif karakterini belirtmek için yeterlidir. Komisyon aynı zamanda, her olaydaki belli durumların kapsamının geniş olmasından dolayı, iç hukuk kurallarının ne zaman aşikâr olduğunun düzenlenmeye çalışılmasının mantıksız ve uygulanamaz olacağına karar vermiştir.

(12) Bu nedenle geçersizliğin istenebileceği durumların istisnai karakterini vurgulamak için Komisyon kuralın negatif formda düzenlenebileceğini düşünmüştür. Bu yüzden madde “Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğerki ihlal aşikâr olsun” şeklinde düzenlenmiştir.

Bir devletin Rızasını Açıklama Yetkisine Getirilen Özel Sınırlamalar **MADDE 44¹⁸⁴**

Bir temsilcinin kendi devletinin belirli bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklama yetkisi spesifik bir sınırlamaya tabi kılınmışsa, temsilcinin o sınırlamaya riayet etmemesi kendisi tarafından açıklanan rızayı geçersiz kılma gerekçesi yapılamaz, meğer ki temsilcinin bu rızayı açıklamasından önce sınırlama diğer görüşmecî devletlerin bilgisine sunulmuş olsun.

¹⁸⁴ 1963 Taslağı, madde: 32, para. 2.

Şerh:

(1) Bu madde, bir temsilcinin devletini bağlayacak bir işlem yaptığı fakat bunun için yetkisinin bulunmadığı çünkü, yetkisinin spesifik bir sınırlamaya bağlı bulunduğu durumlarla ilgilidir.

(2) Bir andlaşmanın sonraki onay, kabul veya tasvip işlemleriyle bağlayıcılık kazanmadığı durumlarda, andlaşma metninin oluşturulmasında temsilcinin yetkisini aşımı, onay, kabul, tasvip işlemlerinin yapılması sırasında otomatik olarak ele alınacaktır. O zaman söz konusu devletin bu andlaşmayı reddetme veya onaylama, kabul veya tasvip etme konusunda bir seçim hakkı olacaktır. Eğer ikincisini seçerse, temsilcinin yetkisiz işlemi kabul etmiş ve böylece yetkideki sorunu gidermiş olacaktır. Buna göre, maddedeki durum yetkisiz temsilcinin işleminin devletin andlaşmayla bağlanma rızasını yansıttığı durumlarla ilgilidir. Diğer bir ifadeyle, bu madde spesifik sınırlarla, durumlarla veya kayıtlarla yetkisi sınırlanan bir temsilcinin, bu kısıtlamalara riayet etmeden devletini belli bir andlaşmayla bağlayan rıza açıklamasıyla ilgilidir.

(3) Komisyon, uluslararası işlemlerin güvenliğini garantiye almak için, temsille ilgili talimatların, o devletin andlaşmayı akdetmesinden önce, sadece bilgi verdiği devletlere karşı etkili olması gerektiğini düşünmüştür. Devletler tarafından uygulanan bu kural, temsilcinin yetkisinde yapılan sınırlamaları söylenmediği durumların seyrek olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre madde, temsilcinin yetkisinde yapılan spesifik sınırlamaların, rızanın açıklanmasından önce diğer görüşmeci devletlerin bilgisine sunulmamışsa, andlaşmaya verilen rızayı etkilemeyecektir.

Hata
MADDE 45¹⁸⁵

1. Bir devletin bir andlaşmadaki bir hataya andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurulabilmesi için hatanın andlaşma yapıldığı zaman o devletçe varlığı farz edilen ve andlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması gerekir.

2. Söz konusu devlet kendi davranışı ile hataya katkıda bulduysa veya şartlar o devleti muhtemel bir hatadan haberdar edecek şekilde ise, 1. paragraf hükümleri uygulanmaz.

3. Bir andlaşmanın sadece kaleme alınışı ile ilgili olan bir hata onun geçerliliğini etkilemez; o zaman 74. madde uygulanır.

¹⁸⁵ 1963 Taslağı, madde: 34.

Şerh:

(1) Yerel hukukta hata, bir sözleşmeye verilen rızayı bozan bir faktör olarak geniş yer almaktadır. Yerel hukukta bulunan bazı hata türleri, uluslararası hukukta ortaya çıkacak tarzda değildir. Üstelik andlaşma yapma prosedürleri, anlamla ilgili maddi hata yapma riskini en aza indirecek tarzdadır. Sonuçta, andlaşmanın geçersizliğini gerektirecek hatalar nadirdir. Örneklerin çoğu coğrafi hatalardır ve bunların çoğu da haritalarda yapılan hatalardır. Bazı örneklerde hata sonraki bir andlaşmayla düzeltilmiş; diğer örneklerde ise hata andlaşmanın yürürlüğünü değil uygulanmasını etkileyen bir faktör olarak görülmüş ve hakelemlikle çözüm aranmıştır.

(2) Hatanın etkisi, Uluslararası Daimi Adalet Divan önünde Doğu Greenland'in Hukuki Statüsü Davasında ve Uluslararası Adalet Divanı önünde Preah Vihear Tapınağı Davasında tartışılmıştır. Önceki davada¹⁸⁶ Norveç Dışişleri Bakanının cevabının kesin ve kayıtsız şartsız olduğunu ve olayda bir hatanın bulunmadığını belirttiğinden Divan memnun olmuştur. Yargıç Anzilotti, bir hata olmadığını belirtirken “bir an için Danimarka'nın egemenliğinin kapsamı hakkında bir yanlış anlama andlaşmanın geçersizliğine neden olacak türde değildir. Eğer bir hata yapılmışsa bu hatanın affedilebilir bir karakterde olması gerekir ve hükümetin egemenliği hakkında hukuki sonuçları bilmemesi gerekir...”¹⁸⁷

(3) Tapınak Davasının ilk aşamasında,¹⁸⁸ Divan şunları söylemiştir: “Bu çeşit bir hata, hukukla ilgili bir hata olabilir, fakat olayda böyle bir hata bulunmamaktadır. Üstelik hatanın hukuksal ilgisi prensibine göre, verilmek istenen rıza üstünde etkili olmalıdır.” Davanın ikinci aşamasında da hata iddiasında bulunulmuştur ve hata özel koşulları olan coğrafi bir hataydı. Belli bir bölgedeki sınırın bir nehir olması hakkındaki orijinal andlaşmanın akdedilmesinde herhangi bir hata bulunmamaktaydı; hata harita üzerinde sınırların belirlenmesi ile ilgiliydi. Bu hatayla ilgili olarak Divan şunları söylemiştir. “Eğer taraf devlet hataya kendi davranışlarıyla katkıda bulunmuşsa veya bu hatayı önleyebilecek durumdaysa veya koşullara göre olası bir hatadan o devlet haberdar olabileceyse, hata rızayı bozacak bir unsur olarak kabul edilmeyeceği, kabul görmüş bir hukuk kuralıdır.”¹⁸⁹

¹⁸⁶ *P.C.I.J.* (1933), Series A/B, No. 53, pp. 71 and 91.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 92.

¹⁸⁸ *I.C.J. Reports 1961*, p. 30.

¹⁸⁹ *I.C.J. Reports 1962*, p. 26. Ayrıca bkz: Sir G. Fitzmaurice'in ayrık görüşü (*Ibid.*, p. 57).



(4) Doğu Greenland ve Tapınak Davaları, hangi hataların rızayı bozacağına değil, hangi hataların rızayı bozmayacağı konusunda ışık tutmuştur. Fakat Mavrommatis Kudüs İmtiyazlarının Uyarlanması Davasında,¹⁹⁰ ki bir andlaşmayla değil imtiyazlarla ilgilidir, Divan anlaşmanın bir koşulunu oluşturmayan bir konudaki hatanın rızayı geçersiz kılmak için yeterli olmayacağını belirtmiştir ve genel kabul gören görüş bir devletin rızasının bozulması için hatanın andlaşmaya verilen rızanın esaslı noktalarından biriyle ilgili olması gerektiği yönündedir.

(5) Komisyon bazı hukuk sistemlerinde karşılıklı ve tek yanlı hata arasında ayırım yapıldığını fark etmiş fakat uluslararası hukukta böyle bir ayırım yapmamaya karar vermiştir. Buna göre, bu madde tek tarafın yaptığı hatalar gibi her iki tarafın veya bütün tarafların yaptığı hatalara da uygulanacaktır.

(6) 1. paragraf, bir devletin bir andlaşmadaki bir hataya andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurulabilmesi için hatanın andlaşma yapıldığı zaman o devletçe varlığı farz edilen ve andlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması gerekir şeklindeki genel kuralı belirtmektedir. Komisyon, bir andlaşmadaki hatanın olay veya hukuk kurallarıyla ilgili karışık sorunlar içerebileceğini ve olay veya hukuktan kaynaklanan hatalar arasında çizginin belirlenmesinin de kolay olmadığını anlamıştır. Bunun yanında, hukukla ilgili hatalarla ilgili bir hükmün maddeye eklenmesinin andlaşmaların istikrarını tehlikeli biçimde tehlikeye atacağını düşünmüştür. Buna göre madde sadece olay veya durumla ilgili hataları içermektedir.

(7) 1. paragrafta göre hata, andlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir hataysa rızayı etkileyecektir. Üstelik böyle bir hata andlaşmayı otomatik olarak geçersiz kılmamakta, fakat rızası etkilenen tarafa hataya dayanarak geçersiz kılma talebinde bulunma hakkı vermektedir. Diğer taraftan, bu maddeye göre andlaşma geçersiz yapılmışsa, bunun etkisi andlaşmayı başlangıçtan beri geçersiz kılmaktır.

(8) 2. paragraf, kurala devletin hataya kendisinin de katkıda bulunduğu durumları istisna olarak getirmektedir. Bu istisnada kullanılan terimler Divan'ın Tapınak Davasında kullandığı ve 3. paragrafta değinilen karardan alınmıştır. Komisyon, Divan'ın istisnayı kaleme almasının özü içerdiğine ve "Söz konusu devlet kendi davranışı ile hataya katkıda bulduysa veya şartlar o devleti muhtemel bir hatadan haberdar edecek şekilde ise" şeklindeki kuralın yeterince geniş olduğuna ve değişiklik için küçük bir kapı bıraktığına karar vermiştir. Bu

¹⁹⁰ P.C.I.J., Series A, No. 11.

değişiklik de “veya hatayı önleyebileceksen” şeklindeki bölüm çıkartılarak yapılmıştır. Buna göre, belirli bir olayla ilgili olarak Divan’ın formüle ettiği istisnayı tartışma konusu yapmadan, Komisyon bu kelimeleri genel kuraldan çıkarılmaya karar vermiştir.

(9) 3. paragraf, yanlış anlamaları engellemek için metnin kaleme alınışındaki hatalarla andlaşmadaki hataları ayırmıştır. Paragraf, böyle bir hatanın andlaşmanın geçerliliğini etkilemeyeceğinin altını çizmekte ve andlaşma metnindeki hataların düzeltilmesiyle ilgili olan 74. maddeye gönderme yapmaktadır.

Hile MADDE 46¹⁹¹

Bir devlet bir andlaşmayı diğer bir görüşmeci devletin hileli davranışı ile yapmaya itildiyse, bu devlet hileye andlaşmayla bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir.

Şerh:

(1) Açıkça, bir andlaşmanın akdini sağlamak için hükümetlerin kasıtlı hileye başvurmaları nadir görülen bir şeyken maddi bir gerçeği hileli hareketlerle saptırmak esaslı bir hataya neden olduğundan hatayla ilgili maddenin kapsamına girmektedir ve dolayısıyla hileyle ilgili bir maddenin ayrıca konulmasının gereği tartışılmıştır. Komisyon hile ile hatayı farklı maddelerde düzenlemenin mantıklı olacağını düşünmüştür. Hile, oluştuğunda, anlaşmanın çatısını sarsmakta ve hata ve masum sapmadan farklı bulunmaktadır. Hile sadece andlaşmanın terimleri konusunda karşı tarafın rızasını etkilememekte fakat taraflar arasındaki karşılıklı güven ilişkisini tamamen yok etmektedir.

(2) Hile kavramı hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde bulunmaktadır fakat kavramın amacı bütün sistemlerde aynı değildir. Uluslararası hukukta emsallerin azlığı, kavramın amacının belirlenmesinde uygulamanın veya uluslararası mahkemelerin kararlarının yol göstericiliğinin az olacağını göstermektedir. Bu koşullar altında Komisyon, andlaşmalar hukukunda hilenin tanımının yapılıp yapılamayacağını tartışmıştır. Fakat Komisyon, hilenin genel kavramını andlaşmalar hukukuna uygun olacak şekilde formüle etmesinin yeterli olacağına ve tam amacının belirlenmesini uygulamaya ve mahkemelerin kararlarına bırakmaya karar vermiştir.

(3) İngilizce kelime “*fraud*”, Fransızca kelime “*dol*” ve İspanyolca kelime “*dolo*”ya en yakın anlamı olan kelime olarak, maddedeki kavramı belirtmek

¹⁹¹ 1963 Taslağı, madde: 33.



için kullanılmıştır. Bu kelimeler, iç hukukta bunlara verilen ve uluslararası hukuka uygulanabilecek bütün yan anlamları taşımamaktadır. Maddede bu kelimelerle ifade edilen, iç hukuktaki detaylı uygulamalardan farklı olarak, genel kavramdır. Komisyon aynı anlama gelebilecek teknik olmayan başka bir ifade bulmaya çalışmıştır, hileli davranış, *conduite frauduleuse*, *conducta fraudulenta* gibi. Bu ifade, bu hareketler olmadığında devletin rızayı vermeyeceği her hangi bir yanlış ifade, saptırma veya başka bir aldatıcı hareket tarzını kapsayacak tarzdadır.

(4) Komisyonun görüşüne göre hilenin etkisi, andlaşmayı fiilen geçersiz kılmak değil fakat zarar gören devlete, eğer istiyorsa rızasını geçersiz kılan bir şey olarak hileye başvurma hakkı vermesidir.

Bir devletin Temsilcisinin Ayarılması MADDE 47¹⁹²

Bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanması temsilcisinin başka bir görüşmeci devlet tarafından doğrudan veya dolaylı şekilde ayarlanması suretiyle sağlandıysa, bu devlet böyle bir ayartılmaya andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir.

Şerh:

(1) 1963'te kabul edilen ve Hükümetlere incelemeleri için iletilen metin, özel olarak temsilcinin ayarlanması ile ilgili bir hüküm içermemektedir. Bu taslakta temsilcinin ayarlanması durumunda başvurulabilecek tek hüküm hileyle ilgili 33. maddeydi. On yedinci oturumun ikinci bölümünde, 35. maddenin (bir devlet temsilcisinin icbar edilmesi) -şimdiki 48. madde- tekrar incelenmesi kapsamında bazı Komisyon üyeleri temsilcinin ayarlanmasının hileyle beraber incelenmesinin doğruluğunu tartışmışlardır. Bu yüzden Komisyon önceki 33. ve 35. maddelerden farklı olarak bu bölümde ayrıca incelemeye karar vermiştir.

(2) Bazı Komisyon üyeleri bu bölümde “ayartma” ile ilgili spesifik hükümlerin bulunmasına karşı çıkmışlardır. Bu üyeler eğer oluşursa ayartma halinin 46. maddedeki hile kapsamına gireceğini belirtmişlerdir. Bunların görüşlerine göre, ayartma tek başına rızanın hatalı olduğu bir neden oluşturmamakta fakat rızanın “dol” veya “hile”ye karşı korunduğu araçlardan birini oluşturmaktadır. Bu yüzden bu, 46. maddedeki hileli davranış kavramı kapsamına alınabilir.

(3) Komisyonun çoğunluğu, hile durumundan farklı olarak, bir temsilcinin başka bir görüşmeci devlet tarafından ayarlanmasının, temsilcinin kendi devleti

¹⁹² Yeni madde.

adına yaptığı irade açıklamasını oldukça farklı bir yöntemle etkilediğini düşünmüşlerdir. Yine temsilcinin ayartılması bir dereceye kadar kendisinin icbar edilmesiyle oluşabilecekse de, Komisyon bunların önemlerinden dolayı iki ayrı maddede incelenmesi gerektiğini düşünmüştür. Yoksa icbarın tamamen taslak maddelerinden çıkartılmasını düşünmemiştir. Komisyon, uygulamada temsilcinin icbar edilmesinin ayartılmasından daha çok olduğunu ve günümüzde andlaşmaların akdedilmesinin sıklığı ve bunların akdedilmesinde kullanılan metotların çokluğu yüzünden bu konuda özel bir hükmün gerekli olduğuna karar vermiştir. Buna göre de, “ayartılma” durumunu yeni bir maddede ve “hile” ile “bir temsilcinin icbar edilmesi” konuları arasında incelemeye karar vermiştir.

(4) Maddede kullanılan “ayartılma” terimi, temsilcinin devleti adına yapacağı rıza açıklaması konusundaki eğilimlerini önemli biçimde etkileyecek tarzdaki hareketleri belirtmek için kullanılmıştır. Komisyon temsilcilere gösterilen küçük inceliklerin andlaşmanın geçersiz sayılması için vesile yapılamayacağını belirtmiştir.

(5) Benzer şekilde, “başka bir görüşmeci devlet tarafından doğrudan veya dolaylı şekilde” şeklindeki ifade de sadece temsilcinin ayartılmasının yeterli olmadığını belirtmek için kullanılmıştır. Komisyon, başka bir görüşmeci devlet tarafından yapılan ayartmanın aleni olmayacağını farkındadır. Fakat andlaşmanın geçersiz kılınmasına temel teşkil etmesi için, ayartma eyleminin başka bir görüşmeci devlete yüklenmesi gerektiğini düşünmüştür.

(6) Komisyon, hukuki olaylara bakarak, “ayartılma” kavramının, “temsilcinin icbar edilmesi” kavramından çok “hile” kavramına dâhil edilebileceğini düşünmüştür. Buna göre, andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği hakkındaki 41. maddenin 4. paragrafı, andlaşmayı geçersiz kılma ile ilgili bir gerekçeye başvurma hakkının kaybıyla ilgili 42. madde ve bir andlaşmanın geçersizliğinin sonuçlarıyla ilgili 65. maddenin 3. paragrafındaki amaçlar bakımından, ayartılma olayları hile olayıyla aynı temele oturtulmuştur.

Bir devlet Temsilcisinin İcbar Edilmesi **MADDE 48¹⁹³**

Bir devletin temsilcisine karşı yöneltilen hareket veya tehditlerle icbar edilerek sağlanan devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanmasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır.

¹⁹³ 1963 Taslağı, madde: 35.



Şerh:

(1) Bir andlaşmanın imzası, onayı, kabulü veya tasvibi için bir temsilcinin kendi şahsına veya şahsi sıfatına, mevkiine yapılan icbar veya tehdit eylemlerinin rızayı geçersiz kılacağı konusunda genel bir anlaşma vardır. Tarihte, sadece görüşmecilerin değil bir andlaşmanın imzasını veya onayını elde etmek için yasama üyelerinin de icbar edildiği birkaç örnek bulunmaktadır. Bazı örneklerde bir devlet Başkanının veya Bakanın icbar edilmesi durumunda devletin mi yoksa temsilcinin kendisinin mi icbar edildiğinin ayırt edilmesi zor olmaktadır. Örneğin, 1939'da, devletlerine karşı ağır tehditlerde bulunulduğu gibi, Hacha Cumhurbaşkanı ve Çekoslovakya Dışişleri Bakanına üçüncü-derece baskı gibi bir şey yapılarak Bohemya ve Moravia üzerinde bir Alman hamiliği yaratan andlaşmaya imza atmaları sağlanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, Komisyon icbarın iki çeşidi de, bazen birlikte olabilese de, olaya hukuki açıdan bakılınca, bunların ayrı maddelere yerleştirmeye karar vermiştir.

(2) Mevcut hüküm, bireysel olarak temsilcilerin çeşitli "hareket veya tehditlerle" icbar edilmesiyle ilgilidir. Bu terim, baskı veya tehdidin her çeşidini kapsayacak şekilde, temsilcinin bireysel olarak veya devletin bir organı olarak icbar edilmesini belirtmek için kullanılmıştır. Bu yüzden tehdit sadece kişiliğe karşı olanları değil, fakat kişisel yanlışlarını ifşa ederek kariyerine veya temsilcinin ailesine yöneltilecek tehditleri de kapsamaktadır.

(3) Komisyon, devletin icbar edilmesinden farklı olarak, temsilcinin icbar edilmesinin andlaşmayı fiilen geçersiz mi kılacağı yoksa devlete andlaşmaya verilen rızanın geçersizliğini talep etme hakkı mı vereceği konusunu tartışmıştır. Bir devletin temsilcisine karşı cebir kullanma konusunun ciddiyetinden dolayı böyle elde edilen bir rızanın tamamen batıl olmasına karar vermiştir.

Tehdit veya Kuvvet Kullanılması Yoluyla Bir Devletin İcbar Edilmesi
MADDE 49¹⁹⁴

Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki prensipleri ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan bir andlaşma batıldır.

Şerh:

(1) Milletler Cemiyeti Misakı'ndan önce geleneksel doktrin, tehdit veya güç kullanımıyla elde edilen rızanın, andlaşmanın geçerliliğini etkilemediğini kabul etmekteydi. Bununla birlikte, bu doktrin anlaşmazlıkların çözümü için

¹⁹⁴ 1963 Taslağı, madde: 36.

güç kullanımının hukuki kabul edildiği dönemdeki uluslararası hukukun bakış açısını yansıtmaktaydı. Misak ve Paris Paktiyle birlikte, böyle oluşturulmuş andlaşmaların artık hukuki olarak görülemeyeceği düşüncesi hâkim olmaya başladı. Müttefik Askeri Mahkemeler Şartı'nda saldırgan savaşın yasadışı olduğunun desteklenmesi, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(4). maddesine göre tehdit ve güç kullanımının yasaklanmasıyla beraber Birleşmiş Milletler'in uygulamaları, uluslararası hukuktaki gelişmeyi güçlendirmiş ve pekiştirmiştir. Komisyon yasadışı tehdit veya güç kullanımıyla elde edilmiş andlaşmaların geçersiz sayılmasının bugünkü uluslararası hukukta bir prensip olduğuna karar vermiştir.

(2) Bazı hukukçuların, prensibin ahlaki değerini tartışmazken, bunun bir kural olarak kabul edilmesinde şüpheye düştükleri doğrudur. Bunlar, bu hukuki kuralın asılsız icbar iddialarıyla andlaşmadan kaçma bahanesi yapılacağından korkmuşlardır ve bu kuralın etkisiz olacağını çünkü hukuk bu andlaşmayı ister geçerli ister geçersiz kabul etsin, aynı tehdit veya baskının andlaşmanın uygulanması sırasında da devam edeceğini belirtmişlerdir. Bu itirazlar Komisyon için, uluslararası hukukun diğer alanlarıyla olduğu kadar andlaşmalar hukukuyla ilgili olan ve Şartın en önemli maddelerinden birini oluşturan bu kuralın taslak maddelerinden çıkartılmasına neden olmamıştır.

(3) Komisyonun olması gerektiğini düşündüğü gibi, eğer icbar kavramı Şart'taki prensipleri ihlal edecek şekilde tehdit veya güç kullanımı ile sınırlandırılmışsa, bu geçersizlik nedeninin andlaşmanın sorumluluklarından kaçınmak için başvurulmuş yasadışı girişimlerde bulunma imkânına diğer hukuki durumlardan daha açık olduğu söylenemez. Komisyonun bazı üyeleri diğer baskı türlerinin, mesela bir ülkenin ekonomisinin batırılması tehdidinin de icbarla ilgili maddelere dâhil edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Fakat Komisyon, icbar eylemini "Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki prensipleri ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak" terimiyle sınırlamaya ve bu tanımla ifade edilen eylemlerin tam amacının belirlenmesini de Şartın ilgili maddelerinin yorumuyla ilgili uygulamalara bırakmaya karar vermiştir.

(4) Yine, eğer bazen bir devlet baştan beri tehdit veya güç kullanımıyla amaçlarını elde etmişse, bugünkü koşullarda bu andlaşmanın anlamlı ve etkili olduğunu farz etmek mümkün değildir. Birleşmiş Milletler'in varlığı, evrensel niteliği ve etkili çalışmaları, maddede ifade edilen kuralın uygulanması için gerekli çatıyı oluşturmaktadır.

(5) Komisyon, mümkün olduğunca basit ve kategorik terimlerle ifade edilmesi gerektiğini düşünmüştür. Bu yüzden madde "Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki prensipleri ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan bir andlaşma batıldır" şek-

linde ifade edilmiştir. Komisyonun görüşüne göre, tehdit veya güç kullanımı ile ilgili olarak Şartta ifade edilen prensipler, bugün evrensel uygulaması olan uluslararası hukukun genel kurallarıdır. Bu yüzden maddeyi Şart'ın prensiplerine göre düzenlemek uygun ve hukuki olacaktır. Aynı zamanda, "Şart'ın ihlali" yerine "Şart'ın prensiplerinin ihlali" terimi tercih edilmiştir ki maddenin sadece Birleşmiş Milletler üyeleri arasındaki sınırlamayla sınırlı olduğu zannedilmesin. Açıkça aynı kural bir devletin çok taraflı bir andlaşmaya girerken icbar edilmesine de uygulanır. Komisyon, böyle bir duruma uygulanabilecek bir kuralın ikinci paragraf olarak maddeye konulmasını tartışmıştır ve bunun gereksiz olduğuna karar vermiştir çünkü böyle elde edilen bir rızanın maddede ifade edilen prensibe aykırı olduğu kuşku götürmez bir konudur.

(6) Komisyon bunların ardından, Şart'taki prensiplere aykırı olarak tehdit veya güç kullanımıyla elde edilen bir andlaşmanın, zarar gören tarafında geçersizliğinin talep edilebilir olmasına değil, geçersiz karakterde olduğuna karar vermiştir. Şart'taki tehdit veya güç kullanımını yasaklayan kurallar, bütün devletleri ilgilendiren uluslararası hukuk kurallarıdır. Tehdit veya güç kullanımı etkilerinden kurtulduktan sonra, o devlet böyle elde edilmiş rızayla kurulan andlaşmanın sürmesini isteyebileceğinden, Komisyon böyle bir andlaşmanın başlangıçtan beri geçersiz olacağına karar vermiştir. Bu, ilgili devletin andlaşmanın devam edip etmeyeceğine karar verirken diğer devletlerle eşit şartlarda davranamayacağındadır. Eğer, gerekirse Birleşmiş Milletler Şartı'nda düzenlenen en önemli prensiplerden biri olan bu kurala aykırı biçimde oluşturulan andlaşmanın geçerliliğini tanıyarak değil fakat yeni bir andlaşma akdederek yürürlüğe konabilir.

(7) Maddenin uygulanması ile ilgili olan zaman unsuru sorunu Hükümetlerin yorumlarıyla iki bakış açısıyla ortaya çıkmıştır: (a) Tehdit ve güç kullanımını yasaklayan modern hukuk kurallarının çıkmasından önce oluşturulan andlaşmalara, maddede bulunan bu kuralın geriye doğru yürürlüğü sorunu. (b) hangi tarihten itibaren bu hukukun uygulanmaya başlanmış kabul edileceği. Komisyon, modern hukukun oluşmasından önce yapılan andlaşmalar hakkında geriye yürürlük etkisinin bulunmadığı konusunda şüphe bulunmadığına karar vermiştir.¹⁹⁵ "Hukuki bir olay o çağda bulunan kuralların ışığında değerlendirilmelidir."¹⁹⁶ Mevcut hüküm, andlaşmanın geçerli şartlar altında akdedilmesiyle ilgilidir, yani şartlar andlaşmayla hukuki ilişkiler yaratılmasıyla ilgilidir. Hukuki bir işlemin şartlarını yöneten hukukta meydana gelen değişiklikler, daha önce var olan hukuka göre oluşturulmuş hukuki işlemlerin geçerliliğini etkilemez. Bu

¹⁹⁵ Ayrıca, 50. maddenin 6. paragrafının şerhine bakınız.

¹⁹⁶ *Island of Palmas Arbitration, Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 845.

yüzden maddede düzenlenen kurala göre, modern hukukun oluşmasından önce icbar yoluyla yapılmış bir barış andlaşmasının baştan beri hükümsüz olduğu söylenemez.

(8) Komisyona göre bu maddedeki amaç bakımından, modern hukukun yürürlükte olduğu tarihin belirlenmesi mantıksız ve kabul edilemez olurdu. Yukarıda 1. paragrafta belirtildiği gibi, tehdit veya güç kullanımıyla oluşturulmuş bir andlaşmanın geçersizliği *lex lata* olan bir prensiptir. Üstelik Birleşmiş Milletler'in kurulmasından önceki hukukun durumu hakkında değişik görüşler bulunsa da, uluslararası hukukçuların büyük çoğunluğu bugün tereddüt etmeden, Şart'ın diğer hükümleriyle beraber 2. madde 4. paragrafının, tehdit ve güç kullanımındaki modern teamül hukukunu bildirdiğini belirtmektedirler. Madde kaleme alınış tarzıyla Şart'ın yürürlüğe girmesinden sonra akdedilen bütün andlaşmalara uygulanacağını ima etmektedir. Diğer taraftan, Komisyon modern andlaşmalar hukukunu kodifike ederken, uluslararası hukukun başka bir dalındaki genel bir kuralın olduğu bir tarihin belirlenmesinin kendi görevleri arasında bulunmadığını düşünmüştür. Buna göre, Komisyon maddedeki "Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki prensipler" terimiyle belirtilen zamanla ilgili belirtiden daha ileriye gitmemeye karar vermiştir.

Bir Uluslararası Emredici Hukuk Normu ile Çatışan Andlaşmalar MADDE 50¹⁹⁷

Bir andlaşma, kendisinden hiç bir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan ve daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul edilen ve tanınan uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır.

Şerh:

(1) Her ne kadar bazı hukukçular, kuralların çoğu evrensel olmaktan uzak olduğu için, *jus cogens* kurallarının varlığını inkâr etse de, son analizdeki görüşe göre, uluslararası hukukta devletlerin kendi iradeleriyle değiştiremeyecekleri bir kuralın bulunmadığı yönündeki düşüncenin devam ettirilmesi artık çok zordur. Komisyon da, Şart'ta yer alan güç kullanmanın yasaklandığı kuralın, uluslararası hukukta *jus cogens* karakterindeki kuralların varlığına çarpıcı bir örnek olduğunu belirtmiştir. Üstelik eğer bazı hükümetler, bağımsız karar vermeyle ilgili hükümlerle birlikte oluşmadığı takdirde, bu maddenin makullüğünü tartışsa da, bugün için *jus cogens* kurallarının varlığı tartışılmaz. Buna göre Komisyon, tarafların andlaşma düzenlemeleriyle değiştirmeyecekleri ve sadece aynı

¹⁹⁷ 1963 Taslağı, madde: 37.

karakterde yeni kurallarla değiştirilebilecek kuralların bulunduğunu kabul ederek, andlaşmalar hukukunu kodifike etmeye başlamaya karar vermiştir.

(2) Bu maddenin kaleme alınışı kolay olmamıştır, çünkü uluslararası hukukun hangi genel kuralının *jus cogens* kuralı olduğunu belirlemek zordur. Üstelik uluslararası hukukun pek çok genel kuralı bu karaktere sahip değildir ve taraflar bunlara aykırı andlaşma yapabilirler. Bu yüzden uluslararası hukukun genel bir kuralına aykırı andlaşmanın geçersiz olacağını söylemek çok ileri gitmek olacaktır. Tarafların andlaşma hükümleriyle bir hükümden sapmaya izin vermemesi yüzünden ve o hükümle çatışan andlaşmaların geçersiz olacağını belirtmeleriyle o hükmün *jus cogens* niteliğini kazandığını söylemek de doğru olmayacaktır. Böyle andlaşmaya konan bir öngörü, taraflara herhangi bir nedenle iyi gözükebilir. Bir tarafın bu andlaşmaya aykırı hükümler içeren sonraki bir andlaşmayı akdetmesi, önceki andlaşmanın ihlal edilmesinden dolayı o tarafı tabii ki sorumlu kılacaktır. Fakat bu hükmün ihlaliyle andlaşma geçersiz hale gelmeyecektir (bk. 26. madde). Komisyonun görüşüne göre, buna *jus cogens* karakteri veren uluslararası hukukun genel kuralının şekli değil, o kuralın ilgili olduğu konunun belli özelliğidir.

(3) Uluslararası hukuk hızlı bir gelişim içindeyken, *jus cogens* niteliğindeki kuralların ortaya çıkışı nispeten yenidir. Komisyon, eğer bir andlaşma *jus cogens*'e aykırı ise andlaşmanın geçersiz olacağını genel terimlerle ifade etmeye ve bunun tam kapsamının devletlerin uygulaması ve uluslararası mahkemelerin yargılamalarıyla belirlenmesine karar vermiştir. Komisyonun bazı üyeleri, en açık ve en oturmuş olan *jus cogens* kurallarından bazılarının belirtilmesinde maddede bulunan kuralın amacının ve genel yapısının belirlenmesi açısından yarar bulunduğunu kaydetmişlerdir. Önerilen örnekler şunları ihtiva etmekteydi: (a) Şartın prensiplerine aykırı olarak kuvvet kullanımını tasarlayan andlaşmalar, (b) uluslararası hukuka göre suç oluşturan eylemleri tasarlayan andlaşmalar, (c) köle ticareti, korsanlık veya soykırım gibi konularda tasarlanan veya işbirliğini düzenleyen andlaşmalar. Diğer üyeler ise, bu çeşit örnekler verilirse, maddenin amacının uluslararası hukuka göre suç sayılan eylemler olduğunun zannedileceğini ve insan haklarını, devletlerin eşitliğini self-determinasyon ilkelerini ihlal edecek andlaşmaların da verilebilecek diğer örnekler olduğunu belirtmişlerdir. Komisyon maddeye örnek koymayı iki nedenle reddetmiştir. İlk olarak, bazı durumlarda andlaşmanın *jus cogens*'e aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğu belirtilince, bu maddede bahsedilmeyen durumlarla ilgili olarak yanlış anlamlara neden olabilecektir. İkinci olarak, eğer Komisyon uluslararası hukukun *jus cogens* niteliğindeki kurallarının listesini vermeye kalksa idi, kendisini maddenin amacından uzak bir çalışma içinde bulacaktı.

(4) Buna göre, madde bir andlaşmanın “kendisinden hiç bir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan ve daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul edilen ve tanınan uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyor” batıl olacağını belirtmektedir. Bu hüküm maddeye göre andlaşmanın batıl olduğu durumları sadece belli devletler arasındaki andlaşmayla bile kendisinden sapmaya müsaade edilmeyen normlarla çatışma durumuyla sınırlamıştır. Diğer taraftan, *jus cogens* kurallarının değişmez ve sonraki gelişmeler ışığı altında tadil edilemez olduğunu kabul etmek açıkça yanlış olur. Bugün bir *jus cogens* kuralının tadili genellikle çok taraflı andlaşmalardan etkilenmekteyse de böyle andlaşmalardan bu maddede bahsetmek maddenin amacına uygun değildir. Madde bu yüzden *jus cogens* kurallarını kendisinden hiç bir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak “aynı nitelikte olan ve daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan” bir norm olarak kabul edilen ve tanınan uluslararası genel hukukun emredici bir normu olarak tanımlamıştır.

(5) Komisyon, hükümetlerin yorumlarından çıkan iki konudaki düşüncelerini belirtmenin yaralı olacağını düşünmüştür. İlki, daha önce yukarıda belirtildiği gibi, bağımsız bir karar verme sistemiyle veya hangi kuralların *jus cogens* kuralı olduğunun belirlendiği düzenlemeler olmadan maddenin tatmin edici bir tarzda uygulanmasının zorluklarıyla ilgilidir. Komisyon, bir andlaşmanın geçersizliği hakkındaki bir anlaşmazlığın çözümünde, belli bir bağlamda bu maddeyle ilgili olsa da, genel olarak geçersizlik, sona erme veya andlaşmaların yürürlüğünün askıya alınması ile ilgili bütün hükümlerin uygulamalarının göz önüne alınması gerektiğini düşünmüştür. Barışçıl çözüm yollarının kabulü hakkındaki uluslararası görüşün uygulanmasını sağlamak için, sorunun 62. maddedeki güvenlik tedbirleriyle karşılanması gerektiğini düşünmüştür. Bu madde bir devletin kendi isteğiyle andlaşmanın geçersizliğini, sona ermesini veya askıya alınmasını belirlemesini sınırlamak ve anlaşmazlıkların Şartın 33. maddesine göre barışçıl çözüm yollarıyla çözülmesini sağlamak için oluşturulmuştur. Komisyonun görüşüne göre, bir devletin diğer nedenlerle ileri sürdüğü geçersizlik durumuyla, *jus cogens* kuralına aykırılık nedeniyle ileri sürülen geçersizlik durumu esasen aynıdır.

(6) İkinci konu ise, maddedeki kuralın geriye yürümezlik niteliği ile ilgilidir. Madde, yeni bir *jus cogens* kuralının oluşmasıyla ilgili 61. maddeyle birlikte değerlendirilmelidir ve Komisyona göre maddenin geriye yürürlüğü konusunda hiçbir sorun yoktur. Madde akdedildiği zaman var olan *jus cogens* kurallarıyla çatışma halindeki andlaşmaların geçersizliği ile ilgilidir. Andlaşma batıldır çünkü karşılıklı rızalarıyla bile sapamayacakları, uluslararası hukukun emredici bir normuyla çatışmaktadır. Diğer taraftan 61. madde, akdedilirken geçerli

olan, fakat yeni bir *jus cogens* kuralının ortaya çıkmasıyla geçersiz hale gelen ve sona eren andlaşmalarla ilgilidir. “Geçersiz hale gelir ve sona erer” ifadesi, yeni bir *jus cogens* kuralının ortaya çıkmasının geriye yürür etkisinin bulunmadığını açıkça belirtmektedir. Geçersizlik, yeni kuralın ortaya çıkmasından itibaren oluşacaktır. 50. ve 61. maddelerin geriye yürümezlik etkilerinin altı 67. maddenin 2. paragrafında çizilmiştir ki burada yeni bir *jus cogens* kuralının ortaya çıkmasıyla andlaşmanın sona ermesinin geriye yürür etkilerinin bulunmadığı belirtilmiştir.

KESİM 3 ANDLAŞMALARIN SONA ERDİRİLMESİ VEYA YÜRÜRLÜĞÜNÜN ASKIYA ALINMASI

Bir Andlaşmanın Tarafların Rızası ile Sona Erdirilmesi veya Ondan Çekilme MADDE 51¹⁹⁸

Bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya bir tarafın çekilmesi aşağıdaki gibi olabilir:

- (a) andlaşma hükümlerine göre,
- (b) herhangi bir zamanda, bütün tarafların rızası ile.

Şerh:

(1) Modern andlaşmaların çoğu, devam edecekleri süre, sona ermesinin tarihi veya şartları veya sona ermesine neden olacak olaylar veya andlaşmadan çekilmek veya fesih hakkı hakkında hükümler içermektedir. Bu durumlarda, andlaşmanın sona ermesine andlaşmanın kendi hükümleri neden olmaktadır ve bunun ne zaman ve nasıl oluşacağı andlaşmanın yorumu ve uygulanmasıyla ilgilidir. Bu hüküm andlaşmanın kendi hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili sona ermenin temel kurallarıyla ilgilidir.

(2) Andlaşma kayıtları çok çeşitlidir.¹⁹⁹ Birçok andlaşma, belirli yıl için veya belli bir tarihe veya olaya kadar uygulamada kalacaklarını öngörürlerken, diğerleri belli bir koşulun devam ettiği sürece andlaşmanın da süreceğini belirtmektedir. Andlaşmalarda belirlenen dönemler çok farklı uzunlukta olabilmektedir, bu dönemler genellikle bir ila on iki yıl arasında olmakta fakat yirmi, elli hatta doksan dokuz yıllık sürelerle de rastlanmaktadır. Uygulamada yaygın olan, andlaşmaların beş ya da on yıllık süre belirlemeleri fakat aynı zamanda

¹⁹⁸ 1963 Taslağı, madde: 38.

¹⁹⁹ Bkz: *Handbook of Final Clauses* (ST/LEG/6), pp. 54-73.

fesih veya çekilme hakkının kullanılmasından itibaren yürürlüğünün devam edeceği bir süre düzenlemeleridir. Bu hükümler normal olarak, andlaşmanın devamı için bir süre belirlemezken fesih hakkının kullanımı için altı veya on iki aylık bir bildirim süresi veya andlaşmanın belirli dönemlerde devam edeceğini fakat fesih veya çekilme hakkının kullanılması için her dönemin sona ermesinden altı ay önce bildirim yapılacağını düzenlemektedirler. Bazı andlaşmalar devamları için bir süre belirtmedikleri gibi fesih veya çekilme hakkının kullanılması içinde bir süre belirtmemektedirler. Bazen de bir andlaşma devamı için beş yıl gibi bir süre belirlemekte fakat bu süre içinde de fesih veya çekilme hakkının kullanılabilmesini öngörmektedir.

(3) Komisyon, andlaşmada sona ermeyle ilgili olarak ne kabul edilmiş olursa olsun tarafların bir araya gelerek andlaşmaya son verebileceğine karar vermiştir. Aynı zamanda bunu ne şekilde yapılacağına da tarafların kendi aralarında karar vereceklerini düşünmüştür. Bir andlaşmaya son veren anlaşmanın, o andlaşmayla aynı şekilde olması gerektiği veya en azından eşit ağırlıktaki bir andlaşmanın oluşturulması gerektiği teorisi geliştirilmiştir. Fakat Komisyon bu teorinin bazı devletlerin anayasalarından esinlendiğini²⁰⁰ fakat uluslararası hukukun bir kuralı olmadığını belirtmiştir. Komisyonun görüşüne göre, uluslararası hukuk “*acte contraire*” teorisini kabul etmemektedir. Devletler her zaman andlaşmalarını sona erdirecekleri anlaşmanın şeklini seçmekte özgürdür. Bunu yaparken de, şüphesiz kendi anayasal gerekliliklerini göz önünde tutacaklardır fakat uluslararası hukuk bunların andlaşmayı sona erdirmeye rızalarından başka bir şeyle ilgilenmemektedir. Komisyon aynı zamanda, andlaşmada belirtilen şekilden farklı olarak bir andlaşma sona erdirilmek isteniyorsa, bütün tarafların rızalarının gerektiğinin altını çizmiştir. İslahtan farklı olarak sona erme bütün tarafların haklarını etkilemektedir ve sonuç olarak bütün tarafların rızaları gerekmektedir.

(4) Komisyon, andlaşmanın metninin kabulünden belli bir süre sonra, bütün tarafların sona erdirmeye rızalarının bile yeterli olmayacağı durumların varlığı sorununu düşünmüştür. Andlaşmaya taraf olmaya yetkili diğer devletlerin konuyla ilgilerinin olduğunu düşünmüş ve belirli bir periyodun sonuna kadar metni kabul eden devletlerin üçte ikisinden azının yeterli olmayacağını öngörmenin mümkün olup olmadığını araştırmıştır. Böyle bir hükmün, depoziterde onay belgesi gibi birkaç belgeyle yürürlüğe giren andlaşmalar durumunda gerekli olabileceğini düşünmüştür. Böyle bir hükmün bulunmasına Hükümetler taraftar olmadıkları gibi Komisyon bunun tarafların rızası ile sona erdirmeye hakkındaki

²⁰⁰ Sir G. Fitzmaurice'in dikkat çektiği Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Sosyal Komitesi'nin 49. toplantısında ABD temsilcisinin yorumuna bakınız. (E/AC.7/SR.49, s. 8).

kuralın uygulanmasında karışıklık meydana getirebileceğini düşünmüştür. Ve bu sorunun uygulamada zorluklara neden olabileceğini düşünmüştür. Sonuç olarak bu konuyla ilgili bir hükmü maddeye koymamaya karar vermiştir.

(5) Bu yüzden madde iki açık ve basit kuralla sınırlandırılmıştır: bir andlaşma veya bir tarafın andlaşmaya taraf olma durumu iki şekilde sona erebilir: (a) andlaşmada belirtilen şekilde (b) her hangi bir zamanda, bütün tarafların rızası ile.

Çok Taraflı Bir Andlaşmanın Taraf Sayısının Andlaşmanın Yürürlüğe Girmesi İçin Gerekli Olan Sayının Altına Düşmesi **MADDE 52²⁰¹**

Andlaşma başka türlü öngörmedikçe, çok taraflı bir andlaşma sadece taraf sayısının andlaşmanın yürürlüğe girmesi için gerekli olan sayının altına düşmesi sebebiyle sona ermez.

Şerh:

(1) Fesih veya çekilmenin mümkün olduğu bazı çok taraflı andlaşmalar, fesih veya çekilme yüzünden taraf sayısının belli bir sayının altına düşmesi halinde andlaşmanın sona ereceğini öngörmektedir. Mesela Kadınların Politik Hakları hakkındaki Konvansiyon,²⁰² taraf sayısı çekilme yüzünden altıya düşünceye kadar Konvansiyonun yürürlükte kalacağını düzenlemektedir. Ticari Araçların Geçici İthalatında Gümrük Vergisi hakkındaki Konvansiyon²⁰³ ve İç Ulaşımında Kullanılan Gemilerin Ölçüm ve Tescilleri hakkındaki Konvansiyon'da²⁰⁴ olduğu gibi bazı durumlarda ise, taraf sayısı beşin veya üçün altına düşse bile andlaşmanın devam edeceği öngörülmektedir. Diğer durumlarda ise daha çok sayıda devlet gerekmektedir. Açıkça, böyle hükümler 51. maddenin (a) paragrafına göre andlaşmanın sona ermesine neden olmaktadır.

(2) Bir başka sorun ise, andlaşmanın yürürlüğe girmesinin belli sayıda onay, kabul vb.ne bağlı olduğu durumlarda, taraf sayısının fesih veya çekilmeye bu sayının altına düşmesi halinde andlaşmanın sona erip ermeyeceği hakkındadır. Komisyon, andlaşmanın yürürlüğe girmesi için belirlenen sayının altına düşülmesi halinde andlaşmanın sona ermesi gerektiğini düşünmüştür. Andlaşma hükümleri yürürlüğe girme ile ilgilidir ve eğer görüşmeci devletler andlaşmanın devamı için belli sayıda tarafın gerekli olduğunu düşünmekteyse-

²⁰¹ 1963 Taslağı, madde: 38, para. 3(6).

²⁰² United Nations *Treaty Series*, vol. 193, p. 135, art. 8.

²⁰³ *Handbook of Final Clauses* (ST/LEG/6), p. 58.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 72 - 73.

ler, andlaşmaya böyle bir hüküm eklemeleri onlar için çok kolaydır ve doğal olan yol budur. Bazı andlaşmaların yürürlüğe girmek için öngördüğü sayıyı andlaşmanın devamı için de öngördüğü doğrudur. Fakat böyle bir sonuç için genel bir uygulama yoktur ve on veya yirmi gibi daha geniş bir sayının istendiği durumlarda böyle bir uygulamanın olmaması önemli görünmektedir. Andlaşmanın yürürlüğe girmesi için belli sayının önemli olduğu durumlarda, andlaşmanın devamı için bu sayının altına düşmemek gerekmektedir. Taraf olarak kalan devletler eğer isterlerse andlaşmaya son verebilirler veya fesih veya çekilme haklarını kullanabilirler.

(3) Çok taraflı andlaşmalar önceki paragrafta değinilen konu hakkında hüküm içermediğinden, andlaşmanın yürürlükte kalıp kalmayacağı sorunu gündeme gelmekteydi. Bu yüzden Komisyon bu noktada genel bir hüküm koymaya karar vermiştir. Madde yukarıda açıklanan nedenlerle, andlaşma başka türlü öngörmedikçe, çok taraflı bir andlaşmanın sadece taraf sayısının andlaşmanın yürürlüğe girmesi için gerekli olan sayının altına düşmesi sebebiyle sona erme-yeceğini düzenlemektedir.

Sona Erme Hususunda Hiçbir Hüküm İhtiva Etmeyen Bir Andlaşmanın Feshi **MADDE 53²⁰⁵**

1. Sona ermesiyle ilgili hiç bir hüküm taşımayan ve fesih veya çekilmeyi öngörmeyen bir andlaşma, tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetleri tespit edilmedikçe, feshiye veya çekilmeye tabi değildir.

2. Bir taraf 1. paragrafa göre andlaşmayı feshetme veya ondan çekilme niyetini en az 12 ay önceden bildirecektir.

Şerh:

(1) 53. madde sona ermeyle ilgili hüküm taşımayan veya taraflarına fesih ve çekilme hakkı vermeyen andlaşmaların sona ermesi ile ilgilidir. Böyle andlaşmalara sık rastlanılmamaktadır, örnekleri ise Deniz Hukuku konusundaki Cenevre Konvansiyonları ve Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Konvansiyonudur. Sorun bu andlaşmaların oybirliğiyle anlaşarak sona erdirilip erdirilemeyeceğinde veya her hangi bir koşulda bireysel olarak tarafların makul gerekçelerle çekilme hakkının bulunup bulunmadığıdır.

(2) Prensip olarak, sorunun çözümü her olayda tarafların niyetlerine bakılarak bulunmalıdır ve bazı andlaşmaların karakteri, bir devletin tek taraflı olarak feshine veya çekilmesine izin vermemektedir. Barış ve sınır andlaşmaları bu

²⁰⁵ 1963 Taslağı, madde: 39.

çeşit andlaşmalardandır. Birçok andlaşmada ise tek taraflı olarak fesih veya çekilme hakkının kullanılmasının andlaşmanın karakteriyle uymadığı söylene-
mez. Şüphesiz, birçok durumda tarafların tek taraflı olarak fesih veya çekilme
hakkını açıkça tanıması karşısında, bu konudaki sessizlik böyle bir hakkın ta-
nınmadığı şeklinde yorumlanabilir. Bazı hukukçular,²⁰⁶ 1871 Londra Deklaras-
yonu ve bazı devlet uygulamalarına dayanarak, bir tarafın fesih veya çekilme
hakkını kullanabilmesi için bu hakkın andlaşmada tanınması gerektiğini veya
bütün tarafların rızalarının gerektiğini belirtmişlerdir.

(3) Problemin zorluğu, Deniz Hukuku hakkındaki Cenevre Konferansında
oluşturulan dört konvansiyona fesih hakkında kayıtların konulup konulmaması
hakkındaki tartışmalarda ortaya çıkmıştır.²⁰⁷ Konvansiyonların hiçbirisi fesih
kaydı içermemektedir. Bunlar sadece konvansiyonların yürürlüğe girmesinden
beş yıl sonra taraflardan herhangi birinin gözden geçirme isteyebileceğini ve bu
isteğe göre atılacak adımları Genel Kurulun belirleyeceğini düzenlemektedir.
Taslak Komitesi revizyon kaydını koyarken, bunun konulmasının fesih kaydı
konulmasını gereksiz kıldığını düşünmüştür. Taslak Komitesinin görüşüne
bakmadan, fesih kaydının konulması için öneriler yapılmıştır ve bunlar toplan-
tıda tekrarlanmıştır. Bazı delegeler, feshe izin vermenin konvansiyonları kodlaş-
tırmanın doğasına aykırı olacağını, bazıları teamül hukukunda fesih hakkının
bulunduğunu, diğerleri şartlardaki değişiklikleri hesaba katabilmek için fesih
hakkının açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Konvansiyonların
kodlaştırılmasında kaydın bulunması teklifi, 23 çekimser oyla birlikte 12'ye
karşı 32 oyla reddedilmiştir. Benzer bir teklif, Açık Denizlerde Balıkçılığın ve
Canlı Kaynakların Korunması hakkındaki Konvansiyonla ilgili olarak da yapılmıştır.
Burada, kaydın aleyhtarları, yeni hukuk yaratan bir konvansiyonda fesih
hakkının bulunmasını tartışmışlardır. Diğer taraftan, kaydın taraftarları ise yeni
kural koyan konvansiyonun, fesih hakkını haklı çıkardığını ve gerektiğinde
öngördüğünü iddia etmişlerdir. Yine öneri, 35 çekimser oy yanında 6 oya karşı
25 oyla reddedilmiştir. Daha önce de değinildiği gibi, bu konvansiyonlara her
hangi bir fesih veya çekilme kaydı konulmamıştır ve Diplomatik ve Konsolos-
luk İlişkileri hakkındaki Viyana Konferanslarında, tartışma olmaksızın kaydın
çıkartılması kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Soykırım Konvansiyonu ve Sa-
vaş Kurbanlarının Korunması hakkındaki 1949 Cenevre Konvansiyonu açıkça
fesih hakkı tanıdığından, kural koyucu andlaşmaların fesih hakkı tanımadığı
şeklinde bir genelleme yapılamaz.

²⁰⁶ Sir G. Fitzmaurice'in Andlaşmalar Hukuku Hakkındaki İkinci Raporu için bkz: *Yearbook of the International Law Commission, 1957*, vol. II, p. 22.

²⁰⁷ United Nations Conference on the Law of the Sea, *Official Records*, vol. II, pp. 19, 56 - 58.

(4) Komisyonun bazı üyeleri, ittifak andlaşmaları gibi bazı andlaşma çeşitlerinde, aksi bir niyet anlaşılmadıkça, bildirimden sonra fesih veya çekilme hakkının andlaşmaya konabileceğini düşünmüşlerdir. Diğer üyeler ise, böyle bir hakkın varlığının andlaşmanın türünden anlaşılamayacağını belirtmişlerdir. Bu üyelere göre, tarafların niyetleri andlaşmanın karakterine göre değil fakat her olayda duruma göre belirlenmelidir. Komisyonunda bu görüş hâkim olmuştur.

(5) Madde sona ermesiyle ilgili hiç bir hüküm taşımayan ve fesih veya çekilmeyi öngörmeyen bir andlaşmanın, tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetleri tespit edilmedikçe, feshe veya çekilmeye tabi olmadığını düzenlemektedir. Bu kurala göre andlaşmanın karakteri göz önüne alınması gereken hususlardan sadece bir tanesidir ve fesih ve çekilme hakkına, tarafların tek taraflı olarak fesih ve çekilme hakkının kullanılmasına izin verdikleri o olayın koşullarından anlaşılmadıkça izin verilmeyecektir.

(6) Komisyon, fesih ve çekilme hakkının kullanılmasında bildirim için belli bir süre verilmesi gerektirdiğini belirtmiştir. Altı aylık bir süre bazı sona erme kayıtlarında bulunmaktadır, fakat bu genellikle andlaşmanın yinelenebilir olduğu ve fesih hakkının yenilemeden önce veya bunun sırasında kullanılabilceği durumlarda söz konusudur. Fesih hakkının bulunduğu ve andlaşmanın süresiz olarak devam ettiği durumlarda bildirim süresi genellikle on iki aydır ve bazı durumlarda ise bildirim süresi belirlenmemiştir. Genel bir kural koyulurken Komisyon, kısa olan yerine uzun bir süre belirlemeye karar vermiştir ki andlaşmanın diğer taraflarının çıkarları yeterince korunsun. Buna göre, 2. paragrafta fesih veya çekilme hakkının kullanılmasından on iki ay önce bildirim yapılması gerektiğini düzenlemiştir.

Bir Andlaşmanın Hükümlerinin Tarafların Rızası ile Askıya Alınması

MADDE 54²⁰⁸

Bir andlaşmanın bütün tarafları veya belirli bir taraf bakımından yürürlüğü aşağıdaki hallerde askıya alınabilir:

- (a) andlaşmanın böyle bir askıya almaya izin veren hükümlerine göre,**
- (b) herhangi bir zamanda bütün tarafların rızası ile.**

Şerh:

(1) Bu madde bir andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınması konusunda, 51. maddede düzenlenen andlaşmaların sona ermesine paralel hükümler getirmiştir. Andlaşmalar bazen belli durumlarda veya koşullarda andlaşmanın veya

²⁰⁸ 1963 Taslağı, madde: 40.



andlaşmanın bazı hükümlerinin yürürlüğünün askıya alınabileceğini düzenlemektedir. Andlaşma böyle bir hüküm içersin içermesin, bütün tarafların rızasıyla andlaşmanın tümünün veya bir kısmının yürürlüğünün askıya alınabileceği açıktır. Benzer şekilde, bütün tarafların rızasıyla, andlaşmaya göre sorumlulukları yerine getirmesinde geçici güçlükler bulunan bir devlet veya bir grup devlet için andlaşmanın uygulanması askıya alınabilir.

(2) Diğer taraftan, çok taraflı bir andlaşmanın anlaşmayla sadece bazı taraflar için yürürlüğünün askıya alınması oldukça farklı bir problem ortaya çıkarılmaktadır. Özel bir sorun olan bu nokta bir sonraki maddede ele alınmıştır.

(3) Buna göre hüküm, bütün taraflar veya bir taraf açısından bir andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınmasının andlaşmanın hükümlerine göre veya bütün tarafların rızası ile mümkün olacağını düzenlemektedir.

**Çok Taraflı Bir Andlaşmanın Sadece Belli Taraflar Arasında
Geçici Olarak Yürürlüğünün Askıya Alınması
MADDE 55²⁰⁹**

Çok taraflı bir andlaşma yürürlüğünün durdurulması hakkında bir hüküm içermiyorsa, iki veya daha fazla taraf kendi aralarında andlaşmanın yürürlüğünü durdurmak için aşağıdaki şartlar varsa bir anlaşma yapabilirler:

(a) diğer tarafların andlaşmaya göre var olan haklarını veya sorumluluklarını yerine getirmesini engellemiyorsa; ve

(b) taraflar arasında, andlaşmanın konu ve amacının bir bütün olarak etkili ifasını etkilemiyorsa.

Şerh:

(1) 1966 Ocağında, on yedinci oturumun ikinci bölümünde, 1963 taslağının 40. maddesini tekrar incelenirken²¹⁰ Komisyon, prensip olarak, bir andlaşmanın sona ermesi için bütün tarafların rızalarının gerekli olduğunu, bunun andlaşmanın askıya alınmasında mutlaka gerekmediğine karar vermiştir. Çok taraflı andlaşmalar aslında taraflar arasındaki iki taraflı ilişkileri düzenleyerek işlediğinden, Komisyon belli durumlarda çok taraflı andlaşmaların karşılıklı olarak yürürlüğünün askıya alınabileceğine karar vermiştir.²¹¹ Mevcut bölümde

²⁰⁹ Yeni madde.

²¹⁰ O zamanki 40. Madde, bir andlaşmanın anlaşma ile sona ermesi veya askıya alınması kapsamına alınmıştır.

²¹¹ Bkz: 829. ve 841. toplantılar.

Komisyon, bu sorunun çok taraflı andlaşmaların *inter se* değışikliği ile paralel olduğunu fakat iki durumda koşullar aynı olmadığından bir andlaşmanın yürürlüğünün iki veya daha fazla taraf arasında askıya alınması konusu, iki veya daha fazla taraf arasında değıştirilmesi konusuyla eşit tutulamaz. Komisyon bu konudan mevcut hükümde bahsetmenin, diğer tarafların haklarını korumak açısından yararlı olacağını düşünmüştür.

(2) Buna göre mevcut hüküm, andlaşmanın bu konuda hüküm içermediği durumlarda, iki veya daha fazla tarafın andlaşmanın hükümlerinin askıya alınmasını iki koşulla kararlaştırabileceğini düzenlemektedir. İlk koşul, askıya alınmanın diğer tarafların haklarını ve sorumluluklarını etkilememesidir. İkincisi ise, taraflar arasında andlaşmanın konu ve amacının bir bütün olarak etkili ifasını etkilememesidir. Andlaşmanın sadece belli taraflar arasında değıştirilmesi ile ilgili olan 37. madde, önceden değışikliği bildiren bir bildirim yapılması şeklindeki bir üçüncü şart ihtiva etmektedir. Her ne kadar Komisyon bu gerekliliği bir koşul olarak maddeye koymamışsa da, bu durum, andlaşmanın bazı taraflar arasında geçici olarak askıya alındığının diğer ilgili taraflara bildirilmemesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır.

**Sonraki Bir Andlaşmaya Girilerek Bir Andlaşmanın
Zimnen Sona Erdirilmesi veya Yürürlüğünün Askıya Alınması
MADDE 56²¹²**

1. Bir andlaşmanın bütün tarafları aynı konuyla ilgili daha sonraki tarihli bir andlaşmayı akdederse ve:

(a) tarafların meseleyi o andlaşmaya tabi kılmak istedikleri daha sonraki andlaşmadan anlaşılır veya başka türlü tespit edilirse; veya

(b) daha sonraki andlaşmanın hükümleri daha öncekinin hükümleri ile ikisinin aynı zamanda uygulanamayacağı kadar bağdaşmıyorsa, o andlaşma sona ermiş kabul edilir.

2. Daha önceki andlaşmanın sadece yürürlüğünün askıya alındığının kabul edilmesi, tarafların niyetinin sonraki andlaşmayı akdederken niyetlerinin bu olduğunun daha sonraki andlaşmadan anlaşılması veya başka türlü tespit edilmesine bağlıdır.

Şerh:

(1) Bu hüküm, ilk andlaşmayı açıkça sona erdirmeden veya yürürlüğünü askıya almadan bununla bağdaşmayan nitelikte ikinci bir andlaşma akdetmeleri

²¹² 1963 Taslağı, madde: 41.



durumu ile ilgilidir. İki andlaşmanın taraflarının aynı olması durumunda, bunların ikinci andlaşmayı akdederken ikincisini yürürlükten kaldırmayı istediklerinde şüphe yoktur bu yüzden de bu 51. maddedeki kuralın özüdür. İki andlaşmanın taraflarının aynı olmaması durumunda bile, eğer ikinci andlaşmanın tarafları ilk andlaşmanın taraflarının tümünü kapsıyorsa sorun yoktur, çünkü ilk andlaşmanın tarafları beraber yapmaya yetkili oldukları şeyleri, başka devletlerle de yapmaya yetkilidirler. Bu sebeplerle, aslı mesele hangi koşullarda yapılan sonraki andlaşmanın diğeriyle bağdaşmaz olduğu için ilkini sona erdirdiği konusudur. Bu sorun ilkinin devam edip etmeyeceği konusunda tarafların niyetlerini belirlemek açısından iki andlaşmanın yapılışıyla ilgilidir.

(2) 1. paragraf tarafların ilkiyle bağdaşmayan sonraki bir andlaşma akdederek ilkini sona erdirmeleriyle ilgili koşulları düzenlemektedir. 1. paragrafın kaleme alınışı, Yargıç Anzilotti'nin, Bulgaristan ve Sofya Elektrik Şirketi Davasındaki²¹³ görüşüne dayanmaktadır ki bu davada şunları söylemiştir: “Yürürlük açıkça sona erdirilmemiştir. Fakat açıkça sona erdirmenin yanında, sonraki hükümler öncekilerle bağdaşmadığı için ve bu yüzden yeni hükümlerin geçerli olması nedeniyle zımnen sona erdirmek de mümkündür.” Bu davanın İhtiyari Kayda göre tek taraflı bildirimler ile bir andlaşma arasında oluşabilecek bir uyumsuzlukla ilgili olduğu doğrudur ve Divan yargıç Anzilotti'nin iki belge arasında uyumsuzluk olduğu yönündeki görüşünü kabul etmemiştir. Bununla birlikte, yargıç Anzilotti tarafından konulan iki ölçünün, zımnen sona erdirmenin oluşup oluşmadığını belirlemede kullanılabileceğini Komisyonun çoğunluğu kabul etmiştir.

(3) 2. paragraf, daha önceki andlaşmanın sadece yürürlüğünün askıya alındığının kabul edilmesinin, tarafların niyetinin sonraki andlaşmayı akdederken niyetlerinin bu olduğunun daha sonraki andlaşmadan anlaşılması veya başka türlü tespit edilmesine bağlı olduğunu düzenlemektedir. Yargıç Anzilotti, yukarıda değinilen görüşünde, deklarasyonlar sınırlı koşullarda olduğundan, ilk andlaşma diğeriyle bağdaşmaz nitelikte olsa da sona ermediğini çünkü bunların sürelerinin belirli olmadığını belirtmiştir. Fakat daha uzun veya belirsiz bir süre öngören ilk andlaşmayı sonraki andlaşmanın sona erdirmeyeceği genel kural olarak ifade edilemez. Bu ikinci andlaşmayı akdeden tarafların niyetlerine bağlıdır ve genellikle bunlar ilk andlaşmayı askıya almak yerine buna son vermeyi tercih etmektedirler.

(4) 26. madde aynı zamanda aynı konuda akdedilmiş andlaşmaların arasındaki ilişkilerle de ilgilidir ve bunun 3 ve 4(a) paragrafları ilk andlaşmanın hü-

²¹³ P.C.I.J. (1939), Series A/B, No. 77, p. 92.

kümlerinin ancak sonrakinin hükümleriyle bağdaştığı oranda uygulanacağını düzenlemektedir. Bu paragrafların pratik etkileri negatiftir ve önceki andlaşmanın sonrakiyle bağdaşmayan hükümlerinin yürürlüğünü, ikinci andlaşma yürürlükte olduğu süre için askıya almaktadır. Fakat 26. madde, yürürlükte olduğu kabul edilen andlaşmalardaki çelişkili sorumlulukların önceliği ile ilgilidir. Bu madde sonraki andlaşmayı akdederken ilk andlaşmanın sona erdirilmesini veya yürürlüğünün askıya alınmasını tarafların istediği durumlarla ilgili değildir ve bu yüzden yürürlükte olan iki andlaşma bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, 26. madde ancak, bu maddeye göre andlaşmanın sona erdirilmediği veya yürürlüğünün askıya alınmadığı durumlarda uygulanacaktır. Yani bu hüküm birbiriyle bağdaşmaz nitelikteki andlaşmaların önceliği hakkında değildir ve tarafların niyetlerinin önceki andlaşmayı sona erdirmek veya askıya almak olduğu durumlara uygulanacaktır. Bu durumlarda ilk andlaşmanın tümü sona erdirilmekte veya askıya alınmaktadır ve böylece ilk andlaşma artık yürürlükte veya uygulamada olmayacaktır. Kısaca, bu hüküm, yeni bir andlaşmaya girerek önceki andlaşmanın sona erdirildiği veya askıya alındığı durumlarla sınırlandırılmıştır.

**Bir Andlaşmanın İhlal Edilmesi Sonucu Sonu Erdirilmesi veya
Yürürlüğünün Askıya Alınması
MADDE 57²¹⁴**

1. İki taraflı bir andlaşmanın akit taraflardan birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlali, diğer tarafa andlaşmayı sona erdirmeye veya tamamen veya kısmen yürürlüğünün askıya alma gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını verir.

2. Çok taraflı bir andlaşmanın akit taraflarından birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlali:

(a) diğer tarafların oybirliği ile andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almalarını veya andlaşmayı,

(i) kendileriyle kusurlu devlet arasındaki ilişkiler bakımından, veya

(ii) bütün taraflar arasında sona erdirmeye hakkı verir.

(b) andlaşma ile bilhassa etkilenen bir tarafa, kendisi ile kusurlu devlet arasındaki ilişkiler bakımından andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya alınması gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını verir.

²¹⁴ 1963 Taslağı, madde: 42.



(c) diğer taraflardan birinin kendisi açısından andlaşmanın yürürlüğünü durdurması için, andlaşmanın öyle bir nitelikte olması gerekir ki, bir tarafın andlaşma hükümlerine esaslı bir şekilde ihlal etmesi her bir tarafın andlaşmadan doğan yükümlülüklerini ifa etme durumunu köklü bir biçimde değiştirsin.

3. Bu madde bakımından bir andlaşmanın esaslı bir şekilde ihlali aşağıdakilerden ibarettir:

(a) andlaşmanın, mevcut maddelerin tasvip etmediği bir şekilde inkar edilmesi; veya

(b) andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesi.

4. Yukarıdaki paragraflar bir ihlal halinde uygulanabilecek herhangi bir andlaşma hükmüne halel getirmez.

Şerh:

(1) Hukukçuların büyük çoğunluğu, bir tarafın andlaşmayı ihlal etmesinin diğer bir tarafa andlaşmayı sona erdirmeye veya andlaşmaya göre var olan kendi sorumluluklarının uygulanmasını askıya alma hakkı verdiğini belirtmektedirler. Andlaşmadan doğan bir sorumluluğun ihlali, başka bir sorumluluğun ihlalinde olduğu gibi, diğer tarafın etkili olmayan misilleme yapması hakkı vermektedir ve bu misillemeler aslında andlaşmaya göre var olan hakların elde edilmemesi ile ilgilidir. andlaşmayı sona erdirmeye hakkının kapsamı ve bunun hangi koşullarda oluşabileceği hakkındaki görüşler farklıdır. Bazı hukukçular, andlaşmaların varlığını garanti altına alan, etkili uluslararası mekanizmaların yokluğundan dolayı, andlaşmanın ihlalinin bir cezası olarak masum tarafın bu hakka sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bunlar, şartsız terimlerle ihlal durumunda masum tarafa andlaşmayı sona erdirmeye hakkında genel bir hak verme taraftarıdır. Diğer hukukçular ise, bir devletin önemsiz hatta uydurma nedenlerle, can sıkıcı bulduğu bir andlaşmaya son vermek için bahaneler yaratabileceği riskini düşünmüşlerdir. Bu hukukçular, sona erdirmeye hakkının, ihlalin “esaslı” veya “önemli” olduğu durumlarda bulunacağını ve bu hakkın kullanımının usuli şartlara tabi olduğunu belirtmişlerdir.

(2) Devlet uygulamaları bu hakkın kapsamının veya kullanılmasındaki koşulların belirlenmesine yardımcı bulunmamaktadır. Birçok olayda, son veren devlet andlaşmaya başka sebeplerle de son verebilmektedir ve bu hareketine neden olarak ihlali gösterebilmektedir. Diğer taraf, ilk olarak olaylara göre, son vermeye itiraz etmekte ve bazen tek taraflı olarak sona vermenin haksız olduğu

belirtirse de, genellikle, sona erdirme hakkının reddi değil, sona erdiren devletin ihtiyari ve tek taraflı beyanlarının protesto edilmesi tercih edilmektedir.

(3) Yerel mahkemeler, seyrek olmayan şekilde, masum tarafın andlaşmayı sona erdirme hakkının bulunduğu prensibi hakkında beyanlarda bulunmuşlardır. Fakat bunların hükümetleri, genellikle gerçeklere göre andlaşmaya son vermemişler ve son verme hakkının kullanılmasına ilişkin koşulları tam olarak incelemeyi gerekli görmemişlerdir.²¹⁵

(4) Meuse Sularının Yönünü Değiştirme Davasında²¹⁶ Belçika, Hollanda'nın 1863 Andlaşmasına aykırı bazı işler yaparak, andlaşmanın kendisine karşı uygulanmasını talep etme hakkını kaybettiğini belirtmiştir. Belçika andlaşmanın sona erdirilmesini talep etmemiştir, fakat Hollanda'nın taleplerine karşı bir savunma olarak, Hollanda'nın hükümleri ihlal ettiği gerekçesiyle, andlaşmanın bir hükmün yürürlüğünün askıya alınmasını istemiştir ki talebinin *inadimplenti non est adimplendum* prensibinin uygulaması olduğunu savunmuştur. Divan, Hollanda'nın andlaşmayı ihlal etmediği gerekçesiyle Belçika'nın talebine göre beyanda bulunmamıştır. Fakat Yargıç Anzilotti, farklı bir görüşle, Belçika'nın talebinin haklı, adil ve uluslararası hukukta uygulanması gerekli olacak kadar evrensel olduğunu belirtmiştir.²¹⁷ Önemli olan başka bir olay da Tacna-Arica Hakemlik Kararı'dır.²¹⁸ Burada Peru, tartışmalı alanda belli koşullar altında plebisiti öngören Ancon Andlaşmasının 3. maddesinin uygulanmasını engelleyerek Şili'nin maddeye göre sorumluluklarını yerine getirmediğini iddia etmiştir. Hakem,²¹⁹ kanıtları inceledikten sonra, şunları söyleyerek Peru'nun iddialarını reddetmiştir: "İdarenin kötüye kullanılmasının bir anlaşmanın sona ermesini etkileyebileceği açıksa, anlaşmanın sonucuna etkili olabilmesi için idari hataların sonuçlarının ciddi sonuçlar ortaya çıkarması gerekir ve Hakemin görüşüne göre, böyle önemli bir durum bulanmamaktadır."

(5) Komisyon, bir anlaşmanın ihlalinin, ne kadar ciddi olursa olsun, kendiliğinden andlaşmaya bir son vermediğine ve bir devletin ihlal olduğunu iddia ederek basitçe andlaşmaya son veremeyeceğine karar vermiştir. Diğer taraftan, bazı tedbirlere bağlı olarak ve belli limitlerle, bir devletin ihlale dayanarak andlaşmayı sona erdirmesi veya askıya alması hakkının da tanınması gerektiğini

²¹⁵ Örneğin: *Ware v. Hylton* (1796), 3 Dallas 261; *Charlton v. Kelly*, 229 U.S. 447; *Lepeschkin v. Gosweiler et Cie.*, *Journal du droit international* (1924) vol. 51, p. 1136; *In re Tatarko*, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, No. 110, p. 314.

²¹⁶ *P.C.I.J.* (1937), Series A/B, No. 70.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 50; Ayrıca bkz: Judge Hudson, pp. 76 - 77.

²¹⁸ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 929, 943 - 944.

²¹⁹ Başkan Coolidge.

düşünmüştür. Bazı üyeler, Komisyonun böyle bir kural koymasının tehlikeli olacağını ve bunun uygulamasının Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu kontrolüne bırakılması gerektiğini düşünmüşlerdir. Komisyon, ihlale dayanan sona ermenin bazı tedbirlerle korunması gerektiğini kabul ederken, böyle eylemlere karşı alınacak tedbirlerin, birkaç maddeyi ilgilendiren genel bir koruma olduğuna karar vermiştir. Bu yüzden, bu maddede bir andlaşmaya hangi koşullar altında son verilebileceğini veya yürürlüğünün askıya alınabileceğini düzenlemeyi ve tedbir sorununa da 62. maddede değinmeye karar vermiştir.

(6) 1. paragraf, iki taraflı bir andlaşmanın akit taraflardan birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlalinin, diğer tarafa andlaşmayı sona erdirme veya tamamen veya kısmen yürürlüğünün askıya alma gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını vereceğini düzenlemektedir. "Gerekçe olarak başvurma" şeklindeki ifade, bu maddedeki hakkın, andlaşmanın sona erdiğini bildirmenin ihtiyari bir hak olmadığını belirtmek için kullanılmıştır. Eğer diğer taraf, ihlalin olduğuna veya bunun esaslı olduğuna karşı çıkarsa, Şarta ve genel uluslararası hukuka göre barışçıl yollarla soruna bulunacak çözüm hakkında sorumluluğun ait olduğu tarafta bir değişiklik olacaktır. Komisyon, esaslı ihlal durumunda bir andlaşmanın tamamen veya kısmen sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması için eylemin karşı tarafa açık olduğuna karar vermiştir. Bu eylemi gerçekleştirme hakkı andlaşmalar hukukunda, misilleme hakkından bağımsız olarak bulunmaktadır ve eğer bir taraf bir andlaşmaya göre var olan sorumluluklarını yerine getirmezse diğer tarafında o andlaşmaya göre var olan sorumluluklarını yerine getirmesinin istenemeyeceği prensibi başlamaktadır. Bu hak tabii ki zarar gören devletin, sorumluluklarını ihlal eden devlete uluslararası alanda tazminat talebinde bulunması hakkını etkilemez.

(7) 2. paragraf çok taraflı bir andlaşmanın ihlali ile ilgilidir ve Komisyon burada hakları ihlal edilen devletlerin bir arada veya bireysel olarak tepki göstermesi arasında bir ayrım yapmanın gerekli olduğunu düşünmüştür. Paragraf (a) çok taraflı bir andlaşmanın ihlali durumunda, diğer tarafların oybirliği ile andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almalarını veya andlaşmayı kendileriyle kusurlu devlet arasındaki ilişkiler bakımından veya bütün taraflar arasında sona erdirme hakkı bulunduğunu düzenlemektedir. Bir taraf bireysel olarak tepki gösterirse, Komisyon bu durumun iki taraflı andlaşmalara benzediğini, fakat andlaşmayı ancak kendisi ve ihlal eden devlet arasında yürürlüğünü askıya alabileceğini belirtmiştir. Çok taraflı andlaşmalarda, diğer devletlerin çıkarları göz önüne alınmalıdır ve andlaşmayı askıya alma hakkı normal olarak ihlalden etkilenen devlet için koruma sağlamaktadır. Dahası, kural koyucu nitelikteki çok taraflı andlaşmalarda askıya alma hakkının kısıtlanması Komisyona daha da gerekli görünmüştür. Hatta ku-

ral koyan çok taraflı andlaşmalarda, andlaşmayı askıya alma hakkının geçerli olup olmadığı sorunu gündeme gelmiştir. Fakat Komisyon, andlaşmaya göre var olan kendi sorumluluklarını yerine getirmeyen, andlaşmayı ihlal eden tarafın zarar gören tarafı andlaşmayı uygulamaya zorlamaya devam etmesinin adil olmayacağına karar vermiştir. Üstelik Soykırım Konvansiyonu ve Savaş Esirleri, Hasta ve Yaralıların Tedavisi Hakkındaki Cenevre Konvansiyonu gibi andlaşmalar, konvansiyonun ihlali durumunda askıya alma hakkını özellikle vurgulamışlardır. Komisyon bu bağlamda kural koyucu çok taraflı andlaşmaların diğer andlaşmalardan ayrı tutulamayacağına karar vermiştir. Buna göre (b) paragrafı, çok taraflı bir andlaşmanın taraflardan biri tarafından esaslı biçimde ihlal edilmesinin, andlaşma ile bilhassa etkilenen bir tarafa, kendisi ile kusurlu devlet arasındaki ilişkiler bakımından andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya alınması gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını vereceğini düzenlemektedir.

(8) Paragraf 2(c), Hükümetlerin yorumlarına göre ortaya çıkan, silahsızlanma andlaşmalarında olduğu gibi, bir tarafın ihlalinin andlaşmayla kurulan rejimi bütün taraflar için sona erdiren andlaşmalarla ilgilidir. Böyle bir durumda, bir tarafın çıkarları 2(a) ve (b) paragraflarıyla tam olarak korunamaz. Bir devletin, diğer tarafların haklarına zarar vermeden, andlaşmayı ihlal eden devletle karşı andlaşmaya göre var olan sorumluluklarını askıya alması mümkün değildir. Böyle yapmazsa da, kendisini ihlal eden devletin silahlanması sonucu ortaya çıkan tehdide karşı koruyamaz. Komisyon bu durumlarda, bir tarafın ihlalinin sorumluluklar açısından bütün tarafların pozisyonunu değiştirtiyorsa, diğer taraflarla anlaşma yapmadan, bir tarafın andlaşmayı kendisi ile diğer devletler arasında askıya alabileceğini belirtmiştir. Paragraf 2(c) böyle öngörmektedir.

(9) 3. paragraf, andlaşmayı sona erdirme veya askıya alma hakkı veren ihlalin tanımını yapmaktadır. Bazı yetkililer geçmişte, andlaşmanın herhangi bir ihlalinin askıya almak için yeterli olduğunu düşünmekteydiler. Fakat Komisyon, andlaşmayı sona erdirme veya askıya alma hakkının ihlalin ancak ciddi bir karakterde olması durumunda bulunduğu konusunda hemfikirdir. “Esaslı” teriminin “önemli” terimine, ihlalin niteliğini belirtmek için tercih etmiştir. “Önemli” kelimesi, andlaşmanın temel konularından olmayan hükümlerin ihlali dolayısıyla diğer tarafın andlaşmayı askıya almasını haklı çıkaracak şekilde anlaşılabilir. Fakat ihlal edilen hükümler tali nitelikte olsa bile, bir taraf, bunların andlaşmanın ifa edilmesi için gerekli olduğunu düşünebilir. Açıkça, andlaşmanın, bu maddenin tasvip etmediği bir şekilde inkar edilmesi, andlaşmanın esaslı biçimde ihlalini otomatik olarak oluşturur; ve bu, tanımın (b) paragrafında öngörülmüştür. İhlalin daha genel nitelikte olan diğer çeşidi ise (b)

paragrafında belirtilmiştir ve andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesinin esaslı ihlali oluşturacağını düzenlemektedir.

(10) 4. paragraf, ihlal durumunda uygulanabilecek olan andlaşma hükümlerine göre var olan tarafların haklarını saklı tutmaktadır.

Sonraki İmkânsızlık **MADDE 58²²⁰**

Bir tarafın bir andlaşmayı ifa etme imkânsızlığını andlaşmayı sona erdirmeye gerekçesi yapabilmesi için, imkânsızlığın andlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi gerekir. İmkânsızlık geçici ise, ancak andlaşmanın yürürlüğünü askıya alma sebebi yapılabilir.

Şerh:

(1) Bu madde, andlaşmanın ifası için gerekli olan bir nesnenin sürekli veya geçici olarak ortadan kalkması sonucu andlaşmanın sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması ile ilgilidir. Bir sonraki madde ise, bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen bir değişiklik ile ilgilidir. Sonraki imkânsızlık durumu, andlaşmanın yürürlüğe girdiği zaman var olan durumlarda meydana gelen esaslı değişiklik ile ilgili *ex hypothesi* durumudur. Komisyonun bazı üyeleri, bu iki durum arasında kesin bir çizgi çizmenin mümkün olmaması nedeniyle bunları birleştirme taraftarıydılar. Fakat Komisyon, hukuki olarak “sonraki imkânsızlık” ve “şartların esaslı şekilde değişmesi” durumlarının andlaşmaların sona ermesinde farklı temellere dayandığını ve ayrı tutulması gerektiğine karar vermiştir. Her ne kadar her iki kuralın da uygun gözüktüğü olaylar olsa da, bu maddeleri uygulamak için kullanılan ölçütler farklıdır ve bunları birleştirmek yanlış anlamalara neden olabilir.

(2) Madde, andlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasının andlaşmaya son verme gerekçesi olabileceğini öngörmektedir. Devlet uygulamalarında bu konuya birkaç örnek bulunmaktadır. Fakat maddenin göz önünde canlandığı örnekler, bir andlaşmanın ifası için gerekli olan bir adanın batması, bir nehrin kuruması, bir barajın veya hidroelektrik tesisatının yok olmasıdır.

(3) Madde, imkânsızlığın geçici olması durumunda andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınabileceğini düzenlemektedir. Komisyon, böyle durumların, bir

²²⁰ 1963 Taslağı, madde: 43.

taraf için andlaşmadan doğan görevlerini yerine getirmemesinden doğan sorumluktan kurtulmak için bir dayanak oluşturduğuna karar vermiştir. Fakat andlaşma sorumluluklarının yinelenmesinde devam eden bir imkânsızlık varsa, andlaşmalar hukukunun bir parçası olarak, bunun andlaşmanın geçici olarak askıya alınmasına gerekçe yapılabileceğine karar vermiştir.

(4) Maddenin ilk olarak sona erme durumuyla ilgili olduğu gerçeği, böyle durumlarda sona ermenin normal sonuç olduğu veya andlaşmanın ifası için zorunlu olan nesnenin yok olmasının veya tahrip olmasının sürekli olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine Komisyon, imkânsızlığın sürekli olacağı açık olmadığı durumlarda, bu hakkın andlaşmanın askıya alınmasıyla sınırlandırılması gerektiğinin altını çizmiştir. Diğer bir ifadeyle, Komisyon olayın sonucunda “andlaşmanın sona ermesi”ni değil “andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınması”ni tercih etmiştir.

(5) Komisyon, ihlal durumlarından farklı olarak, bu maddedeki şartların oluşmasının andlaşmanın geçerliliği üzerinde otomatik olarak etkilerinin olacağını düşünmüştür. Fakat hükmü, otomatik olarak andlaşmayı sona erdirecek şekilde değil taraflara imkânsızlık nedeniyle sona ermeyi isteme hakkı tanıyacak şekilde düzenlemek konusunda kendisini sınırlandırılmış hissetmiştir. Andlaşmanın konusunu oluşturan nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olması konusunda anlaşmazlık çıkabilir ve zorunlu yargılamanın bulunmadığı durumlarda, her hangi bir sınırlandırma olmadan, otomatik olarak andlaşmanın geçersiz sayılması problemlere neden olabilir. Aksi takdirde, farz edilen imkânsızlıklara dayanan ihtiyari bildirimler, andlaşmayı inkâr etmek için bahane olarak kullanılabilirdi. Bu sebeple Komisyon, imkânsızlık nedeniyle andlaşmanın sona erdirilmesi talebinden bahsetmiş ve bu talebi 62. maddedeki usûli işlemlere tabi kılmıştır.

(6) İki taraflı andlaşmalarda taraflardan birinin uluslararası kişiliğini kaybetmesi genellikle ifanın imkânsızlığı olarak değerlendirilmekteyse de Komisyon bu konuyu bu maddede ele almayı iki nedenle reddetmiştir. İlki, devletlerin andlaşmalardan doğan hakları ve sorumlulukları konusundaki halefiyet meselesine değinmeden veya en azından hakları saklı tutmadan, uluslararası kişiliğin sona ermesi hakkında hüküm koymanın yanlış anlamalara neden olabileceğini düşünmüştür. Halefiyet meselesi, Komisyonun ayrı bir çalışma konusu yaptığı karışık bir konudur ve bu çalışmaya önyargıyla yaklaşmak doğru olmayacaktır. Buna göre Komisyon, bu maddede bu konudan bahsetmemeye ve daha önce de 39. maddenin şerhinin 5. paragrafında belirtildiği gibi, 69. maddede ayrı bir hükümle düzenleme yapmaya karar vermiştir.

(7) Bazı hükümetler yorumlarında, bu madde ve şartlardaki esaslı değişikliklerle ilgili olan 59. maddeyle ilgili olarak, andlaşmanın kısmen yerine getiril-

diği ve sona erme gerçekleşmeden önce taraflardan birinin bazı çıkarlar elde etmesiyle ilgili özel bir hükmün konulmasını istemişlerdir. Komisyon böyle durumlarda çıkan problemlerin haksızlıklara neden olabileceğini kabul etmiştir fakat bu konuyu 58. ve 59. maddelerde düzenlemeye çalışmanın doğru olmayacağını düşünmüştür. Andlaşmanın sona erdirilmesinin sonuçlarıyla ilgili olan 66. ve 67. maddelerin 2. paragrafın ilerisine gitmek Komisyona mümkün gözükmemiştir.

Şartların Esaslı Şekilde Değişmesi **MADDE 59²²¹**

1. Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen, taraflarca öngörülmeven esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki şartlar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilme için bir gerekçe olarak başvurulamaz:

(a) bu şartların mevcudiyeti, tarafların andlaşmayla bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe; ve

(b) değişiklik andlaşmaya göre hâle icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisine haiz olmadıkça.

2. Şartlarda meydana gelen esaslı bir değişikliğe bir andlaşmayı sona erdirmek veya ondan çekilmek için bir gerekçe olarak şu hallerde başvurulamaz:

(a) andlaşma bir sınırı tesis ediyorsa; veya

(b) esaslı değişiklik ona başvuran tarafın ya andlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesinin ya da andlaşmanın diğer herhangi bir tarafına karşı herhangi bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesinin neticesi ise.

Şerh:

(1) Modern hukukçuların hemen hemen hepsi, isteksiz biçimde de olsa, uluslararası hukukta bu maddenin ilgili olduğu prensibi kabul etmektedirler ve bu genellikle *ribus sic stantibus* doktrini olarak anılmaktadır. Pek çok yerel hukuk sistemi, ifanın imkânsızlığının bir parçası olarak, şartlardaki esaslı değişme nedeniyle sözleşmelerin uygulanmasının imkânsızlığını kabul etmektedirler, öyleyse andlaşmalar da aynı sebeple uygulanamaz hale gelebilir. Fakat hukukçuların çoğu, bu doktrini sıkı bir biçimde sınırlandırmaktan ve bunun hangi şartlarda talep

²²¹ 1963 Taslağı, madde: 44.

edilebileceğini açıkça düzenlemekten yanadır; bunun sebebi de zorunlu yargılama hakkında genel bir sistemin bulunmaması nedeniyle andlaşmaların güvenliğini sağlamaktır. Uluslararası yaşamın şartları sürekli değişmektedir ve bu değişiklikleri andlaşmaların uygulanamazlığı için bahane etmek kolaydır.

(2) Prensibin teamül hukukundaki yeri önemlidir fakat Uluslararası Divan bu noktayı henüz işlememiştir. Serbest Bölgeler Davasında,²²² Divan, prensibin uygulanması için yeterli nedenin bulunmadığını göz önüne alarak, kendi pozisyonunu saklı tutmuştur. Şunları göz önüne almanın gereksiz hale geldiğini gözlemlemiştir: “Şartların değişmesi nedeniyle andlaşmanın geçersiz olduğu teorisyle bağlantılı olarak ortaya çıkan prensip hakkındaki sorunlar, teorinin bir uluslararası hukuk kuralı oluşturması kapsamında, teorinin hangi nedenlerle ve metotlarla uygulanabileceği ve İsviçre’nin 1815 ve 1816 andlaşmalarından elde ettiği gibi haklar yaratan andlaşmalara bunun uygunluğudur.”

(3) Diğer taraftan, yerel mahkemeler hiç de az olmayan biçimde, uluslararası hukukun prensibinin uygunluğunu kabul etmişlerdir, fakat o veya bu nedenle bunun uygulanmasını reddetmişlerdir.²²³ Bu durumlar, prensibin şartlardaki değişikliklerle sınırlandırılması ve devamı konusunda taraflar arasında zımnî bir anlaşmanın bulunduğu kabul edilmesi, değişikliğin oluşmasıyla andlaşmanın otomatik olarak feshedilmemesi fakat bunun taraflardan biri tarafından istenmesi ve bu isteğin değişikliğin ortaya çıkmasından itibaren makul bir süre içinde yapılması önerilerini getirmektedir.²²⁴ Üstelik Bremen Prusya Davasında,²²⁵ Alman Yüksek Mahkemesi doktrinin genel uygunluğunu tartışmazken, bir tarafın andlaşmanın tümü değil fakat ülkenin değişimi hakkındaki bir anlaşmanın esaslı bir bölümü hakkındaki sorumluluklarından kurtulmak istemesi durumunda, bunun tamamının uygulanabilir olmayacağını düşünmüştür.²²⁶

(4) *Rebus sic stantibus* prensibine, devlet uygulamasında *eo nomine* olarak veya değişen şartlar nedeniyle sorumlulukların sona ermesi veya değiştirilmesini haklı çıkarmak için başvurulmuştur. Bu devlet uygulamalarının detaylı bir biçim-

²²² P.C.I.J. (1932), Series A/B, No. 46, pp. 156-158.

²²³ Örneğin: *Hooper v. United States*, Hudson, *Cases on International Law*, second edition, p. 930; *Lucerne v. Aargau* (1888), *Arrets du Tribunal Federal Suisse*, vol. 8, p. 57; *In re Lepeschkin*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1923-24, Case No. 189; *Bremen v. Prussia*, *ibid.*, 1925-26, Case No. 266; *Rothschild and Sons v. Egyptian Government*, *ibid.*, 1925-26, Case No. 14; *Canton of Thurgau v. Canton of St. Gallen*, *ibid.*, 1927-28, Case No. 289; *Bertaco v. Bancel*, *ibid.*, 1935-37, Case No. 2 0 1; *Stransfcy v. Zivnostenska Bank*, *International Law Reports*, 1955, pp. 424-427.

²²⁴ *Canton of Thurgau v. Canton of St. Gallen*.

²²⁵ *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-26, Case No. 266.

²²⁶ *Lucerne v. Aargau*; *Canton of Thurgau v. Canton of St. Gallen*; *Hooper v. United States*.

de incelemesi bu raporda mümkün değildir. Açıkçası, bu şartlardaki esaslı değişme bir andlaşmanın değiştirilmesi veya sona erdirilmesini haklı çıkartabilir fakat aynı zamanda bir tarafın tek taraflı olarak andlaşmayı feshetmesi hakkındaki güçlü eğilimi de göstermektedir. Devletlerin prensiple ilgili görüşlerini en iyi aydınlatan belirtiler her halde, bu görüşün ileri sürüldüğü olaylarda Divanda ileri sürülen görüşlerdir. Uyruluk Kararnamesi Davasında, Fransız hükümeti sürekli andlaşmaların her zaman *rebus sic stantibus* kaydına göre sona ermeye tabi olduğunu ve bu nedenle Fransa'nın Fas üzerindeki himayesinin bazı İngiliz - Fransız andlaşmaları²²⁷ üzerinde bu etkiye sahip olduğunu iddia etmiştir. İngiliz Hükümeti, Fransız hükümetinin olaylar hakkındaki görüşlerine karşı çıkarken, Fransa'nın ileri sürdüğü en güçlü tartışmanın *rebus sic stantibus* hakkında iddiası olduğunu görmüştür.²²⁸ 1865 Çin-Belçika Andlaşmasının Feshi Davasında, Çin feshini haklı çıkarmak için genel terimlerle altmış yıllık andlaşmadaki değişen şartları göstermiş ve iddiasını Milletler Cemiyeti Misakının 19. maddesiyle desteklemiştir.²²⁹ Her ne kadar madde Cemiyet Genel Kurulunun, zaman zaman uygulanamaz hale gelmiş Milletler Cemiyeti andlaşmalarının gözden geçirilmesini önerebileceğini öngörmekteyse de, Belçika Hükümeti ne 19. maddenin ne de *rebus sic stantibus* görüşünün andlaşmanın tek taraflı olarak feshini düzenlediğini belirtmiştir. Buna ek olarak, 19. maddeye göre andlaşmanın gözden geçirilmesi girişiminde bulunmadan, Çin'in andlaşmayı feshetmeye hakkının bulunmadığını; iki tarafında Divan'ın yargılamasına tabi olması nedeniyle, Çin'in Divandan karar vermesini istemesi gerektiğini, eğer bunu yapmazsa da Belçika'nın rızası olmadan tek taraflı olarak andlaşmayı feshedemeyeceğini öne sürmüştür.²³⁰ Serbest Bölgeler Davasında²³¹ Fransız Hükümeti, çağ dışı olması nedeniyle *rebus sic stantibus* görüşüne göre bir andlaşmayı feshetmek isteyen Hükümetin bunu tek taraflı olarak yapamayacağını belirtmiştir. Fransa, bu doktrinin bir andlaşmanın geçersizliğine ancak şu şekilde yol açabileceğini belirtmiştir: "Şartlarda meydana gelecek değişiklik, ilgili iki devlet arasında hukuki hüküm ifade eden bir hukuki işlemle tanınacaktır." Ve bunlara ek olarak şunları belirtmiştir. "İki devlet arasında hukuki hüküm ifade eden hukuki işlem, şartlardaki değişikliğin tanındığını belirten bir andlaşma şeklinde olabilir veya bu uluslararası mahkemenin bir kararıyla olabilir."²³² İsviçre, hukukçuların prensip hakkındaki görüşleri arasındaki farklılıkları vurgulaya-

²²⁷ *P.C.I.J.*, Series C, No. 2, pp. 187 - 188.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 208 - 209.

²²⁹ *Ibid.*, No. 16, 1. p. 52.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 22-23; Dava, nihayetinde yeni bir andlaşmanın imzalanmasıyla çözülmüştür.

²³¹ *Ibid.*, Series A/B, No. 46.

²³² *Ibid.*, Series C, No. 58, pp. 578-579, 109-146, ve 405-415; ayrıca bkz: Series C, No. 17, I, pp. 89, 250, 256, 283-284.

rak, zorunlu yargılama önüne götürebilecek şekildeki şartlardaki değişiklik nedeniyle andlaşmanın sona erdirilmesi hakkının uluslararası hukukta bulunmadığını iddia etmiştir. Fakat davasını üç iddiaya dayandırmıştır: (a) değiştiği iddia edilen şartlar, tarafların andlaşmaya girmesine neden olan şartlar değildir. (b) her hangi bir olayda bu doktrin ülkesel haklar yaratan bir andlaşmaya uygulanmaz. (c) Fransa, şartlardaki değişikliklerin ortaya çıkmasından sonra uzunca bir süre, sebepsiz yere bu iddiasını geciktirmiştir.²³³ Fransa bu doktrinin ülkesel andlaşmalara uygulanmayacağını tartışır görünmemektedir, bunun yerine ülkesel haklarla ülkesel yerleşimlerden kaynaklanan kişisel haklar arasında bir ayırım yapmıştır.²³⁴ Divan, İsviçre Hükümetinin (a) ve (c) bölümlerinde bulunan görüşlerini desteklerken, *rebus sic stantibus* prensibinin ülkesel haklar yaratan andlaşmalara uygulanmaması konusunda fikir beyanında bulunmamıştır.

(5) Bu prensip, Birleşmiş Milletlerin politik organlarındaki müzakerelerde de ileri sürülmüştür. Bu müzakerelerde, prensibin varlığı genellikle tartışılmamış fakat bunun hangi şartlarda uygulanacağı konusunda vurgu yapılmıştır. Genel Sekreter aynı zamanda, Milletler Cemiyeti zamanında akdedilen bazı andlaşmaların geçerliliği konusunda bir çalışma yaparken, prensibin uluslararası hukukta varlığını tamamen kabul ederken, bunun uygulanmasının istisnai ve sınırlı karakterini vurgulamıştır.²³⁵ Bunların yorumlarında bazı hükümetler prensibin nereye kadar uluslararası hukukun hâlihazırda var olan bir kuralı olarak kabul edileceği konusundaki kuşkularını belirtmişlerdir. Diğerleri ise, uygulanacağı koşullar sıkıca tanımlanmazsa, andlaşmaların güvenliği açısından prensibin tehlikelerinden bahsetmişlerdir.

(6) Komisyon, eğer dikkatli bir biçimde sınırlandırılırsa ve düzenlenirse, prensibin modern andlaşmalar hukukunda bir yer bulabileceğini düşünmüştür. Bir andlaşma uzun bir süre yürürlükte kalabilir ve şartlardaki esaslı değişiklikler dolayısıyla şartları taraflardan biri üzerinde haksız biçimde ağır yükler yükleyebilir. O zaman diğer taraf bir değişiklik yapmama konusunda ısrarcı ise, uluslararası hukuk aynı taraflar arasında yapılacak, ilk andlaşmayı değiştiren veya sona erdiren bir andlaşmadan başka bir yol tanımadığından, tatmin olmayan taraf yasa dışı işlemler yapmak zorunda kalacaktır. Kuralın uygulanmasını gerektiren durumlar, nispeten azdır. 51. maddenin şerhinde belirtildiği gibi, modern andlaşmaların çoğu kısa süreler için yapılmakta veya bunlar belirli dönemler için akdedilmekte ve bu dönemin sonunda bir fesih hakkı bulunmakta veya bildirimle sona erdirilebilmektedir. Bütün bu durumlarda, ya andlaşma otomatik

²³³ *Ibid.*, Series C, No. 58, pp. 463-476.

²³⁴ *Ibid.*, pp. 136-143.

²³⁵ E/CN.4/367, p. 37, ayrıca bkz: E/CN.4/367/Add.I.

olarak sona ermekte veya andlaşmayı sona erdirme hakkı olan her bir tarafın aynı zamanda andlaşmayı gözden geçirmek konusunda diğer taraflar üzerinde baskı yapma gücü bulunmaktadır. Yine de, taraflardan birinin ağır yükler getiren ve zamanı geçmiş andlaşmalardan hukuki olarak kurtulması için yeterli gücünün bulunmadığı bazı olaylar olabilir. Bu durumlar, diğer tarafın uzlaşmayı düşünmesine neden olacak *rebus sic stantibus* doktrinin uygulanabileceği durumlardır. Üstelik buna güçlü çekinceler konulmasına rağmen, andlaşmalar hukukunda bir güvenlik önlemi olarak buna gerek duyulması nedeniyle, doktrin uluslararası hukukta kabul görmektedir.

(7) Geçmişte, şartlarda esaslı değişiklik olması durumunda, bütün sürekli andlaşmalara bu prensibin uygulanması konusunda zımni bir andlaşmanın bulunduğu düşünülürdü. Fakat Komisyon, bu eğilimin bu prensip ile *pacta sunt servanda* prensibini uzlaştırma eğiliminde olduğunu not etmiştir. Olaylardan çoğunda taraflar şartların değişikliği konusunda görüşlerini belirtmezler, eğer böyle yapmışlarsa da bunu muhtemelen farklı bir tarzda yaparlar. Üstelik Komisyon, keyfi yorumlara ve suiistimale açık olması nedeniyle, bu kurgunun arzu edilmediğine karar vermiştir. Bu sebeple Komisyon, eşitlik ve adalet düşüncelerine dayalı olarak oluşturulan ve belli koşullar altında bir tarafın şartların değişmesi dolayısıyla andlaşmanın sona erdirilmesini isteyebilmesi gerektiğini düşünmüştür. Bunlara ek olarak, kuralın objektifliğinin altını çizmek için, “*rebus sic stantibus*” terimini ne maddede ne de başlıkta kullanmamaya ve böylece bu terim hakkındaki doktrindeki tartışmalardan uzak kalmaya karar vermiştir.

(8) Komisyon aynı zamanda, geçmişte hukukçuların, sona ermeleri hakkında hüküm içermediği için sürekli olarak adlandırılan andlaşmalara bu kuralın uygulanmayacağı yönünde düşündüklerini belirtmiştir. Fakat bu yetkililer tarafından ileri sürülen gerekçeler Komisyona bağlayıcı olarak görünmemiştir. On, yirmi, elli hatta doksan dokuz yıl için yapılan andlaşmalarda andlaşmanın temelini etkileyen şartlarda değişiklik olmayacağı söylenemez. Bu yüzyılda meydana gelen olaylar, on veya yirmi yıllık sürelerde ne kadar değişiklikler olabileceğini göstermiştir. Eğer doktrin, eşitlik ve adalete göre hukukun objektif bir kuralını oluşturuyorsa, “sürekli” ve “uzun süreli” andlaşmalar arasında bir ayırım yapmak için bir neden yoktur. Üstelik uygulama prensibin sürekli andlaşmalarla sınırlandırıldığı yönündeki görüşü desteklememektedir. Bazı süreli andlaşmalar, *rebus sic stantibus* hükümlerine denk hükümler içermektedir.²³⁶ Bu prensip,

²³⁶ Örneğin, Washington’da 6 Şubat 1922’de imzalanan, Deniz Silahlanmasının Sınırlandırılması Andlaşması’nın 21. maddesi (Hudson, *International Legislation*, vol. II, p. 820); 25 Mart 1936’da Londra’da imzalanan Deniz Kuvvetlerinin Silahlanmasının Sınırlandırılması Andlaşması’nın 26. maddesi (*Ibid.*, vol. VII, p. 280); ve 20 Temmuz 1936’da Montrö’de imzalanan Boğazların rejimi ile ilgili Konvansiyon. (L.J.V. T.S., vol. 173, p. 229).

bazen sınırlı andlaşmalarda da ileri sürülmüştür; Fransız Meclisinin 14 Aralık 1932 tarihli, Franco-Amerikan Savaş Borçları Hakkındaki 1926 anlaşması hakkında *rebus sic stantibus* kuralının uygulanmasını talep eden kararı²³⁷ bu duruma örnektir. Komisyon buna göre, kuralın sürekli andlaşmalarla sınırlandırılmayacağına karar vermiştir.

(9) 1. paragraf, bir andlaşmayı sona erdirmek veya çok taraflı bir andlaşmadan çekilmek için hangi şartlarda değişiklik olması gerektiğini tanımlamaktadır. Bu tanım bir takım sınırlayıcı şartlar içermektedir: (1) Değişiklik andlaşmanın akdedilmesi sırasında var olan şartlarda meydana gelmelidir. (2) Bu değişiklik esaslı olmalıdır. (3) Bu değişikliğin aynı zamanda taraflarca öngörülmemiş olması gerekir. (4) Bu şartların mevcudiyeti, tarafların andlaşmayla bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmelidir ve (5) Değişikliğin andlaşmaya göre hâle icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisine haiz olmalıdır. Komisyon bunların sıkı koşullarına büyük önem vermiştir. Ek olarak, bu sebeple sona erme veya çekilmenin istisna oluşunun altını çizmek için cümleyi negatif olarak kurmuştur.

(10) Komisyonda, andlaşmanın dışındaki genel şartlardaki değişikliklerin şartlardaki esaslı değişiklik prensibini uygulamaya sokup sokamayacağı tartışılmıştır. Fakat Komisyon, bu tarzdaki değişikliklerin ancak andlaşmaya bağlanma açısından tarafların niyetlerini belirleyen şartları değiştirmesi halinde ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Bazı üyeler, Hükümetlerin düşünce veya politikalarında meydana gelen değişikliklerin, andlaşmaların sona erdirilmesi, askıya alınması veya andlaşmalardan çekilme gerekçesi yapılamayacağını açıkça belirleyen bir hükmün maddeye konulmasından yana olmuşlardır. Diğer üyeler, sadece politik değişikliklerin prensibin uygulanması için yeterli olmadığını kabul ederken, hiç bir zaman politik değişikliklerin şartları değiştirmeyeceğini kabul etmenin çok ileri gitmek olacağını düşünmüşlerdir. Bunlar bir ittifak andlaşmasında, bir ülkenin hükümetinin politikasında meydana gelen değişikliğin, andlaşmanın iki tarafı için de şartları esaslı olarak değiştirebileceğini örnek olarak vermişlerdir. Komisyon, 1. paragraftaki “şartlardaki esaslı değişiklik” tanımının kuralı suiistimal etme girişimlerini önlemek için yeterli olduğunu ve bu konuda başka bir hüküm koymanın gereksiz olduğuna karar vermiştir.

(11) 2. paragraf, kurala iki durumda istisna getirmektedir. İlki, bir sınırı teşkil eden andlaşmalardır, Serbest Bölgeler Davasında ilgili iki devletin kural dışında olduğu, birçok hukukçunun yaptığı gibi, kabul edilmiştir. Komisyonun bazı üyeleri, bu andlaşmaların tamamen istisna olarak kabul edilmesinin çok

²³⁷ Karar metni için bkz: A.-C. Kiss, *Repertoire franfais de droit international*, vol. 5, pp. 384-385.

ileri gitmek olacağını ve Şartta belirtilen self-determinasyon ilkesiyle bağdaşmayacağını belirtmişlerdir. Fakat Komisyon, sınır teşkil eden andlaşmaların kurala bir istisna olarak kabul edilmesi gerektiğine, aksi takdirde bunun tehlikeli sonuçlara yol açacağına karar vermiştir. Komisyon aynı zamanda, Şartta belirtilen self-determinasyon ilkesinin ayrı bir ilke olduğuna ve eğer maddenin uygulanması ile ilgili olarak andlaşmalar hukukunda buna yer verilirse karışıklığa neden olacağına karar vermiştir. Maddenin amacı bakımından sınır andlaşmalarını hariç tutmak, şartları gerçekleşmişse self-determinasyon ilkesinin uygulanmasını etkilememektedir. Hükümetlerin yorumlarına göre “bir sınır teşkil eden andlaşma” ifadesi, “sınır belirleyen andlaşma” ifadesi yerine, Komisyon tarafından sınır andlaşmaları kadar feragat andlaşmalarını da belirten daha geniş bir ifade olduğu için tercih edilmiştir.

(12) Paragraf 2(b)'de belirtilen ikinci istisna, esaslı değişikliğin ona başvuran tarafın ya andlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesinin ya da andlaşmanın diğer herhangi bir tarafına karşı herhangi bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonucu olması ile ilgilidir. Bu kural tabii ki, bir tarafın kendi hatasının avantajlarından yararlanamayacağı şeklindeki genel hukuk ilkesinin bir uygulamasıdır (*Factory at Chorzow case, P.C.I.J. (1927), Series A, No. 9, p. 31*). Bu maddeye göre ortaya çıkan her hangi bir olaya uygulanabilir. Bunun yanında, Komisyon, bir andlaşmanın ihlal edilmesi nedeniyle oluşan şartlardaki değişikliğin, özellikle bu maddenin uygulanması kapsamından çıkarılmasına karar vermiştir.

(13) Bazı hükümetler kendi yorumlarına göre, bağımsız yargılamaya tabii tutulmazsa kuralın andlaşmaların güvenliği açısından getireceği tehlikeleri belirtmişlerdir. Komisyonun pek çok üyesi de, maddenin uygulanabilmesi açısından prosedürdeki güvenlik tedbirlerinin önemini vurgulamışlardır. Genel olarak Komisyon, bu maddedeki risklerin, 57, 58 ve 61. maddelerde bulunan diğer geçersizlik nedenlerinden farklı olmadığını düşünmüştür. Bir prensibin, bir devletin bunu kötüye kullanabileceği gerekçesiyle geri çevrilemeyeceğini düşünmüştür. Kodifikasyonun amacının, prensibin şartlarını sıkı biçimde belirleyerek kötüye kullanılması riskini azaltmak olduğunu ve bu maddede de böyle yapıldığını belirtmiştir. Ek olarak, uluslararası ilişkilerin güvenliği açısından andlaşmaların istikrarının önemini göz önüne alarak, sona erme veya geçersizlikle ilgili bütün maddelerde olduğu gibi, bazı tedbirler 62. maddeye konulmuştur.

Diplomatik İlişkilerinin Kesilmesi MADDE 60²³⁸

Bir andlaşmanın tarafları arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesi, andlaşma ile taraflar arasında kurulmuş olan hukuki ilişkileri etkilemez.

Şerh:

(1) Bu madde, ister iki taraflı ister çok taraflı bir andlaşma olsun, andlaşmanın iki tarafı arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesi durumunu düzenlemektedir. Bu raporun düşmanlıkların ortaya çıkmasının andlaşmalar üzerindeki etkisiyle ilgili 29. paragrafında belirtilen nedenlere bu maddede değinilmemiştir. Benzer şekilde, bir hükümetin tanınmasının yokluğu nedeniyle, andlaşmalar alanında ortaya çıkan her hangi bir problem, andlaşmalar hukukundaki genel bir düzenlemeyle çözülebilir görünmektedir. Bunları daha yakın ilgisi olan, bu bölümün girişindeki 30. maddede belirtilen devletlerin veya Hükümetlerin halefiyeti veya Komisyonun kodifiye edilecek konular listesine 1949'da aldığı devletlerin veya Hükümetlerin tanınması konularıyla incelenmesinin daha doğru olacağını düşünmüştür.²³⁹

(2) İlgili devletler arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesinin, kendiliğinden andlaşmanın sona ermesine neden olmayacağı yönündeki görüşe büyük bir destek vardır.²⁴⁰ Hatta hukukçuların çoğu andlaşmaların sona ermesi veya askıya alınmasını incelerken, diplomatik ilişkilerin kesilmesini buna neden olarak göstermemektedir. Diplomatik ilişkilerin kesilmesi, uluslararası ilişkilerin diğer alanlarını etkilememektedir. Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki 1963 Viyana Konvansiyonunun 2(3). maddesi “diplomatik ilişkilerin sona ermesi, *ipso facto* olarak konsolosluk ilişkilerinin sona ermesine neden olmaz” demektedir. Diplomatik İlişkiler Hakkındaki 1961 Viyana Konvansiyonu da,²⁴¹ diplomatik ilişkilerin kesilmesi halinde tarafların sahip oldukları hakları ve sorumlulukları düzenleyen bir madde -45. madde- içermektedir. Bu yüzden diplomatik ilişkilerin kesilmesinin, andlaşmaların yürürlüğünün devamlılığını veya *pacta sunt servanda* ilkesine göre tarafların sorumluluklarının devamını kendiliğinden etkilememektedir.

(3) 1964'te geçici olarak kabul edilen maddenin metninde, andlaşmanın yerine getirilmesi için gerekli araçların yok olmasına neden oluyorsa, diplo-

²³⁸ 1964 Taslağı, madde: 64.

²³⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, p. 281.

²⁴⁰ Ayrıca bkz: Sir G. Fitzmaurice'in Andlaşmalar Hukuku Hakkında İkinci Raporu (A/CN.4/107), şerhin madde 5 (iii) ve 34. paragrafı, *ibid.*, 1957, vol. II, p. 42; Andlaşmalar Hukuku Hakkında Dördüncü Rapor (A/CN.4/120), madde 4, *ibid.*, 1959, vol. II, p. 54.

²⁴¹ Birleşmiş Milletler Konsolosluk İlişkileri Konferansı, *Official Records*, vol. II, p. 175.



matik ilişkilerin kesilmesinin, andlaşmanın yürürlüğünü askıya almak için gerekçe olarak gösterilebileceğini belirten ikinci bir paragraf bulunmaktaydı. Diğer bir ifadeyle, gerekli araçların yokluğu nedeniyle andlaşmanın uygulanmasında geçici imkânsızlığa yol açarsa diplomatik ilişkilerin kesilmesi durumunun genel kurala bir istisna olarak kabul edilmesi öneriliyordu. Bazı hükümetler kendi yorumlarında, bu madde daha iyi ve sıkı bir biçimde tanımlanmazsa, andlaşmanın sorumluluklarından kaçmak için diplomatik ilişkilerin sona ermesinin gerekçe olarak gösterilebileceği endişelerini dile getirmişlerdir. Bu yorumların ışığı altında Komisyon maddeyi tekrar incelemiştir. On yedinci oturumun ikinci bölümünde gözden geçirilen sonraki imkânsızlıkla ilgili 58. madde, bir tarafın bir andlaşmayı ifa etme imkânsızlığını andlaşmayı sona erdirme gerekçesi yapabilmesi için, imkânsızlığın andlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi gerekeceğini düzenlemektedir ve diplomatik ilişkiler bir “nesne” değil bir “yöntem”dir.

(4) Komisyon, normal diplomatik kanalların kesilmesinin, andlaşmanın ifası için zorunlu yolların yok olması anlamına gelip gelmediği hakkındaki görüşünü gözden geçirmiştir. Diplomatik ilişkilerin kesilmesi durumunda, üçüncü devletlerin veya gerekli iletişimin sağlanması için direk kanalların kullanılması bugün çok yaygındır ve normal yolların bulunmaması andlaşmanın ifasında imkânsızlık olarak nitelenemez. Bazı üyelerin de belirttiği gibi, Komisyon, diplomatik ilişkilerin yokluğunun ittifak andlaşmaları gibi bazı andlaşmalarla bağdaşmayacağını belirtmiştir. Fakat diplomatik ilişkilerin kesilmesi nedeniyle böyle andlaşmaların sona ermesini veya askıya alınmasını, sona erme, askıya alma, fesih veya çekilme hakkındaki genel kurallara bırakmaya karar vermiştir. Bu yüzden bu maddeyi, diplomatik ilişkilerin kesilmesinin andlaşmayla kurulan ilişkileri etkilemediği hususunda sınırlandırmaya ve özel durumları diğer maddelere bırakmaya karar vermiştir.

(5) Buna göre madde, bir andlaşmanın tarafları arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesinin, andlaşma ile taraflar arasında kurulmuş olan hukuki ilişkileri etkilemeyeceğini belirtmektedir. Şartın 41. maddesinde ve Konsolosluk İlişkileri hakkındaki 1963 Viyana Konvansiyonunun 2. maddesinin 3. paragrafında kullanılan “diplomatik ilişkilerin kesilmesi” ifadesi, Diplomatik İlişkiler hakkındaki 1961 Viyana Konvansiyonunun 45. maddesindeki “diplomatik ilişkilerin bitmesi” ifadesi yerine kullanılmıştır.

Uluslararası Genel Hukukun Yeni Bir Emredici Normunun Ortaya Çıkması MADDE 61²⁴²

Eğer, 50. maddeye göre uluslararası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hâle gelir ve sona erer.

Şerh:

(1) Bu maddede kaleme alınan kural, 50. maddede belirtilen bir andlaşmanın uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışiyorsa batıl olacağı yönündeki kuralın doğal sonucudur. Yorumlarında belirtildiği gibi 50. madde, uluslararası hukukta bir devletin başka bir devlet ile anlaşarak bile olsa değiştiremeyeceği esaslı kurallar bulunmaktadır. Açıkça eğer bu karakterde yeni bir kural oluşursa, bu yeni *jus cogens* kuralı sadece ileriye dönük değil var olan andlaşmaları da etkileyecektir. Bu, *jus cogens* kurallarının kendisine aykırı işlem ve durumlara üstün olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Buna bir örnek, köle ticaretini düzenleyen önceki andlaşmaların, köleliğin bütün çeşitlerini reddeden uluslararası hukukla bağdaşmamasıdır.

(2) Komisyon, bu maddenin 50. maddeyle birlikte ele alınmasını tartışmıştır, fakat bunun andlaşmaların sona ermesi ile ilgili bölümde ele alınmasına karar vermiştir. Her ne kadar kural andlaşmaları geçersiz kılmaktaysa da, bu geçersizlik *ab inito* olarak yani başlangıçtan itibaren olmamaktadır, sadece yeni *jus cogens* kuralının ortaya çıkmasından itibaren olmaktadır, diğer bir ifadeyle kural andlaşmayı feshetmemektedir, bunun varlığını ve ifasının devamını yasaklamaktadır. Bu sebeple madde, “eğer, uluslararası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hâle gelir ve sona erer” demektedir.

(3) Benzer şekilde, Komisyon her ne kadar 50. maddeye göre geçersiz kılınan bir andlaşmaya ayrılabilirlik prensibinin uygulanamayacağını düşünmüşse de, yapıldığı zaman geçerli olan fakat sonradan ortaya çıkan *jus cogens* kuralı nedeniyle geçersiz hale gelen andlaşmalarda farklı biçimde düşünmüştür. Eğer aykırı hükümler andlaşmanın diğer bölümünden ayrılabiliriyorsa, andlaşmanın geri kalanının uygulanmaya devam edeceğini düşünmüştür.

(4) 50. maddenin şerhinin 6. paragrafında Komisyon, *jus cogens* kurallarının geriye yürürlük etkisinin bulunmadığını ve bu kuralın oluşmasından önce var olan bir andlaşmanın geçerliliğini etkilemediğini belirtmiştir. Mevcut bu madde, yeni bir *jus cogens* kuralının ortaya çıkışının andlaşmanın sona ermesi-

²⁴² 1963 Taslağı, madde: 45.

ne neden olduğu durumlarla ilgili olduğundan bu noktanın altını çizmektedir. Bu noktanın altı, bir andlaşmanın sona ermesinin sonuçlarıyla ilgili olan 67. maddede yine çizilmiştir.

KESİM 4 USUL

Bir Andlaşmanın Geçersizliği, Sona Ermesi, Andlaşmadan Çekilme veya Hükümlerini Askıya Alma Konusunda İzlenecek Usul MADDE 62²⁴³

1. Mevcut maddelere göre gerek bir andlaşma ile bağlanma rızasındaki bir sakathğa, gerekse bir andlaşmanın geçersizliği, sona erdirilmesi, andlaşmadan çekilme veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili bir sebebe dayanan bir taraf, diğer tarafları iddiasından haberdar etmek zorundadır. Bildirim, andlaşmayla ilgili olarak alınması önerilen tedbirleri ve temelleri belirtir.

2. Acil durumlar dışında, bildirim alınmasından en az üç aylık bir sürenin geçmesinden sonra hiç bir taraf herhangi bir itirazı ileri sürmediyse, bildirim yapan taraf önerdiği tedbiri 63. maddede öngörüldüğü tarzda yerine getirebilir.

3. Ancak, diğer herhangi bir taraf itiraz etmişse, taraflar Birleşmiş Milletler Şartının 33. maddesinde belirtilen araçlarla bir çözüm bulmaya çalışacaktır.

4. Aşağıdaki paragraflarda yer alan hiç bir hüküm tarafların ihtilafların çözümü hususunda kendilerini bağlayan yürürlükteki herhangi bir hükme göre sahip oldukları hak ve yükümlülükleri etkilemeyecektir.

5. 42. maddeye halel gelmemek üzere, bir devletin 1. paragrafta açıklanan bildirim daha önce yapmamış olması andlaşmanın icrasını talep eden veya ihlal edildiğini ileri süren diğer tarafa cevaben böyle bir bildirimde bulunmasına engel teşkil etmez.

Şerh:

(1) Komisyonun pek çok üyesi, bu maddeye, bir andlaşmanın sona ermesi, geçersizliği veya askıya alınması ile ilgili bu bölümün anahtar maddesi olarak bakmışlardır. Eğer diğer tarafın itirazlarına rağmen keyfi bildirimlere izin verilirse, bu bölümlere göre bir andlaşmanın geçersiz sayılması, sona erdirilmesi veya

²⁴³ 1963 Taslağı, madde: 51.

askıya alınması temelleri andlaşmaların istikrarı açısından gerçek tehlikeler içerebilir. Bu tehlikeler, ihlal veya şartlardaki değişiklik nedeniyle bir andlaşmanın feshedilmesi veya bundan çekilme taleplerinde ciddi olduğunu düşünmüşlerdir. Bu tehlikeleri en aza indirmek için Komisyon, mümkün olduğu kadar açık ve objektif olarak, bunların hangi koşullarda ileri sürülebileceğini belirlemeye çalışmıştır. Fakat bir taraf bu nedenlerden birini öne sürerse sorun, bu nedenin haklı olduğunun belirlenmesi ve takdir edilmesinin tartışmaya yol açabilmesidir. Buna göre Komisyon, sıkıntı veren sorumluluklardan kurtulmak için bir andlaşmanın geçersizliği, sona ermesi veya askıya alınması talepleri hakkında mevcut hükümlerin bazı güvenlik tedbirleri içerebileceğine karar vermiştir.

(2) Anlaşmazlık durumunda olan devletler hiç de az olmayan bir biçimde, andlaşmanın geçersizliğinin veya sona ermesinin ileri sürülmesinin iki tarafında rızası olamadan mümkün olmayacağı yönünde ifadelerde bulunmaktadır. Konunun bu şekilde ele alınışı, andlaşmaların yürürlüğünü askıya alma, sona erdirmeye veya geçersizliğini ileri sürme hakkındaki prensibin uygulanmasını itiraz eden devlet açısından ikinci plana atmaktadır ki aynı zamanda bunları ileri süren devlet de talep sahibi devletin taleplerini ikinci plana atmaktadır. Problem, devletler arasındaki farkların düzenlenmesi ile ilgili bilinen bir problemdir. Fakat andlaşmalar durumunda, özel bir bakış açısı vardır ve taraflar andlaşma ilişkisine girerek iyi niyetle yerine getirecekleri sorumluluklar üstlenmektedir.

(3) 1963'te Komisyonun bazı üyeleri, bu maddenin uygulanmasının Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargılamasına tabi tutulmasından yana görüş belirtmişlerdir. Fakat diğer üyeler, Deniz hukuku hakkında Cenevre Konvansiyonlarının ve Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri hakkındaki Viyana Konvansiyonlarının bu konuda hüküm içermediğini belirtmişlerdir. Bunlar Divana başvurunun değerini tartışmazken, bugünkü uluslararası uygulamalara bakarak Komisyonun prosedürel çözümler bulmasının gerçekçi olacağını belirtmişlerdir. Bu konuda uzun süre tartışıldıktan sonra Komisyon, gerek bir andlaşma ile bağlanma rızasındaki bir sakatlığa, gerekse bir andlaşmanın geçersizliği, sona erdirilmesi, andlaşmadan çekilme veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili bir sebebe dayanan bir tarafın, diğer tarafları iddiasından haberdar etmek zorunda olacağına, bildirim, andlaşmayla ilgili olarak alınması önerilen tedbirleri ve temelleri belirteceğine, eğer diğer taraf buna itiraz ederse sorunun Şartın 33. maddesine göre çözüleceğine karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle Komisyon, sorunun devletlerin uluslararası hukuka göre genel sorumluluğunu belirten ve "uluslararası anlaşmazlıklarını, adalet, uluslararası barış ve güvenlik açısından, barışçıl yollarla çözerler ve bunları tehlikeye atmazlar" şeklindeki Şartın 2. maddesinin 3. paragrafına ve Şartın 33. maddesine göre çözüleceğine karar vermiştir.

(4) Hükümetler kendi yorumlarında, maddenin genel amacının, sorumluluklarından kurtulmak için keyfi kullanıma karşı, geçersizlik, sona erme ve askıya alma çerçevesinde prosedürel güvenlik tedbirleri alınması olduğu konusunda hemfikirdirler. Bazı hükümetler, maddenin 1. ve 3. paragraflarının yeterli olmadığını ve taraflar anlaşamazsa yargıya gidilmesi hakkında bir hükmün konulması gerektiğini belirtmişlerdir. Diğer taraftan diğerleri, yargıya gitme konusunda bugün var olan uluslararası kaniya bakarak, tedbirlerin yeterli olduğunu belirtmişlerdir. Komisyon bu yorumlara ve devletlerin uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözeceğine dair prensibin devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği hakkındaki Uluslararası Hukuk Prensipleri²⁴⁴ hakkındaki iki Özel Komitedeki tartışmalara göre maddeyi tekrar incelemiştir. Bunlara ek olarak, Afrika Birliği Örgütü Protokolü ve Şartında içinde bulunduğu devlet uygulamalarını göz önünde tutmuştur. Komisyon, 1963'te kabul edilen geçici metinde olduğu gibi bu metnin, Hükümetler arasında olduğu kadar Komisyon üyeleri arasında da oluşturulabilecek en yüksek anlaşma zemini olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak 1963 metni ufak değişiklikler yaparak kabul edilmiştir.

(5) 1. paragraf, mevcut maddelere göre gerek bir andlaşma ile bağlanma rızasındaki bir sakatlığa, gerekse bir andlaşmanın geçersizliği, sona erdirilmesi, andlaşmadan çekilme veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili bir sebebe dayanan bir tarafın, diğer tarafları iddiasından haberdar etmek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Bu bildirim yaparken, hangi tedbirleri istediğini, mesela sona erme, askıya alma, geçersizlik gibi ve bunun nedenlerini belirtmelidir. 2. paragrafta göre de, diğer taraflara cevap vermeleri için bir süre vermelidir. Acil durumlar haricinde süre üç aydan az olamaz. Prosedürün ikinci bölümü bir itirazın gelip gelmediğine bağlıdır. Eğer bir itiraz olmazsa veya süresi içinde cevap verilmezse, o taraf 63. maddede öngörülen tedbirleri alabilir. Diğer taraftan eğer itiraz edilirse, 3. maddede tarafların Şartın 33. maddesine göre barışçıl bir çözüm yolu bulması gerektiği belirtilmektedir. Komisyon bu noktada daha ileri gidilmesini ve taraflar arasında zorunlu çözümlerin bulunmasını mümkün görmemiştir. Eğer 33. maddeye göre bir çözüm bulunamaz ve çıkmaza girilirse, Hükümetler durumu değerlendirmeli ve iyi niyet kuralının gerektirdiği gibi davranmalıdır. Burada aynı zamanda, ister üye olsun ister olmasın, belli koşullar altında, uyuşmazlığı Birleşmiş Milletlerin yetkili organının önüne götürme hakkı da bulunmaktadır.

(6) Şerhte daha önce de belirtildiği gibi, Komisyon kendisini Şartın 33. maddesinin ilerisine gitmemek konusunda sınırlandırılmış hissetmiştir ve

²⁴⁴ 1964 Özel Komitesi Raporu (A/5746), IV. Bölüm; 1966 Özel Komitesi Raporu (A/6230), III. Bölüm.

andlaşmaların geçersizliği, sona ermesi ve askıya alınması ile ilgili usuli hükümlerin konulmasının ileriye dönük değerli bir adım olduğunu düşünmüştür. Bu prosedürle çeşitli hükümlerden doğan hakların ikinci plana alınmasıyla keyfi taleplere karşı çeşitli tedbirler alınmıştır.

(7) 4. paragraf, bu maddedeki hiç bir hükmün, tarafların ihtilafların çözümü hususunda kendilerini bağlayan yürürlükteki herhangi bir hükme göre sahip oldukları hak ve yükümlülükleri etkilemeyeceğini düzenlemektedir.

(8) 5. paragraf, 42. maddeye halel gelmemek üzere, bir devletin 1. paragrafta açıklanan bildirimini daha önce yapmamış olmasının, andlaşmanın icrasını talep eden veya ihlal edildiğini ileri süren diğer tarafa cevaben böyle bir bildirimde bulunmasına engel teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir. Mesela hata, sonraki imkânsızlık veya şartlardaki değişiklik durumlarında, bir devlet, bir şikâyet örneğın bir dava ile karşı karşıya kalmadan söz konusu nedeni ileri sürmemiş olabilir. 42. maddedeki hükümlere göre, önceden bir bildirim yapma konusundaki bir yanlışlığın bunu cevap olarak vermesine engel olmayacağı fikri doğru görünmektedir.

Bir Andlaşmayı Geçersiz İlan Etmek, Sona Erdirmek, Ondan Çekilmek veya Yürürlüğünü Askıya Almak için Belgeler
MADDE 63²⁴⁵

1. Bir andlaşmayı, andlaşmanın hükümlerine veya 62. maddenin 2. veya 3. paragrafına göre geçersiz ilan eden, sona erdiren, ondan çekilmeyi veya onun yürürlüğünü askıya almayı öngören herhangi bir işlem, diğer taraflara iletilen bir belge ile yapılır.

2. Belge devlet başkanı, hükümet başkanı veya dışişleri bakanı tarafından imzalanmazsa, bu devletin belgeyi ileten temsilcisinden yetki belgesi göstermesi istenebilir.

Şerh:

(1) Bu madde ve 64. madde, bazı değişikliklerle, 1963 Taslak metninin 49. ve 50. maddelerinin yerini almıştır.

(2) 1963 Taslağının 50. maddesi, andlaşmada öngörülen sona erme, çekilme veya askıya alma hakkıyla ilgili olan bildirimlerle ilgili prosedürleri düzenlemekteydi. Maddenin tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, bir andlaşmaya göre sona ermenin bildirim hakkındaki prosedürün, şimdiki 73. maddedeki bildirimler ile ilgili genel kurala göre yapılabileceğine karar vermiştir. Diğer bir

²⁴⁵ 1963 Taslağı, madde 49 ve 50, para. 1.

ifadeyle, 1963 Taslağının 50. maddesinin 1. paragrafı gereksizdir. Aynı zamanda, andlaşmaya göre veya 51. maddenin (şimdiki 62. madde) 2. ve 3. paragraflarına göre bir andlaşmanın geçersizliğini, sona erdiğini, askıya alındığını belirten işlemler hakkında genel bir kuralın konulması gerektiğini düşünmüştür. Komisyonun mantıksal olarak 62. maddeden sonra konulabileceğini düşündüğü bu maddenin 1. paragrafı, bu hükmü içermektedir ve 1. paragraftaki kurallar ancak 62. maddedeki prosedürler yerine getirildikten sonra uygulanabilir.

(3) Bu maddenin 2. paragrafı, başlığı “fesih, sona erdirme vs.de yetki” olan 1963 Taslağının 49. maddesinin yerine konulmuştur ki bu aslında bu madde yetki belgesi ile ilgili bölümde incelenebilirdi. Çünkü andlaşmanın akdedilmesindeki yetki, fesih, sona erdirme, çekilme veya askıya alma ile ilgili bütün aşamalara da uygulanabilir. Bir hükümet, bu maddenin yetki belgesi ile ilgili bölüme bir gönderme yaparak çözümlenemeyeceği konusunu belirtmiştir. Bu arada Komisyon, yetki belgesi ile ilgili maddeyi yeniden düzenlemiştir. Buna göre, 1963 Taslağının 49. maddesinde düzenlenen fesih, sona erdirme, çekilme ve askıya alma yetkisinin delilleri hakkındaki sorunu yeniden incelemiştir. Bir andlaşmanın feshi, sona ermesi gibi durumlarda, yetkinin ispatı hakkındaki 1963 Taslağının 51. maddesindeki bildirim ve görüşme aşamalarına gerek olmadığına ve konuyu normal diplomatik uygulamaya bırakılmasına karar vermiştir. Sonuç olarak, maddenin 2. paragrafını, bir andlaşmanın geçersizliğinin veya sona erdiğinin bildirilmesi aşamasındaki yetkinin ispatlanması ile sınırlandırılmasına karar vermiştir. Komisyon, andlaşmayı feshetme, sona erdirme vs.deki yetkinin, bir andlaşma ile bağlanma aşamasındaki yetki belgesi ile ilgili hükümlerle benzer şekilde düzenlenebileceğine karar vermiştir. Bu yüzden 2. paragraf, belgenin devlet Başkanı, Hükümet Başkanı veya Dışişleri Bakanı tarafından imzalanmaması durumunda, bu devletin belgeyi ileten temsilcisinden yetki belgesi göstermesinin istenebileceğini düzenlemektedir.

(4) Komisyonun görüşüne göre bu maddenin önemi, bir andlaşmanın geçersizliği, sona ermesi vs.nin bildirimi ile ilgili formaliteleri düzenlemesi ve dolayısıyla, andlaşmaların güvenliğine yeni bir tedbir getirmesinden kaynaklanmaktadır. Gerginlik anlarında, bir andlaşmanın feshi veya feshedileceğine dair tehditler kamuya açıklanmakta fakat ilgili diğer tarafa bu bildirilmemektedir. Fakat hangi düzeyde olursa olsun böyle bildirimlerin, diplomatik açıdan uygun olduğu ve hukuki gereklilikleri yerine getirdiği söylenemez.

62. ve 63. Maddelerde Öngörülen Bildirim ve Belgelerin Geri Alınması
MADDE 64²⁴⁶

62. ve 63. maddede öngörülen bir bildirim veya belge, hükmünü doğurmadan önce her zaman geri alınabilir.

Şerh:

(1) Bu madde, 1963 Taslağının 50. maddesinin 2. paragrafının yerini almaktadır.

(2) Komisyon, bazı hükümetlerin yorumlarında belirttiği, fesih, sona erme, çekilme veya askıya alma belgelerinin hüküm doğurmadan önce özgürce geri alabileceğinin belirtildiği bir kuralın konulması konusunu kabul etmiştir. Aynı zamanda bildirimde bir süre verilmesi yönündeki hükmün, diğer tarafların, andlaşmanın sona ermesi veya bir tarafın çekilmesiyle oluşan duruma kendilerini hazırlaması için verildiğini düşünmüştür. Fakat sorun daha ayrıntılı bir şekilde düşünülürse, bildirim veya belgenin hüküm doğurmadan önce geri alınabilmesini destekleyen görüşün güçlü olduğu görülür. Komisyon aynı zamanda, bildirim geri alma hakkının bunu etkili olduğu süreye kadar var olacağını ve tarafların aksi bir durumu istemeleri halinde andlaşmaya bu yönde bir hüküm koyabileceklerini belirtmiştir. Üstelik diğer taraflar, bildirim verilen sürenin sonuna kadar etkili olmayacağını bildiklerinden, kendileri açısından gerekli adımları atabilirler. Buna göre madde, bir bildirim veya belgenin, hükmünü doğurmadan önce her zaman geri alınabileceğini düzenlemektedir.

KESİM 5
BİR ANDLAŞMANIN GEÇERSİZLİĞİNİN, SONA ERMESİNİN VEYA
ASKIYA ALINMASININ SONUÇLARI

Bir Andlaşmanın Geçersizliğinin Sonuçları
MADDE 65²⁴⁷

1. Hükümsüz bir andlaşmanın hükümlerinin hiç bir hukuki gücü yoktur.

2. Buna rağmen, böyle bir andlaşmaya güvenerek işlemler yapılmışsa,

(a) her bir taraf, diğer herhangi bir taraftan karşılıklı ilişkilerinde işlem yapılmamış olsaydı hangi durum mevcut olacak idiye o durumun mümkün olduğu ölçüde tesis etmesini isteyebilir.

²⁴⁶ 1963 Taslağı, madde: 50, para. 2.

²⁴⁷ 1963 Taslağı, madde: 52.

(b) geçersizliğe başvurulmadan önce iyi niyetle icra edilmiş olan işlemler **sırf andlaşmanın geçersizliği sebebiyle gayri hukuki hâle gelmez.**

3. 46, 47, 48 veya 49. maddelerin kapsamına giren durumlarda, 2. paragraf; kendisini hile, ayartma veya cebirin isnat edilebileceği diğer taraf bakımından uygulanmaz.

4. Belirli bir devletin çok taraflı bir andlaşma ile bağlanma rızasının geçersizliği durumunda, bundan önceki kurallar, o devletle andlaşmanın tarafları arasındaki ilişkilerde uygulanır.

Şerh:

(1) Bu madde sadece geçersiz bir andlaşmanın hukuki etkileri ile ilgilidir. Bu hükümler, geçersiz andlaşmadan kaynaklanabilecek sorumluluk veya tazminat ile ilgili değildir. Mesela hile ve cebir, geçersizlik gibi sorumluluk veya tazminatla ilgili sorunlara yol açabilir. Fakat bu sorunlar 69. madde sayesinde bu maddenin amaçlarından çıkartılmıştır.

(2) Komisyon, V. Bölüm 2. kısma göre belirlenen geçersizliğin, bunun ile ri sürülmesinden itibaren değil, *ab inito* olarak yani başlangıçtan beri hüküm doğuracağını belirtmiştir. Sadece bu durumda andlaşma kurulduğu tarihten itibaren geçersiz sayılmaktadır. Bu yüzden 1. paragraf hiç bir şüphe bırakmamak için, geçersiz andlaşmanın hiç bir hukuki etkisinin bulunmadığını açıkça belirtmektedir.

(3) Her ne kadar geçersizlik *ab inito* olarak andlaşmaya bağlıysa da, tarafla dürüstçe nedenlerden dolayı, andlaşma geçerli imiş gibi hareket edebilirler. Bu durumda sorun, bu hareketlerin hukuki sonuçlarının ne olacağıdır. Komisyon eğer hiç bir taraf geçersizliğe neden olmamışsa, bunların hukuki durumlarının andlaşmanın *ab inito* olarak geçersiz olması ve tarafların iyi niyetlerinin bir arada göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğini düşünmüştür. Buna göre 2. paragraf, her bir tarafın, diğer herhangi bir taraftan karşılıklı ilişkilerinde işlem yapılmamış olsaydı hangi durum mevcut olacak idiyse o durumun mümkün olduğu ölçüde tesis etmesini isteyebileceğini belirtmektedir. Bu, geçersizliğin başlangıçtan beri olmasından dolayı, her hangi bir tarafın *status quo ante* durumunun tesis edilmesini talep edebileceğini belirtmektedir. Fakat paragraf 2(b), geçersizliğe başvurulmadan önce iyi niyetle icra edilmiş olan işlemler **sırf andlaşmanın geçersizliği sebebiyle gayri hukuki hâle gelmez** diyerek iyi niyetli tarafları korumaktadır. “Sırf andlaşmanın geçersizliği sebebiyle” ifadesi, geçersizlikten farklı bir nedenle hukuka aykırı işlemleri bunlardan ayırmak için kullanılmıştır.

(4) Çeşitli nedenlerle 3. paragraf, hile, ayartma ve cebri gerçekleştiren devleti, 2. paragrafın yararlarından istisna tutmaktadır. 50. maddeye göre bir *jus cogens* kuralıyla çatışması nedeniyle andlaşmanın geçersiz olması durumuna maddede değinilmemiştir, çünkü bu durumdan 67. maddede bahsedilmiştir.

(5) 4. paragraf, önceki paragraflardaki hükümlerin çok taraflı andlaşmalarda bir devlet hakkında da uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda doğal olarak bu hükümler o devlet ile andlaşmanın tarafları arasında uygulanacaktır.

Bir Andlaşmanın Sona Erdirilmesinin Sonuçları **MADDE 66²⁴⁸**

1. Andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, bir andlaşmanın kendi hükümlerine göre veya mevcut maddelere uygun şekilde sona erdirilmesi:

(a) tarafları andlaşmayı bundan sonra icra etme hususunda herhangi bir yükümlülükten kurtarır.

(b) andlaşmanın sona erdirilmesinden önce andlaşmanın icra edilmesi yoluyla yaratılan tarafların herhangi bir hakkını, yükümlülüğünü veya hukuki durumunu etkilemez.

2. Bir devlet çok taraflı bir andlaşmayı fesheder veya ondan çekilirse, paragraf 1, o devletle andlaşmanın diğer taraflarının her biri arasındaki ilişkilerde böyle bir fesih veya çekilmenin hüküm doğurduğu tarihten itibaren uygulanır.

Şerh:

(1) Önceki maddede de olduğu gibi 66. madde, bir andlaşmanın sona erdirilmesi halinde sorumluluk ve tazminat ile ilgili bir hüküm getirmemektedir, devlet sorumluluğu ile ilgili sorunlar 69. maddeyle taslak metninden çıkartılmıştır.

(2) Bazı andlaşmalar, andlaşmanın sona ermesi veya bir tarafın andlaşmadan çekilmesinin sonuçları hakkında hükümler içermektedir. Mesela, Nükleer Gemilerin Kaptanlarının Sorumluluğu hakkındaki Konvansiyonun²⁴⁹ XIX. maddesi Konvansiyonun sona erdirilmesinden itibaren, bunun yürürlükte kaldığı süre içinde lisans verilen gemilerin kaptanlarının sorumluluğunun bir

²⁴⁸ 1963 Taslağı, madde: 53.

²⁴⁹ 25 Mayıs 1962'de Brüksel'de imzalanmıştır.

süre daha devam edeceğini düzenlemektedir. Yine bazı andlaşmalar, mesela, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme,²⁵⁰ andlaşmanın feshinin, Sözleşme'nin devam ettiği süre içinde yapılan hareketlerden dolayı bir devleti sorumluluktan kurtarmayacağını belirtmektedir. Benzer şekilde bir taraf andlaşmayı sona erdirmek veya çekilmek üzereyse, bütün taraflar sona erme ve çekilme hakkında düzenlemeler yapabilirler. Açıkçası andlaşma hükümleri ve böyle düzenlemeler üstündür ve 1. paragraf da bunu öngörmektedir.

(3) 1. paragraf, andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, bir andlaşmanın kendi hükümlerine göre veya bu maddelere uygun şekilde sona erdirilmesinin ilk olarak tarafları andlaşmayı bundan sonra icra etme hususunda herhangi bir yükümlülüğünden kurtaracağını belirtmektedir. İkinci olarak da, andlaşmanın sona erdirilmesinden önce andlaşmanın icra edilmesi yoluyla yaratılan tarafların herhangi bir hakkının, yükümlülüğünün veya hukuki durumunun etkilenmeyeceğini düzenlemektedir. Komisyon bir andlaşmanın sona ermesinden sonraki haklar ve sorumluluklar hakkında pek çok görüşün bulunduğunu fakat bu teorik görüşleri değerlendirmeye gerek bulunmadığını düşünmüştür. Diğer taraftan, 1. paragraftaki “andlaşmanın icra edilmesi yoluyla yaratılan tarafların herhangi bir hakkını, yükümlülüğünü veya hukuki durumunu” ifadesi, bunun sadece hak, sorumluluk ve hukuki durumlarla ilgili olduğunu ve bireylerin verilmiş haklarıyla ilgili olmadığını belirtmek için kullanılmıştır.

(4) Komisyon, bazı hükümetlerin 58. madde (sonraki imkânsızlık) kapsamında, taraflardan sadece birinin çok taraflı bir andlaşmaya son vermek istemesi durumu hakkında adil bir kararın verilmesi gerektiği önerisini tartışmıştır. Komisyon bu hükümetlerin görüşlerine karşı olmasa da çözümün her olayda ayrı ayrı belirleneceğini söylemiştir. Egemen devletler arasındaki karmaşık ilişkileri de göz önüne alınca, her olayı kapsayan kurallar koymanın zor olduğunu düşünmüştür. Buna göre de, sorunun çözümünün iyi niyet ve *pacta sunt servanda* ilkelerine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

(5) 2. paragraf aynı kuralı, çok taraflı bir andlaşmayı fesheden veya bundan çekilen bir devlet ile diğer devletler arasında uygulamaktadır.

(6) Bu madde, hükümleri jus cogens ile çatıştığı için 61. maddeye göre geçersiz hale gelen ve sona eren bir andlaşma hakkında hüküm içeren 67. maddenin 2. paragrafıyla birlikte okunmalıdır.

²⁵⁰ Madde 65; United Nations *Treaty Series*, vol. 213, p. 252.

(7) Bu madde aynı zamanda, “Mevcut maddelerin uygulanması veya andlaşma hükümlerinin uygulanması yoluyla bir andlaşmanın geçersizliğine hükmedilmesi, sona erdirilmesi veya taraflardan birinin andlaşmadan çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması; herhangi bir devletin andlaşmada yer alan fakat andlaşmadan bağımsız olarak uluslararası hukuk gereğince yerine getirilmesi gereken herhangi bir yükümlülüğünü icra etmesi görevine herhangi bir şekilde zarar vermez” şeklindeki 40. maddeyle birlikte okunmalıdır. Bu maddenin fesih, çekilme ve sona erdirme durumlarında belli bir önemi vardır. Üstelik 1949 Cenevre Konvansiyonu gibi birkaç andlaşma, andlaşmanın feshinin tarafların genel hukuka göre var olan sorumluluklarını etkilemeyeceğini belirtmektedir.

Genel Uluslararası Hukukun Emredici Bir Normu ile Çatışan Bir Andlaşmanın Geçersizliğinin veya Sona Erdirilmesinin Sonuçları
MADDE 67²⁵¹

1. 50. maddeye göre batıl olan bir andlaşma durumunda taraflar:

(a) genel uluslararası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerdir; ve

(b) karşılıklı ilişkilerini genel uluslararası hukukun emredici bir normuna uygun hâle getireceklerdir.

2. 61. maddeye göre batıl olan ve sona eren bir andlaşma halinde, andlaşmanın sona ermesi,

(a) tarafların andlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülüğünden kurtarır.

(b) tarafların andlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel uluslararası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür.

Şerh:

(1) Bir andlaşmanın, *jus cogens* kuralıyla çatıştığı için ab inito olarak geçersiz olması durumu, özel bir geçersizlik durumudur. Geçersizliğin sonucuyla ilgili olarak ortaya çıkan sorun, her bir tarafın sorumluluklarının *jus cogens*

²⁵¹ Yeni madde.



kurallarıyla uygun hale getirilmesi sorunu değildir. Benzer şekilde, 61. maddeye göre yeni oluşan bir *jus cogens* kuralı ile çatıştığı için geçersiz hale gelip sona eren andlaşmanın durumu da özel bir sona erme durumudur (ve gerçekten bu aynı zamanda, *ab inito* olarak geçersiz olmadığından, geçersizliğinde özel bir çeşididir.) Sona ermenin sonuçlarıyla ilgili olan 66. maddenin 1. paragrafında düzenlenen kurallar prensibe uygulanabilecekse de, yeni *jus cogens* kuralının ortaya çıkması durumunda hangi hak, sorumluluk ve hukuki durumların devam edebileceğinin göz önüne alınması gerekmektedir.

(2) 50. maddeye göre geçersiz olan andlaşmalar ile 61. maddeye göre sona eren andlaşmalardaki durum *jus cogens* kuralının uygulanması ile ilgili özel bir durum olduğundan Komisyon bunları bir arada incelemeye karar vermiştir. Komisyonun bunları aynı maddeye koymasındaki bir başka neden, bunların yan yana bulunmasının orijinal geçersizlikle arasındaki farklara vurgu yapmaktır. Bazı hükümetlerin yanlış anlamalarına bakarak bu vurgunun gerekli olduğuna karar vermiştir.

(3) 1. paragraf, 50. maddeye göre batıl olan bir andlaşma durumunda tarafların ilk olarak genel uluslararası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerini ve ikinci olarak da karşılıklı ilişkilerini genel uluslararası hukukun emredici bir normuna uygun hâle getireceklerini düzenlemektedir. Komisyon paragrafın, böyle durumlarda karşılıklı ilişkileri uygun hale getirmekle ilgili olduğunu düşünmemiştir. Komisyonun tek amacı, tarafların durumlarını *jus cogens*'e uygun hale getirmelerini sağlamaktır.

(4) 2. paragraf, 61. maddedeki olaylara ve 66. maddenin 1. paragrafına göre sona eren andlaşmaların sonuçları hakkındaki kurallara uygulanır. Bir hak, sorumluluk veya hukuki durum devamı ancak bunların *jus cogens*'e aykırı olmaması durumunda mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bir hak, sorumluluk veya hukuki durum ancak bunlar geriye doğru olarak geçersiz hale getirilmemişse geçerlidir, fakat yeni *jus cogens* kuralının oluşmasından sonra bunların devam edebilmesi için yeni *jus cogens* kuralına uygun olmaları gerekmektedir.

Bir Andlaşmanın Yürürlüğünün Askıya Alınmasının Sonuçları MADDE 68²⁵²

1. Andlaşma başka türlü öngörmedikçe, ve taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, bir andlaşmanın yürürlüğünün kendi hükümlerine göre veya mevcut maddelere uygun şekilde askıya alınması:

²⁵² 1963 Taslağı, madde: 54.

(a) aralarında andlaşmanın yürürlüğü askıya alınan tarafları, askıya alma süresince karşılıklı ilişkilerinde andlaşmayı ifa etme yükümlülüğünden kurtarır;

(b) taraflar arasında andlaşma ile kurulan hukuki ilişkileri başka türlü etkilemez.

2. Askıya alma esnasında taraflar andlaşmayı imkânsız hâle getirecek hareketlerden kaçınacaklardır.

Şerh:

(1) 65. ve 66. maddelerde olduğu gibi, bu madde sorumluluk sorunu ile ilgili değildir ve sadece askıya almanın doğrudan sonuçları ile ilgilidir.

(2) Bir andlaşmanın askıya alınması ile ilgili hükümler andlaşmada bulunabileceğinden veya tarafların bu konuda anlaşmaları olabileceğinden, madde bu durumları istisna tutmuştur. Bu madde 1. paragrafında bir andlaşmanın askıya alınmasının aralarında andlaşmanın yürürlüğü askıya alınan tarafları, askıya alma süresince karşılıklı ilişkilerinde andlaşmayı ifa etme yükümlülüğünden kurtaracağını düzenlemektedir. Paragraf, kendileri arasında andlaşmanın askıya alındığı tarafların andlaşma sorumluluklarından kurtulduklarından bahsetmektedir çünkü çok taraflı andlaşmalarda andlaşma bütün taraflar arasında askıya alınmamış olabilir.

(3) Paragraf 1 (b) askıya alma ile taraflar arasında andlaşma ile kurulan hukuki ilişkilerin başka türlü etkilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu hüküm, andlaşmayla kurulan taraflar arasındaki hukuki bağlantı noktasının değil, bunun hükümlerinin uygulanmasının askıya alındığını açıkça belirtmek için konulmuştur.

(4) Bu nokta, askıya alma esnasında tarafların andlaşmayı imkânsız hâle getirecek hareketlerden kaçınacaklarını belirten 2. paragrafa da taşımıştır. Komisyon bu sorumluluğun askıya alma kavramının içinde olduğunu ve tarafların bu sorumluluğu *pacta sunt servanda* kuralıyla iyi niyete göre yerine getirmeleri gerektiğini düşünmüştür.

KISIM VI ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

Devletin Halefiyeti ve Devletin Sorumluluğu MADDE 69²⁵³

Mevcut maddelerin hükümleri bir andlaşma ile ilgili olarak devletin halefiyeti veya bir devletin uluslararası sorumluluğuna hanel getirmez.

Şerh:

(1) Komisyon, bu Raporun önceki bölümünün giriş kısmında bulunan 29-31. paragraflarında açıklanan nedenlerle, (1) husumetin andlaşmalar üzerindeki etkisi (2) andlaşmalarla ilgili olarak devletin halefiyeti ve (3) bir sorumluluğun ihlali durumunda devletin sorumluluğu konularını taslak maddelerine almamaya karar vermiştir. Nihai Taslağı yeniden gözden geçirirken Komisyon, ikinci ve üçüncü maddelerdeki konuları basitçe taslağın dışında tutmanın yeterli olmadığını düşünmüştür. Devletlerin halefiyeti ve sorumluluklar konusunda yanlış anlamaları önlemek açısından bir vurgunun yapılabileceğini düşünmüştür. Her iki konu da, andlaşmalar hukukunun bazı bölümlerinde önemli etkilere sahiptir ve bu nedenlerle Komisyon bu konuda genel bir hüküm koymanın gerekli olduğunu düşünmüştür.

(2) Taraflar arasında husumetin ortaya çıkması konusunda Komisyonda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Taraflar arasında husumetin ortaya çıkması olayının, uygulamada andlaşmaların uygulanmasını engelleyebileceğini düşünmüştür. Aynı zamanda bunun andlaşmadan doğan sorumluluklar konusunda problemlere yol açabileceğini de fark etmiştir. Fakat taraflar arasında husumetin ortaya çıkmasının bugünkü uluslararası hukuka göre tamamen anormal bir durum olduğunu belirtmiştir. Buna göre, deniz hukukunu kodifike eden Cenevre Konvansiyonları, Konvansiyonun uygulanmasına önemli etkileri olabileceğine rağmen husumetin ortaya çıkması ile ilgili bir hüküm içermemektedir veya burada böyle bir durumu düzenleyen bir kural konulmak istenmemiştir. Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Konvansiyonunun (44. madde) ve Konsolosluk İlişkileri hakkındaki Viyana Konvansiyonunun (26. madde) “silahlı çatışma” hakkında hüküm içerdiği doğrudur. Fakat burada özel nedenlerle bu hükümler konulmuştur. Yoksa Viyana Konvansiyonlarının amacı husumet durumlarını düzenlemek değildir. Buna göre Komisyon husumet durumunun genel andlaşmalar hukukunun bir bölümünü oluşturmayacağına ve bunun taslak maddelerini düzenlerken göz önüne alınmayacağına karar vermiştir.

²⁵³ Yeni madde.

(3) Devletlerin halefiyeti ve uluslararası sorumluluk konularındaki kayıt, maddede genel terimlerle düzenlenmiştir. Bunun sebebi bu konulardan çıkacak konuların burada düzenlenmek istenmemesidir ve bu konularda Komisyon halen çalışmaktadır.

Saldırgan Bir Devletin Durumu MADDE 70²⁵⁴

Mevcut maddeler, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun şekilde saldırgan bir devlet hakkında alınmış olan tedbirlerin neticesi olarak o devlet için ortaya çıkabilecek herhangi bir yükümlülüğe hanel getirmez.

Şerh:

(1) 31. maddenin şerhinde, bir sorumluluğun ancak devletin rızasıyla kurulabileceğini belirten Komisyon, saldırgan bir devletin durumunun bu maddedeki kuralın dışında olduğuna karar vermiştir. Aynı zamanda, 49. maddede, bir devletin icbarı, tehdidi veya güç kullanımıyla elde edilmiş bir andlaşmanın geçersiz olduğu ve saldırgan bir devletin bir andlaşmayı zorla kabul ettirmesinin 49. maddeyi ihlal edeceği düzenlenmiştir. Bazı hükümetler 1964 Taslağının 59. maddesi (şimdiki 31. madde) hakkında yorumlar yapmışlar ve saldırgan bir devletin durumu hakkında bir kayıt konulması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu teklifin incelenmesi sırasında Komisyon, eğer böyle bir kayıt konulacaksa, bütün taslak maddelerini kapsayacak genel bir kaydın konulmasının tercih edileceğine karar vermişlerdir. Bir andlaşmanın sona ermesi veya askıya alınması gibi başka konularda da saldırgan bir devlet hakkında göz önüne alınabilecek hususların bulunabileceğine karar vermiştir.

(2) Bu bağlamda Komisyon iki hususa değinmiştir. İlki, eğer bütün taslak maddelerini kapsayacak nitelikte bir hüküm konulacaksa, saldırgan devletin andlaşmalar hukuku açısından *exlex* olarak kabul edilmediğinin belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bu saldırgan devletin uluslararası topluma yeniden kazandırılmasına engel olur.

(3) İkinci olarak, bir devletin bir andlaşmadan kurtulmak için diğer devleti saldırgan olarak nitelendirmesi tehlikesi vardır ve bunu engellemek için Şarta uygun bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

(4) Bazı üyeler andlaşmalar hukuku hakkındaki genel bir konvansiyonda böyle bir kaydın varlığını tartışmışlardır. Bunlar saldırgan devlet durumunun uluslararası hukukun başka bir alanına girdiğini belirtmişlerdir. Fakat Komis-

²⁵⁴ Yeni madde.



yon, 31. ve 49. maddelerin yapısına bakarak saldırgan devlet hakkında genel bir kural koymanın yararlı olacağına karar vermiştir. Aynı zamanda, eğer kabul edilirse, maddenin yukarıdaki 2. ve 3. paragraflardaki zorluklara göre kaleme alınması gerektiğine karar vermiştir.

(5) Buna göre Komisyon, bu maddede genel terimlerle bir düzenleme yapmaya ve mevcut hükümlerin, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun şekilde saldırgan bir devlet hakkında alınmış olan tedbirlerin neticesi olarak o devlet için ortaya çıkabilecek herhangi bir yükümlülüğe hanel getirmeyeceğini düzenlemiştir.

KISIM VII DEPOZİTERLER, BİLDİRİMLER, DÜZELTMELER VE TESCİL

Andlaşmaların Depoziterleri MADE 71²⁵⁵

1. Bir andlaşmanın, bir devlet veya bir uluslararası örgüt olabilen depoziteri, görüşmeci devletler tarafından ya andlaşmanın kendisinde ya da başka bir tarzda belirlenebilir.

2. Bir andlaşma depoziterinin fonksiyonları mahiyeti itibariyle uluslararasıdır ve depoziter bunları yerine getirirken tarafsız şekilde hareket etmek yükümlülüğü altındadır.

Şerh:

(1) İşlevleri bir sonraki maddede düzenlenen depoziter çok taraflı andlaşmaların uygulanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Çok taraflı bir andlaşma genel olarak bir devleti veya uluslararası örgütü depoziter olarak belirlemektedir. Bir uluslararası örgütün veya bir konferansın himayesinde bir andlaşma yapılması halinde alışılmış uygulama o örgütün yetkili organının veya konferans nerede yapılmışsa o devletin depoziter olarak kabul edilmesidir. 1962'de geçici olarak kabul edildiği gibi, bu madde metni, bu uygulamanın ifadesidir ve andlaşmanın kendisinde hüküm bulunmadığı takdirde depoziterin belirlenmesi için bu tali kurallar uygulanır. Hiç bir hükümet bu tali kurallara itiraz etmemiştir, fakat on yedinci oturumda maddenin tekrar incelenmesi sırasında Komisyon bu kuralların gerekliliği hakkındaki görüşlerini değiştirmiş ve bu konunun andlaşmayı kuran devletlere bırakılmasına karar vermiştir. Bu yüzden maddenin 1. paragrafı basit biçimde, bir andlaşmanın, bir devlet veya bir uluslararası örgüt olabilen depoziteri, görüşmeci devletler tarafından ya andlaşmanın kendisinde ya da başka bir tarzda belirlenebilir hükmünü getirmiştir.

²⁵⁵ 1962 Taslağı, madde: 28 ve 29, para: 1 ve 1965 Taslağı, madde: 28.

(2) On yedinci oturumda Komisyon aynı zamanda, 1962 Taslağının 29. maddesinin 1. paragrafında bulunanların özünü buraya nakletmeye karar vermiştir. Bu madde depoziterin temsilci karakteri ve işlemlerini tarafsızca yapması gerektiğini vurgulamaktadır. Maddeyi yeniden düzenlerken Komisyon depoziterin görevinin uluslararası karakterini belirtmeye karar vermiştir. Buna göre maddenin 2. paragrafı artık, “Bir andlaşma depoziterinin fonksiyonları mahiyeti itibarıyla uluslararasıdır ve depoziter bunları yerine getirirken tarafsız şekilde hareket etmek yükümlülüğü altındadır” şeklindedir. Depoziter bir devlet olduğunda, aynı zamanda bir taraf olması nedeniyle kendi politikalarını ön plana çıkartmaya çalışabilir fakat bir depoziter olarak görevlerini objektif biçimde yapmalıdır.

Depoziterlerin İşlevleri MADDE 72²⁵⁶

1. Bir depoziterin işlevleri andlaşmada başka türlü öngörülmedikçe özellikle şunları kapsar:

(a) eğer sorumluluk verilmişse (emanet edilmişse), andlaşmanın orijinal metnin muhafazası,

(b) orijinal metnin tasdikli suretlerini hazırlama ve andlaşmanın gerekli görebileceği diğer ilave dillerde başka bir andlaşma metnini hazırlama ve onları andlaşmaya taraf olmaya yetkili olan devletlere dağıtma,

(c) andlaşmaya konan imzaları kabul etme ve andlaşmayla ilişkin herhangi bir belge, bildirim ve yazışmayı kabul etme.

(d) bir imzanın, bir belgenin veya bir çekincenin andlaşmanın hükümleriyle veya mevcut maddelerle uygun olup olmadığını inceleme ve gerekirse sorunu ilgili devletlerin dikkatine sunma,

(e) tarafları ve andlaşmaya taraf olmaya yetkili olan devletleri andlaşmayla ilgili işlem, bildirim ve yazışmalardan haberdar etme,

(f) andlaşmanın yürürlüğe girmesi için gerekli olan imza veya onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgeleri alındığı zaman veya depo edildiği zaman andlaşmaya taraf olmaya yetkili olan devletleri haberdar etme,

(g) mevcut maddelerin diğer maddelerinde açıklanan diğer işlevleri yerine getirme.

2. Bir devletle depoziter arasında sonuncusunun işlevleriyle ilgili olarak ortaya çıkacak herhangi bir görüş ayrılığı halinde, depoziter sorunu andlaşmaya taraf olmaya yetkili devletlerin veya yerine göre, ilgili uluslararası örgütün yetkili organının dikkatine sunacaktır.

²⁵⁶ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 29.

Şerh:

(1) Çeşitli maddelerde depozitelere değinilmiştir ve Komisyon depoziterin başlıca görevlerini tek bir maddede toplamaya karar vermiştir. Bunu yaparken de çok taraflı andlaşmaların depoziteri olarak Genel Sekreterin uygulamasının özetini göz önüne almıştır.²⁵⁷ Bu yüzden 1. paragraf depoziterin başlıca görevlerini düzenlemektedir. Bu maddenin 1962 Taslağındaki metni, hükümetlerin yorumlarına göre kısaltılmış ve değiştirilmiştir.

(2) 1(a) paragrafı *eğer sorumluluk verilmişse*, andlaşmanın orijinal metnin muhafazası şeklindeki depoziterin görevinden bahsetmektedir. Bunun sebebi bazen örgüt depoziter olarak görevlendirilmişken konferansın ev sahibi ülkesinin bir süre için metni muhafaza etmesidir. (örnek Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri hakkındaki Viyana Konvansiyonları)

(3) Metnin diğer dillerde hazırlanmasının uluslararası örgütün kurallarından kaynaklanabileceği şeklindeki yorumdan başka bir yoruma, 1(b) paragrafı için gerek yoktur. 1(c) paragrafında yoruma gerek yoktur.

(4) 1(d) paragrafı, depoziterin bir imzanın, bir belgenin veya bir çekincenin andlaşmanın hükümleriyle veya mevcut maddelerle uygun olup olmadığını inceleme ve gerekirse sorunu ilgili devletlerin dikkatine sunma şeklindeki görevini belirtmektedir. Yani bu bağlamda depoziterin yetkisinin kapsamı budur. Bir belge veya çekince depozitere düzgün görünmemişse, depoziter o devleti bu konuda uyarır ve o devlet gerekeni yapmazsa, görünüşteki usulsüzlük sorununu, bu taslağın 2. fıkrası uyarınca diğer devletlere bildirir.

(5) 73. maddenin bu konuyla ilgili olduğunu ve depoziterin görevini bunlara göre tam olarak yapması gerektiğini belirtmekten başka 1 (e) paragrafının yoruma ihtiyacı yoktur.

(6) 1(f) paragrafı, depoziterin andlaşmanın yürürlüğe girmesi için gerekli olan imza veya onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgeleri alındığı zaman veya depo edildiği zaman andlaşmaya taraf olmaya yetkili olan devletleri bunlardan haberdar etme şeklindeki görevini düzenlemektedir. Çok sayıda çekincenin konulması nedeniyle gerekli sayıya ulaşıp ulaşılmadığı sorunu bazen ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda, diğerlerinde olduğu gibi depoziterin ilk inceleme yapmaya yetkisi varsa da diğer devletleri bağlayıcı nitelikte olan nihai incelemeyi yapma yetkisi depoziterde bulunmamaktadır. Depoziterin yürürlüğe girme tarihi olarak uygun gördüğü tarihin kabul edildiğine bakılırsa, diğer dev-

²⁵⁷ ST/LEG/7.

letlerin buna itiraz edebilecekleri ve bunun sonucunda 2. paragraftaki düzene göre bir karar verildiği görülür.

(7) 1 (g) paragrafı hakkında bir yorum yapmaya gerek yoktur.

(8) 2. paragraf, bir devletle depoziter arasında sonuncusunun işlevleriyle ilgili olarak ortaya çıkacak herhangi bir görüş ayrılığı halinde, depoziter sorunu andlaşmaya taraf olmaya yetkili devletlerin veya yerine göre, ilgili uluslararası örgütün yetkili organının dikkatine sunacağını düzenlemektedir. Bu prensip, yukarıda değinildiği gibi, depoziterin olaylar veya görevleri hakkında değerlendirme yapma yetkisinin bulunmaması gerçeğiyle ilgilidir.

Bildirimler ve Yazışmalar MADDE 73²⁵⁸

Andlaşmanın veya mevcut maddelerin başka türlü öngörmesi müstesna olmak üzere, herhangi bir devletin mevcut maddelere göre yapacağı herhangi bir bildirim:

(a) hiç bir depoziter yoksa, doğrudan doğruya, tasarlanan devletlere veya bir depoziter varsa, sonuncusuna iletilecektir;

(b) ancak gönderilen devletçe alınması üzerine veya yerine göre depoziter tarafından alınması üzerine söz konusu devlet tarafından yapılmış kabul edilecektir.

(c) Depozitere gönderilirse, gönderilen devlet tarafından ancak bu devlet depoziter tarafından 72. maddenin 1(e) paragrafına göre haberdar edildiği zaman alınmış kabul edilecektir.

Şerh:

(1) Komisyonun on dördüncü, on beşinci ve on altıncı oturumlarında kabul ettiği geçici taslaklarda ilgili devletlere veya depoziterlere yapılan bildirimler ve yazışmalar hakkında hüküm içeren maddeler bulunmaktaydı. 1962 Taslağının 29. maddesi aynı zamanda depoziterin bu bildirim ve yazışmaları ilgili devletlere iletmesi hakkındaki göreviyle ilgili idi. On yedinci oturumda bu hükümlerin tekrar incelenmesi sırasında Komisyon, bildirim ve yazışmalar hakkındaki bir maddenin dağınık hükümlerden daha etkili olacağına karar vermiştir.

(2) Maddenin başında belirtildiği gibi, eğer andlaşmanın kendisi bildirim ve yazışmalar hakkında hüküm içeriyorsa bunlar öncelikle uygulanacaktır. Fakat yukarıdaki (a) paragrafı, bildirim ve yazışmaların hiç bir depoziter yoksa, doğ-

²⁵⁸ 1965 Taslağı, madde: 29 (bis).

rudan doğruya, tasarlanan devletlere veya bir depoziter varsa, sonuncusuna iletilecektir şeklindeki genel kuralı içermektedir ki depoziterin görevi bunları ilgili devletlere iletmektir. Maddenin (a) paragrafında belirtilen kural böyledir. Bu kural andlaşmanın “hayatı” ile ilgili olan rıza, çekince, itiraz, geçersizlik veya sona erme vs. hakkındaki bildirim ve yazışmalar ile ilgilidir. Depoziterler hakkında hüküm içeren andlaşmalar, bildirimler hakkında da hüküm içerebilirler. Normal olarak, içinde buldukları kapsam, hangi durumlarda tasarlanan devlete doğrudan bildirim yapılacağını açıklığa kavuşturmaktadır ve her hangi bir olayda prosedürün nasıl belirleneceği, Komisyona göre bir yorum meselesidir.

(3) Komisyonda görüşülen bir problem, bildirim ve yazışmaların hangi tarihte yapılmış sayılacağı ve bunların hangi tarihte ilgili devlet açısından etkili hâle geldiği meselesidir. (b) ve (c) paragrafları bu sorun hakkındaki Komisyonun kararlarını içermektedir. Komisyon bildirim ve yazışmaların direk olarak ilgili devlete iletildiği durumlarda bir problemin olmadığını belirtmiştir. Komisyon görüşüne göre bu durumda kural, bildirim ve yazışmaların ilgili devlete iletildiği zaman yapılmış sayılmasıdır. Benzer şekilde sonucu devlet bunları alıncaya kadar bunlar yapılmış sayılmaz. (b) paragrafında belirtilen durum budur.

(4) Asıl problem, bildirim ve yazışmaların diğer devletler iletilmek üzere depozitere gönderilmesindedir. Bu durumda, diğer devletlerin bunları almasına kadar bir süre geçecektir. Kaçınılmaz olarak, depoziterin idari süreci ve bunların tekrar iletilmesi de bir gecikmeye neden olacaktır. Üstelik bu gecikmenin günler değil haftalar olduğu Komisyon tarafından bilinmektedir. Prensipteki sorun, depoziterin ilgili devletlerin temsilcisi sayılarak buna yapılan bildirim diğer devletlere yapılmış sayılıp sayılmayacağındadır. Bu konuda Komisyonun çoğunluğu, depoziterin andlaşmayla ilgili işlemlerin yapılması için elverişli bir mekanizmadan başka bir şey olmadığını düşünmüşlerdir. Sonuç olarak, depoziter her bir tarafın temsilcisi olarak kabul edilemez ve depoziter tarafından bildirim ve yazışmaların alınmasının tasarlanan devletler tarafında alınmış olarak kabul edilemez. Eğer aksi görüş kabul edilmiş olsaydı, bu maddelerde veya çeşitli andlaşmalarda belirtilen çeşitli zaman dilimlerinin uygulanması etkilenecek ve depoziterin bir dikkat eksikliği, bildirim ve yazışmalar hakkında ciddi yanlışlıklara neden olabilirdi. Benzer şekilde bildirim ve yazışmaları aldığı sayılan devletler, bunları yapan devletin hakkını bilmeden ihlal edebilirdi.

(5) Komisyon bildirim ve yazışmaları yapan devletten depozitere ve oradan da ilgili devletler ulaşıncaya kadar geçen süre içinde bildirimi yapan ve alan devletlerin vis-a-vis ilişkilerinde teorik ve uygulamayla ilgili problemlerin çıkabileceğini düşünmüştür. Fakat bütün durumlara ve bildirim ve yazışmalara uy-

gulanabilecek genel bir kuralda böyle problemlerin çözülemeyeceğine karar vermiştir. Bu problemlerin iyi niyetle ve her olayın özelliğine göre çözülebileceğine karar vermiştir. Bu yüzden Komisyon kendisini (a) gönderen devlet ile bildirim ve yazışmaları yapmak ve (b) bunları ilgili devletlere iletmek gibi iki temel konuyla sınırlandırmıştır.

(6) Buna göre (b) paragrafı, herhangi bir devletin yapacağı herhangi bir bildirim ancak gönderilen devletçe alınması üzerine veya yerine göre depoziter tarafından alınması üzerine söz konusu devlet tarafından yapılmış kabul edilecektir hükmünü getirmektedir. Diğer taraftan (c) paragrafı, depozitere gönderilirse, gönderilen devlet tarafından ancak bu devlet depoziter tarafından 72. maddenin 1(e) paragrafına göre haberdar edildiği zaman alınmış kabul edileceğini düzenlemektedir. Buna göre, maddede belirtilen zaman limitinin başlaması, tasarlanan devlet tarafından bilginin alındığı tarihtir.

(7) Maddenin (a), (b) ve (c) fıkralarından önce “Andlaşmanın veya mevcut maddelerin başka türlü öngörmesi müstesna olmak üzere” denmiştir. Açıkça, eğer andlaşma bildirim ve yazışmalar hakkında bir hüküm getirmişse bunlar uygulanacaktır. “Mevcut maddeler” şeklindeki istisna maddenin başına, bu madde ile 13. madde (onay, kabul vs. belgelerinin değişimi veya depo edilmesi) ve 21. madde (andlaşmaların yürürlüğe girmesi) arasındaki ilişkinin yanlış anlaşılmasını önlemek için konulmuştur. 13. maddenin şerhinde de belirtildiği gibi, bu maddenin amacı andlaşmayla bağlanmak için gerekli olan rızanın açıklanmasıdır. Taraflar depo işleminin, depo eden devlet ile diğer devlet arasında bir bağ kuracağını kabul etmişlerdir. Depoziterin görevi depo işlemini diğer devletlere bildirmektir, fakat var olan uygulamaya göre bildirim, depo eden devlet ile bunlar arasında andlaşmayla hukuki bir ilişki kurmasının önemli bir bölümü değildir. Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri hakkında Viyana Konvansiyonu gibi bazı konvansiyonlar, onay vs. işlemlerinin yürürlüğe girmesi için diğer devletler açısından kısa bir sürenin geçmesini öngörmektedirler. Fakat andlaşmada aksi düzenlenmedikçe, “bildirim”, depo eden devlet ile diğer devletler arasında hukuki bir bağın kurulması için önemli bir bölüm değildir. Benzer şekilde, andlaşma aksini öngörmedikçe, bildirim yürürlüğe girme işleminin önemli bir bölümü değildir. Sonuç olarak, 13. ve 21. maddeler ile bu madde arasında bir zıtlık yoktur.

(8) Maddenin amacı bildirim ve yazışmaların bu maddelere göre yapılmasıdır. Bu şerhin 2. paragrafında değinildiği gibi, andlaşmalara göre yapılması gereken bildirim ve yazışmalar çeşitlidir. Bu maddede düzenlenen kurallar bazı durumlarda uygun olmayabileceğinden Komisyon, bu maddenin uygulanmasını bu hükümlere göre yapılan bildirim ve yazışmalarla sınırlandırmaya karar vermiştir.

Andlaşmaların Metinlerinde veya Tasdikli Suretlerindeki Hataların Düzeltilmesi
MADDE 74²⁵⁹

1. Bir andlaşma metninin tevsik edilmesinden sonra, akit devletlerin andlaşmanın bir hata ihtiva ettiği hususunda mutabık kaldığı hallerde, diğer düzeltme vasıtaları kararlaştırılmış olmadıkça, hata:

(a) metinde uygun düzeltmeleri yaptırarak ve usulüne göre yetkilendirilmiş temsilcilere parafe ettirerek,

(b) düzeltilmesi kabul edilmiş olan hatayı belirten bir belgeyi veya belgeleri ikmal etmek veya değiş-tokuş etmek suretiyle,

(c) orijinal metnin düzeltilmesinde uygulanan aynı usulü kullanarak bütün andlaşmanın düzeltilmiş bir metnini ikmal ederek düzeltilir.

2. Andlaşma depoziteri olan bir andlaşma ise, depoziter:

(a) uygun bir zaman dilimi içinde itiraz edilmemişse, akit devletleri hatadan ve onu düzeltme tekliflerinden haberdar edecektir,

(b) zaman limitinin sona ermesi üzerine eğer hiç bir itiraz ileri sürülmemişse, depoziter metinde düzeltmeyi yapacak ve parafe edecektir ve metnin düzeltilmesiyle ilgili bir tutanak özetini çıkaracaktır ve kopyasını akit devletlere iletacaktır.

(c) hedeflenen düzeltmeye bir itiraz yapılmışsa, depoziter itirazı diğer akit devletlere bildirecektir.

3. 1. ve 2. paragraflarda yer alan kurallar, metnin iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği durumlarda ve imzacı devletlerle akit devletlerin düzeltmenin yapılması hususunda mutabık olmadıkları anlaşılan durumlarda da uygulanır.

4. (a) düzeltilmiş metinler, hatalı metnin yerine geçer, meğer ki imzacı devletler ve akit devletler aksini kararlaştırmış olsun.

(b) tescil edilmiş olan bir andlaşma metninin düzeltilmiş şekli Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine verilecektir.

5. Bir andlaşmanın tasdikli bir suretinde bir hata tespit edilirse, depoziter düzeltmeyi gösteren bir tutanak özetini çıkaracak ve bir suretini imzacı devletlere ve akit devletlere iletacaktır.

²⁵⁹ 1962 Taslağı, madde: 26 ve 27, ve 1965 Taslağı, madde: 26.

Şerh:

(1) Andlaşmaların metinlerinde bazen hatalar ve çelişkiler bulunabilmektedir ve Komisyon bunların düzeltilmesi ile ilgili hükümleri taslak maddelerine koymaya karar vermiştir. Hata veya çelişki, bir baskı hatasından veya yanlış tanımlama veya yanlış anlamadan kaynaklanan yanlış düzenlemeden ileri gelebilir ve düzeltmeyle tevsik edilen esas metne ulaşılabilir. Eğer iddia edilen hata veya çelişkinin varlığı konusunda ihtilaf çıkarsa, problem hatanın düzeltilmesi ile ilgili küçük bir problem değil, 45. maddenin kapsamına giren bir hata haline gelir. Bu madde sadece hata veya çelişkinin bulunduğu konusunda anlaşmazlığın olmadığı durumlarda uygulanır.

(2) Depoziterin olup olmamasına göre düzeltmenin metotları değiştiğinden, 1962 Taslağı bu durumları iki ayrı maddede düzenlemişti.²⁶⁰ Komisyon on yedinci oturumunda bunları birleştirmeye karar vermiştir. Aynı zamanda hükümetlerin yorumlarına göre bunların hükümlerinin verimliliğini arttırmaya karar vermiştir. Bu yüzden bu madde 1962 Taslağında bulunan iki hükmün birleştirilmiş ve kısaltılmış biçimini içermektedir.

(3) 1. paragraf, depoziterin bulunmadığı durumlarda hatanın düzeltilmesi ile ilgilidir. Hangi metotla hatanın düzeltileceğini belirlemek konusunda kararı ilgili devletler verecektir. Bu yüzden 1. paragrafta bulunan kural sadece düzeltmenin yapılabileceği yolları göstermektedir.²⁶¹ Hatanın bu üç teknikten biriyle düzeltilebileceğini belirtmektedir. Normal yollar (a) ve (b) paragraflarında olanlardır. Had safhadaki olaylarda (c) paragrafına göre düzeltme yapılabilir.²⁶²

(4) 2. paragraf, çok taraflı olan ve bir depoziterin bulunduğu andlaşmalarla ilgilidir. Burada düzeltme ile ilgili olarak ilgili devletlerin rızasının elde edilmesi birkaç devleti etkilemektedir ve görev depozitere düşmektedir. Paragrafın kaleme alınışında Komisyon, *Çok Taraflı Andlaşmaların Depoziteri Olarak Genel Sekreterin Uygulaması'nın Özeti*'nden yararlanmıştı.²⁶³ Depoziterin tekniği, ilgili bütün devletleri hatadan veya çelişkiden ve bunun düzeltilmesi için önerisinden haberdar etmek ve bunlara itiraz edilebilecek bir süre koymaktır. Eğer bir itiraz gelmezse, depoziter değişikliği yapar ve bir tutanak oluşturur ve bunun kopyasını ilgili devletler iletir. (Uygulamanın Özeti'nin 9. sayfasında bulunan örnek olay, Genel Sekreter tarafından, hatalı metni imzalamış bulunan devletlerin rızasının elde edilmesinin düzeltme için yeterli görüldüğünü göster-

²⁶⁰ 26 ve 27. maddeler.

²⁶¹ Uygulamadaki örnekler için bkz: *Hackworth's Digest of International Law*, vol. 5, pp. 93-101.

²⁶² Örneğin bkz: *Hackworth's Digest of International Law*, loc. cit.

²⁶³ Bkz: 8-10, 12, 19-20, 39 (dipnot) sayfalar ve 1 ve 2. ekler.

mektedir.) Fakat genel bir kural koyarken, akit bütün devletlere bildirim gönderilmesinin öngörülmesi daha iyi görünmüştür.

(5) 3. paragraf, 1. ve 2. paragraflarda yer alan kuralların, metnin iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği durumlarda ve imzacı devletlerle akit devletlerin düzeltmenin yapılması hususunda mutabık olmadıkları anlaşılan durumlarda da uygulanacağını düzenlemektedir. Komisyon, hataların tevsik edilen metinde değil diğer dillerdeki versiyonlarında bulunabileceğini yani çeviri hatalarının olabileceğini düşünmüştür. Bu durum anlaşmanın tevsik edilmiş metnini değiştirmedikten Komisyon bu konunun bu maddede değinilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Bu durumlarda her hangi bir formaliteye gerek olmadan akit devletler değişiklik yapabilirler. Buna göre Komisyon bu noktaların maddede değinilmesinin yeterli olacağına karar vermiştir.

(6) 4(a) paragrafı, her hangi bir şüphe bırakmamak için, aksi kararlaştırılmadıkça düzeltilmiş metinlerin *ab inito* olarak hatalı metnin yerine geçeceğini belirtmiştir. Düzeltilmiş metin hatalı metnin yerine geçtiğinden, düzeltilmiş metin orijinal metnin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli kabul edilir.

(7) Maddede bulunan kurallar, bir depoziterin bulunduğu durumlarda “akit devletlerin” değişikliğe rızalarının bulunması gerektiğini belirtmektedir. Komisyon henüz anlaşmayla bağlanma işlemlerini tamamlamamış görüşmeci devletlerin de değişiklik hakkında bazı ilgilerinin bulunduğunu düşünmüştür ve uygulamada depoziterler genellikle akit devletler kadar görüşmeci devletlere de değişiklik önerisi ile ilgili bildirimde bulunmaktadırlar. Komisyon da maddenin akit devletler kadar görüşmeci devletlere de bildirim yapılmasını öngörüp öngöremeyeceğini düşünmüştür. Fakat bunun maddeyi gereksiz yere karmaşıktıracağına karar vermiştir. Buna göre, depoziterin görevinin öneriyi “akit devletler”e bildirmek olduğuna karar vermiştir. Aynı zamanda, bu sınırlamanın “görüsmeci devletlere” bildirim yapılmasını engellediğinin düşünülmesini, özellikle anlaşmanın metninin kabul edilmesinin üzerinden uzun bir sürenin geçmediği durumlarda, istememiştir.

(8) 4(b) paragrafı, tescil edilmiş olan bir anlaşma metninin düzeltilmiş şeklinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine verileceğini belirtmektedir. Bunun tescilinin Uluslararası Anlaşmaların ve Anlaşmaların Tescili ve Yayınlanması hakkındaki Genel Kurul Yönetmeliği'nin²⁶⁴ 2. maddesine uygun olmasını istemiştir.

²⁶⁴ 2. madde şöyledir: “Bir anlaşma veya uluslararası sözleşme Sekreterliğe tescil ettirildiğinde, taraflarda bir değişiklik yapılmasını gerektiren herhangi bir sonraki eylem gerçekleşirse, veya şartlarda, amaçta ve uygulamada bir değişiklik olduğunda bunlar da sekreterliğe tescil edilmelidir.”

(9) Bir andlaşmanın tasdikli suretleri çok taraflı andlaşmaların uygulanmasında önemlidir, çünkü bunlar bireysel olarak devletlerin elinde bulunan örneklerdir. Tevsik edilmiş doğru bir metin bulunduğundan, düzeltme için 2. paragraftaki detaylı prosedürlere gerek bulunmamaktadır. Bu yüzden 5. paragraf, uygun bir tutanağın oluşturulmasının ve bunun akit devletlere iletilmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir.

Andlaşmaların Tescili ve Yayınlanması MADDE 75²⁶⁵

Mevcut maddelerin taraflarınca yürürlüğe sokulan andlaşmalar en kısa sürede Birleşmiş Milletler Sekreterliğine tescil ettirilir. Bunların tescili ve yayınlanması Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen kurallara göre olur.

Şerh:

(1) Milletler Cemiyeti Misakının 18. maddesindeki örnek niteliğindeki hükmün farklı terimlerle tekrarı olan Şartın 102. maddesi 1 paragrafında, Birleşmiş Milletlerin herhangi bir üyesi tarafından Statünün yürürlüğe girmesinden sonra yapılan bütün andlaşmalar ve bütün sözleşmeler “en kısa zamanda Sekretere tescil edilmeli ve onun tarafından yayınlanmalı” hükmünü içermektedir. Statünün kapsamının üye devletlerle sınırlı olmasına rağmen, uygulamada üye olmayan devletler de andlaşmalarını alışıldığı üzere Birleşmiş Milletler Sekreterliğine “tescil” ettirmektedir. Genel Kurul tarafından kabul edilen Uluslararası Andlaşmaların ve Sözleşmelerin Tescili ve Yayınlanmasını içeren Kuralların 10. maddesi kapsamında Birleşmiş Milletlere üye olmayan bir devlet andlaşmaya taraf ise “tescil” terimi yerine “dosyalamak ve kaydetmek” terimleri kullanılmaktadır, fakat özünde bu bir gönüllü tescildir. Komisyon, andlaşmalar hukuku kapsamında bir sözleşmeye taraf olan bütün devletlerin Birleşmiş Milletlerin Sekreterliğine andlaşmaları tescil ettirme yönünde olumlu bir yükümlülüğü yüklediklerinin kabul edilmesinin uygun olacağını düşünmektedir. Komisyon belirli bazı uluslararası örgütlerin, örgütle bağlantılı andlaşmaları tescil sistemlerinin olduğunu değerlendirmiştir. Fakat bu özel tescil sistemleri ne Statüdeki andlaşmaları ve Birleşmiş Milletler Sekreterliğine uluslararası andlaşmaları tescil yükümlülüğünü, ne de, Komisyonun düşüncesine göre, olabildiği kadar Birleşmiş Milletlere tescil merkez sistemini oluşturma yükümlülüğünü genelleştirme düşüncesini etkilemektedir.

²⁶⁵ 1962 ve 1965 Taslakları, madde: 25.



(2) Mevcut madde bundan dolayı “mevcut maddelere taraf olanlar tarafından yapılan andlaşmaların olabilecek en kısa zamanda Birleşmiş Milletler Sekreterliğine tescil edilmesi gerektiğini” belirtmiştir. “Tescil” terimi hem genel anlamda “tescil” hem de “dosyalamak ve kaydetmek” terimlerini, Genel Kurulun kurallarındaki bu terimlerin anlamlarıyla birlikte kapsamaktadır. “Dosyalamak ve kaydetmek” terimleri “tescil” teriminden farklı olarak kullanılmaya devam ettikçe, Genel Kurul ve Genel Sekreter için karar verilmesi gereken bir mesele olabilir. Komisyon, Statünün 102. maddesi kapsamında başvurulabilecek olan yaptırıma, aynı zamanda belirli bir biçimde üye olmayanlarda da başvurulabileceğini teklif etmekte tereddüt etmiştir. Fakat bu Birleşmiş Milletlerin organlarının prosedürleriyle ilgili bir mesele olmasından dolayı, genel bir Konvansiyona üye olmayanlar tarafından kabul edilen böyle bir yükümlülüğün ihlalinin mantıklı olarak bu yaptırımı etkiliyormuş gibi görülebileceğini düşünülmüştür.

(3) Maddedeki ikinci cümle tescil ve yayınlanmanın Genel Kurul tarafından kabul edilen kurallarla yapılacağı belirtilmiştir. Komisyon 14 Aralık 1986 97(1) (1 Aralık 1949 364B (IV) ve 12 Aralık 1950 482 (V) tavsiyelerinde düzeltildiği gibi) tavsiyesinde kabul edilen Genel Kurul Kararları hükümlerinin taslak maddeleri içinde birleştirilip birleştirilmeyeceğini düşünmüştür. Bu tavsiyeler Statünün 102. maddesine başvuru için gerekli durumları belirlediğinden dolayı önemlidir. Bunun yanında, bu tavsiyelerin yönetsel karakterleri ve Genel Kurul tarafından tadil edilmiş konular olmaları gerçeğiyle ilgili olarak, Komisyon onlara genel terimlerle atıf yaparak 75. maddedeki tavsiyelerle birleştirerek kendisini sınırlayacağı sonucuna varmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri^(*)

In the Light of Decisions of Regional Court of Justice
Mandatory Mediation in Commercial Cases and
Consumer Credit Contracts

Arş. Gör. **Abdülhamit YILMAZ**^(**)

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi uyarınca, ticari davalarda arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talepleri hakkında, dava açmadan önce arabulucuya başvurulması gerekir. Söz konusu düzenleme, 1.1.2019 tarihinden itibaren açılacak olan davalara uygulanır. Tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı konusunda, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen farklı içerikte kararlara rastlanmaktadır. Bazı kararlarda tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari davalar için öngörülen zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu belirtilmekte; diğer kararlarda ise, aksi yönde sonuca varıldığı görülmektedir. Bu çalışmada, ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun, tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsayıp kapsamadığı sorunu, konuyla ilgili verilmiş olan bölge adliye mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Zorunlu Arabuluculuk, Dava Şartı, Ticari Dava, Tüketici İşlemi, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri.

Abstract

According to the article no. 5/A which was added to Turkish Commercial Code No. 6102, mediation has been made mandatory in commercial cases. In other words, it is regulated as a cause of action. With respect to the provision, it needs to be applied to mediator prior to litigation which is about debt or compensation claims regarding payment of a sum of money. The regulation in question, is applied to the cases that will be commenced as of 1 January 2019. Different decisions on whether the disputes arising from consumer credit contracts are subject to mandatory mediation or not, have been made by regional courts of justice. In some decisions, it is implied that the disputes arising from consumer credit contracts are subject to mandatory mediation which

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 15.10.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 15.10.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 16.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 15.10.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 21.10.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: abdulhamityilmaz@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0317-7824>.



is only for commercial cases; in other decisions, it is observed that counter-conclusions have been put forth. In this study, in the light of decisions made by regional courts of justice, it is examined the question of whether mandatory mediation in commercial cases comprises the disputes arising from consumer credit contracts or not.

Keywords

Mandatory Mediation, Cause of Action, Commercial Case, Consumer Transaction, Consumer Credit Contracts.

1. İNCELEMENİN KONUSUNU OLUŞTURAN KARARLAR

A. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nin 11.4.2019 Tarihli Kararı

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, kredi kartı sözleşmesinden doğan borcun ödenmemesine ilişkindir. Davalı, kendisine gönderilen ihtarnameye rağmen ödeme yapmamış; davacı taraf ise, alacağın tahsili için icra takibi başlatmış, sonrasında davalının itirazı üzerine duran takibin devamı için İstanbul 13. Tüketici Mahkemesi'nde itirazın iptali istemiyle dava açmıştır. Mahkeme, ortaya koyduğu gerekçede, uyuşmazlığın bankacılık sözleşmesinden kaynaklandığını, açılan davanın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.4-f.1b.(f) uyarınca ticari dava sayıldığını, 7155 sayılı Kanun m.20 doğrultusunda ticari davalarda arabulucuya başvurmanın dava şartı olarak düzenlendiğini, itirazın iptali davasının da eda davası sayılması nedeniyle arabulucuya başvurma dava şartının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda mahkeme, eldeki dava kapsamında arabulucuya başvurulmadığının sabit olduğunu belirterek, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermiştir. Davacı, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bankacılık sözleşmesinden kaynaklanması nedeniyle TTK m.4 kapsamında yer almadığını; dolayısıyla söz konusu uyuşmazlığın, ticari dava niteliği taşımadığını ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümleri uyarınca tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğini ileri sürerek, yerel mahkemenin kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 19. Hukuk Dairesi (HD), taraflar arasındaki uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklandığını ve ticari dava niteliği taşımadığını belirterek yerel mahkemenin kararını hatalı bulmuştur. Daire ayrıca, itirazın iptali davasının TTK m.5/A kapsamında kabul edilemeyeceğini ifade etmiş ve davacının istinaf talebini kabul ederek dosyayı yerel mahkemeye iade etmiştir.¹

¹ İstanbul BAM. 19. HD., 2019/1062 E., 2019/937 K., 11.4.2019 T. (Kazancı) (Erişim Tarihi: 16.9.2019); Aynı dairenin benzer yöndeki kararları için bkz. İstanbul BAM. 19. HD., 2019/956 E., 2019/925 K., 8.4.2019 T.; İstanbul BAM. 19. HD., 2019/1060 E., 2019/936 K., 11.4.2019 T.; Is-

B. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 3.5.2019 Tarihli Kararı

Dava konusu uyuşmazlık, taraflar arasındaki belirli süreli tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmelerinden doğan alacağın tahsiline ilişkin, davacı tarafça başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptaline yöneliktir. Yerel mahkeme, 01.01.2019 tarihinden itibaren ticari uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurmanın dava şartı olduğunu, dava dilekçesinde arabulucuya başvurulduğuna dair bir belgeye ve bilgiye rastlanmadığını, dolayısıyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)² m.18/A-f.2 son cümle uyarınca arabulucuya başvurulmadan dava açıldığını belirterek, davanın usulden reddine karar vermiştir.³ Davacı taraf, bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurmuş; tüketici mahkemesinde açılan itirazın iptali davasının arabulucuya başvurma dava şartına tabi olmadığını, sadece ticari davalar açısından zorunlu arabuluculuğun söz konusu olduğunu, bu gerekçelerle mahkeme kararının yerinde olmadığını beyan ederek, kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. HD, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklanmasının, aynı uyuşmazlığın ticari dava olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyeceğini, dolayısıyla somut uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında yer aldığını ifade ederek, davacının istinaf talebinin reddine karar vermiştir.⁴ Yine kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanan benzer bir uyuşmazlıkta Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD, “*uyuşmazlığı çözmekle görevli olan mahkemenin tüketici mahkemesi olması hususunun, davanın ticari dava niteliğini değiştirmeyeceğini*” ve uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu belirterek, davacı tarafın istinaf talebini esastan reddetmiştir.⁵

tanbul BAM. 19. HD., 2019/1075 E., 2019/939 K., 11.4.2019 T. (Sinerji) (Erişim Tarihi: 1.10.2019); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi'nin 23.05.2019 tarihli, tam aksi yöndeki kararı için bkz. İstanbul BAM. 18. HD., 2019/1339 E., 2019/1098 K., 23.05.2019 T. (Sinerji) (Erişim Tarihi: 1.10.2019).

² R. G. T. 22.12.2012, S. 28331.

³ Benzer bir başka uyuşmazlık kapsamında, bireysel kredi sözleşmesine istinaden banka tarafından tahsil edilen 'dosya masrafı' kesintilerinin haksız olduğu ve dolayısıyla iadesi gerektiği gerekçesi ile tüketici tarafından icra takibi başlatılmış; davalı bankanın itirazı üzerine duran takibin devamı ve itirazın iptali istemiyle Ankara 10. Tüketici Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Yerel mahkeme tarafından verilen 04.09.2019 tarihli kararda, “*Dava konusu uyuşmazlığın, ... TTK 4/1-f maddesindeki 'Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi sayılır.' düzenlemesi nedeni ile ticari dava niteliğinde olduğu görülmüştür. Gerek dava dilekçesi içeriğinde gerekse ekinde yer alan belgelerde arabulucuya başvurulduğuna ilişkin bilgi belge bulunmadığı ve arabulucuya başvurulduğuna dair bir iddia da olmadığı görüldüğünden, 6325 sayılı kanunun dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesi uyarınca davanın usulden reddine karar vermek gerekmiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir. T.C. ANKARA 10. TÜKETİCİ MAHKEMESİ, E. 2019/324, K. 2019/395, T. 04.09.2019.

⁴ Ankara BAM. 3. HD., 2019/856 E., 2019/834 K., 3.5.2019 T. (Kazancı) (Erişim Tarihi: 16.9.2019).

⁵ Ankara BAM. 23. HD., 2019/646 E., 2019/728 K., 6.5.2019 T. (Sinerji) (Erişim Tarihi: 16.9.2019).

2. DEĞERLENDİRME

A. Hukuki Sorun

İncelememizin esasını oluşturan Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında, ticari davalar açısından getirilen zorunlu arabuluculuğun, tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanabilirliği irdelenmiştir. Söz konusu kararlarda ticari dava ile tüketici işlemi kavramları arasındaki ilişki ve ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun kapsamı açıklanmaya çalışılmıştır. Kararların bir kısmında, tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu; bir kısmında ise, -diğerlerinin tam aksine- söz konusu uyuşmazlıklar açısından arabulucuya başvurmanın zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD verdiği kararda ayrıca, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin (ticari) davaların arabulucuya başvurma şartına tabi olduğunu, itirazın iptali davasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda çalışmamızda, öncelikle 7155 sayılı Kanun'la getirilen ticari davalarda arabulucuya başvurma dava şartı, sonrasında ticari dava ve tüketici işlemi kavramları -ayrıca ilgili Bölge Adliye Mahkemesi kararları- ışığında tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirilecektir.

a. Ticari Davalarda Zorunlu (Dava Şartı Olarak) Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuğun dünya genelinde farklı uygulamaları⁶ olsa da, ülkemizde 'dava şartı olarak arabuluculuk' yönteminin benimsendiği ve bu yöntemin ilk olarak 7036 sayılı "*İş Mahkemeleri Kanunu*" ile 2018 yılından itibaren uygulanmaya başlandığı söylenebilir.⁷ Yine benzer şekilde, 6.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı "*Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun*" m.20 uyarınca, TTK'ya "*dava şartı olarak arabuluculuk*" başlıklı 5/A maddesi eklenmiştir. Söz konusu hüküm doğrultusunda, TTK m.4'te ve diğer kanunlarda belirtilen "*ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı*"

⁶ Zorunlu arabuluculuk sistemlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Seda Özümücü, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 74, S. 2, s. 807 vd.; Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 31-33.; Karşılaştırmalı hukukta arabuluculuğa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Özlem Bora, *Arabuluculuk sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Atılım Üniversitesi, 2019, s. 33-40.

⁷ R. G. T. 12.10.2017, S. 30221.; Özümücü, a.g.m., s. 834.; Nesibe Kurt Konca, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk)", *Seta Perspektif Dergisi*, 2018, S. 225, s. 2.; İlker Koçyiğit/Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019, s. 47.; Bora, a.g.e., s. 85.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 32.

olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm, 7155 sayılı Kanun m.21 ve 26 doğrultusunda,⁸ 01.01.2019 tarihinden sonra açılacak olan davalar için uygulama alanı bulacaktır.⁹ Bu bağlamda hükmün özünü oluşturması nedeniyle, dava şartı kavramına ilişkin genel bir çerçevenin çizilmesi faydalı olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile ilk defa yasal düzenlemeye konu edilen¹⁰ dava şartları, açılan bir davanın esasına ilişkin inceleme yapılabilmesi noktasında önemli bir kavramdır. Kanunda tanımı yapılmamakla birlikte, nelerin dava şartı olduğu HMK m.114'te sayılmıştır. Doktrindeki genel kabule göre dava şartları, “*davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır.*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹ HMK m.114-f.1'de, açılan her tür dava için aranan genel nitelikteki dava şartları düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise, bir kısım davalar için diğer kanunlarla getirilen özel nitelikteki dava şartlarının var olabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla ön inceleme aşamasında, genel dava şartları yanında, özel nitelikteki dava şartları açısından da gerekli denetim yapılmalıdır.¹² Dava şartlarının bir kısmı, dava açılırken bulunması gereken (olumlu) dava şartları; bir kısmı da yine dava açılırken bulunmaması gereken (olumsuz) dava şartları olarak karşımıza çıkar.¹³ Dava şartlarının varlığı ya da yokluğu, tarafların talepte bulunmasına veya ileri sürmesine gerek kalmaksızın, yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır.¹⁴ Dava şartlarına riayet edilmesi, davanın açılması için değil, açılmış bir davanın

⁸ 7155 sayılı Kanun m.21: “6102 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. Geçici m.12: (1) Bu Kanunun dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz.”; 7155 sayılı Kanun m.26: “(1) Bu Kanunun; a) ... 20 ve 21'inci maddeleri 1/1/2019 tarihinde, ... yürürlüğe girer.” R. G. T. 19.12.2018, S. 30630.

⁹ Koçyiğit/Bulur, a.g.e., s. 47.; Bu tarih itibarıyla açılmış ve halen görülmekte olan davalar için arabuluculuğun zorunlu değil, ihtiyari olduğu yönünde bkz. Kurt Konca, a.g.m., s. 5.

¹⁰ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 203.; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 280.

¹¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 280.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 140.; Bora, a.g.e., s. 85.; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Bariş Toraman/Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 265.; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 151.; Ömer Emekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 149-150.

¹² Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, a.g.e., s. 265, 274.; Emekçi/Özkes/Atalı, a.g.e., s. 150.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 289.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, a.g.e., s. 204, 209.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 140.

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özkes, a.g.e., s. 204.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 280.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 140-141.

¹⁴ Emekçi/Özkes/Atalı, a.g.e., s. 152.; Budak/Karaaslan, a.g.e., s. 151, 166.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, a.g.e., s. 265.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, a.g.e., s. 209-211.; Özümücü, a.g.m., s. 833-834.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 280, 290.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 143.

esastan incelenebilmesi ve dava hakkında karar verilebilmesi için gereklidir.¹⁵ Bu bağlamda mahkeme, yaptığı inceleme neticesinde dava şartı noksanlığını tespit ederse, açılmış olan (derdest) davanın usulden reddine karar verir.¹⁶ Bununla birlikte dava şartlarındaki noksanlık giderilebilir nitelikte ise, noksanlığın giderilmesi için kesin süre verilir. Söz konusu süre içerisinde dava şartı noksanlığı yine giderilmemişse, dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmelidir.¹⁷

Ticari davalarda arabuluculuk dava şartı, HMK m.114-f.1'de sayılan genel nitelikteki dava şartları dışında, belirli uyuşmazlıklar için özel bir düzenleme ile getirildiğinden, özel nitelikteki dava şartları arasında yer alır. Arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıklarda, HUAK m.18/A-f.2 gereği davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemekle yükümlüdür. Bu belgelerin mahkemeye ibraz edilmemesi halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaz ve dava şartı yokluğu sebebiyle dava usulden reddedilir (HUAK m.18/A).¹⁸ Dolayısıyla arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş sayılabilmesi için, arabulucuya başvurulmuş olması yeterli görünmemektedir. Davacının, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmanın sağlanamadığına ilişkin belgeleri, dava dilekçesine eklemesi ya da kendisine verilen kesin süre içerisinde mahkemeye sunması gerekir.¹⁹ Aksi takdirde, dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddedilmesi gündeme gelir. Ayrıca HUAK m.18/A-f.2'de belirtilen kesin sürenin, HMK m.115-f.2'de düzenlenen kesin süre ile aynı nitelikte olmadığı ifade edilmelidir. Zira HUAK m.18/A-f.2 uyarınca dava şartı olarak arabuluculuğa hiç başvurulmuş olmaması, sonradan giderilebilen bir noksanlık olarak değerlendirilmemektedir.²⁰ Bu halde, dosyadan arabulucuya

¹⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 280.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, a.g.e., s. 265.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 141.; Emekçi/Özekes/Atalı, a.g.e., s. 150.

¹⁶ Özmumcu, a.g.m., s. 834.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, a.g.e., s. 265.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 141.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 290.

¹⁷ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, a.g.e., s. 265.; Budak/Karaaslan, a.g.e., s. 166.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 210-211.; Azaklı Arslan, a.g.e., s. 143.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 291.

¹⁸ Kurt Konca, a.g.m., s. 3.; Bora, a.g.e., s. 75, 87.; Koçyiğit/Bulur, a.g.e., s. 48.

¹⁹ Azaklı Arslan, a.g.e., s. 141.

²⁰ Koçyiğit/Bulur, a.g.e., s. 48.; Zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıkları açısından benzer çıkarım için bkz. Özmumcu, a.g.m., s. 834.; *Azaklı Arslan*, arabulucuya başvurma için kesin süre verilmemesinin yerinde bir düzenleme olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu hükmün özü itibarıyla hak arama özgürlüğüne ve usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğunu, bu doğrultuda ara-

başvurulmadığının anlaşılması halinde, HMK m.115-f.2'deki kesin süre verilmeksizin, davanın yine usulden reddedilmesi gündeme gelecektir.

Ticari davalarda arabuluculuğu dava şartı haline getiren TTK m.5/A-f.1 kapsamına hangi tür uyuşmazlıkların girdiğinin tespit edilmesi, yargı kararlarında istikrarın sağlanması noktasında önem arz etmektedir. Düzenlemede yer alan "... ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında ..." ifadesi ile hükmün kapsamına ilişkin genel bir çerçeve ortaya konulmuştur. Ancak uyuşmazlığın başlangıcı, gelişimi ve tarafların attığı adımlar, her zaman salt alacak ve tazminat talebini içeren bir eda davasını karşımıza çıkarmayabilir.²¹ Bu bağlamda, ilamsız icra takibinde borçlunun itirazı üzerine duran takibin devamını sağlayan itirazın iptali davası, konumuz açısından özellikle ele alınmalıdır. Zira İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD, incelediğimiz kararında itirazın iptali davasını, alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin kabul etmeyerek dava şartı arabuluculuktan istisna tutmuş; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. ve 23. HD ise, açılan itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki, itirazın iptali davası her ne kadar takip hukukuna özgü bir kurum olsa da, yargılaması genel hükümlere göre genel mahkemelerde gerçekleştirilen bir davadır.²² Bu davada alacaklı, kendisinin alacaklı olduğunun mahkeme kararıyla tespit edilmesini talep etmekte ve takibin devamını sağlayarak alacağına kavuşmayı amaçlamaktadır.²³ İtirazın iptali davası neticesinde alacağın ödenmesine yönelik

bulucuya başvurmaları için taraflara süre verilerek bu durumun bekletici mesele yapılmasının gerektiğini, böylesi bir sonucun arabuluculuğun amacına daha uygun düşeceğini ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Azaklı Arslan, a.g.e., s. 144.; Budak, iş uyuşmazlıkları açısından zorunlu arabuluculuğu değerlendirirken, arabulucuya hiç başvurulmadığının ön inceleme aşamasında tespiti halinde, bir haftalık kesin sürenin verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bu süre içerisinde arabulucuya başvurularak anlaşamama son tutanağının mahkemeye sunulması halinde, dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddedilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Arabulucuya hiç başvurulmadığının, davanın sonraki aşamalarında anlaşılması durumunda ise, dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilecektir. Budak ayrıca, arabulucuya başvuru için davacıya süre verilmemesini ve bu durumun bekletici sorun yapılmasını, usul ekonomisi ilkesine aykırı görmektedir. Bkz. Budak/Karaaslan, a.g.e., 434-435.; Benzer bir eleştiri için bkz. Emekçi/Özekes/Atalı, a.g.e., s. 153-154.

²¹ Bora, ilgili maddenin lafzının karışıklığa sebep olduğunu ve hangi davaların zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu konusunda tartışmaların yaşandığını, dolayısıyla menfi tespit vb. davalar açısından netliğin sağlanması için maddenin yeniden düzenlenmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bilgi için bkz. Bora, a.g.e., s. 126.

²² Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s. 114-116.; Kurt Konca, a.g.m., s. 5.; Ejder Yılmaz, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği, *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, 2009, s. 599-600.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 107-110.; Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Takip İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 101, s. 41.

²³ Yılmaz, a.g.m., s. 609.; Kuru, a.g.e., s. 115, 117.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 108.; Boran Güneysu, a.g.m., s. 41.

bir karar verilmemesi, diğer bir ifadeyle verilen kararın ilamlı icraya konu edilememesi, bu davanın takip hukukuna özgü bir kurum olarak salt takibin devamını sağlama işlevinden kaynaklanır. Her ne kadar dava neticesinde doğrudan ‘alacağın ödenmesi/tahsili’ şeklinde karar verilmese de, alacağın varlığı mahkeme kararıyla belirlenmekte ve alacaklı takibe devam ederek alacağına kavuşmaktadır.²⁴ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. HD’nin 19.9.2019 tarihli kararında²⁵ da belirttiği gibi TTK m.5/A-f.1’deki düzenleme, eda davası ya da tespit davası gibi bir ayırım yapmaksızın, dava türlerinden ve talep sonucundan bağımsız olarak uyuşmazlığın temelini esas almıştır. “*Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” ifadesi, açılacak olan davanın adı ya da türü ne olursa olsun, nihayetinde alacağın/tazminatın ödenmesi veya ödenmemesi sonucunu doğrudan ya da dolaylı olarak beraberinde getirebilecek her türlü uyuşmazlığı (ticari davayı) kapsamaktadır. Dolayısıyla yargılama neticesinde, takibin devamı ve alacağın tahsili ya da alacağın mevcut olmadığı ve takibin iptali sonuçlarını beraberinde taşıyan itirazın iptali davası,²⁶ kanaatimizce -İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD’nin görüşünün aksine- alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davalardan (TTK m.5/A) biri olarak, dava şartı arbuluculuk kapsamında değerlendirilmelidir.²⁷

²⁴ Kuru, a.g.e., s. 117-118.; Boran Güneysu, a.g.m., 41.; Yılmaz, a.g.m., 609.

²⁵ Karar için bkz. Ankara BAM. 21. HD., 2019/851 E., 2019/1045 K., 19.9.2019 T. (Sinerji) (Erişim Tarihi: 10.10.2019).

²⁶ Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.6.2019 tarihli kararında, itirazın iptali davasını alacak (eda) davası olarak nitelendirmiştir: “... *İtirazın iptali davası, müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan, normal bir alacak (eda) davasıdır.*” Yarg. HGK., 2017/19-1651 E., 2019/707 K., 18.6.2019 T.; Aynı yönde Yarg. 4. HD., 2016/12755 E., 2019/3727 K., 2.7.2019 T. (Kazancı) (Erişim Tarihi: 24.9.2019); Kuru, itirazın iptali davasını, “*konusu borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan bir eda davası*” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Kuru, a.g.e., 115.; “*İtirazın iptali davası, takip hukuku bakımından özel bazı sonuçlar doğuran bir alacak davasıdır.*” Bkz. Boran Güneysu, a.g.m., 41.

²⁷ Aynı yönde bkz. Kurt Konca, a.g.m., s. 5.; Koçyiğit/Bulur, a.g.e., s. 67.; Aksi yönde bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 108 ve dnt. 6.; Vardığımız sonuç itibarıyla, sadece itirazın iptali davasının değil; menfi tespit, istirdat ve borçtan kurtulma davalarının da, TTK m.5/A uyarınca dava şartı arbuluculuğa tabi olduğunu düşünmekteyiz. Zira istirdat davası, davacının (borçlunun) icra takibi nedeniyle ödediği paranın kendisine geri ödenmesini konu edindiğinden, “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” (TTK m.5/A-f.1) hakkında açılan davalar arasındadır. Yine menfi tespit ve borçtan kurtulma davaları, yargılama neticesinde alacağın varlığı ya da yokluğunun kesin hüküm niteliğinde tespitini içermekte; dolayısıyla alacak ve tazminat taleplerine etki ederek arbulucuya başvurma dava şartı kapsamında yer almaktadır. Menfi tespit ve istirdat davalarının, TTK m.5/A-f.1 uyarınca dava şartı olarak arbuluculuğa tabi olduğu yönünde bkz. Ankara BAM. 21. HD., 2019/851 E., 2019/1045 K., 19.9.2019 T.; İstanbul BAM. 18. HD., 2019/1339 E., 2019/1098 K., 23.05.2019 T. (Sinerji) (Erişim Tarihi: 5.10.2019). Bunlar dışında delil tespiti, ihtiyati haciz, itirazın kaldırılması gibi dava niteliği taşımayan yollara başvurulması halinde, TTK m.5/A-f.1’deki “dava” ölçütü sağlanmadığından, arbulucuya başvurma dava şartı aranmamalıdır. Konuyla ilgili bkz. Koçyiğit/Bulur, a.g.e., 64-68.; Emekçi/Özekes/Atalı, a.g.e., s. 190-192, 194-195.; Pozitif hukuk açısından görüşümüz bu şekilde olmakla birlikte, incelediğimiz davaların zorunlu arbuluculuğa tabi kılınmasının, işlevsel anlamda yerinde olup olmadığı, kanımızca tartışmaya değer ayrı bir konudur.

b. Tüketici Kredisi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Niteliği

aa. Ticari Dava

6102 sayılı TTK'ya eklenen 5/A maddesi uyarınca, TTK'nın "4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması" dava şartı olarak düzenlenmiştir. Hükmü, sadece TTK'daki ticari davaları değil, diğer kanunlarda yer alan ticari davaları da kapsamına almaktadır. Ayrıca ticari davanın özünü oluşturan uyumsuzluk, bir miktar paranın ödenmesini konu edinen alacak ve tazminat taleplerine ilişkin olmalıdır. Bu kapsamda "ticari dava" kavramının anlamının ve kapsamının ortaya konulması gerekmektedir.

Ticari davalar, ticari hayatın kendine özgü işleyişi ve düzeni sebebiyle, belirli nitelikteki uyumsuzlukları kapsayan ve özünde yargıcın özel uzmanlığını gerektiren davalar olarak karşımıza çıkar.²⁸ Bir uyumsuzluğun "ticari dava" olarak nitelendirilmesi, sadece görevli mahkemenin asliye ticaret olması sonucunu doğurmaz. Aynı zamanda bazı uyumsuzluklar açısından yargılama ve ispat usullerinde farklılıkları beraberinde getirir.²⁹ Bu bağlamda uzmanlığa ve özel usullere duyulan ihtiyacın bir sonucu olan ticari davalar, kanun koyucu tarafından TTK m.4-f.1'de detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.³⁰ Ayrıca TTK m.5-f.1 uyarınca, dava konusunun değerine

²⁸ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018, s. 105-106.; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 115-116.; Ali Bozer/Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018, s. 147.; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 65.

²⁹ Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 74-75.; Bozer/Göle, a.g.e., s. 147.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, a.g.e., s. 115-16.; Arkan, a.g.e., s. 105-106.; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 113-114.

³⁰ TTK m.4: "(1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969'uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmuş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580'inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır. (2) Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir; miktar veya değeri yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulü uygulanır."

veya tutarına bakılmaksızın, tüm ticari davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevlidir. Meğerki söz konusu ticari davanın kaynaklandığı uyuşmazlık açısından başka bir mahkeme, örneğin tüketici mahkemesi, görevli kılınmış olsun.³¹

TTK m.4-f.1'deki düzenleme doğrultusunda ticari davalar, üç farklı başlık altında ele alınmaktadır. TTK m.4-f.(1)b.(a) ile (f) arasında sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile ticari niteliği diğer özel kanunlarda doğrudan ya da dolaylı şekilde ortaya konulan davalar, “*mutlak ticari dava*” olarak kabul edilir. Bu davaların en önemli özelliği, tarafların sıfatından, dava konusu şeyin/işin niteliğinden ve uyuşmazlığın ticari işletmeyi ilgilendirmesinden bağımsız olarak, “*mutlak*” şekilde ‘*ticari dava*’ sayılmalarıdır.³² Bu kapsamda TTK m.4-f.1b.(f)'te belirtildiği gibi, “*bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları*” da, tarafların tacir olup olmadığına ya da ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın, mutlak ticari dava niteliğini haizdir. Bir diğer başlık altında, havale işlemi, saklama (vedia) sözleşmesi ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıklar, taraflardan - en az- birinin ticari işletmesini ilgilendirmesi koşuluyla ticari dava olarak kabul edilir (TTK m.4-f.1-c.2).³³ Doktrinde bu tür davaların, “*yarı - nispi ticari davalar*” şeklinde adlandırıldığı görülmektedir.³⁴ Bu iki başlık altında sayılan uyuşmazlıklar dışında kalan, her iki tarafın tacir sıfatını taşıdığı ve aynı zamanda her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olan uyuşmazlıklar, “*nispi ticari dava*” olarak nitelendirilir.³⁵ Dolayısıyla taraflardan sadece birinin tacir olduğu ya da her iki tarafın tacir olduğu ancak sadece birinin ticari işletmesini ilgilendirdiği bir uyuşmazlık, nispi ticari dava olarak değerlendirilemeyecektir. Eğer ki bu uyuşmazlık, mutlak ya da yarı - nispi ticari davalar arasında sayılmamışsa, hiçbir şekilde ticari dava niteliğine sahip olmayacaktır. Söz konusu uyuşmazlığın bir taraf için ticari nitelikteki bir sözleşmeden doğması ihtimalinde, TTK m.19/2 (ticari iş karinesi) gereği sözleşmenin her iki taraf açısından ticari iş sayılmasına rağmen açılan davanın ticari dava niteliği taşıması sonucu ortaya

³¹ Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018, s. 235-236.; Arkan, a.g.e., s. 117-118.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, a.g.e., s. 129-130.; Bahtiyar, a.g.e., s. 80.; Bozer/Göle, a.g.e., s. 153-154.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 67.

³² Bahtiyar, a.g.e., s. 75-77.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, a.g.e., s. 116-118.; Arkan, a.g.e., s. 107-108, 113-114.; Bozkurt, a.g.e., s. 224-225.; Poroy/Yasaman, a.g.e., 115.; Bozer/Göle, a.g.e., s. 147-149.

³³ Poroy/Yasaman, a.g.e., 119-120.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, a.g.e., s. 125.; Arkan, a.g.e., s. 113-114.; Bozkurt, a.g.e., s. 231.; Bozer/Göle, a.g.e., s. 151.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 76-77.

³⁴ Bozkurt, a.g.e., s. 231.

³⁵ Arkan, a.g.e., s. 115.; Bahtiyar, a.g.e., s. 77-78.; Bozkurt, a.g.e., s. 232.; Bozer/Göle, a.g.e., s. 150-151.; Poroy/Yasaman, a.g.e., 121-122.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 75-76.

çıklar.³⁶ Zira bu sonuç, TTK'nın ticari davalara ilişkin ortaya koyduğu sistematik, daha çok "tacir" ve "ticari işletme" kavramlarını esas almasından kaynaklanmaktadır.³⁷

bb. Tüketici İşlemi

TKHK m.2 uyarınca, "her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar." Kanun koyucu, TKHK'nın uygulama alanını belirlerken, içerisinde tüketicinin yer aldığı her türlü işlemi ve uygulamayı kapsayan bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir.³⁸ Bu kapsayıcı tutum,³⁹ tüketici işleminin çerçevesinin çizildiği m.3-f.1b.(l)'de de net bir şekilde kendini göstermektedir. İlgili düzenlemede tüketici işlemi, "mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar tanımda bazı sözleşmeler sayılmış olsa da, somut olayda bu sözleşmelerden birinin yer alması, tek başına tüketici işleminin varlığı için yeterli değildir. Tanımın ilk kısmında belirtildiği gibi, taraflardan birinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla -dolayısıyla tüketici olarak hareket etmesi ve diğer tarafın da satıcı ya da sağlayıcı olması gerekir.⁴⁰ Tüketici işleminin kapsamı, tanımda sayılan sözleşmelerle sınırlı değildir. İsimli ya da isimsiz her türlü sözleşme, taraflarının tüketici ve satıcı ya da sağlayıcı olması koşuluyla, tüketici işlemi olarak kabul edilir.⁴¹ Bununla birlikte, tanımdaki "işlem" kavramının

³⁶ "... Uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Ticari iş karinesinin düzenlendiği TTK'nın 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmez. TTK, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hâl böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava hâline getirmez." Yarg. HGK., 2017/19-1658 E., 2017/1464 K., 29.11.2017 T. (Kazancı) (Erişim Tarihi: 26.9.2019); Bahtiyar, a.g.e., s. 77-78.; Arkan, a.g.e., s. 115.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 76.; Bozkurt, a.g.e., s. 232.

³⁷ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, a.g.e., s. 116-117.

³⁸ Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 15.; Ahmet Karakocalı/Alı Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi, 2015, s. 12-14.; "Tüketici uygulamaları kavramı, süreli yayın kuruluşlarınca düzenlenen promosyon uygulamalarını ve haksız ticari uygulamaları kapsar." Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 8.

³⁹ Gümüş, konuyla ilgili şu ifadelerle yer vermiştir: "Kanun koyucu, ... tüketici işlemlerinin kapsamını olması gerekenin ötesinde, bir tüketici krallığı kuracak şekilde son derece genişletmiştir." Bkz. Gümüş, a.g.e., s. 9.

⁴⁰ İ. Yılmaz Aslan, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 19.; Gümüş, a.g.e., s. 9-10.; Çabri, a.g.e., s. 16-21.; Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 16-17.; Mehmet Bahtiyar/Levent Biçer, "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3, s. 397.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 23.

⁴¹ Aslan, a.g.e., s. 19.; Çabri, a.g.e., s. 18-21.; Bahtiyar/Biçer, a.g.m., 397-398.; Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 16-17.; Gümüş, a.g.e., s. 9-10.

sadece “sözleşmeler” -özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle sınırlı olarak- şeklinde anlaşılması gerektiği, doktrinde ileri sürülmektedir.⁴²

Bir işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi, bazı önemli sonuçları beraberinde getirir. Bunlardan ilki, tüketici işleminden kaynaklanan somut uyuşmazlığa uygulanacak hükümlerin belirlenmesine ilişkindir. TKHK m.83-f.1 uyarınca, TKHK’da “*hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır.*” Bu doğrultuda uyuşmazlıkla ilgili çözüm arayışında öncelikle TKHK’da uygulanabilecek bir hükmün varlığı araştırılmalıdır.⁴³ Örneğin, bir uyuşmazlık sırf tüketici sözleşmelerinden (m.17-53) kaynaklanmıyor çıkarımı ile genel nitelikteki diğer kanunlara başvurmak doğru olmayacaktır. Zira TKHK’nın kapsamına, özel olarak düzenlenen tüketici sözleşmeleri dışında isimli - isimsiz her türlü sözleşme girdiğinden, uyuşmazlıkla ilgili TKHK’nın tüm tüketici işlemlerine uygulanabilir nitelikteki hükümleri de değerlendirilmelidir. Yine de uyuşmazlığa uygulanabilir bir hüküm bulunamıyorsa, TKHK’ya göre genel nitelikte olan kanun hükümleri çerçevesinde çözüm aranmalıdır.⁴⁴

Bir diğer önemli sonuç ise, TKHK m.83-f.2’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” Hükme göre, bir tüketici işleminin varlığı halinde, bu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda farklı nitelendirmeler yapılırsa, farklı şartlar ve sonuçlar öngörülse bile, söz konusu işlem tüketici işlemi niteliğini sürdürür ve öncelikle TKHK hükümlerine tabi olur.⁴⁵ Tüketici işleminin kaynaklandığı uyuşmazlık, aynı zamanda ticari iş, ticari dava vb. şekillerde nitelendirilse dahi, bu sonuç değişmeyecektir.⁴⁶ Ayrıca TKHK m.83-f.2’nin devamında da ifade edildiği gibi, diğer kanunlar uyarınca farklı özellikleri bünyesinde

⁴² Bahtiyar/Biçer, tüketici işleminin tanımında geçen “işlem” kavramının “sözleşme” şeklinde anlaşılması gerektiğini, bunların (tüketici sözleşmeleri) da tam (karşılıklı) iki tarafa borç yükleyen nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bahtiyar/Biçer, a.g.m., 397.; Karakocalı/Kurşun, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmayı, tüketici işleminin bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Bkz. Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 17.; Gümüş, tüketici işleminin kanuni tanımında yer alan, her türlü “sözleşme” ve “hukuki işlem” kavramlarının birlikte kullanılmasını gereksiz bulmakta ve eleştirmektedir. Bkz. Gümüş, a.g.e., s. 9.; Çabri, tüketici işlemlerinin kapsamına çoğunlukla sözleşmelerin girdiğini, bununla birlikte tek taraflı hukuki işlemlerin de TKHK kapsamında olabileceğini ifade etmektedir. Çabri, a.g.e., s. 15.; Ayhan/Çağlar, tek taraflı hukuki işlemlerin, bu kapsamda temsil yetkisinin geri alınması ve sözleşmeden dönmenin de tüketici işlemi sayılabileceğini ifade etmektedir. Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 23, dnt. 36.

⁴³ Çabri, a.g.e., s. 1086-1090.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 24.; Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 14.

⁴⁴ Bu kapsamda, Türk Borçlar Kanunu (TBK), Türk Medeni Kanunu (TMK) ve somut uyuşmazlık bağlamında TKHK’ya göre genel nitelikte olan diğer kanunların ilgili hükümleri, uyuşmazlığa uygulanır. Ancak burada önem arz eden husus, ilgili hüküm uygulanırken, tüketici hukukunun ruhu, amacı ve nispi emredici niteliği göz ardı edilmemelidir. Benzer yönde bkz. Çabri, a.g.e., s. 1088-1090.

⁴⁵ Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 24.; Bahtiyar/Biçer, a.g.m., s. 396, 420.; Arkan, a.g.e., s. 75, 118.; Bozer/Göle, a.g.e., s. 153-154.

⁴⁶ Arkan, a.g.e., s. 118.; Bahtiyar/Biçer, a.g.m., s. 396, 398, 415, 422.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 24.

barındırırın ya da barındırmazın, ilgili tüketici işlemine yine TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümleri öncelikle uygulanır.⁴⁷ Bu kapsamda uyuşmazlık, değerine göre yetkili il, ilçe tüketici hakem heyetlerinde ya da tüketici mahkemelerinde çözüme kavuşturulmalıdır (TKHK m.68-f.1, m.73-f.1).⁴⁸

cc. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri

Tüketici hukuku alanında en çok karşılaşılan sözleşmelerden biri, tüketici kredisi sözleşmeleridir. Yaygın olmasının yanında, yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde önemli sorunların yaşanması, kanun koyucuyu tüketici kredisi sözleşmeleri hakkında detaylı düzenlemeler yapmaya itmiştir. Bu bağlamda tüketici kredisi sözleşmeleri, TKHK m.22-31 arasında, tanımı, yükümlülükleri, sözleşmede değişiklik yapılması, cayma hakkı ve temerrüt gibi birçok hususu içerecek şekilde, isimli (tipik) bir sözleşme olarak düzenlenmiştir.⁴⁹ TKHK m.22 uyarınca tüketici kredisi sözleşmesi, “kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği” bir sözleşmedir.⁵⁰ Buna göre kredi verenin asli edim yükümlülüğü, ödünç, ödemenin ertelenmesi veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredinin kullandırılması; tüketicinin asli edim yükümlülüğü ise, kullandığı kredi karşılığında faiz veya benzeri bir menfaat sağlama şeklinde somutlaşmaktadır. Görüldüğü gibi tarafların asli edim yükümlülükleri, karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi içerisinde yer aldığından, tüketici kredisi sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini haizdir.⁵¹

TKHK ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği (TKSY), tüketici kredileri açısından belirli süreli tüketici kredisi sözleşmeleri ve belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri ayrımını benimsemiştir. Kanun koyucu, her iki

⁴⁷ Bozer/Göle, a.g.e., 153-154.; Bozkurt, a.g.e., s. 234-235.; Çabri, a.g.e., s. 1091.; Bahtiyar/Biçer, a.g.m., s. 432.; Ayhan/Çağlar, a.g.e., s. 90.

⁴⁸ 2019 yılı için yapılan belirleme uyarınca, değeri 8.480,00 TL altında olan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetleri, değeri 8.480,00 TL üzerinde olan uyuşmazlıklar için tüketici mahkemeleri görevlidir. Bkz. “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68’inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6’ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ” m.3, R. G. 26.12.2018 T., 30637 S.

⁴⁹ Şebnem Akipek Öcal, “Genel Olarak Tüketici Kredileri”, *Tüketici Hukuku Konferansı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 398-399.; Abdülhamit Yılmaz, *Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 36.; Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 99.

⁵⁰ Tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin doktrinde yapılan tanımlar için bkz. Yılmaz, a.g.e., s. 4, dnt. 6.; TKHK m.22’deki tanımla ilgili değerlendirmeler için bkz. Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 98.; Çabri, a.g.e., s. 378.; Gümüş, a.g.e., s. 177-183.

⁵¹ Yılmaz, a.g.e., s. 37.; Akipek Öcal, a.g.m., s. 399.; *Karakocalı/Kurşun*, kullandırılan kredi karşılığında ancak faiz veya benzeri bir menfaatin kredi verene sağlanması halinde tüketici kredisi sözleşmesinden bahsedilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 99.; Benzer yönde bkz. Çabri, a.g.e., s. 384-385.

sözleşmeye uygulanacak ortak hükümleri belirlemekle birlikte, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü ve bilgilendirmenin tabi olduğu şekil, sözleşmenin zorunlu içeriği, sözleşmede değişiklik yapılması, faiz oranı ve fesih gibi konularda “belirli süreli - belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi” ayrımını dikkate alarak farklı düzenlemeler getirmiştir.⁵² Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmeleri, tüketici ile kredi verenin sözleşme süresini doğrudan ya da dolaylı şekilde ortaya koydukları (TKSY m.4-f.1b.(b)) ve özellikle uygulamada, kararlaştırılan miktardaki nakit kredinin tek seferde verilmesini konu edinen sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵³ Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri ise, TKSY m.4-f.1b.(c) uyarınca, “sözleşmenin kurulduğu tarihte, kredi ilişkisinin sona erme tarihinin taraflarca sözleşmede kararlaştırılmadığı tüketici kredisi sözleşmeleri” şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinin ayırıcı özelliği, kredi ilişkisinin ne zaman sona ereceğinin taraflarca açıkça kararlaştırılmaması ve taraflardan birinin fesih ihbar bildiriminde bulunmaması durumunda sözleşmenin süreye bağlı olmaksızın devam etmesidir.⁵⁴ Yine TKSY’nin “Taksitli nakit avans kredisi” başlıklı 20’nci maddesinde (f.1) yer alan “belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilen kredi kartı veya kredili mevduat hesabı sözleşmesine dayanılarak” ifadesi ile hangi hukuki ilişkilerin belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi niteliği taşıdığı düzenlenmiştir. Uygulamada da gerçekten kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmelerinin belirsiz süreli şekilde kurulduğu görülmektedir. Ancak hükümdeki ifadenin sınırlı bir sayma olmadığını, kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmeleri dışındaki kimi hukuki ilişkilerin de belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini düşünmekteyiz. Bu doğrultuda genel kredi ya da banka kredi sözleşmesi olarak anılan kredi açma sözleşmesinin, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi olarak biçimlendirilmesi mümkün görünmektedir.⁵⁵ Banka tüketiciye belirli bir limit dâhilinde kredi kullanacağını (nakit, ödemenin ertelenmesi vb.), söz konusu krediyi hazır bulunduracağını bildirmişse ve kredi ilişkisinin sona erme tarihi taraflarca kararlaştırılmamışsa, ‘kredi açma sözleşmesi’ şeklinde kurgulanmış bir belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesinden bahsedilebilecektir.⁵⁶

⁵² “Bize göre bu ayrımın yapılmasının temel nedeni kredi kartları da tüketici kredisi kapsamında düzenlendiği için, kredi kartlarına niteliğine uygun hükümler getirme çabasıdır. Gerçekten de diğer tüketici kredisi türlerinden farklı olarak kredi kartları genellikle belirsiz süreli sözleşme niteliğini taşımaktadır.” Bkz. Akipek Öcal, a.g.m., s. 402-403.

⁵³ Yılmaz, a.g.e., s. 65.; Çabri, a.g.e., s. 386.

⁵⁴ Çabri, a.g.e., 386-387.; Yılmaz, a.g.e., s. 67.

⁵⁵ Burak Özen, *Kredi Açma Sözleşmeleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 155.

⁵⁶ Özen, a.g.e., s. 155.

Bir hukuki ilişkinin “tüketici işlemi” olup olmadığı, TKHK’deki ölçütlere göre belirlenirken; aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlığın “ticari dava” olarak nitelendirilmesi, TTK m.4’teki veriler ışığında değerlendirilir. Bu değerlendirme yapılırken, TTK m.4-5 ve TKHK m.83-f.2’nin içeriklerinin uyumlu olduğu, ticari dava ve tüketici işlemi kavramlarının birbirini dışlamadığı göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁷ Zira bu çıkarımın en açık dayanağı, “*taflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ... engellemez.*” cümlesi ile TKHK m.83-f.2’de yer almaktadır. TKHK’nın başka bir hükmünde ya da TTK’nın herhangi bir yerinde, “*tüketici işleminin olduğu yerde ticari dava olmaz veya ticari dava varsa tüketici işleminden bahsedilemez*” içerikli bir ifade geçmemektedir. Bu doğrultuda ister belirli süreli olsun, ister belirsiz süreli olsun, ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri şekillerde kredi kullanılması ve taflardan birinin tüketici olması halinde, karşımıza çıkan hukuki ilişki, tüketici kredisi sözleşmesi ve dolayısıyla “tüketici işlemi” olarak değerlendirilir. Bununla birlikte, tüketici kredisi sözleşmesinden kaynaklanan bir hukuk davasının açılması halinde, bu davanın “ticari dava” niteliği taşıdığı belirtilmelidir. Zira “*bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları*”nın ticari dava sayılacağı ve bu sonucun mutlak olduğu, TTK m.4-f.1b.(f)’te açıkça düzenlenmiştir. Oldukça kapsamlı bu hüküm uyarınca, tüketici kredisi sözleşmesi niteliğindeki her türlü hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın -gerek kredi veren tarafa ilişkin kanunların hüküm kapsamında yer alması, gerek kredinin özünde ödünç para verme işi niteliği taşıması nedeniyle- (mutlak) ticari dava olarak kabul edilmesi gerekir. TKHK m.83-f.2’nin bir gereği olarak bu uyuşmazlık açısından tüketici mahkemelerinin görevli olması, açılacak davanın ticari dava şeklinde nitelendirilmesine engel değildir.⁵⁸

dd. Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuğun Tüketici Kredisi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanabilirliği

7155 sayılı Kanun m.20 ile TTK’ya eklenen “*dava şartı olarak arabuluculuk*” başlıklı 5/A maddesinin ilk fıkrası uyarınca, TTK’da ya da diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Kanun koyucu, tüm ticari davaları değil, konusu itibarıyla alacağın veya tazminatın ödenmesine ilişkin olan ticari davaları, zorunlu arabuluculuğun kapsamına almıştır. Bunun yanında hükmün özü, açılacak olan davanın ticari dava niteliği taşımasını yeterli görmekte, ayrıca

⁵⁷ Arkan, a.g.e., s. 118.; Bahtiyar/Biçer, a.g.m., s. 422, 432.

⁵⁸ Bahtiyar/Biçer, a.g.m., s. 422, 432.

ilgili dava açısından asliye ticaret mahkemesinin görevli olmasını zorunlu bir unsur olarak aramamaktadır. Dolayısıyla görevli mahkeme, ister asliye ticaret mahkemesi, ister başka bir mahkeme olsun; alacağın veya tazminatın ödenmesine ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlık TTK m.4-f.1 uyarınca ticari dava niteliği taşıyorsa, arabulucuya başvurma dava şartının yerine getirilmesi gerekir.

TKHK m.22-31 arasında ve TKSİY’de detaylı olarak düzenlenen tüketici kredisi sözleşmeleri, bir yandan tüketici işlemi niteliğini taşımakta, diğer yandan uyuşmazlık halinde açılacak davanın ticari dava olması sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu dava açısından görevli mahkemenin tüketici mahkemeleri olması, söz konusu sonucu değiştirmez. Dolayısıyla tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle, dava açmadan önce arabulucuya başvurulması ve anlaşmanın sağlanamadığına ilişkin belgelerin mahkemeye ibraz edilmesi gerekir. Ayrıca TTK m.5/A-f.1’in “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*” içerikli lafzı uyarınca, uyuşmazlığın alacağın veya tazminatın ödenmesine ilişkin olması zorunluluğu, göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, tüketicinin kredi borcunu ödememesi nedeniyle kredi veren tarafından açılacak olan dava ya da kredi veren tarafından haksız olarak tahsil edilen ücretlerin iadesi için tüketici tarafından açılacak olan dava, arabulucuya başvurma dava şartına tabi iken; borcun ödendiğinin sabit olmasına rağmen, arsa/arazi üzerindeki ipoteğin kaldırılmaması nedeniyle tüketici tarafından açılacak olan ipoteğin terkin (fekki) davası, arabulucuya başvurma dava şartından istisna tutulmalıdır.

Dava şartı arabuluculuğun tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanması noktasında önem arz eden bir diğer husus, uyuşmazlığın değeri bakımından tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olmasıdır. Konuya ilişkin düzenleme içeren HUAK m.18/A-f.18’de, “*özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler*”in uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Hüküm uyarınca, tüketici kredisi sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın değeri tüketici hakem heyetlerine başvuruyu gerekli kılıyorsa, bu uyuşmazlık açısından arabulucuya başvurmak zorunlu değildir. Ancak bu sonuç, TKHK m.68-f.5’te de belirtildiği gibi, tarafların arabuluculuk sürecine ihtiyari şekilde katılmalarına engel oluşturmaz.⁵⁹ Dolayısıyla 2019 yılına ilişkin yapılan belirleme doğrultusunda taraflar, tüketici kredisi sözleşmesinden kaynaklanan ve değeri 8.480,00 TL altındaki uyuşmazlıklar için, doğrudan yetkili tüketici hakem heyetlerine başvurabilecektir. Tüketici hakem heyetinin verdiği karara karşı tüketici mahkemesine yapılacak olan itirazlarda da arabulucuya başvurma dava şartının uygulanmaması gerekir. Zira söz konusu itiraz, her ne kadar mahkemeye yöneltil-

⁵⁹ Koçyiğit/Bulur, a.g.e., s. 126.

se de, “*klasik anlamda bir dava*” olarak kabul edilmediğinden,⁶⁰ sadece (ticari) davaların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu açıkça düzenleyen TTK m.5/A-f.1’in kapsamına girmemektedir. Bir diğer gerekçe olarak, HUAK m.18/A-f.18’deki düzenleme gösterilebilir. Hükümde yer alan, tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun olduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönündeki sonuç, sadece tüketici hakem heyetine başvuru aşaması ile sınırlı olarak değil, uyuşmazlığı ilgilendiren tüm ileriki aşamaları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla bu sonuç, tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun yerine getirdiği ancak hak arama sürecinin devamı niteliğindeki -tüketici mahkemelerine yapılacak- itirazlar açısından da geçerli olmalıdır. Aksi yönde bir çıkarımla, tüketici hakem heyetlerinin kararlarına karşı yapılacak itirazlar öncesinde arabulucuya başvurmayı zorunlu kılmak, hem hak arama özgürlüğünü hem de usul ekonomisi ilkesini önemli ölçüde zedeleyecektir.

3. SONUÇ

Ülkemizde son yıllarda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması noktasında, önemli bir dönüşüm yaşanmaktadır. Kişilerin haklarını sadece mahkemelerde dava açarak değil, aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını işleterek elde edebilmesi hedeflenmekte ve bu noktada düzenlemeler yapılmaktadır. Bu kapsamda iş uyuşmazlıklarında ve ticari davalarda arabuluculuğa başvuru, dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Toplumda uzlaşma kültürünün yerleşmesi ve arabuluculuğa ilişkin amaçların gereği gibi gerçekleştirilebilmesi için, sadece yasal düzenlemelerin yapılması yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu düzenlemelerin, mahkemeler tarafından amaca ve hukuki kavramların/kurumların özüne uygun şekilde yorumlanması gerekir. Bu şekilde kararlarda istikrar sağlanırken, toplumda da arabuluculuğa ve yargı kurumlarına yönelik güven tesis edilmiş olur. Ancak 1.1.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe giren, ticari davalarda arabulucuya başvurmayı dava şartı haline getiren TTK m.5/A’nın kapsamına ilişkin, birbirinin tam aksi yönde kararların verildiği gözlemlenmektedir. Öyle ki, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD’nin verdiği kararlar ile 18. HD’nin verdiği kararlar, birbiriyle çelişmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda söz konusu çelişkinin giderilmesine yönelik olarak vardığımız sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1) TTK m.5/A-f.1’de de ifade edildiği gibi, dava şartı arabuluculuğun kapsamına öncelikle “*ticari davalar*” girmektedir. İlgili hüküm, sadece TTK’deki ticari davaların değil, diğer kanunlarda düzenlenen ticari davala-

⁶⁰ Koçyiğit/Bulur, a.g.e., s. 126.

rın da dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu belirtmektedir. Hangi davaların ticari dava niteliği taşıdığı ise, TTK m.4-f.1'deki veriler ışığında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir miktar paranın ödenmesini konu edinen alacak ve tazminat taleplerine ilişkin olması şartıyla, ister mutlak ya da nispi, ister yarı - nispi ticari dava şeklinde nitelensin, sonuçta ticari dava olarak kabul ediliyorsa, arabulucuya başvurma dava şartının yerine getirilmesi gerekir. Vardığımız bu sonuç, uyuşmazlığın "tüketici işlemi"nden kaynaklandığı ve tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği durumlarda da değişmeyecektir. Zira arabuluculuğu dava şartı olarak düzenleyen TTK m.5/A uyarınca öncelikli şart, uyuşmazlık açısından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması değil, uyuşmazlığın ticari dava niteliği taşımasıdır. Bu doğrultuda TTK m.5/A'nın kapsamı belirlenirken, ticari dava ve tüketici işlemi kavramlarının birbirini dışlamadığı, aynı somut uyuşmazlık bağlamında hem ticari dava, hem tüketici işlemi nitelemesinin yapılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

- 2) Nispi ticari davalar dışındaki ticari davalarda, taraflardan birinin tüketici olması mümkündür. Bu durumda, ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişki, aynı zamanda tüketici işlemi olarak değerlendirilir ve öncelikle bu değerlendirmenin sonuçlarına tabi olur. Örneğin taraflardan birinin tüketici olduğu taşıma sözleşmeleri, konut finansmanı sözleşmeleri ve tüketici kredisi sözleşmeleri, uyuşmazlık halinde, hem (mutlak) ticari dava hem de tüketici işlemi niteliğini taşır. Dolayısıyla alacağın ya da tazminatın ödenmesine ilişkin olarak tüketici mahkemelerinde açılacak bu davalar, dava şartı arabuluculuğa tabidir. Değeri itibariyle tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olduğu durumlarda ise, gerek hakem heyetine başvuru açısından, gerek hakem heyeti kararına karşı tüketici mahkemesinde yapılacak itiraz açısından, arabulucuya başvurmanın zorunlu olmadığı ifade edilmelidir.
- 3) Kanımızca TTK m.5/A-f.1'in kapsamına, yalnızca alacağın ya da tazminatın ödenmesinin doğrudan talep edildiği eda davaları girmemektedir. Hükümdeki "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında" ifadesi, talep edilen hukuki korumaya göre davaları sadece eda davası ile sınırlamamakta; aksine davanın isminden ve türünden bağımsız olarak, belirli bir miktardaki alacağın ya da tazminatın ödenmesi ile doğrudan ya da dolaylı ilgisi bulunan her türlü ticari davayı, dava şartı arabuluculuğa tabi kılmaktadır. Bu bağlamda ilamsız icra takibinin itiraz sonucu durması üzerine, takibin devamı için açılacak olan ticari nitelikteki itirazın iptali davası, alacağın varlığı veya yokluğuna ilişkin belirlemeyi içerdiğinden, TTK m.5/A uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem, “Genel Olarak Tüketici Kredileri”, *Tüketici Hukuku Konferansı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 395-410.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Arslan, Ramazan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Aslan, İ. Yılmaz, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2015.
- Ayhan, Rıza/Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Bahtiyar, Mehmet/Levent Biçer, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3, s. 395-436.
- Bora, Özlem, *Arabuluculuk sözleşmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Atılım Üniversitesi, 2019.
- Boran Güneysu, Nilüfer, “İcra Takip İşlemleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 101, s. 31-60
- Bozer, Ali/Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Bozkurt, Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018.
- Budak, Ali Cem/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Çabri, Sezer, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Emekçi, Ömer/Muhammet Özekes/Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Görgün, L. Şanal/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Gümüş, Mustafa Alper, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Karakocalı, Ahmet/Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi, 2015.
- Koçyiğit, İlker/Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.

- Kurt Konca, Nesibe, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk)”, *Seta Perspektif Dergisi*, 2018, S. 225, s. 1-6.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016.
- Özen, Burak, *Kredi Açma Sözleşmeleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özmumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 74, S. 2, s. 807-842.
- Pekcanitez, Hakan/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Pekcanitez, Hakan/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Poroy, Reha/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Ülgen, Hüseyin/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Yılmaz, Abdülhamit, *Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yılmaz, Ejder, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği, *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, 2009, s. 597-615.

Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri^(*)

Alimony and Compensation Claims After Consensual
Divorce Case in the Light of the Supreme Court's Decisions

Arş. Gör. **Sevtap YÜCEL**^(**)

Öz

Genel boşanma sebeplerinden biri olan anlaşmalı boşanma, eşlerin aralarında yapmış oldukları anlaşma doğrultusunda evlilik birliğinin sona ermesine yol açar ve beraberinde diğer hukuki sonuçları da getirir. Boşanmanın bazı sonuçları, (kadının soyadı, miras hakkının kaybı vb) bütün boşanma sebeplerinde aynı olmakla birlikte, anlaşmalı boşanmada özellikle mali sonuçlar bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Boşanmanın mali sonuçları yoksulluk nafakası, iştirak nafakası ile maddi ve manevi tazminat talepleridir. Anlaşmalı boşanmada eşlerin anlaşma (protokol) içerisinde (iştirak nafakası dışındaki) bu unsurları mutlaka bir karara bağlamaları gerekmektedir. İradeler talep edilmeme yönünde ortaya konmuş ise TMK m.178'de öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edilmeleri de mümkün değildir. Ancak eşler anlaşmada bu hususları kapsayan iradelerini ortaya koymayı ihmal etmiş ve hâkim de dava esnasında gözden kaçırmış ise, TMK m.178'in uygulama alanı bulması mümkündür.

Anlaşmalı boşanmanın kesinleşmesinden (ve TMK m.178'deki sürenin bitiminden) sonra tarafların aile hukukundan kaynaklanan bir taleple başvurmaları mümkün değildir. Evlilik birliği devam ederken meydana gelen, evlilik birliğini bozacak türde bir eylem, boşanma davası esnasında bilinmiyorsa, kararın kesinleşmesinden (ve TMK m.178'deki süreden) sonra öğrenilmişse ve bu eylem nedeniyle bir zarar ortaya çıkmış ise, eylemi gerçekleştiren tarafın, bu zararı tazminat hukuku çerçevesinde karşılaması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler

Anlaşmalı Boşanma, İştirak Nafakası, Yoksulluk Nafakası, Maddi Tazminat, Manevi Tazminat.

Abstract

The consensual divorce, which is one of the reasons for general divorce, leads to the termination of the unity of marriage in accordance with the agreement between the spouses and creates other legal consequences. Although some of the consequences of divorce (women's surname, loss of inheritance rights etc.) are the same in all reasons for divorce, there are differences in consensual

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 22.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 04.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 13.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: sevtapyucel@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1846-8034>.



divorce, especially financial results. Financial consequences of divorce are spousal alimony, child alimony, compensation and compensation for non-pecuniary losses. In consensual divorce, the spouses are obliged to conclude these elements (except for money for child support) in the divorce agreement (protocol). If it is stated in the agreement that these are not demanded, it is not possible for them to be claimed even within the one-year time period provided for in article 178 of the Turkish Civil Code. If spouses just not mention any claim in the agreement covering these issues and the judge misses the issue during the proceedings, only then art. 178 of the TCC may be applied.

After becoming final and executory of contractual divorce (and after the expiry of art. 178 TCC), it is not possible for the parties to file a claim under family law. On the other hand, if an act that would disrupt the marriage union during the divorce case is not known through the divorce proceedings, and have been learned after becoming final and executory of the decision (and after the deadline in Article 178 TCC), author of the act should compensate the damage under compensation law.

Keywords

Consensual Divorce, Child Alimony, Spousal Alimony, Compensation, Compensation for Non-Pecuniary Losses.

GİRİŞ

Boşanma, ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği ve hükümsüzlük gibi evlilik birliğinin sona ermesini sağlayan bir haldir. Eşlerin yaşarken kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak açtıkları dava sonucunda hâkimin boşanma kararı vermesi ile evlilik birliği sona ermekte¹ ve bu başka hukuki sonuçları da beraberinde getirmektedir.

Her dava sebebinde talep edilme veya edilebilme durumuna göre anılan sonuçlar farklılık arz etmektedir. Ancak sonuçlar genel olarak nafaka, tazminat gibi mali sonuçlar ile ortak çocuğun velayeti, ortak çocukla kişisel ilişki kurulması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1. ANLAŞMALI BOŞANMA

Türk Hukukunda boşanmanın sebebe bağlı olması ve hâkimin kararıyla gerçekleştirilmesi esası kabul edilmiştir. Anlaşmalı boşanma, genel ve mutlak bir boşanma sebebidir. Bu sebepte, kanunun öngördüğü şartların sağlanması ve hâkimin boşanma kararı vermesi ile evlilik birliği sona ermektedir. Türk Medeni Kanununun (TMK) ‘evlilik birliğinin sarsılması’ başlıklı 166. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanmada da evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna ilişkin kanuni faraziye (kesin karine) mevcuttur. Bu sonuç, ortak haya-

¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 104; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta, 2019, s. 235.

tın devamının eşler için çekilmez olduğunun karine olarak kabul edilmesi anlamına da gelmektedir.²

Medeni Kanun anlaşmalı boşanmada eşlerin ortak iradelerini ön plana çıkararak, boşanmada irade ilkesine de yer vermiştir.

2. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

Anlaşmalı boşanma da kendiliğinden boşanma sonucu doğurmaz. Eşler arasındaki ‘anlaşma’ boşanmanın sebebini oluşturmaktadır, hâkimin bu sebebe dayanarak boşanma kararı verebilmesi için kanunda aranan şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Hâkim, anlaşmalı boşanma davasında veya başka bir boşanma sebebiyle açılan davada diğer eşin davayı kabul etmesi halinde bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini kendiliğinden araştırmalıdır. Bu şartlardan birinde bir eksiklik olması halinde boşanma kararı verilmemelidir, dava reddedilmelidir.

Aşağıda, sebebi düzenleyen TMK m.166/3’ün açık ifadesi de dikkate alınarak anlaşmalı boşanmanın şartları açıklanmıştır.³

² Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 127; S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 195; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 693; Akıntürk/Ateş, s. 269; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 122; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014, s. 79. Anlaşmalı boşanma kurumu, 1984 tarihli öntasarı ve 1985 tarihli tasarıdan sonra 12.5.1988 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak Medeni Kanunumuza ilk kez girmiş (eMK m.134/3), söz konusu düzenleme 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK’nın ‘Evlilik birliğinin sarsılması’ başlığını taşıyan m.166/3 ile de aynen korunmuştur. 1984 tarihli öntasarının gerekçesinde ‘evliliğinin en az bir yıl sürmesi ve eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin sarsılmış sayılır’ şeklinde ifade bulan düşünce ve TMK m.166’nın üst başlığının ‘evlilik birliğinin sarsılması’ olması anlaşmalı boşanmanın temelinde kanuni faraziyenin var olduğunu ortaya koymaktadır. (Bilge Öztan, ‘3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134’üncü Maddesi’, *Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 127).

İsviçre Hukukunda ise 1.1. 2000 tarihinde yürürlüğe giren kanunla (boşanma hukukunun köklü olarak değişmesi sonucu) anlaşmalı boşanma kabul edilmiştir. İsviçre kanun koyucusu anlaşmalı boşanmayı sistematik olarak boşanma sebeplerinde öncelikli bir yere getirerek, eşleri boşanma konusunda mümkün olduğunca anlaşma yapmaya yöneltmeyi amaçlamıştır. Türk Hukukunda evlilik birliğinin temelinden sarsılması faraziyesine dayanan anlaşmalı boşanmanın, İsviçre Hukuku için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. İMK m.111-112 ile anlaşmalı boşanma tam ve kısmi anlaşmalı boşanma olarak ele alınmış, tam anlaşmalı boşanmada eşlerin boşanmayı birlikte talep edip, zorunlu noktalarda uydukları bir anlaşmayı hâkime sunmaları; kısmi anlaşmalı boşanmada ise eşlerin ortak bir dilekçe ile başvurup, anlaşmaya varamadıkları hususlarda hâkimin karar vermesi hükme bağlanmıştır. (Peter Tuor/Bernard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage, Basel, 2009, s. 217 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Scheidung, Band I: ZGB, Zweite Auflage*, Bern, Stämpfli Verlag, 2011, s. 32 vd).

³ TMK m.166/3: ‘Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz

A. Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması⁴

Eşlerin çok kısa süreli evliliklerde acele karar vermelerini engellemek, birbirlerini daha iyi tanıma fırsatı yakalamaları ve ortak yaşam bilincine tam olarak varmaları için bu şartın öngörüldüğü belirtilmektedir.⁵ Bu şart gerçekleşmediği takdirde diğer şartları araştırmaya gerek yoktur, dava reddedilmelidir. Hâkim bir yıllık sürenin dolup dolmadığını kendiliğinden (re'sen) araştıracaktır.

B. Eşlerin Boşanma Konusunda Anlaşmaya Varmış Olmaları

Ortak irade, eşlerin birlikte mahkemeye başvurmaları⁶ veya bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi şeklinde kendini göstermektedir. Ortak iradenin bo-

önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.'

İsviçre Hukukunda (İMK m.111-112) tam ve kısmi anlaşmalı boşanma olarak kabul edilen anlaşmalı boşanmanın şartları ise şu şekildedir: Tam anlaşmalı boşanmanın şartları eşlerin ortak bir taleple başvurusu, hâkimin eşleri ayrı ayrı veya birlikte dinleyip serbest iradeleriyle boşanma kararı alıp almadıklarına, bu irade doğrultusunda boşanmanın sonuçlarını içeren anlaşmayı yapıp yapmadıklarına kanaat getirip, anlaşmaya (ön) onay vermesi, iki aylık düşünme süresi sonunda eşlerin boşanma iradesini ve anlaşmayı yazılı onaylamalarıdır. Kısmi anlaşmalı boşanmanın şartları ise; eşlerin ortak talepte bulunmaları, eşlerin dinlenmesi, hâkimin kısmi anlaşmayı onaylaması, eşlere iki aylık düşünme süresi verilmesi, süre sonunda eşlerin yazılı olarak kısmi anlaşmayı onaylamaları, anlaşma sağlanamayan hususlara yönelik çekişmeli bir yargılama sonucunda eşlerin anlaşma yapmalarının, (Schwenzer, a.g.e., s. 32-33; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, a.g.e., s. 219 vd).

⁴ Yargıtay, anlaşmalı boşanmanın ön şartı olarak da nitelendirebileceğimiz bu şartın davanın açıldığı tarih itibarıyla tamamlanması gerektiği görüşündedir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 2.HD., 2006/12011 E., 2006/18556 K., 28.12.2006 T.; Yarg. 2.HD., 2002/2149 E., 2002/2569 K., 28.02.2020 T.; Yarg. 2.HD., 2003/1951 E., 2003/3412 K., 12.03.2003 T.; Yarg. 2.HD., 2005/18940 E., 2006/3201 K., 13.03.2006 T.; Yarg. 2.HD., 2010/4082 E., 2011/5690 K., 31.03.2011 T. www.kazanci.com.tr) Öğretide bazı yazarlar, bir yıllık sürenin tamamlanma ânı olarak boşanma kararının verildiği duruşma gününün esas alınması gerektiği görüşündedir. Yazarlara göre bir yıllık süre maddî hukuka ilişkin bir yargılama şartı olduğundan ve karar anında bu şart da sağlandığından yargılamaya devam edilmelidir (Özdemir, a.g.e., s. 124-126; Bilâl Köseoğlu/Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 110; Öz Seçer, *Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2016, s. 261).

İsviçre Hukukunda, evliliğin süresi, anlaşmalı boşanma şartları arasında değildir. Tam ve kısmi anlaşmalı boşanmada aranan iki aylık süre, boşanma kararının verilebilmesi için eşlere tanınan düşünme süresidir ve sürenin bitiminde eşler boşanma iradelerine ve anlaşmaya yazılı onay verdikleri takdirde, hâkim boşanma kararı vermektedir, (Schwenzer, a.g.e., s. 33-34).

⁵ Oğuzman/Dural, a.g.e., s. 128; Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 270; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 123; Öztan, a.g.e., s. 694; Özdemir, s. 139. Ayrıca Özdemir bir yıllık süre dolmadan (öyle ki evlenme akdinin yapıldığı gün itibarıyla bile) ortak yaşam bilincini ortadan kaldıran çok önemli olaylar yaşanabileceği ve bu tür durumlarda anlaşmalı boşanma imkânının eşlerin elinden alınmasının doğru olmadığını savunmaktadır (Özdemir, s. 123). Biz de bu görüşe katılmaktayız. Anlaşmalı boşanmanın tanındığı bir sistemde eşleri (başta evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi olmak üzere) diğer boşanma sebeplerine dayanmaya zorlamak da haklı gerekçelerden oldukça uzaktır.

⁶ Eşlerin boşanma davasını birlikte açması durumunda, taraf sıfatlarının nasıl belirleneceği konusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu da bizi anlaşmalı boşanma davasının çekişmeli yargı veya çekişmesiz yargı işi olup olmadığına yönelik tartışmaya götürmektedir. Anlaşmalı boşanmanın da diğer boşanma davası türleri gibi çekişmeli yargı işi olduğunu kabul edenler (Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 270; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara:

şanma yönünde olması olasılığında, eşlerin ikisinin de evlilik birliğini devam ettirmekte fayda görmediği, haliyle hükümdeki ‘bu durumda evlilik birliği temelden sarsılmıştır’ şeklindeki kanuni faraziyenin de gerçekleştiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla hâkim burada evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı konusunda bir araştırma faaliyetine girişmeyecektir. Tarafların diğer boşanma türlerindeki özel olguları ileri sürmesi ve bu olguları ispatlamaları da aranmayacaktır.⁷

Bir eşin (zina, terk, evlilik birliğinin temelinden sarsılması vb) herhangi (akıl hastalığı dışındaki) bir nedenle açtığı boşanma davasında da, evliliğin en az bir yıl sürmesi şartıyla, diğer eşin boşanmayı kabul etmesi halinde hâkim boşanmaya karar verebilir.⁸ Burada aynı zamanda anlaşmalı boşanma için aranan diğer şartların da gerçekleşmiş olması gerekecektir.

C. Hâkimin Eşleri Bizzat Dinleyerek İradelerinin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi

Hâkimin eşleri bizzat dinlemesinin, tarafların gösterdikleri ortak iradenin ‘serbestçe’ gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmek ve eşlerin boşanma konusunu bir kez daha düşünmelerini sağlamak amacı taşıdığı kabul edilmektedir.⁹ Anlaşmalı boşanmada belki de sakınca doğuracak bir sonucu ortaya koyacak şekilde, iradenin serbestçe gerçekleştiğine hâkimin kanaat getirmesi yeterli olup, bu noktada ayrıntılı bir araştırma yapılmasına gerek görülmemektedir. Oysaki eşlerden birinin görünürdeki ortak iradesini ortaya koymasında diğer

Turhan Kitabevi, 2017, s. 113) mutlaka bir davacı ve davalı taraf olacağını, eşlerden birinin davacı tarafı, diğerinin de davalı tarafı teşkil etmesi gerektiğini ifade ederler ve uygulama da bu yöndedir. Anlaşmalı boşanmayı çekişmesiz yargı işi olarak görenler sorunun, eşlerin ortaklaşa dilekçe ile başvurması yoluyla çözüme kavuşacağı görüşündedirler. Yazarlara göre, davacı-davalı terimleri yerine dilekçe verenler, talepte bulunanlar şeklinde ifadeler kullanılacaktır, (Özdemir, a.g.e., s. 128-130; Öztan, a.g.e., s. 699-700; Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara: Yetkin, 2017, s. 245 vd). Yargıtay eşlerin birlikte kaleme aldıkları tek bir dilekçe ile de anlaşmalı boşanma davası açılabileceğini (ve tek bir başvurma harcının yatırılacağını) kabul etmektedir, (bkz. Yarg. 2.HD., E., 2002/4194. 2002/4994 K., 09.04.2002 T. (www.kazanci.com.tr) İsviçre Hukukunda ise tam anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargı işi iken, kısmi anlaşmalı boşanmada yazılı onaydan sonraki aşama çekişmeli yargı işine dönüşmektedir. Ayrıca anlaşmalı boşanmada tek dilekçe ile başvurma zorunluluğu yoktur. İsterse her iki eş ayrı ayrı dilekçelerle başvurabilir, (Schwenzer, a.g.e., s. 35).

⁷ Hatemi, a.g.e., s. 123.

⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 123. Aksi görüşteki Yargıtay, ilk derece mahkemesinin terk sebebine dayalı boşanma davasında ‘karşı tarafın davayı kabul etmesi sonucunda anlaşmalı boşanma gerçekleşmiştir’ şeklindeki kararını bozmuştur, (bkz. Yarg. 2. HD., 2008/8710 E., 2009/10983 K., 08.06.2009 T. [www.kazanci.com.tr]) Akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davasında ise ayırt etme gücünü tamamen ortadan kaldıran türde bir akıl hastalığı bulunan davalı hasta eşin, davayı kabul beyanının geçerli olmadığı açıktır. Dolayısıyla akıl hastalığı nedeniyle açılan davalarda diğer eşin kabulünü, ayırt etme gücünün var olup olmadığı çerçevesinden ele almak zorunludur. Akıl hastalığı halinde anlaşmalı boşanma davasının açılmayacağına yönünde bkz. Köseoğlu/Kocaağa, a.g.e., s. 114; Seçer, a.g.m., s. 267.

⁹ Oğuzman/Dural, a.g.e., s. 129; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 124.

eşin ve üçüncü kişilerin maddi, manevi baskısı veya çeşitli nedenler söz konusu olabilmektedir. Serbest irade diğer eşin veya üçüncü kişilerin aldatması (hilesi), korkutması veya bizzat eşlerin hataya düşmesini kapsar şekilde ortadan kalkmışsa anlaşmalı boşanmadaki ortak iradenin sakatlandığı kabul edilmelidir.

Hâkimin, eşlerin boşanmayı neden istedikleri veya onları boşanmaya iten saikleri araştırması beklenemezse de ortak iradeyi değerlendirirken, iradelerin gerçekten serbest olup olmadığını ortaya çıkaracak şekilde eşlerin iradelerini sorgulaması, iradelerde bir duraksama veya çelişki gördüğü takdirde tereddütle yaklaşması ve ‘ortak iradenin ciddi olmaması, olgunlaşmış bir düşüncenin sonucu olmaması’ durumunda davayı reddetmesi gerekir.¹⁰ Eşlerin mahkemeye bizzat gelmelerinin istenmesi, hâkimin bu noktadaki kontrolünü sağlama amacı taşımaktadır. Bu şekli değil, gerçek bir kontrol mekanizması olarak işletilmelidir. Aksi takdirde anlaşmalı boşanmanın ‘kolaylaştırılmış bir boşanma türü’ olduğu eleştirel düşüncesi, genel haklı bir yargı haline gelecektir.

D. Hâkimin Boşanmanın Mali Sonuçları ve Çocukların Durumu Konularında Eşlerce Kabul Edilecek Anlaşmayı Uygun Bulması

Anlaşmalı boşanmanın kurucu unsuru olarak kabul ettiğimiz ‘anlaşma’, boşanmanın mali sonuçlarını ve çocukların durumunu (varsa zorunlu olmayan unsurları da) kapsayacak şekilde yazılı bir metinde veya sözlü olarak ortaya konulan iradelerin tutanağa geçirilmesi yoluyla gerçekleşebilir. Uygulamada protokol olarak da anılan anlaşmanın zorunlu unsurları boşanmanın mali sonuçları olarak ifade edilen nafaka ve tazminat talepleri ile varsa çocukların durumuna ilişkin hususlardır. Bunun dışındaki ortak çocuğun üçüncü kişilerle ilişkisi, mal rejiminin tasfiyesi, tedbir nafakası, kadının soyadı gibi hususlar, anlaşmanın zorunlu olmayan içeriğine dahil edilmektedir.

Anlaşma (protokol) eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle kurulmakta, hâkimin uygun bulmasıyla (onayıyla) da hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Anlaşmanın eşler açısından bağlayıcılığı hâkimin uygun bulduğu anda başlar.¹¹ Ayrıca hâkimin anlaşmaya, eşlerin ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutmak suretiyle müdahale ederek, değişiklikler yapabileceği TMK m.166/3’te de ortaya konmuştur.¹²

¹⁰ Özdemir, a.g.e., s. 147; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 82.

¹¹ Özdemir, a.g.e., s. 157; Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 271. Atmaca Ülkü ise protokolün (anlaşmanın) taraflarca imzalandığı anda tamamlandığı ve taraflar açısından bağlayıcı hale geldiği görüşündedir. (Hande Atmaca Ülkü, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü*, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 128-129).

¹² Hâkim, eşler arasındaki anlaşmaya onların ve ortak çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak müdahale edebilir ve gerekli değişiklikleri yapabilir. Ancak bu değişiklikler eşler tarafından kabul edildiği takdirde boşanmaya karar verilir. (Yıldırım, a.g.e., s. 79).

Boşanmanın mali sonuçlarıyla kastedilen ise bütün boşanma sebeplerinde gündeme gelebilecek, maddi-manevi tazminat ile yoksulluk ve iştirak nafakası talepleridir (TMK m.174-175).

3. ANLAŞMALI BOŞANMANIN SONUÇLARI

Anlaşmalı boşanmanın doğal hukuki sonucu evlilik birliğinin son bulması ve ilgililerin eş sıfatının ortadan kalkmasıdır. Bu boşanma sebebinde de diğer tüm sebeplerde olduğu gibi hâkim kararına ihtiyaç vardır ve hukuki sonuçlar bu kararlarla birlikte doğmaktadır. Bu sonuçların bir kısmı kendiliğinden doğar, kararda yer verilmelerine de gerek yoktur. Eşler için yeniden evlenme imkânının doğması, evlilik birliğinde duran zamanaşımının yeniden işlemeye başlaması, miras haklarının son bulması, evlenme ile kazanılan erginlik, vatandaşlık, kayın hısımlığı gibi kişisel durumların korunması gibi sonuçlar bu türdendir.¹³

Diğer hukuki sonuçlar ise talep halinde doğar, boşanma kararında yer verilmeleri zorunludur. Bunlar da ana hatlarıyla boşanmanın zorunlu mali sonuçları olan yoksulluk nafakası, maddi-manevi tazminat talepleri ile çocuklarla ilgili sonuçlardır. Mal rejiminin tasfiyesi, çocukların üçüncü kişilerle ilişkileri gibi konular ise anlaşmalı boşanmanın zorunlu olmayan sonuçlarıdır; protokolde yer verilmeleri halinde talep edilmeleri ve karara bağlanmaları mümkündür.

4. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA VERİLEN KARAR VE SONUÇLARI

Anlaşmalı boşanma davası sonunda verilen karar yenilik doğuran bir karardır, kesinleştikten sonra başka bir yargılamanın konusunu oluşturmaz ve daha sonraki yargılamalarda öncekiyle çelişecek bir sonuca da karar verilemez.¹⁴ Şekli anlamda kararın kesinleşmesi ile yenilik doğuran kararın etkisi kendiliğinden doğacak ve eşler boşanmış olacaklardır.¹⁵ Böylece boşanma kararı değiştirilemeyecek ve herkes için bağlayıcı hale gelecektir.¹⁶

Anlaşmalı boşanmada sadece boşanmaya hükmedilmesi yeterli olmayacak, mali sonuçlar ve çocukların durumunu kapsayan anlaşmanın daha sonra icrası mümkün olacak şekilde hüküm fıkrasında yer alması gerekecektir.¹⁷

¹³ Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 287 vd.

¹⁴ Akkaya, a.g.e., s. 259-260; Özdemir, a.g.e., s. 185.

¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 124.

¹⁶ Akkaya, a.g.e., s. 259.

¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 124.

5. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASI SONRASINDA TALEPLER

Dava sonrasındaki taleplerle kastedilen, anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesinden sonraki zamanda ileri sürülen taleplerdir. Anlaşmalı boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesiyle, boşanmanın hukuki sonuçları doğar.¹⁸ Anlaşmalı boşanmada anlaşma içinde çocukların durumuna ilişkin talebin değerlendirilmesine ve karara varılmasına karşın, sonradan meydana gelecek değişikliklerin alınan kararı değiştirebileceği ise TMK m.183'te ifade edilmektedir. Bu durum çocukların durumuna ilişkin alınan kararın kesin hüküm teşkil etmeyeceğini de ortaya koymaktadır.

Bazen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafların boşanma davasında ileri sür(e)medikleri talepler veya ileri sürülebilme şartları ortaya çıkmaktadır. Şartları sonradan oluşan bu talepleri nafaka ve tazminat talepleri olarak iki başlık altında ele almaktayız.

Anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesinden sonra, nafaka ve tazminat talepleri dışında anlaşmalı boşanmanın kurucu unsuru olan anlaşmanın (protokolün) geçersizliğine yönelik talepler de ileri sürülebilir. Anlaşmalı boşanma davasında eşlerin iradelerinin (yanılma, aldatma ve korkutma ile) sakatlanmış olması, anlaşmalı boşanmada aranan ortak iradenin var olup olmaması noktasında önem arz edecektir. Eşlerin hâkim huzurunda serbest iradelerini bizzat açıklama zorunluluğu ve bu iradelerin serbestçe açıklandığının hâkim tarafından değerlendirilmesi zorunluluğu, irade sakatlığı hallerini bertaraf etmeye yöneliktir. Eşler, irade sakatlığı hallerini temyiz aşamasında (karar kesinleşinceye kadar) ileri sürebilme imkânına da sahiptirler. Anlaşmalı boşanmadaki anlaşmanın (protokolün) bu irade sakatlığı hallerini barındırması halinde, kesinleşmiş kararın boşanmaya ilişkin hükmünün geçerli olması ancak protokolün özellikle mali hükümlerinin kısmen veya tamamen iptali mümkün görülmelidir.¹⁹

Eşlerin hazırlamış oldukları anlaşmada gündeme gelebilecek bir diğer geçersizlik hali ise muvazaadır. Eşlerin düzenlediği protokolün muvazaalı olması halinde ise ancak bu işlemde zarar görecektir üçüncü kişiler açısından muvazaanın ileri sürülmesi ve söz konusu tasarrufun iptal edilmesi mümkün olacaktır. Özellikle eşlerden birinin, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla eşine mal varlığını devrettiği muvazaalı bir işlemde, alacaklı üçüncü kişi kesinleşmiş

¹⁸ Kesinleşme kararının tebliği ile birlikte bu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

¹⁹ Bu durumda da Türk Borçlar Kanununun irade bozuklukları üst başlığıyla düzenlenen yanılma, aldatma, korkutma hakkındaki m.30-39 hükümleri geçerli olacaktır. İradesi sakatlanan tarafa tanınan iptali hakkının bağlı bulunduğu 1 yıllık hak düşürücü süre anlaşmanın (protokolün) iptalinde de uygulanacaktır.

hükümün ilgili kısmını HMK m.376 yargılamanın iadesine dayanarak iptal ettirebilmelidir.²⁰

A. Nafaka Talepleri

Anlaşmalı boşanmada eşlerin birbirlerinden talep edebileceği nafaka yoksulluk nafakasıdır. Eşlerin çocuklar adına talep edebileceği nafaka ise iştirak nafakasıdır.

Yoksulluk nafakasını düzenleyen TMK m.175'e göre; 'Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.' Yoksulluk nafakası kural olarak süresiz bir nafakadır. Ancak m.176/3'e göre; alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü ile nafaka kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır.

Yoksulluk nafakası için talep gerekir. Hâkim re'sen yoksulluk nafakasına hükmedemez. Anlaşmalı boşanma davasının da zorunlu mali unsurlarındandır ve eşler bu hususta anlaşmaya varmalıdırlar.

Yoksulluk nafakasında kanun kusurdan söz etmekte, eşlerin kusuru durumunda ise, talepte bulunanın, diğerinden daha kusurlu olmaması gerektiği vurgulanmaktadır.²¹ Oysaki anlaşmalı boşanmada, boşanmanın hükmü açısından kusurun bir rolü yoktur. Diğer boşanma davalarından farklı olarak, anlaşmalı boşanma davası içerisinde eşlerin kusurlarının bulunup bulunmadığına yönelik bir araştırma faaliyetine girilemez, çünkü eşler boşanmanın sonuçları hakkında anlaşmaya varmışlardır.²²

Boşanmanın mali sonuçlarına yönelik taleplerin zamansal sınırını ortaya koyan TMK m.178'in açık hükmü şu şekildedir: 'Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.' Bu hüküm boşanma davasında ileri sürülmemiş maddi-manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının, boşanma

²⁰ Atmaca Ülkü, a.g.e., s. 210-211; İdil Tuncer Kazancı, Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma ile Alacaklılarından Mal Kaçırımlarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 418. Yarg. 17. HD., 2007/1729 E., 2007/1788 K., 24.05.2007 T. (www.kazanci.com.tr).

²¹ Maddi ve manevi tazminat taleplerinden farklı olarak, yoksulluk nafakasında, kendisinden nafaka talep edilen eşin kusurlu olması aranmaz. (Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 155).

²² Bahattin Aras, Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 47, Ankara, Seçkin, 2010, s. 77-78.

kararının 'kesinleşmesinden itibaren' bir yıl süreyle de ileri sürülebilmesine imkân sağlamaktadır. Ancak diğer boşanma davası türlerinden farklı olarak, anlaşmalı boşanmada bu taleplerin ileri sürülmemiş olması durumu, farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Önce yargı ve öğretideki katılmadığımız görüşleri belirtip, görüşümüzü açıklayalım: Yargıtay, anlaşmalı boşanma davasında yoksulluk nafakasının ileri sürülmemesini, 'bir daha yoksulluk nafakası istenemez' şeklinde ele almaktadır.²³ Öğretide bazı yazarlar da Yargıtay'ın bu anlayışıyla örtüşen görüş içerisindedir. Bu görüşe göre anlaşmalı boşanmada eşler, hâkime sundukları ve hâkimin onayından geçen anlaşmada zorunlu mali konuları ele almamışlarsa bu talepleri konusunda da anlaşmaya varmışlar ve bu taleplerden vazgeçmiş oldukları kabul edilmelidir.²⁴ Dolayısıyla m.178'in burada uygulanması söz konusu değildir. Anılan görüş,²⁵ zorunlu mali konuların ihmal edildiği anlaşmalar uyarınca (ki boşanma davası sırasında gündeme gelmemiş, hâkim tarafından da sorgulanmamıştır) kararın kesinleştiği halleri ise farklı ele almaktadır. Bu durumda kesinleşme şekli anlamdadır; burada zorunlu mali konularda anlaşmada 'ihmal sonucu' bir düzenleme olmamasına karşın anlaşmalı boşanmaya karar verilip, karar kesinleşmektedir.²⁶ Mutlaka karar verilmesi gereken bir hususta karar verilmemiştir, ihmal vardır.²⁷ Anlaşmalı boşanmada zorunlu mali unsurlar, maddi şartlardır, kamu düzenindedir, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır.²⁸ İhmalin olduğu durumlarda kesinleşmiş boşanma kararına karşın, yeniden yoksulluk nafakası talep edilebilmelidir.²⁹

Sonuç itibariyle anlaşmalı boşanmada yoksulluk nafakası anlaşma içinde veya kararın şekli olarak kesinleşmesinden sonra -talep edilmede ihmalin olma-

²³ Yarg. 2. HD., 1997/1032 E., 1997/2584 K., 07.03.1997 T.; Yarg. 2.HD., 2000/9577 E., 2000/10314 K., 14.09.2000 T. (www.kazanci.com.tr).

²⁴ Özdemir, a.g.e., s. 160; Atmaca Ülkü, a.g.e., s. 96; Aras, a.g.e., s. 78. Anlaşmalı boşanmada eşlerin anlaşmada 'yoksulluk ve maddi-manevi tazminata ilişkin taleplerin saklı tutulması' şeklinde bir düzenlemeye yer vermeleri halinde ise bu konu, zorunlu unsurlar içinde yer almadığından anlaşmalı boşanma davasının reddine karar verilmelidir. Aksinin kabulü anlaşmalı boşanma kurumunu düzenleyen TMK m.166/3'ünün konuluş amacına da ters düşecektir. Aynı görüş ve ilgili Yargıtay kararı için bkz. Aras, a.g.e., s. 78-83.

²⁵ Özdemir, a.g.e., s. 160-161.

²⁶ Aras'ın da belirttiği üzere anlaşmalı boşanmada anlaşma içerisinde yoksulluk nafakası ve tazminata yer verilmemesi halinde, hâkimin bu hususu taraflara hatırlatması ve tereddüde yer vermeyecek şekilde onların açık irade beyanlarını alması gerekir. Hâkimin bunu göz ardı ederek boşanmaya karar vermesi halinde, temyiz yolu açıktır, (Aras, a.g.e., s. 82).

²⁷ Seçer ise bunu 'mali konularda anlaşma olmayıp, hâkimin bu durumu ihlal etmesi' olarak ifade etmekte ve eşlerin sonradan mali konularda talepte bulunabileceğini kabul etmektedir. (a.g.e., s. 269-270).

²⁸ Öztan, a.g.m., s. 132; Özdemir, a.g.e., s. 152.

²⁹ Özdemir, a.g.e., s. 161; Öztan, a.g.e., 697.

sı halinde- kesinleşmeden itibaren bir yıl süreyle istenebilecektir. Kanaatimizce nafakanın bunun dışında talep edilebilmesi mümkün gözükmemektedir.³⁰ Aksi bir uygulama m.178'in varoluş amacına da ters düşecektir.³¹

Çocuklar için istenen iştirak (bakım) nafakasında durum farklıdır, hâkim talep olmadan da karar verebilmektedir.³² Dolayısıyla anlaşmalı boşanmada anlaşmada yer almayan, ele alınmamış olan nafakayı hâkimin aynı dava içinde kendiliğinden karara bağlaması mümkün olmalıdır.³³ TMK m.182/3'e göre velayet kendisine verilmemiş olan diğer eş, gücü oranında çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katılmak zorundadır. Bu nafakanın boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davasıyla birlikte veya bu davaların sonrasındaki herhangi bir zaman diliminde ayrı olarak talep edilmesi mümkündür.³⁴ Dolayısıyla buradaki süre, çoğu durumda, yoksulluk nafakasındaki talep edileceği son süre olan 'boşanma kararının kesinleşmesinden

³⁰ Nafakanın bir yıllık süreden sonra istenmesi mümkün değildir, ancak bu süreler içinde talep edilip karara bağlanan nafakanın artırılması veya azaltılmasına yönelik yeni bir dava açılması halinde TMK m.175'deki bir yıllık süre uygulanmayacaktır. Nafakanın ilk kez talep edilmesi ile karara bağlanan nafakada değişikliğe gidilmesi talebi farklı konulardır.

³¹ TMK m.178'in gerekçesi şu şekildedir: Madde boşanma sebebiyle açılacak davaların, evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu hüküm sayesinde evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasına rağmen eşlerin yıllar sonra maddî ya da manevî tazminat ya da ilk kez istenilen yoksulluk nafakası dolayısıyla karşı karşıya gelmeleri önlenmek istenmiştir. Bütün alacak istemleri gibi boşanmadan doğan tazminat ve yoksulluk nafakası istemlerinin de bir zamanaşımı süresinin olması gerekir. Bu süre, evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasına ilişkin hükmün kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

³² Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 148.

³³ Temelinde eşlerin anlaşmasının bulunması dolayısıyla, anlaşmalı boşanmada, diğer sebeplerle açılan davalardakinden ayrı bir prosedüre ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Ancak kanaatimizce bu sebepte de çocuğun yüksek yararı doğrultusunda hareket zorunludur ve hâkim talep olmasa, anlaşmalı boşanmada bu konuda bir anlaşma bulunmasa bile (kendiliğinden) iştirak nafakasına hükmedebilmelidir. Eşlerin bu konuda ihmalinin olduğu durumlarda ise hâkim eşlere bir düzenleme yapılmasını hatırlatmalı, uyuşmalarını sağlamalı veya uyuşma olmadığında da kendiliğinden iştirak nafakasına hükmedebilmelidir. İştirak nafakasının daha sonra ayrı bir dava ile istenebilecek olması, bu görüşü değiştirmeyecektir. Hâkimin anlaşmalı boşanma davasında kendiliğinden iştirak nafakasına hükmetmesi, usul ekonomisinin de gereğidir. Hâkim, kararını verirken iştirak nafakasının belirlenmesine ilişkin kriterleri de (eşlerin ekonomik durumu, nafakanın miktarı, ödeme şekli ve zamanı vb) dikkate alacaktır. Yargıtay da anlaşmalı boşanma davasında iştirak nafakasına yönelik anlaşmanın mevcut olmaması halinde hâkim tarafından uygun nafakanın takdir edileceğini kabul etmektedir. (Yarg. 2. HD., 1998/11071 E., 1998/11334 K., 22.10.1998 T. [www.kazanci.com.tr]) Anlaşmalı boşanma protokolünde iştirak nafakasını protokolün zorunlu unsuru olarak ele alan Atmaca Ülkü, eşlerin bu konuda anlaşmaları gerektiği, nafakanın miktarı, ödeme zamanı gibi hususların belirsizliği halinde, hâkimin belirlenmesini isteyebileceği, hatta ekler yapıp eşlerin onayına sunması gerektiği görüşündedir. Yazar, konunun ele alınmadığı halde hâkimin kendiliğinden düzenlemesi hususunu ele almamış, ancak bu tür durumlarda hâkimin taraflardan protokolda değişiklik yapılmasını isteyebileceğini, protokolü onaylamaktan kaçınabileceğini belirtmiştir, (Atmaca Ülkü, a.g.e., s. 90- 92).

³⁴ İştirak nafakasının boşanma ve ayrılık davalarında talep edileceği TMK m.182/1'de açıkça hükme bağlanmıştır. Evliliğin butlanı halinde iştirak nafakasının istenebileceği m.157/2'deki 'çocuklar ile ana baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır' şeklindeki düzenlemeyle kabul edilmektedir.

itibaren bir yıl'dan daha uzundur. İştirak nafakası kararın kesinleşmesinden başlayarak ödenir ve çocuk ergin oluncaya kadar ve hatta çocuk ergin olmasına rağmen eğitimine devam ediyorsa, eğitim hayatı sona erinceye kadar devam eder.

B. Tazminat Talepleri

Diğer boşanma türlerinde olduğu gibi anlaşmalı boşanmada da eşler maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Maddi ve manevi tazminat talepleri anlaşmalı boşanmanın zorunlu mali unsurlarından olup eşler bu konudaki (talep etmeme veya talep edilme halinde ödeme şekli, miktarı vb. hususlarda) taleplerine anlaşmada yer vermeliler, bunu içeren anlaşmayı hâkime sunmalılar ve hâkim de bu hususu karara bağlamalıdır.³⁵ Tarafların bu yöndeki talepte ihmal-leri bulunması ve hâkimin de konuyu gözden kaçırmaması durumunda, TMK m.178 doğrultusunda kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde de talepte bulunulabilmelidir.

Boşanma halinde talep edilecek maddi tazminatın şartları eşlerden birinin 'boşanma nedeniyle' mevcut veya beklenen menfaatlerinin zedelenmesi, kendisinin kusursuz veya daha az kusurlu olup diğer eşin kusurlu olması şeklindedir (TMK m.174-c.1). Görüldüğü üzere maddi tazminatta mevcut ve beklenen menfaatlerin zedelenmesi şeklinde iki tür zarar kalemine imkân tanınmaktadır. Her iki zarar kaleminin de boşanma nedeniyle ortaya çıkması gerekir. Kusursuz veya daha az kusurlu olan eşin sağlamaya devam edeceği yararlar mevcut menfaatlerdir.³⁶ Eşlerden birinin, boşanma nedeniyle eşiyile ortak yürüttüğü işini kaybetmesi, ticaret-hanesini tasfiye etmesi, diğer eşe ait malları geri vermesi mevcut menfaatlerin kaybına örnektir.³⁷ Beklenen menfaatlerin zedelenmesi ise boşanma olmasaydı, kusursuz veya daha az kusurlu tarafın ileride elde etmesi muhtemel yararlardan yoksun kalmasına işaret etmektedir. Boşanma nedeniyle miras hakkının veya sigorta alacağının kaybedilmesi bu tür zarar kalemi olarak değerlendirilmektedir.³⁸

Boşanma halinde manevi tazminat talep edebilmenin şartları ise 'boşanma-ya neden olan olaylar' nedeniyle eşlerden birinin kişilik hakkının saldırıya uğ-rayıp zedelenmesi, diğer eşin de kusurlu olmasıdır (TMK m.174-c.2). Maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminatta, talep eden eşin kusurunun bulun-

³⁵ Yargıtay bir kararında tarafların maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tutarak anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirileceğini kabul ederken (Yarg. 2.HD., 19916 E., 959 K., 28.01.2009 T.'li karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2013), bir başka kararında tazminat haklarının saklı tutulması halinde boşanma kararı verilemeyeceğini kabul etmiştir, (Yarg. 2.HD., 2014/16344 E., 2015/269 K., 13.01.2015 T. [www.kazanci.com.tr]).

³⁶ Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 297; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 128.

³⁷ Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 162; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 128.

³⁸ Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 297.

maması şart olarak öngörülmemiştir. Ancak manevi tazminatta talep eden eşin kusuru var ise de, diğer eşe oranla daha az kusurlu olması yeterlidir.³⁹ Bir eşin kusuru, boşanma kararının verilmesine neden olacak ağırlıkta değilse, bu eş manevi tazminat talebinde bulunabilir.⁴⁰

Bir boşanma davasında veya sonrasında maddi ve manevi tazminat taleplerinin varlığı halinde TMK m.174'teki şartların var olup olmadığı yargılama esnasında değerlendirilecek, bu şartlardan birinin yokluğu halinde tazminata hükmedilemeyecektir. Bu şartların değerlendirilmesinde TBK'nin (m.49 vd.) tazminat hukukuna ilişkin hükümleri de göz önünde tutulacaktır. Ancak anılan hükümlerin, boşanma hukukuna doğrudan değil, uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekecektir.⁴¹

Tazminat hukukunda genel amaç zararın giderilmesi olmakla birlikte, haksız fiil hukuku ile boşanma hukukunda korunan menfaatlerin farklılık arz etmesi, doğrudan uygulamaya engeldir. Öyle ki kanun koyucu bu farklılığı kabul etmiş, bu konuda farklı düzenlemeleri de benimsemiştir. Örneğin TBK m.58/2'de manevi tazminatın para dışında başka bir yolla tazmini imkânı TMK m.174-c.2'de açık hükmü uyarınca boşanma davalarında kabul edilmemektedir. Anlaşmalı boşanma davasının anlaşmaya dayalı olması burada bahsettiğimiz unsurların⁴² değerlendirilmesini ve tartışılmasını imkânsız kılmaktadır. Dava esnasında kusur, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının var olup olmadığı değerlendirilme konusu yapılmayacak, tarafların bu konularda anlaşma içerisinde bir düzenleme öngörüp öngörmediklerine bakılacaktır. Anlaşmalı boşanma davasında tarafların talepte bulunmaları halinde maddi ve manevi tazminatın miktarı, ödeme şekli ve ödeme türü vb. konuların anlaşma içerisinde yer alması zorunludur.

Kural olarak bir boşanma davasında istenecek maddi ve manevi tazminat miktarını hâkim belirler. Ancak burada hâkim taleple bağlı olacaktır. Eğer taraflar anlaşmalı boşanmada anlaşma içinde tarafların karşılıklı tazminat talebinde bulunmayacaklarını kararlaştırmış iseler TMK m.178'deki bir yıllık süre içinde veya sonrasında tazminat talep edebilmeleri mümkün değildir. Ancak yoksulluk nafakasında da belirttiğimiz üzere taraflar bu konuda da ihmal göstermişler ve hâkim de bu hususu gözden kaçırmışsa TMK m.178'deki bir yıllık süre içinde

³⁹ Bu durum TMK m.174/2'nin gerekçesinde 'davalının kusurlu olmasının arandığı her olayda, davacının kusursuz olması gerektiğinden, böyle bir koşulun maddede yer almasına gerek görülmemiştir. Davacının boşanmada kusurunun bulunması genel hükümler gereğince Türk Borçlar Kanunu 50. madde ve devamı hükümlerinin uygulanması sonucu tazminattan indirim ya da tazminata hiç hükmetmeme sebebi sayılacaktır' şeklinde ifade edilmektedir.

⁴⁰ Öztan, a.g.e., s. 826.

⁴¹ Atmaca Ülkü, a.g.e., s. 98, dn. 347.

⁴² Yoksulluk nafakasında da kusur durumu için bkz. s. 9 ve ayrıca dn. 21.

maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Çünkü maddi ve manevi tazminat talepleri anlaşmalı boşanmanın zorunlu mali unsurlarındandır, talep edilme veya edilmeme şeklinde mutlaka ele alınmaları gerekir.

C. Diğer Talepler

Anlaşmalı boşanma davası ile birlikte veya sonrasında bir yıllık zamanaşımı süresinde ileri sürülebilecek nafaka ve tazminat talepleri yukarıda ele alınmıştır. Bu başlıkta saydıklarımız dışında kalan talepleri ileri sürme imkânı olup olmadığı, var ise koşulları ele alınacaktır. Görüldüğü üzere anlaşmalı boşanma davasının anlaşmaya dayalı olması, diğer sebeplerle açılan boşanma davalarına göre bazı taleplerin ileri sürülmesini veya ileri sürülme şartlarını farklılaştırmaktadır.

Anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesinden sonra, taraflardan birinin evlilik birliği devam ederken meydana gelen olaylara dayanarak aile hukuku kökenli bir talepte bulunması imkânsızdır. Çünkü anlaşmalı boşanma ile evlilik birliğine son verilmiştir. Örneğin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışla aldatılan taraf, anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesine kadar bu durumdan haberdarsa ve bu konuda sahip olduğu imkânları kullanmadan⁴³ anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesine yol açmışsa bundan sonraki dönemde boşanmanın mali nitelikteki hukuki sonuçlarından faydalanamaz. Anlaşmalı boşanmada, anlaşma kapsamında, maddi ve manevi tazminat talep etmeyen taraf, sadakat yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle boşanma kararının kesinleşmesinden sonra (özellikle manevi) tazminat talebinde bulunamaz.⁴⁴ Eşlerin birbirine karşı sadakat yükümlülüğü, evlilik birliği devam ettiği sürece var olan temel yükümlülüklerdendir.⁴⁵

⁴³ İmkânın değerlendirilmesi noktasında şu tür bir örnek verilebilir: Aldatılan eş, anlaşmalı boşanma davasını temyiz ederek, sadakatsizlik yaratan davranışın niteliğine göre boşanma sebebinin zina, onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürmeye dönüştürebilir.

⁴⁴ Yarg. 2. HD., 2011/11544 E., 2012/25372 K., 19.10.2012 T.; Yarg. 2. HD., 2014/18709 E., 2014/20286 E., 20.10.2014 T. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵ Sadakat yükümlülüğü evliliğin genel hükümleri başlığı altında haklar ve yükümlülükler alt başlığında TMK m.185/3'te açıkça düzenlenmiştir: 'Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar'. Sadakat yükümlülüğü cinsel sadakati olduğu kadar, duygusal, dâşşinsel ve ekonomik sadakati de kapsayan bir yükümlülüktür ve eşler bu yöndeki menfaatlerini karşılıklı olarak korumakla yükümlüdürler, (M. Alper Gümüş, *Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 12). Sadakat yükümlülüğüne aykırılık halinde eşlerin elindeki tek imkân boşanma davası açarak evlilik birliğine son verdimek değildir. Bu eyleme rağmen evlilik birliğini devam ettirme arzusunda olan (aldatılan) eş TMK'nın 195. vd. maddelerinde düzenlenen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlere de başvurarak, hâkimin müdahalesini talep etme hakkına sahiptir. Hâkim, eşleri bu yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda uyarabilir, eşleri uzlaştırmaya çalışabilir, eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını isteyebilir ve eşlerden birinin istemiyle (ortak yaşama ara verme gibi) kanunda öngörülen diğer tedbirlere de hükmedebilir, (Gümüş, a.g.e., s. 136 vd; Emel Badur/Gamze Tu-

Ancak evlilik birliği devam ederken, taraflardan birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı eylemleri, karşı tarafın kişilik haklarını zedeleyecek nitelikte ise ve bu eylemlerin etkileri anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonraki dönemde de devam ediyorsa, eylemden zarar gören tarafın tazminat talebinde bulunmasına kanımızca imkân vermelidir.⁴⁶ Bunun için talebin niteliğine göre belli şartların gerçekleşmiş olması aranacaktır.

Yargıtay kararına da konu olan bir olay üzerinden görüşümüzü somutlaştıralım.⁴⁷ Taraflar anlaşmalı olarak boşandıktan sonra, davacı taraf, davalı eski eşinin, evlilik birliği devam ederken üçüncü bir kişiyle ilişkisi bulunduğunu ve bu ilişkiden bir de çocuğu olduğunu öğrenmiştir. Aldatılan taraf anlaşmalı boşanma davası esnasında bu durumu bilmemektedir. Dolayısıyla davacı taraf irade sakatlığına dayanarak, ‘kişilik haklarının ihlali nedeniyle maddi ve manevi tazminat’ talep etmektedir. Yargıtay aldatılan davacı tarafın talebi uyarınca, kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle manevi tazminat ödenmesine yönelik ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Bizim de kabul ettiğimiz üzere, evlilik birliği devam ederken eşinin kendisini aldattığını, *anlaşmalı* boşanma kararının kesinleşmesine kadar geçen sürede bilmeyen ve (karara konu olayda ya da kararda bu konuda bir açıklık bulunmakla birlikte) bu durumu TMK m.178’de öngörülen bir yıllık zaman aşımı süresi geçtikten sonra öğrenen taraf, aldatma (haksız) fiili nedeniyle kişilik hakkının ihlali (TMK m.25) gerekçesiyle manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Söz konusu haksız fiilin maddi bir zarara yol açması imkân dahilinde görünmese de, manevi bir zararın ortaya çıktığı aşikârdır. Boşanmış olmak, evlilik birliği devam ederken aldatıldığını sonradan öğrenen kişinin acı, elem, ızdırap

ran Başara, Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, s. 65-1, s. 111; Cem Baygın, Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü, *Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu*, Cilt: II, Ankara, Yetkin, 2017, s. 734).

⁴⁶ Yargıtay boşanma davasının kesinleşmesine kadar geçen süre içinde sadakat yükümlülüğünün devam ettiğini, bu dönemde sadakat yükümlülüğüne aykırı eylemin sadakatsizliğe uğrayan eşin kişilik haklarını zedeler nitelikte olduğunu, bu nedenle TMK m.25 ve TBK m.49 uyarınca genel hükümlere dayalı olarak manevi tazminat isteminin yerinde olduğunu, açılacak davada görevli mahkemenin genel mahkemeler olduğunu karara bağlamıştır, (Yarg. 2. HD., 2009/5707 E., 2010/8831 K., 3.5.2010 T. [www.kazanci.com.tr]).

⁴⁷ Yarg. 4. HD., 2016/12875 E., 2018/8023 K., 17.12.2018 T. (www.kazanci.com.tr) Söz konusu kararda, ilk derece mahkemesinin de hükme bağladığı üzere, aldatma eylemi nedeniyle davacının kişilik haklarının zarar gördüğü kabul edilmiş ve sadece manevi zarara hükmedilmesine ilişkin karar onanmıştır. Karşı oy yazısından da anlaşıldığı üzere ilk derece mahkemesinin ve Yargıtay’ın olayı kişilik hakkının ihlali kapsamında kabul edip, haksız fiil sorumluluğu şeklinde değerlendirmesi yerindedir. Karşı oy ise ‘bu bir evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğünün ihlalidir ve aile mahkemesi görevlidir’ şeklinde bir yargıda bulunmaktadır. Oysaki ‘evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi nedeniyle evlilik birliğinden doğan yükümlülükler de son bulur ve ilgili dava aile mahkemelerinde görülemez’.

duymasına engel değildir. Aldatılan taraf, fiili TBK m.72’de öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı süresi dolmadan öğrenmişse, onur ve saygınlığına yönelik bu fiille kişilik haklarının ihlâl edildiğini ve manevî zararı bulunduğunu kanıtlanması koşuluyla, TBK m.58 kapsamında manevî tazminat isteyebilecektir.⁴⁸

Evlilik birliği içerisindeki aldatma eylemi açısından kişilik haklarının zedelediğini ve (manevi) zararın tazmin edilmesi gerektiğini kabul eden Yargıtay, bir başka kararında, evlilik birliği içerisinde meydana gelen hakaret ve yaralama eylemi nedeniyle ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu manevi tazminat talebine ilişkin hükmü bozmuştur.⁴⁹ Kanımızca Yargıtay’ın kararı yerindedir. Çünkü evlilik birliği içerisinde meydana gelen hakaret ve yaralama haksız fiillerine rağmen, taraflar anlaşmalı boşanma davasında karşılıklı olarak tazminat talebinde bulunmayacaklarını kararlaştırmışlardır. Zarar gören tarafın evlilik birliği içerisinde uğradığı zararların giderilmesini anlaşmalı boşanmada anlaşma içerisinde talep etmemesi, tazminat hakkından feragat ettiği anlamına da gelmelidir.

Bu karara konu olayda, yukarıda bahsetmiş olduğumuz bir önceki karardaki gibi, hakaret ve yaralama haksız fiillerinde boşanma kararının kesinleşmesinden sonra öğrenme ve sonrasında kişilik haklarının zarara uğraması gibi bir durum söz konusu değildir, olamaz da. Haksız fiil mağdurunun, hakaret ve yaralama

⁴⁸ Aynı görüş için bkz. Badur/Başara, a.g.m., s. 121-122. TBK m.58’e dayanan manevi tazminat talebi için aranan şartlar kişilik hakkının ihlal edilmesi, bundan bir manevi zarar doğması, kişilik hakkının hukuka aykırı şekilde ihlaliyle manevi zarar arasında illiyet bağının olması ve ihlali yaratan tarafın kusurlu olması veya kusursuz sorumluluk çerçevesinde sorumlu olmasıdır. (Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 2, Gözden Geçirilmiş 14. Bası*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 262-274; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018, s. 817-820; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, Beta, 2018, s. 263; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, 565-566.

⁴⁹ ‘Dava, hakaret ve yaralama sebebiyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı vekili, davalı ile müvekkilinin evli olduklarını, evlilik birliği içerisinde davalının müvekkiline hakaret ederek yaraladığını ve eylemleri sebebiyle davalı hakkında ceza yargılaması yapıldığını, davalının hakaret ve yaralama eyleminin davacının çevresinde duyulduğunu belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davacının yaralandığına ilişkin raporu ve davalının ceza mahkemesindeki tevilli ikrarının olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosyanın incelenmesi ile; davacı ve davalı arasında dava konusu edilen olayın 15/06/2014 tarihinde yaşandığı, tarafların 05/08/2014 tarihinde aile mahkemesinde anlaşmalı olarak boşanma davası açtıkları ve 20/08/2015 tarihinde ise davacı ile davalının sunulan protokol gereğince birbirlerinden maddi ve manevi tazminat talebi olmaksızın anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verildiği anlaşılmaktadır. Şu halde; taraflar arasında gerçekleşen anlaşmalı boşanma davası sırasında tarafların karşılıklı olarak manevi tazminat talep etmeyeceklerini kararlaştırmış olmaları ve aile mahkemesince bu anlaşmaya istinaden boşanma kararı verildiği, tarafların bu şekilde aralarındaki ihtilafı nihai olarak çözdükleri ve ilişkilerini tasfiye ettikleri, boşanma hükmünün de kesinleşmesi sebebiyle davacının bu kez aynı olaylara dayalı olarak manevi tazminat talep etmesi mümkün olmadığından manevi tazminat talebinin tümünden reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi bozmayı gerektirmiştir.’ (Yarg. 4. HD., 2016/11040 E., 2018/8138 K., 19.12.2018 T. [www.kazanci.com.tr]).

eyleminin çevresi tarafından sonradan duyulduğu, öğrenildiği gerekçesiyle zarara uğradığını belirtmesi ise kişilik hakkının zarara uğraması için kanımızca yeterli görünmemektedir. Hakaret ve yaralama eylemiyle karşı karşıya kalan tarafın, anlaşmalı boşanma davasında tazminat talep etmeyip, çevresinin olayı öğrenmesi nedeniyle kararın kesinleşmesinden sonra kişilik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesi de ‘manevi zararın’ varlığının kabul edilmesini engeller niteliktedir.

SONUÇ

Anlaşmalı boşanmanın temel unsuru olan anlaşmada, eşlerin yoksulluk nafakası ve maddi-manevi tazminata ilişkin mali unsurları kararlaştırmaları zorunluluğu, hâkimin de bunu kendiliğinden göz önünde bulunduracak olması, bu taleplerin kesinleşmeden sonra ileri sürülmesini engeller. Ayrıca burada TMK m.178’de uygulama bulmaz.

Bunun tek istisnası, tarafların bu hususu kararlaştırmada ihmalde bulunmaları, hâkimin de bu zorunlu unsurların varlığını göz ardı etmiş olmasıdır. Böyle bir durumda TMK m.178’deki bir yıllık zamanaşımı süresinde bu talepler ileri sürülebilmelidir.

Anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra aile hukuku ve dolayısıyla boşanma hukukundan doğan bir talep ileri sürülemez. Ancak aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalinin, anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra, özellikle de kişilik hakları kapsamında etkisinin devam ediyor oluşu özellik taşımaktadır. Kanımızca bu tür ihlaller hukuksal sonuç doğurmalı, zarar gören taraf tazminat talebinde bulunabilmeli, ihlali yaratan taraf tazminat hukuku kuralları çerçevesinde tazminatla yükümlü tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta, 2019.
- Akkaya, Tolga, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Ankara, Yetkin, 2017.
- Aras, Bahattin, Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 47, Ankara, Seçkin, 2010.
- Atmaca Ülkü, Hande, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü*, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Badur, Emel/Turan Başara, Gamze, Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65-1, 2016.
- Baygın, Cem, Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü, *Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu*, Cilt: II, Ankara, Yetkin, 2017.
- Ceylan, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018.
- Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2013.
- Gümüş, M. Alper, *Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kazancı Tuncer, İdil, Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma ile Alacaklılarından Mal Kaçırımlarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Köseoğlu, Bilâl/Kocaağa, Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa, Ekin, 2011.
- Nomer, Halûk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, Beta, 2018.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 2*, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özdemir, Nevzat, *Türk ve İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul, Beta, 2011.

- Özta, Bilge, '3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134'üncü Maddesi', *Prof. Dr. Halük Tandoğan'ın Hâtasına Armağan*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- Özta, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası. Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Schwenzer, Ingeborg, *Scheidung, Band I: ZGB*, Bern, Stämpfli Verlag, 2011.
- Seçer, Öz, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2016.
- Tekinay, Selahattin S, *Türk Aile Hukuku*, 7. Baskı. İstanbul, 1990.
- Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014.