

VİYANA SATIM ANTLAŞMASI HÜKÜMLERİNE GÖRE KABUL

Acceptance According to Vienna Sales Contract Provisions

Yasemin YÜCESOY YILMAZ¹

Geliş Tarihi: 26.05.2016 Kabul Tarihi: 05.01.2017

ÖZET

Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kuralları içeren bir antlaşmadır. Bu Antlaşma'nın ikinci kısmında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin kurulması için gerekli ikinci irade beyanını teşkil eden kabul ise m. 18 ve devamında düzenlenmiştir.

Antlaşma m. 18/f.'de, muhatabın öneriye onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanının veya diğer davranışının kabul hükmünde olduğu belirtilerek, kabul beyanının tanımı yapılmıştır. Kabul iradesinin beyan edilmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Antlaşmanın kabule ilişkin düzenlemeleri içinde kendisine en çok önem atfedilen, doktrinde kayda değer bir ilgi çeken ve mahkeme kararlarında da yaygın olarak tartışılan m. 19'da ise, öneriye yapılan eklemeler, sınırlandırmalar ve değişikliklerin hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Tarafların kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği ile ortaya çıkan çatışma durumu kavramı da bu madde üzerinden tartışılmış ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Antlaşma m. 20'de kabulde süre, m. 21'de gecikmiş kabul ve hukukî sonuçları, m. 22'de kabul beyanının geri alınması ve m. 23'te ise sözleşmenin kurulması anı düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, kabul, genel işlem şartları, çatışma durumu, sözleşmenin kurulması

ABSTRACT

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is a convention that contains the material laws to be implemented in the sales contracts that have international elements. The second part of this convention deals with principles on drawing up the contract. Acceptance of a second declaration that is needed in order to draw up the contract is regulated in Article 18 and thereafter.

The convention states in Article 18/I that any declaration or other action that expresses the consent of the acceptor is deemed as acceptance, and makes the definition of the statement of acceptance. The declaration of the will of acceptance is not bound under any condition. Article 19, which is seen as the most important regulation regarding acceptance in the convention, which draws serious attention within the doctrine and which is widely discussed in courts; regulates the legal outcomes for the additions, limitations and amendments to the proposition. The state of conflict (battle of the forms) which arises from each party demanding to implement their own general transaction conditions in the contract is also discussed on the basis of this article, and solutions are tried to be proposed accordingly. In the convention, Article 20 deals with the duration, Article 21 deals with the late acceptance and legal outcomes, Article 22 deals with revoking the declaration of acceptance and Article 23 deals with the time of drawing up of the contract.

Keywords: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, acceptance, general transaction conditions, battle of the forms, drawing up the contract.

¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, yaseyuce30@gmail.com

I. GİRİŞ

Küreselleşme olgusunun 19. yüzyılın sonlarına kadar hâkim kalmış olan “ulus devlet” ve “ulusal hukuk” paradigmasını temelinden sarsması², siyasi ve ekonomik hakların ulusal ve ulusal üstü düzeyde güvence altına alınması, iletişim ve ulaşım olanaklarının artması, özellikle milletlerarası unsurlu³ ticari satım sözleşmelerinin önemini ve uygulamasını artırmıştır. Zamanla bu sözleşmenin kurulması, ifa edilmesi, sona ermesi aşamalarına yönelik çok sayıda hukukî uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Bu hukukî uyumsuzlukların hangi ülkenin ulusal hukukuna göre çözümleneceği yolundaki belirsizlik, milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla bir takım antlaşmaların yapılmasını sağlamıştır⁴. Bu antlaşmalardan en önemlisi ise Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), uygulamada kullanılan ismiyle Viyana Satım Antlaşması’dır⁵.

Viyana Satım Antlaşması 11 Nisan 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler bünyesinde Viyana’da toplanan diplomatik konferansta kabul edilmiştir⁶. Bu antlaşma, milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kurulması, ifa edilmesi ve sona ermesi ile ilgili düzenlemeler içermektedir⁷. Antlaşma, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türk Hukuku’nda da doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir⁸. Antlaşmaya taraf olan bir ülke, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara antlaşma hükümlerini uygulamayı kabul ve taahhüt etmiş olmaktadır⁹.

² ATAMER, Yeşim M.; “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”, HPD, S. 8, Eylül 2006, s. 159.

³ Milletlerarası unsurlu sözleşme kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. ALİBABA, Arzu; Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2005, s. 6 vd., (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1528/2156.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:10).

⁴ TRUNG NAM, Nguyen; “Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding “Battle of Forms””, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:18).

⁵ VEYTIA, Hernany (Edi.:ŞİPKA, Şükran/YILDIRIM, Ahmet Cemil); “Driving Forces Behind Trade Usages in International Trade”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, s. 184.

⁶ ERDEM, H. Ercüment (Edi.:ŞİPKA, Şükran/YILDIRIM, Ahmet Cemil); “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, s. 117.

⁷ YILDIRIM, Zeynep; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, GÜHFD, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 1061, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_36.pdf) (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:25).

⁸ YILMAZ, Süleyman; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013, s. 80-81.

⁹ ATAMER, Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru, s. 161.

Milletlerarası satım hukuku alanında oldukça önemli hükümler içeren ve yaygın uygulaması olan Viyana Satım Antlaşması'nı bütün yönleri ile bir makale çalışmasında incelemenin zorluğu değerlendirilerek, bu çalışmada, satış sözleşmesinin kurulması için gereken ikinci irade beyanı kabul, Viyana Satım Antlaşması hükümlerine göre incelenmiştir.

II. KABUL BEYANININ VİYANA SATIM ANTLAŞMASI HÜKÜMLERİNE GÖRE İNCELENMESİ

A. Kabul Beyanı (m. 18)

1) Kabul Beyanının Tanımı ve Hukukî Niteliği (m. 18/f.1)

Kabul beyanı, önerene yöneltilen, öneriyi değiştirmeyen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak meydana getirme isteğini kesin olarak ifade eden irade açıklaması olarak tanımlanabilir¹⁰. Bu tanımda, kabulün kendisine önerinin yöneltildiği şahıs tarafından yapılan bir irade beyanı olduğu, bu irade beyanının öneriye uygun olarak sözleşmeyi meydana getirme isteğini kesin olarak ifade etmesi gerektiği ile önerene yöneltilmesi gerekliliği vurgulanmıştır¹¹.

Öneriye uygun nitelikte bir kabul beyanı ya da bu yönde bir irade faaliyeti¹² sözleşmeyi doğrudan doğruya meydana getirmektedir¹³.

Kabul, kural olarak öneriden sonra açıklanan bir irade beyanıdır. Ancak, öneri ve kabul beyanları bir sözleşmenin kurulması sırasında aynı anda da açıklanabilir. Yazılı sözleşme metninin sözleşen taraflarca aynı anda imzalanması bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁴.

Hukukî niteliği itibariyle kabulün, tek taraflı, yenilik doğuran bir hak olduğu söylenebilir. Öneriye uygun olan kabul beyanı ise, doğrudan sözleşmeyi kurma nitelik ve özelliğine sahip olduğundan, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹⁵.

Kabul, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 3-11 arasında düzenlenmiştir. Anılan bu maddelerde kabule ilişkin doğrudan ya da dolaylı düzenlemeler bulunmaktadır. CISG m. 18-24 arasında da kabule ilişkin düzenlemeler yer

¹⁰ EREN, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 254; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 65; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 67; ANTALYA, O. Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 190.

¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

¹² EREN, Genel Hükümler, s. 254, dn. 97.

¹³ EREN, Genel Hükümler, s. 254.

¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

¹⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 254-255.

almaktadır. TBK’da kabulün tanımı yapılmamasına rağmen, CISG m. 18/f.1’de, muhatabın öneriye onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanın veya diğer davranışının kabul hükmünde olduğu belirtilerek, kabul beyanının tanımı yapılmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kabul iradesinin beyanı için, herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁶. Buna göre kabul, öneriye onay verildiğini ifade eden yazılı ya da sözlü bir beyanla yapılabileceği gibi, kabul olarak yorumlanabilecek diğer davranışlarla da ifade edilebilmektedir¹⁷.

CISG m.18/f.1, c.2’de, susma veya eylemsizliğin tek başına kabul sayılmayacağı düzenlenmiştir. Türk Hukuku’nda da susma ya da eylemsizlik kural olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Ancak, TBK m. 6’ya göre, “öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.” Buna göre Türk Hukuku açısından susma ve eylemsizlik belirli durumlarda örtülü kabul olarak yorumlanabilmektedir¹⁸. Her ne kadar CISG m. 18/f.1, c.2’de, susma ve eylemsizliğin tek başına kabul sayılmayacağı düzenlenmiş ise de, ticari teamüller ya da taraflar arasındaki uygulamalar gereği önerinin açıkça reddedilmesi gereken hallerde susma ve eylemsizlik CISG m. 8/f.III¹⁹ uyarınca kabul olarak yorumlanabilir²⁰. Bu düzenleme, ticari teamüller ile taraflar arasındaki geçmiş uygulamaların irade beyanlarının yorumlanmasında CISG’de bir değerlendirme ölçütü olarak benimsendiğini göstermektedir. Örneğin satıcının, alıcının siparişi üzerine herhangi bir beyanda bulunmaksızın teslimatı yapması ve bu davranışını belirli bir süre tekrar etmesi halinde, daha sonra susmasının kabul olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki iddia veya savunması dinlenmez²¹. Türk Hukuku’nda da ticari teamüller ile taraflar arasındaki geçmiş uygulamaların zaman zaman bir değerlendirme ölçütü olarak kullanıldığı yargıya yansıyan uyuşmazlıklardan anlaşılmaktadır²².

¹⁶ SAĞLAM, İpek; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul 2013, s. 151; ORAL, Tuğçe; Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara 2014, s. 78.

¹⁷ SAĞLAM, s. 151.

¹⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 256.

¹⁹ “...Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır...”

²⁰ ZEYTİN, Zafer; Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 108.

²¹ ATAMER, Yeşim M.; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 75.

²² “...Uyuşmazlık, vade farkı alacağına ilişkindir. Vade farkı talep edilebilmesi için bu konuda taraflar arasında bir sözleşme bulunması veya vade farkı ile ilgili geçmiş uygulamaların bir başka deyişle oluşmuş teamülün bulunması gerekir...” Yarg. 19. HD., 16.01.2012 tarih, E. 2011/6575, K. 2012/184 sayılı kararı (T.C. Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

CISG'nin yukarıda anılan kabule ilişkin düzenlemeleri ile genel olarak sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, Türk-İsviçre hukuk sisteminin de içinde bulunduğu kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsenmiş olduğu görülmektedir²³. Gerçekten de CISG'nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri ile TBK'nun aynı yöndeki hükümleri karşılaştırıldığında bu durum daha somut olarak görülmektedir. Ancak, CISG'de sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerin kıta Avrupası hukuk sistemi benimsenerek düzenlenmiş olması, özellikle gelişen teknoloji ile uyumlu olmadığı noktasında eleştirilere uğramıştır²⁴.

CISG'nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemelerinde ve özelde çalışma konumuz olan kabule ilişkin düzenlemelerinde kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsenmesi, konunun açıklanmasında ve anlaşılmasında bir artı olarak değerlendirilmelidir.

2) Kabul Beyanının Hüküm Doğurduğu An (m. 18/f.II)

Kabul beyanının ne zaman hüküm doğuracağı CISG m. 18/f.II'de düzenlenmiştir. Yazılı, sözlü vb. bir beyanla ya da bir davranışla ifade edilebilen kabul beyanının hüküm doğurması kural olarak önerene varması ile mümkündür²⁵. Bu düzenleme ile CISG'nin Common Law sisteminde çoğunlukla uygulanan ve kabulün gönderildiği anda hüküm doğurmasına imkân tanıyan "posta kutusu" teorisini benimsemediği anlaşılmaktadır²⁶. Varma kavramının çerçevesi ise CISG m. 24'de şu şekilde ifade edilmiştir; *"Antlaşmanın bu kısmının amacı çerçevesinde; icap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer herhangi bir yoldan şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa, mutad meskenine teslim edildiklerinde "varmış" sayılırlar."*

²³ SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian (Edi.: ATAMER, Yeşim M.); "Sözleşmenin Kurulması", Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), İstanbul 2008, s. 85; SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian; "Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World", s. 239, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/scwenzer-mohs.html) (Erişim tarihi ve saati: 26.06.2016, 23:24).

²⁴ SCHWENZER/MOHS, Old Habits Die Hard, s. 246.

²⁵ SCHLECHTRIEM, Peter; Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1986, s. 54, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>), (Erişim tarihi ve saati: 27.06.2016, 00:06); ZEYİN, s. 108; SAĞLAM, s. 175.

²⁶ SAĞLAM, s. 175.

a) Kabul İçin Kesin Bir Süre Belirlenmiş Olması

Öneren, öneride bulunurken kabul için bir süre belirlemişse, kabul beyanının belirlenen süre içinde önerene ulaşması gerekir²⁷. Öneride belirtilen süre içinde ulaşmayan kabul beyanı hüküm doğurmaz²⁸. Önerenin kabul beyanından haberdar olma imkânının bulunması halinde, kabul beyanı önerene ulaşmış sayılmalıdır²⁹. Belirlenen süre içinde önerene ulaşan kabul beyanı ulaştığı andan itibaren hüküm doğurur. Öneren tarafından süre belirlendiği hallerde, ayrıca kesin bir tarih belirlenmesi gerekmez³⁰. Süreler gün ya da ay olarak belirlenebilir. Belirlenen sürelerin başlangıcının veya bitişinin nasıl hesaplanacağı konusunda CISG m. 20'ye atıfta bulunulabileceği gibi, tarihleri tespit edilebilen ya da edilemeyen olaylara da atf yapılabilir³¹. Süresinde kabul beyanında bulunulduğuna dair ispat yükü³², sözleşmenin kurulduğunu iddia eden tarafa, gecikme halinde ise gecikmenin yasal sonuçlarına dayanan tarafa aittir³³.

b) Kabul İçin Kesin Bir Süre Belirlenmemiş Olması

Öneren, öneride bulunurken kabul için kesin bir süre belirlememişse, dürüstlük kuralı gereği kabul beyanının makul süre içinde önerene ulaşması gerekir³⁴. Makul sürenin nasıl belirleneceği CISG m. 18/f.II, c.2'de şu şekilde ifade edilmiştir; *“Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz.”* Bu düzenlemeden, makul süre belirlenirken önerinin muhataba ulaşması için geçen süre (burada kullanılan iletişim araçlarının hızı da dikkate alınacaktır),

²⁷ ZEYTİN, s. 108; SAĞLAM, s. 178; ORAL, s. 86.

²⁸ ZEYTİN, s. 108.

²⁹ ORAL, s. 87.

³⁰ SAĞLAM, s. 179.

³¹ SAĞLAM, s. 179.

³² İspat hakkı ve yükü konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 20. Bası, İstanbul 2014, s.318 vd.; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 354 vd.; TANRIVER, Süha; Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 741 vd.

³³ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER (Edi: SCHWENZER, Ingeborg/ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar); Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul 2015, s. 474.

³⁴ ÖZSUNAY, Ergun; “1980 Tarihli “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması” (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD, C. 78, S. 2004/3, ISSN 1304-737X, s. 919.

öneriye konu olan malların niteliği³⁵, durumu, ödeme koşulları, muhatabın düşünme süresi ile kabul beyanının önerene ulaşması için geçen sürenin (burada kullanılan iletişim araçlarının hızı da dikkate alınacaktır) hesaba katılacağı anlaşılmaktadır³⁶. Kural olarak muhatap öneride bu yönde bir düzenleme olmadığında, öneren tarafından kullanılan iletişim araçlarını kullanmak zorunda değildir. Ancak, bu hususta taraflar arasındaki geçmiş uygulamaların ve teamüllerin de değerlendirilmesi gerekir³⁷. Yine, belirli bir sektördeki uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda, bu sektöre ilişkin teamüller de makul sürenin belirlenmesinde etkin rol oynayabilir³⁸.

c) Sözlü Yapılan Önerinin Kabulü

CISG m. 18/f.II, c.3'e göre, "Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü öneri derhal kabul edilmelidir." Eğer öneren, önerisini muhataba sözlü olarak iletmış, kabul için de bir süre belirlememişse, aksi hal ve şartlardan anlaşılmadığı sürece, sözleşmenin kurulması için önerinin derhal kabul edilmesi gerekir³⁹. Taraflar arasındaki ön görüşmeler, muhatabın konu ile ilgili bilgi veya onaya ihtiyaç duyması, muhatabın kabul beyanında bulunmak için tek başına yetkili olmaması, önerinin derhal kabul edilmesi gerekliliğinin aksini gerektirecek durumlara örnek olarak gösterilebilir⁴⁰.

3) Önerene Ulaşması Gerekmeyen Kabul Beyanının Hüküm Doğurduğu An (m. 18/f. III)

CISG m. 18/f.III uyarınca, önerinin niteliği, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar veya teamüller gereği muhatap, öneride bulunana başkaca bir bildirimde bulunmaksızın, malların gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir takım davranışlarda bulunarak onayını ifade etmişse kabul, CISG m. 18/f. II'de öngörülen süre içinde gerçekleştirilmiş olmak şartıyla, davranış anından itibaren hüküm doğurur. Bu düzenleme, kabul beyanının önerene ulaşma anında hüküm doğuracağına ilişkin genel kuralın istisnasıdır⁴¹.

CISG m. 18/f.III'te kabul iradesini ifade eden davranışlara örnek olarak malların gönderilmesi veya semenin ödenmesi gösterilmiş ise de, başka

³⁵ Önerinin (domuz pastırması) alınmasından iki hafta sonra verilen kabule ilişkin cevap makullük sınırı içindedir (LG Bielefeld, 18 Ocak 1991); taş satımına ilişkin öneride iki ay gereğinden fazla uzundur (LG Hamburg, 21 Aralık 2001) (SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 476, dn. 118).

³⁶ ZEYTİN, s. 109; SAĞLAM, s. 181-183.

³⁷ SAĞLAM, s. 181-182.

³⁸ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 475.

³⁹ ZEYTİN, s. 109; SAĞLAM, s. 184.

⁴⁰ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 476.

⁴¹ SCHWENZER/MOHS, Sözleşmenin Kurulması, s.92; ZEYTİN, s. 109; SAĞLAM, s. 186.

davranışlarla da kabul iradesi ifade edilebilmektedir⁴². Örneğin fatura gönderilmesi, teslimat tarihi ile ilgili bilgilendirme yapılması gibi birtakım davranışlar da kabul iradesi olarak yorumlanmalıdır⁴³. Malın gönderildiği, fakat ayıplı çıktığı hallerde de gönderme, kabul iradesi olarak değerlendirilmektedir. Ancak, istenilen şeyden farklı şey gönderilmesi, başka bir deyişle aliud ifade⁴⁴ bulunulması halinde ikili bir ayırım yapmak gerekir. Eğer aliud ifa yanılma ile olmuşsa, gönderim hala kabul iradesini ifade eder; kasten aliud ifade bulunmuşsa, bu durum CISG m. 8/f.II'ye göre kabul iradesi olarak değerlendirilebileceği gibi, açıkça karşı öneri olduğunun belirtilmesi şartıyla, karşı öneri olarak da kabul edilebilir⁴⁵. Aliud ifanın, kabul iradesi olarak, başka bir deyişle ifa olarak değerlendirilmesi halinde, ayıplı mal teslimine ilişkin hükümler uygulanır⁴⁶. Bu nedenle, istenilen şeyden farklı şey gönderilmesi halinde, yapılan teslimin ifa (kabul iradesi) olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir⁴⁷.

B. Öneriye Yapılan Eklemeler, Sınırlandırmalar ve Değişiklikler (m. 19)

CISG m. 19, önerinin içeriğinden esaslı nitelikte farklılaşan kabul ile esaslı olmayan nitelikte farklılaşan kabul arasında bir ayırım gözetilerek düzenlenmiştir. Böyle bir ayırımın benimsenmesinin sebebi, öneri ile kabul arasında esaslı nitelikte farklılıkların bulunmadığı hallerde, içtihat hukukundaki ayna görüntüsü kuralı (mirror image rule⁴⁸) öne sürülerek sözleşmenin kurulmadığının iddia edilmesinin önüne geçmektir⁴⁹.

⁴² ÖZSUNAY, s. 919.

⁴³ SCHWENZER/MOHS, Sözleşmenin Kurulması, s.93.

⁴⁴ "...Her ne kadar mahkemece aracın arkasında klima bulunmaması açık ayıp olarak kabul edilmiş ise de; taşınır satımında sözleşmede öngörülen vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslimden değil, satılardan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olup; 818 sayılı Borçlar Kanunu 96. (TBK 112) maddesi uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür...." Yarg. 19. HD., T. 22.05.2014, 2014/5653 E., 2014/9696 K. (T.C. Yargıtay Başkanlığı İtranet Sitesi-Kişisel Arşiv).

⁴⁵ SAĞLAM, s. 165.

⁴⁶ ATAMER, Yeşim M., Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s.190-191.

⁴⁷ AYHAN, Hilal Lale; "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", GÜHFD, C. XV, Y. 2011, S. 2, s. 9.

⁴⁸ Ayna görüntüsü kuralı (mirror-image rule), ortak hukukta öneri ile kabulün bire bir uyuşmasını gerektiren bir sözleşme prensibi olarak ifade edilebilir. Bkz. case Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co. (FEJÖS, Andrea; "Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoes.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:49).

⁴⁹ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 483.

1) Karşı Öneri (m. 19/f.I)

CISG m. 19/f.I'e göre, sözleşmenin kurulabilmesi için önerinin içeriği ile kabul beyanının içeriği bire bir aynı olmalıdır. Aksi halde, öneriye yapılan eklemeler, kısıtlamalar veya başka değişiklikler içeren bir cevap, önerinin reddi ve karşı öneri olarak değerlendirilir⁵⁰. Bu halde CISG m. 17 uyarınca, öneri hükümden düşer.

Kabul beyanı, öneri ile ifade olarak örtüşmemesine rağmen içerik olarak örtüşüyorsa, önerinin reddi ve karşı öneri olarak değerlendirilemez⁵¹. Öneri ile kabule ilişkin beyan arasında esaslı farklılıklar olması durumunda CISG m. 19/f.I uygulanır⁵².

2) Öneriyi Esaslı Olarak Değiştirmeyen Eklemeler (m. 19/f.II)

CISG m. 19/f.II, *"..., kabul beyanı oluşturması düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevap, kabul sayılır; meğer ki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur."* düzenlemesini içermektedir. Bu hükme göre, kabul amacı taşıyan ve önerinin şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen irade beyanına öneren itiraz etmemişse, sözleşme kabul beyanında yer alan şartlarla kurulmuş olur. Bu halde öneren kabul beyanı ile bağlı olmak istemiyorsa, haklı bir gecikme olmaksızın itirazını sözlü ya da yazılı olarak muhataba bildirmelidir. Maddenin lafzi yorumundan önerenin itiraz beyanının muhataba ulaşmasının gerekli olmadığı yönünde bir sonuca ulaşmak mümkün değil ise de, kanaatimizce dürüstlük kuralı gereği bu beyan muhatabına varmalıdır. Aksi halde sözleşmenin kurulup kurulmadığı noktasında oluşan bu belirsizlik, taraflar arasında uyumsuzluğa yol açabilir. Madde metninde yer alan *"haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş"* olma gerekliliği de bu görüşümüzü desteklemektedir⁵³. *"Haklı bir gecikme olmaksızın"* ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği ise her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

⁵⁰ BLODGETT, Paul C.; "The U.N. Convention on the Sale of Goods and the 'Battle of the Forms'", s. 424 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blodgett.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:55); WILDNER, Kaia; "Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002", Pace International Law Review (Spring 2008), s. 2, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/wildner.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:56).

⁵¹ ORAL, s. 100.

⁵² SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 487.

⁵³ Aksi yöndeki görüş için bkz. ORAL, s. 103.

Öneride yapılan değişikliğin esaslı olup olmadığı CISG m. 8'e göre değerlendirilecektir⁵⁴. Yine, CISG m. 19/f.III'de öneride yapılan hangi değişikliklerin esaslı olduğu örnek olarak sayıldığından, yorum yapılırken bu hükümden de yararlanmak yerinde olacaktır.

Öneride yapılan değişikliklerin (eklemelerin) esaslı nitelikte olmadığını ispat yükü, sözleşmenin kurulduğunu iddia eden tarafa aittir⁵⁵.

3) Öneriyi Esaslı Olarak Değiştiren Eklemeler (m. 19/f.III)

CISG m. 19/f.III'de, öneride yapılan esaslı değişikliklerin neler olabileceği örnek olarak sayılmıştır. Bu hükme göre, *“Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır.”*

CISG m. 19/f.III'e göre, satış bedeline, ödemenin niteliğine ve türüne, malların kalitesine, miktarına, sorumluluğun kapsamına, teslim yerine ve zamanına, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin öneriden farklı hükümler içeren bir beyan, önerinin şartlarını esaslı şekilde değiştiren bir beyan olarak değerlendirilir. Esasen önerinin şartlarında esaslı değişiklikler öngören bu beyan CISG m. 19/f.I uyarınca bir karşı öneri olarak değerlendirilmelidir. İlk öneride bulunan, bu karşı öneriyi açıkça kabul ederse, sözleşme kurulmuş olur⁵⁶.

CISG m. 19/f.III'de sıralanan durumların, önerinin şartlarını esaslı şekilde değiştirdiği yönünde oluşan karinenin aksi ispat edilebilir⁵⁷.

4) Genel İşlem Şartları Açısından Değerlendirme

a) Genel Olarak Genel İşlem Şartları

Taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla tek taraflı olarak hazırladığı, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa sunduğu, sözleşmenin içeriğine ilişkin standartlaştırılmış hükümlere, genel işlem şartları denilmektedir⁵⁸. Bu şartlar sözleşme metninde yer alabildikleri gibi, sözleşmenin ekinde de bulunabilirler⁵⁹.

⁵⁴ ORAL, s. 101.

⁵⁵ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 493.

⁵⁶ ZEYİN, s. 112.

⁵⁷ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 489.

⁵⁸ AKİPEK, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 224; EREN, Genel Hükümler, s. 215.

⁵⁹ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 4.

Genel işlem şartları, sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkmış olup⁶⁰, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri olan irade serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil eder.

Genel işlem şartları, sözleşme içeriğine dâhil olmakla hukukî anlam ve değer kazanır. Sözleşme içeriği haline gelmeden önce, sözleşme hükmü tasarısı olarak değerlendirilebilir⁶¹.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak değerlendirilmesi için, tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce, birden çok benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması, sözleşmeye dâhil edilme isteği ile karşı tarafa sunulması gerekmektedir⁶².

Genel işlem şartlarının nasıl denetleneceği, TBK m. 21-25 arasında düzenlenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 21, 22 ve 24 genel işlem şartlarının yürürlük denetimine ilişkin düzenlemeler içermektedir. TBK m. 21/f.1'e göre, *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."* TBK m. 21/f.11'de de, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı ayrıca düzenlenmiştir⁶³. TBK m. 22'de ise yazılmamış

⁶⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 215.

⁶¹ YELMEN, Adem; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, s. 50.

⁶² Bkz. SARAÇ, Şükrü; Yargıtay Kararları Işığında Factoring, Ankara 2013, s. 127-130.

⁶³ *"...Somut olayda davalı avukat 29.7.2002 tarihli vekaletnameye istinaden davacının iş mahkemesinde açtığı ihbar ve kıdem tazminatı ile ilgili davada avukatlık hizmeti vermeyi üstlenmiş ve bu dava ile ilgili olarak 7.000,00 TL avukatlık ücreti kararlaştırılmıştır. Görülen bu davada davacı lehine 16.000 TL işçi alacağı talep edilmiş dosya ise işlem den kaldırılmıştır. Oysa, kararlaştırılan avukatlık ücreti davacının talep edilen işçilik tazminatına nazaran fahiştir. Böyle bir ücret sözleşmesi gerek Avukatlık Kanunu gerekse genel işlem şartları yönünden geçersizdir..."* Yarg. 13. HD., T. 14.04.2014, 2013/32950 E., 2014/11783 K. (Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

"İpotek akit tablosunda ipotek verenin ipotek limiti kadar müşterek borçlu ve kefil olduğu belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 21/son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıt ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir. Ancak ipotek 26.03.2008 tarihinde tesis edilmiş olup tesis edildiği tarih itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte değildir. 6101 sayılı Yürürlük Kanununun 1. maddesi ve 7. maddesinin olayda uygulanma yeri bulunmadığından davacı bankanın ipotek akit tablosunda ipotek limiti kadar müteselsil kefil olduğu belirtilen davalı aleyhine takip tarihinde yürürlükte bulunan hükümlere göre takip yapabilir..." Yarg. 19. HD., T. 13.02.2013, 2012/14777 E., 2013/2711 K. (Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki diğer hükümleri geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez⁶⁴. Ancak, yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı unsurları olup olmadığı, bu anlamda TBK m. 1'e göre sözleşmenin kurulup, kurulmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁵. TBK m. 24'te ise bir adım daha öteye gidilerek, genel işlem şartlarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede bulunan, şartları düzenleyen tarafa tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı ayrıca düzenlenmiştir.

Genel işlem şartlarının yorum denetimi, TBK m. 23'te düzenlenmiştir. Buna göre, *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."* Madde hükmü, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem şartlarının nasıl yorumlanacağına ilişkin genel bir kural koymaktadır⁶⁶. Yorum denetimi yapılabilmesi, genel işlem şartlarının öncelikle sözleşme hükmü haline gelmesine bağlıdır. Sözleşme hükmü olarak değerlendirilmeyen bir genel işlem şartının yorum denetiminin yapılmasına da gerek yoktur.

Genel işlem şartlarının içerik denetimi ise, TBK m. 25'te düzenlenmiştir. Yorum denetiminde olduğu gibi, içerik denetiminin de yapılabilmesi, genel işlem şartlarının öncelikle sözleşme hükmü haline gelmesine bağlıdır. Bu maddeye göre, *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."*

⁶⁴ Karşılaştırma için bkz. TBK m. 27/f.II.

⁶⁵ ORAL, s. 114.

⁶⁶ *"...standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarından haksız olanlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı kuşkusuzdur.*

Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir.

Genel işlem şartlarının unsurları ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp belirlenerek tüketiciyle müzakere edilmemesi, genel ve soyut nitelikte olması ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmasıdır.

Bu noktada, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının da, tüketiciyi bağlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.2010 gün ve E:2010/13-466, K:410 sayılı ilamı)..." HGK, T. 28.03.2012, 2012/13-23 E. , 2012/255 K. (Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

b) Genel İşlem Şartlarında Uyuşmazlık (Battle of the Forms) ve Çözüm Yolları

Sözleşen tarafların kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği, başka bir deyişle bu şartların sadece öneride, kabulde ya da karşı öneride bulunması durumunda, bir tarafın kendi genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olup olmadığı noktasında karşımıza iki yaklaşım çıkmaktadır. Birinci yaklaşımda, karşı tarafın açıkça karşı çıkmaması durumunda, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olduğu benimsenirken, ikinci yaklaşımda, bu genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olması için, karşı tarafın sözleşmeye katılmak istenen bu şartların varlığının farkında olması aranır⁶⁷.

Sözleşme görüşmelerinde, her iki tarafın kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği ile ortaya çıkan çatışma durumu ise, “*battle of the forms*” olarak nitelendirilmektedir⁶⁸.

Bir tarafın kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etmek istemesi ve bu isteğin karşı tarafça kabul edilmesi halinde herhangi bir çatışma ortaya çıkmaz. Çatışmanın ortaya çıkması için, bir tarafın kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etmek istemesi ve bu isteğin de karşı tarafça kabul edilmemesi gerekir⁶⁹. Böyle bir çatışma durumunun ortaya çıkması halinde nasıl bir çözüm bulunacağı noktasında değişik görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden birincisi, bu çatışma halinin CISG’ye göre çözümlenebileceğini, ikincisi çatışma halinin CISG’ye göre çözümlenmesinin mümkün olmadığını ve iç hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bir diğer görüş ise, CISG m. 4 uyarınca bu çatışmanın sözleşmenin geçerliliği ile ilgili olması nedeniyle iç hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁰.

Her ne kadar çatışmanın nasıl çözümleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da, uygulamada bu çatışmanın bir takım teoriler uygulanmak suretiyle çözülmeye çalışıldığı, CISG’de bu çatışma halinin çözümüne ilişkin özel bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir⁷¹.

⁶⁷ DIMATTEO, Larry A.; “Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG”, Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3, s. 78-79, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo6.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 17:58).

⁶⁸ FEJÖS, Formation of Contracts, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoes.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:49).

⁶⁹ MOCCIA, Christine; “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and ‘Battle of the Forms’”, Fordham International Law Journal, Vol. 13, Iss. 4 1989, Art. 8, s. 659, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/moccia.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:05).

⁷⁰ MOCCIA, s. 666-667.

⁷¹ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 496.

aa) Son Vuruş Teorisi (Last-shot Doctrine)

Son vuruş teorisi, karşı tarafın herhangi bir itirazı olmaksızın genel işlem şartlarını sözleşmeye en son ekleyen tarafı üstün tutma eğiliminin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşım esasen, CISG m. 19/f.I'in lafzi yorumu ile de uyumludur. Ancak tutarsız sonuçlara yol açması ve taraflarca öngörülebilmemesinin zor olması, bu teorinin eksi yönlerini oluşturmaktadır⁷². Bu teoride, İngiliz Hukuku'nda uygulandığı şekli ile öneri ve kabulün tamamen birbiriyle uyuşması aranmakta, tarafların kendi şartlarını öne sürmeleri, karşı taraf açısından bir karşı öneri olarak değerlendirilmektedir⁷³. Son vuruş teorisinin CISG uygulamasında ise, m. 19/f.II ile uyumlu olarak İngiliz Hukukundan farklı şekilde değerlendirildiği, öneriyi esaslı şekilde değiştirmeyen eklemeler içeren kabul beyanının bir karşı öneri olarak kabul edilmediği görülmektedir⁷⁴. Akademisyenlerin çoğu, son vuruş teorisinin CISG uygulamasını benimsemektedir⁷⁵.

Son vuruş teorisinin uygulandığı Magellan International v. Salzgitter Handel davasında, Amerikalı distribütör Magellan ile bir Alman şirketi olan Salzgitter'in motor alım-satımı için yaptıkları görüşmelerde, son olarak kendi genel işlem şartlarını gönderen ve karşı taraf Magellan şirketinin muhalefeti ile karşılaşmayan Salzgitter'in şartlarına göre sözleşmenin kurulduğu kabul edilmiştir⁷⁶. Yine bir Alman Mahkemesi (Appellate Court München) tarafından 11 Mart 1998 tarihinde karara bağlanan bir davada, tarafların Alman Tekstil Sektörü şartlarında anlaştıkları, ancak satıcının bu şartlardan farklılaşan ek genel işlem şartlarının gönderilen malların kabulü ile alıcı tarafından benimsendiği, bu hale göre alıcı tarafından benimsenen bu ek şartların Alman Tekstil Sektörü şartlarını tamamlayıcı hükümler olarak kullanılacağına karar verilmiştir⁷⁷.

bb) Nakavt Teorisi (Knock-out Rule)

Nakavt teorisi, son vuruş teorisinin eleştirilen yönlerini ortadan kaldırmak amacı ile geliştirilmiş olup, bu teoride tarafların birbiriyle çatışan genel işlem

⁷² SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 497.

⁷³ RIIHL, Giesela; "The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations", Journal of International Law, Vol. 24, Iss. 1, Art. 3, s. 191-192, (<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=jil>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:21).

⁷⁴ RIIHL, s. 196.

⁷⁵ RIIHL, s. 197.

⁷⁶ FEJÖS, Andrea; "Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?", Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration (1/2007), s. 119-120, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoes2.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:39); Ayrıntılı karar için bkz. (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:40).

⁷⁷ FEJÖS, Battle of Forms, s. 120.

şartları dikkate alınmamaktadır. Bu teoride, tarafların birbiriyle çatışmayan genel işlem şartları varlığını korumakta, ancak çatışan şartlar birbirlerini yok etmektedir. Çatışan genel işlem şartlarının sözleşme hükmü olmaktan çıkarılması ile oluşan boşluk CISG m. 7/f.II⁷⁸'ye göre doldurulmaktadır⁷⁹. Bu teori, önceleri Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından kullanılmış, daha sonra Alman Federal Mahkemesi tarafından CISG kapsamına giren önemli bir davanın çözümünde gözönünde bulundurulmuş ve ardından birçok mahkeme tarafından benimsenmiştir⁸⁰.

Nakavt teorisini uygulayan iki Alman Mahkemesi (Supreme Court, 9 Ocak 2002, Appellate Court in Düsseldorf, 25 Temmuz 2003), tarafların birbiriyle çatışan genel işlem şartlarına rağmen, sözleşmenin geçerliliğini koruduğuna, çatışan genel işlem şartlarının birbirlerini yok ettiklerine, tarafların yok olan genel işlem şartlarının yerine CISG hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir⁸¹.

Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından ard arda verilen iki kararda ise, tarafların çatışan şartları nedeniyle uygulanacak hukuk konusunda taraflar arasında bir anlaşmanın olmadığı ve CISG hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir⁸².

Nakavt teorisi, günümüzde CISG kapsamında kalan davalarda birçok mahkeme tarafından uygulanmakta ve kayda değer sayıda akademisyen tarafından da savunulmaktadır. Ancak, bu teorinin CISG m. 7/f.I anlamında yeknesak yorumlanması ve uygulanması için, Antlaşma'nın sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeleri ile uygunluğunun netleştirilmesi gerekmektedir⁸³.

Kanaatimizce, bu teoride, sözleşmenin devamını isteyen taraflardan çatışan genel işlem şartlarından feragat etmeleri beklenmekte, menfaatler dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

C. Kabulde Süre (m. 20)

Kabul süresinin ne zaman başlayacağı, ne zaman sona ereceği ve bu sürenin nasıl hesaplanacağı CISG m. 20'de düzenlenmiştir. CISG m. 20/f.I'de, sürenin başlayacağı ana ilişkin düzenlemeler, f.II'de ise, sürenin hesaplanmasına ilişkin

⁷⁸ “Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.”

⁷⁹ SAĞLAM, s. 249-250.

⁸⁰ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 498.

⁸¹ FEJÖS, Battle of Forms, s. 121.

⁸² FEJÖS, Battle of Forms, s. 122.

⁸³ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 499.

düzenlemeler yer almaktadır. Kabul süresinin ne zaman başlayacağı ya da sona ereceği öneren tarafından ayrıca belirlenebilir. Önerenin bu yönde bir süre belirlememesi halinde, CISG m. 20 hükmü uygulanır⁸⁴.

1) Sürenin Başlaması (m. 20/f.I)

CISG m. 20/f.I, *“Bir telgraf veya mektupta icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Telefon, teleks veya eşzamanlı diğer haberleşme araçları yoluyla icapta bulunan tarafından belirtilen kabul süresi icabın muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlar.”* düzenlemesini içermektedir.

Bu düzenlemeye göre, kabul süresi kural olarak önerinin muhataba gönderildiği andan itibaren işlemeye başlar⁸⁵. Öneri telgrafla yapılmışsa, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten, mektupla yapılmışsa, mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Eğer öneri, telefon, teleks, video konferans, skype gibi eşzamanlı diğer haberleşme araçlarıyla yapılmışsa, kabul süresi önerinin muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır.

CISG'nin hazırlandığı dönemde teknolojinin bugünkü seviyede gelişmemiş olması nedeniyle, elektronik iletişim kavramı antlaşmada yer bulmamıştır. Ancak günümüzde, birçok işlemin e-posta yoluyla yapılması, bu kavramın bu başlık altında değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. E-postalar, hemen her zaman eşzamanlı iletişim aracı olarak değerlendirilemezler. Ancak, gönderildikleri zamanı tam olarak göstermeleri nedeni ile, bunlara mektup veya telgraflara ilişkin CISG m. 20/f.I, c.1 düzenlemesinin uygulanması doğru görünmektedir⁸⁶.

Kabul için bir tarih belirlenmişse, CISG m. 18/f.II'de düzenlenen makul süre kavramına gönderme yapılmışsa veya taraflar arasında yerleşmiş farklı bir uygulama varsa CISG m. 20/f.I hükmü uygulanmaz⁸⁷.

2) Sürenin Hesaplanması (m. 20/f.II)

Sürenin nasıl hesaplanacağı ise CISG m. 20/f.II'de düzenlenmiştir. Buna göre, *“Kabul süresi içine düşen resmi tatil veya iş günü dışındaki günler bu sürenin hesabına dâhil edilir. Ancak, kabul bildirimini, sürenin son gününün icapta bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması nedeniyle, icapta bulunanın adresine teslim edilmezse süre, takip eden ilk iş gününe uzar.”*

⁸⁴ ZEYTİN, s. 112.

⁸⁵ ZEYTİN, s. 112.

⁸⁶ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 507.

⁸⁷ SAĞLAM, s. 275.

CISG m. 20/f.II, c.1'de, kabul için belirlenen sürenin ne şekilde hesaplanacağı konusunda temel kural belirlenerek, antlaşmanın bu konudaki tutumu netleştirilmiştir. Bu düzenleme ulusal hukuka başvuruyu olanak dışı bırakmaktadır. Hükümde kabul süresi içine düşen resmi tatil veya iş günü dışındaki günlerin bu sürenin hesabına dâhil edileceği belirtilerek, resmi tatil ve iş günü kavramlarının ülkeden ülkeye farklılaşmasının işlemlerde sorun yaratmasının önüne geçilmek istenmiştir. Antlaşma'da, resmi tatil ve iş günü dışındaki diğer günler sürenin işlemesi bakımından normal günler olarak değerlendirilmektedir. Ancak, sözleşen tarafların sürenin hesaplanması konusunda farklı bir yöntem üzerinde anlaşmaları mümkündür⁸⁸.

CISG m. 20/f.II, c.1'deki kural, kabul beyanının önerene zamanında vardığı hallerde geçerlidir. Kabul beyanının, sürenin son gününün öneride bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması halinde durumun ne olacağı CISG m. 20/f.II, c.2'de düzenlenmiştir. Bu kuralın uygulanması için sürenin son gününün resmi tatile ya da iş günü sayılmayan bir güne rastlaması gerekmektedir. İş gezisine çıkılması, o gün işyerinde grev ya da lokavt olması gibi fiili durumlar bu kapsamda değerlendirilmez. Öneride bulunanın işyeri ya da kabul beyanının kendisine varacağı yerde uygulanan ulusal hukuk, resmi tatil ya da iş günü dışındaki gün kavramının tespitinde belirleyicidir⁸⁹.

Her ne kadar CISG m. 20/f.II münhasıran kabul süresinin ne şekilde hesaplanacağını göstermekteyse de, Antlaşma kapsamında yer alan ve aksine bir düzenleme bulunmayan diğer süre hesaplamalarında da uygulanabilmektedir⁹⁰.

D. Gecikmiş Kabul (m. 21)

CISG m. 21, kabul beyanında gecikmenin iki sebebi arasında bir ayrıştırma yapılarak düzenlenmiştir⁹¹.

CISG m. 21/f.1'de, kabul beyanının gecikmiş olarak gönderilmesi hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *"Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurur."* Kural olarak, CISG m. 18/f.II'ye göre, süresi içinde önerene ulaşmayan kabul beyanı hüküm ve sonuç doğurmaz; ancak, m. 21/f.I uyarınca istisna olarak, gecikmiş kabul beyanı bazı durumlarda hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

⁸⁸ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 508.

⁸⁹ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 508.

⁹⁰ SAĞLAM, s. 282; SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 509.

⁹¹ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 511.

Gecikmiş kabul beyanının hüküm ve sonuç doğurması için, öneride bulunanın muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi gerekmektedir. CISG m. 21/f.I'in uygulanabilmesi için, öneride bulunanın gecikmiş kabul beyanına rağmen sözleşmeyi kurma iradesinin bulunması ve en kısa sürede (derhal) bu iradesini karşı tarafa açıklaması gerekmektedir⁹². Bunun için de esasen, gecikmiş kabul beyanının öneride bulunana ulaşması gerekir. Ancak, gecikmiş kabul beyanına karşı açıklanan bu iradenin, kabul beyanında bulunana varması gerekip gerekmediği tartışmalıdır⁹³. CISG m. 21/f.I'de, "*sözlü olarak haberdar etme veya bu içerikli bir bildirim gönderme*" ifadeleri kullanılmış olup, bu ifadelerden kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Öneride bulunanın gecikmiş kabul beyanına karşı olumlu cevabı yeni ve ek hükümler içeriyorsa, bu olumlu cevabın gecikmiş kabul beyanına verilen çekincesiz, net bir onay olup, sadece sözleşmenin değiştirilmesine yönelik teklifler mi içerdiği, yoksa öneride bulunanın gecikmiş kabul beyanını reddedip yeni bir öneride mi bulunduğu tespit edilmelidir⁹⁴.

Öneren gecikmiş kabul beyanının hüküm doğuracağını sözlü ya da yazılı olarak muhataba bildirmişse, sözleşme geriye dönük olarak, gecikmiş kabul beyanının önerene ulaştığı andan itibaren kurulmuş olur⁹⁵. Kabule eşdeğer bir davranışın varlığı halinde (CISG m. 18/f.III), sözleşme davranışın gerçekleştirildiği anda kurulmuş olur⁹⁶.

Gecikmiş kabul beyanına karşı açıklanan onay iradesinin geri alınıp alınamayacağı ise tartışmalıdır⁹⁷. Kanaatimizce, burada çözüm önerisi getirmek adına ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması için, gecikmiş kabul beyanına karşı gönderilen onay iradesinin kabul beyanında bulunana varması gerektiği savunulursa, bu halde onay iradesinin de varmadan önce geri alınabileceği kabul edilmelidir. Ancak, sözleşmenin kurulması için, gecikmiş kabul beyanına karşı gönderilen onay iradesinin kabul beyanında bulunana varmasının gerekli olmadığı savunulursa, irade beyanının geri alınması mümkün görünmemektedir. Çünkü irade beyanı varlığı değil, gönderildiği anda hüküm ve sonuç doğurmaktadır⁹⁸.

CISG m. 21/f.I hükmü emredici nitelikte değildir. Bazı durumlarda gecikmiş kabul beyanına karşı herhangi bir bildirimde bulunulmaması, başka bir deyişle

⁹² ORAL, s. 95.

⁹³ ORAL, s.95-96.

⁹⁴ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515.

⁹⁵ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515; SAĞLAM, s. 294.

⁹⁶ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515.

⁹⁷ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515; ORAL, s. 96.

⁹⁸ ORAL, s. 96-97.

susulması gecikmiş kabul beyanına onay olarak yorumlanabilmektedir⁹⁹.

CISG m. 21/f.II'de ise, iletişim araçlarından kaynaklanan gecikme hali düzenlenmiştir. Buna göre, *“Gecikmiş bir kabul içeren mektup veya başkaca yazılı belgeden, gereğince iletilmiş olsaydı, icapta bulunana zamanında ulaşacak koşullarda yollanmış olduğu anlaşılıyorsa, gecikmiş kabul de geçerli bir kabul gibi hüküm doğurur; meğer ki, icapta bulunan, icabını düşmüş addettiğini muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmiş veya bu içerikli bir bildirim göndermiş olsun.”* Bu düzenleme, TBK m. 5/f.III¹⁰⁰'ün karşılığını oluşturmaktadır¹⁰¹.

Bu halde, kabul beyanında bulunan bu yöndeki iradesini zamanında önerene göndermesine rağmen, kabul beyanı iletişim araçlarından kaynaklanan gecikme nedeni ile önerene geç ulaşmaktadır. CISG m. 21/f. II'nin uygulanabilmesi için iletimden kaynaklandığı anlaşılabilir bir gecikmenin olması gerekmektedir. İletimden kaynaklandığı anlaşılabilir bir gecikme yoksa m. 21/f.II hükmü uygulanmaz, m. 21/f.I hükmü uygulanır. CISG m. 21/f.I'in uygulandığı durumlarda, önerenin geç kabul beyanına karşı sözleşmenin kurulmasını önlemek için ayrıca itiraz etmesi gerekmemektedir. Ancak, m. 21/f. II'nin uygulandığı durumlarda sözleşmenin kurulmasını istemeyen öneren, önerisi ile bağlı olmadığını muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmeli veya bu içerikli bir bildirim göndermelidir¹⁰².

E. Kabul Beyanının Geri Alınması (m. 22)

CISG m. 22'de kabul beyanının geri alınması düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.”* Kabul beyanının gönderilmesi ile muhataba varması arasında geçen zaman diliminde, muhatap göndermiş olduğu kabul beyanı ile bağlıdır. Eğer muhatap gönderdiği kabul beyanı ile bağlı olmak istemiyorsa, kabul beyanı hüküm doğurmadan önce veya aynı anda kabul beyanını geri almalıdır¹⁰³. Kabul beyanı, hüküm doğurma anından sonra geri alınamaz.

Kabul beyanının geri alınması ile önerenin geri alınması, uygulanan prensipler bakımından benzerlik gösterir¹⁰⁴. Ancak, öneriden cayılması

⁹⁹ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 516.

¹⁰⁰ *“Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu derhal kabul edene bildirmek zorundadır.”*

¹⁰¹ ORAL, s. 97.

¹⁰² SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 517-518.

¹⁰³ LOOKOFKY, Joseph; *“The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”*, s. 76, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:44); SAĞLAM, s. 309; ZEYİN, s. 114.

¹⁰⁴ SONO, Kazuaki; *“Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A*

mümkün iken, kabul beyanından cayılması kural olarak mümkün değildir. Çünkü kabul beyanı önerene varmakla hüküm doğurur ve sözleşme kurulmuş olur¹⁰⁵. Ancak, taraflar sözleşme özgürlüğü bağlamında kendi aralarında kabul beyanından cayılabileceğini¹⁰⁶ ve bunun hukukî sonuçlarını düzenleyebilirler. Aksi halde, kabul beyanının önerene ulaşmasından sonra gönderilen caymaya ilişkin beyan sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁷.

Geri alma beyanı, önerene ulaşmakla hüküm doğurur. Önerenin, ayrıca bu beyanı öğrenmiş olması gerekmez¹⁰⁸. Geri alma beyanı, kabul beyanını bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kaldırır¹⁰⁹.

Hazırlar arasında, sözlü olarak yapılan kabul beyanı, beyanda bulunma anında önerene ulaşacağından ve hüküm doğuracağından geri alınamaz¹¹⁰. Örneğin muhatap, kabul beyanını telefonla önerene ulaştırmışsa, artık kabul beyanı geri alınamaz.

Kabul iradesi CISG m. 18/f.III'e göre varması gereken bir davranışla gösterilmişse, kabul iradesini gösteren bu davranış konusunda öneren bilgi sahibi olmadan, kabule yönelik irade beyanı geri alınabilir¹¹¹. Örneğin muhatap, öneriye yönelik bir kabul beyanı göndermeden kendisinden talep edilen malları gemiye yükletir. Malları gemiye yüklettiği yönündeki bilgi ve belgeler önerene ulaşmadan önce muhatap malları gemiden çeker ve malların gemiden çekildiğine yönelik bilgi ve belgeler önerene daha önce veya gemiye yüklemeye yönelik bilgi ve belgelerle aynı anda ulaşırsa geri almaya yönelik irade beyanı hüküm doğurur. Ancak kabul beyanı varması gerekmeyen davranış şeklinde gerçekleştirilmişse, geri alınamaz¹¹².

CISG m. 15/f.II ve 22'ye göre geri alma beyanının geri alınması da mümkündür¹¹³.

F. Sözleşmenin Kurulduğu An (m. 23)

CISG m. 23'te, kabul beyanının, Antlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir.

Shift above the Comparative Law", Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986) Ch. 4, s. 116, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:48).

¹⁰⁵ SONO, s. 117.

¹⁰⁶ ORAL, s. 124-125.

¹⁰⁷ LOOKOFISKY, s. 76.

¹⁰⁸ SAĞLAM, s. 311-312.

¹⁰⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 259.

¹¹⁰ ZEYTİN, s. 115.

¹¹¹ ZEYTİN, s. 115.

¹¹² ZEYTİN, s. 115.

¹¹³ ORAL, s. 124.

Buna göre tekrar olmaması açısından kısaca değerlendirmek gerekirse; CISG m. 18 anlamında sözleşme, kabul beyanının önerene varmasıyla veya bu anlama gelen davranışta bulunmasıyla kurulur¹¹⁴.

Kabul beyanının gecikmesi halinde, öneren gecikmiş kabul beyanının hüküm doğuracağını sözlü ya da yazılı olarak muhataba bildirmişse, sözleşme geriye dönük olarak, gecikmiş kabul beyanının önerene ulaştığı anda kurulur¹¹⁵. Kabule eşdeğer bir davranışın varlığı halinde ise sözleşme CISG m. 18/f.III uyarınca davranışın gerçekleştirildiği anda kurulmuş olur¹¹⁶.

İletişim araçlarındaki aksama nedeniyle kabul beyanı geç ulaşmışsa ve bu husus anlaşılabilirse, öneride bulunan önerisinin düşmüş olduğunu muhataba gecikmeksizin bildirmezse, bu halde sözleşme kabul beyanının önerene ulaştığı anda kurulmuş olur.

Susma ve eylemsizliğin kabul olarak değerlendirildiği hallerde, sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmasına rağmen, susma ve eylemsizliğin öneren tarafından kabul olarak algılandığı anda sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir¹¹⁷.

Sözleşmenin kurulması için geleneksel araçlar olan öneri ve kabulün kullanılmadığı hallerde, CISG m. 23 uygulama alanı bulmaz. Taraflar başka bir yöntemle anlaşmışlarsa, anlaşmalarının ne zaman hüküm ve sonuç doğuracağını, başka bir deyişle sözleşmenin ne zaman bağlayıcı hale geleceğini kararlaştırmaları gerekmektedir. Bu kararlaştırma, CISG anlamında sözleşmenin kurulma anı olarak değerlendirilir¹¹⁸.

CISG’de sözleşmenin ne zaman kurulacağı düzenlenmesine rağmen, hüküm ve sonuçlarını ne zaman doğurmaya başlayacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır¹¹⁹. Bu nedenle bu yönde bir ihtilaf ortaya çıktığında, kanunlar ihtilafı kuralları yardımıyla sorunun çözülmesi gerekmektedir¹²⁰. Ayrıca, tarafların bu yöne ilişkin kendi aralarında bir belirleme yapmalarına da hukukî bir engel bulunmamaktadır¹²¹.

¹¹⁴ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 524.

¹¹⁵ SAĞLAM, s. 294.

¹¹⁶ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515.

¹¹⁷ ORAL, s. 126.

¹¹⁸ SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 526.

¹¹⁹ ORAL, s. 127.

¹²⁰ TARMAN, Zeynep Derya; “Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması’nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi”, s. 186 (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 23:44); ORAL, s. 128.

¹²¹ ORAL, s. 128.

III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Viyana Satım Antlaşması, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle önüne milletlerarası unsurlu bir satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık gelen Türk hâkiminin, uyuşmazlığın CISG kapsamına girip girmediğini belirlemesi gerekmektedir. CISG kapsamına girdiğinin anlaşılması ve Antlaşma hükümlerinin uygulanmasını engeller bir durumun da bulunmaması halinde, uyuşmazlık CISG hükümlerine göre çözümlenmelidir. CISG’de hüküm bulunmayan hallerde ise, kanunlar ihtilafı kuralları yardımı ile uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

CISG, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kuralları içeren bir antlaşmadır. Bu Antlaşma’nın ikinci kısmında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. CISG’nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemelerinde ve özelde çalışma konumuz olan kabule ilişkin düzenlemelerinde kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği görülmektedir.

CISG’nin 18 vd. maddelerinde kabul beyanı düzenlenmiştir.

CISG m. 18/f.I’de, muhatabın öneriye onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanın veya diğer davranışının kabul hükmünde olduğu belirtilerek, kabul beyanının tanımı yapılmıştır. Kabul iradesinin beyan edilmesi, CISG’de herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Kabul beyanının ne zaman hüküm doğuracağı ise m. 18/f.II ve III’te düzenlenmiştir.

CISG’nin kabule ilişkin düzenlemeleri içinde kendisine en çok önem atfedilen, doktrinde kayda değer bir ilgi çeken ve mahkeme kararlarında da yaygın olarak tartışılan m. 19’da ise, öneriye yapılan eklemeler, sınırlandırmalar ve değişikliklerin hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Tarafların kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği ile ortaya çıkan çatışma durumu (battle of the forms) kavramı da bu madde üzerinden tartışılmış ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Bazı akademisyenler ve yazarlar, genel işlem şartlarının çatışması durumunda nasıl bir çözüm yolu izleneceğinin sözleşmede düzenlenmediğini savunurken, bir kısım akademisyen ve yazarlar ise uyuşmazlığın m. 19’a göre çözümlenebileceğini ifade etmişlerdir. Mahkeme kararlarında ise çatışmanın, başka bir deyişle uyuşmazlığın çalışmada da değerlendirilen son vuruş veya nakavt teorileri uygulanmak sureti ile çözülmeye çalışıldığı görülmüştür. Kanaatimizce, böyle bir çatışmada taraf iradelerinin ve somut olayın özelliklerinin ayrıntılı analizi ile varılacak uygun sonuca göre bir çözüme ulaşılması gerekmektedir.

CISG m. 20’de kabulde süre, m. 21’de gecikmiş kabul ve hukukî sonuçları, m. 22’de kabul beyanının geri alınması ve m. 23’te ise sözleşmenin kurulması anı düzenlenmiştir.

CISG'nin kabule ilişkin düzenlemelerinin ortak yorumu, bu anlamda istikrarlı ve hakkaniyete uygun yargısal uygulamalar uluslararası ticaretin gelişmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası ticari alanda önemli bir oyuncu olmak isteyen ülkemiz açısından da, Antlaşma hükümlerinin yargısal merciler tarafından doğru ve yerinde uygulanması oldukça önemlidir. Bu farkındalık doğrultusunda, gerekli adımların atılması, akademik çalışmaların yapılması, yabancı mahkeme kararlarının tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

BİBLİYOGRAFYA*

ALİBABA, Arzu: Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2005, (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1528/2156.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:10).

AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.

ANTALYA, O. Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

ATAMER, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları).

ATAMER, Yeşim M.: "Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye", HPD, S. 8, Eylül 2006, (s. 158-163), (Kısaltılmışı: Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru).

AYHAN, Hilal Lale: "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", GÜHFD, C. XV, Y. 2011, S. 2, (s. 1-58).

BLODGETT, Paul C.: "The U.N. Convention on the Sale of Goods and the 'Battle of the Forms'", (s. 423-430), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blodgett.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:55).

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde gösterilmiştir

DIMATTEO, Larry A.: “Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG”, *Belgrade Law Review*, Year LIX (2011) no. 3, (s. 67-83), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo6.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 17:58).

ERDEM, H. Ercüment (Edi.: ŞIPKA, Şükran/YILDIRIM, Ahmet Cemil): “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, İstanbul 2012, (s.117-156).

EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: Genel Hükümler).

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014.

FEJÖS, Andrea: “Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC” (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:49), (Kısaltılmışı: Formation of Contracts).

FEJÖS, Andrea: “Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2007), (s. 113-129), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos2.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:39), (Kısaltılmışı: Battle of Forms).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara 2013.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25. Baskı, Ankara 2014.

LOOKOFSKY, Joseph: “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:44).

MOCCIA, Christine: “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and ‘Battle of the Forms’”, *Fordham International Law Journal*, V. 13, Iss. 4 1989, Art. 8, (s.649-679), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/moccia.html>), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:05).

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, TURGUT: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)*, 20. Bası, İstanbul 2014.

ORAL, Tuğçe: *Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması*, Ankara 2014.

ÖZSUNAY, Ergun: “1980 Tarihli “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması” (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD, C. 78, S. 2004/3, ISSN 1304-737X (s. 906-959).

RIIHL, Giesela: “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, Journal of International Law, Vol. 24, Iss. 1, Art. 3, (s.188-224), (<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=jil>), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:21).

SAĞLAM, İpek: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul 2013.

SARAÇ, Şükrü: Yargıtay Kararları Işığında Factoring, Ankara 2013.

SCHLECHTRIEM&SCHWENZER (Edi: SCHWENZER, Ingeborg/ ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar): Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter: Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1986, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>), (Erişim tarihi ve saati: 27.06.2016, 00:06).

SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian (Edi.: ATAMER, Yeşim M.): “Sözleşmenin Kurulması”, Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), İstanbul 2008, (s. 83-105), (Kısaltılmışı: Sözleşmenin Kurulması).

SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian: “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, (s. 239-246), (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/scwenzer-mohs.html), (Erişim tarihi ve saati: 26.06.2016, 23:24), (Kısaltılmışı: Old Habits Die Hard).

SONO, Kazuaki: “Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law”, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986) Ch. 4, (s. 111-131), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:48).

TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.

TARMAN, Zeynep Derya: “Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi”, (s. 169-186), (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 23:44).

TRUNG NAM, Nguyen: “Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding “Battle of Forms””, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:18).

WILDNER, Kaia: “Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, *Pace International Law Review* (Spring 2008), (s. 1-18), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/wildner.html>), (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:56).

VEYTIA, Hernany (Edi.:ŞİPKA, Şükran /YILDIRIM, Ahmet Cemil): “Driving Forces Behind Trade Usages in International Trade”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, İstanbul 2012, (s.157-188).

YELMEN, Adem: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*, Ankara 2014.

YILDIRIM, Zeynep: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, *GÜHFD.*, Y.:2013, C.: XVII, S.: 1-2, (s.1061-1094) (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_36.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:25).

YILMAZ, Süleyman: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*, Ankara 2013.

ZEYTİN, Zafer: *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG*, 2. Baskı, Ankara 2015.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Article
Bkz./bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods
dn.	: Dipnot
E/e-posta	: Elektronik posta
E.	: Esas
Edi.	: Editör
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Iss.	: Issue
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
N.	: Number (Sayı)
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNDE AMİRİN EMRİ VE KAVRAMIN TARİHİ GELİŞİMİ

THE PLEA OF SUPERIOR ORDERS IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT STATUS AND ITS HISTORICAL DEVELOPMENT

Av. Barış KÖŞÜRGELİ¹

Geliş Tarihi: 24.08.2016

Kabul Tarihi: 05.12.2016

ÖZET

Amirin emri savunması uluslararası ceza hukukunda en yaygın olarak üzerinde konuşulan ve tartışmalı savunmalardan biridir. Bu durum özellikle amirin emrinin bir uluslararası suç teşkil ettiği anda probleme dönüşmektedir. Uluslararası ceza hukuku bakımından bu kavramın önemi açıktır; çünkü, birçok uluslararası suç, katı bir hiyerarşi altında hareket eden astlarca işlenen suçlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda askeri emrin yerine getirilmesi görevi ile hukukun üstünlüğünün muhafaza edilmesi gereği çatışmaktadır. Bu noktada astın karşısına bir ikilem çıkmaktadır. Suç işleme riskini alarak emre itaat etmeli midir, yoksa askeri emre itaatsizlik nedeniyle cezalandırılma riskini görmezden mi gelmelidir? Bu ikileme ilişkin olarak tarihi süreçte mutlak sorumsuzluk prensibi, mutlak sorumluluk yaklaşımı ve şartlı muafiyet yaklaşımı; ulusal ve uluslararası düzeyde ortaya çıkmış ilkelerdir. Bu konu Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde de yer almıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ise açık hukuka aykırılık kavramını mündemiç şartlı muafiyet yaklaşımını esas almıştır.

Anahtar Kelimeler: Amirin emri savunması, mutlak sorumluluk yaklaşımı, mutlak sorumsuzluk yaklaşımı, şartlı muafiyet yaklaşımı, açık hukuka aykırılık, Uluslararası Ceza Mahkemesi.

ABSTRACT

The plea of obedience to superior orders is certainly one of the most widely debated and controversial defences in international criminal law. This situation, especially, becomes problematic when a superior order constitutes an international crime. The importance of this concept in terms of international criminal law is clear; because many international crimes is emerging as crimes processed by soldiers acting under a strict hierarchy. In this case, the duty of military obedience clashes with the need to preserve the supremacy of the rule of law. At this point, a dilemma stands out against soldiers. With regard to this dilemma in the historical process, the absolute liability approach, the absolute irresponsibility and conditional liability approach emerged at the national and international levels. This subject was also included in the Statute of the International Criminal Court. Statute of the International Criminal Court is based on the conditional exemption approach.

Keywords: The plea of superior orders, the absolute liability approach, the absolute irresponsibility, conditional liability approach, manifest illegality, The International Criminal Court.

¹ Serbest Avukat, İstanbul, e-posta: b.kosurgeli@gmail.com.

“I am aware now that at the time I was a tool in the hands of others, and this I deeply regret. I express regret and remorse for . . . my acts in situations when I could have done more and didn’t.”²

“I know that if I ever go to war again, the first person I’m taking is my lawyer.”³

GİRİŞ

Uluslararası ceza hukukunda kişisel ceza sorumluluğu ilk olarak Nuremberg Şartı’nda öngörülmüş olup, sorumluluğun ortadan kaldırılması ya da azaltılmasına yönelik birçok sebep yargılamalar sırasında savunma olarak ileri sürülmüştür. Bunlardan birisi amirin emri savunmasıdır. Uluslararası ceza hukuku bakımından bu kurumun önemi büyüktür; çünkü, birçok uluslararası suç, katı bir hiyerarşi altında hareket eden astlarca işlenen suçlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴. Özellikle düzenli orduların yapısı incelendiğinde emre mutlak itaatin temel bir unsur olduğu ve bu unsurun kurumsal düzen ve disiplin için elzem olduğu gözlenmektedir. Ancak bir taraftan emre mutlak itaat etme zorunluluğu, bir taraftan da emrin suç teşkil ettiği durumlarda, hukuka aykırı fiili işlemeden kaçınma yükümlülüğünün varlığı astın yüzyüze kaldığı korkunç bir ikilemdir. Ast konumunda emre muhatap olan kişinin önünde iki yol vardır⁵:

a) askeri hiyerarşiye boyun eğerek emrin hukuka uygunluğunu sorgulamaksızın emri yerine getirmek, bu durumda suç teşkil eden bir fiil söz konusuysa bir mahkeme tarafından cezalandırılacaktır;

b) hukuka uygun hareket etme yükümlülüğüne uygun olarak suç teşkil eden emri yerine getirmeyi reddetmek ve bu duruma askeri mahkeme tarafından emre itaatsizlik dolayısıyla cezalandırılacaktır.

Savaşın kaotik ortamında bu ikilem içinde karar vermek oldukça zor görünmektedir; bir taraftan insani değerler ve hukukun üstünlüğüne riayet etme yükü bir taraftan da emre giydirilmiş apoletin ağırlığının yönlendirmesi astın iradesini hırpalayan dışsal unsurlardır. Dışsal unsurlar yanında içsel yani manevi unsurun varlığı da gözden kaçırılmamalıdır.

² Dragan Kolundžija, Statement of Guilt Before the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Oct. 9, 2001, <http://www.icty.org/sid/214> (Erişim Tarihi:19.11.2015)

³ Colonel Patrick Finnegan, “Operational Law: Plan and Execute” (1996) 76:2 Military Review 29 at 32.

⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 399.

⁵ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003, s.231.

Emre itaate ilişkin yapılan bir takım deneyler mevcuttur. Bunlardan birisi olan Milgram Deneyi'ne göre şiddet eylemlerini onaylamayan sıradan insanlar, belli bir yetki pozisyonundan gelen emirler neticesinde, itaatsizlikleri halinde kendileri için herhangi bir disipliner veya cezai bir yaptırım tehdidi olmamasına rağmen, normal şartlar altında onaylamayacakları eylemleri gerçekleştirmişlerdir. Bu deneyde bir durum tespiti var olup kişilerin neden bu şekilde davrandıkları açıklanmamaktadır. Kolberg'in Ahlaki Gelişim Safhaları Kuramı'na bakılacak olursa; toplumun önemli bir kısmı, içinde yaşanılan toplumun kurallara uyma yönündeki gelenekleri ve beklentileri ile o toplum içinde iktidar sahibi olan şahısların talimatlarına uymaları halinde, ahlaki davranış sergileyeceklerine ilişkin bir alışkanlık geliştirmiş durumdadır⁶. "İyi bir asker" olmak isteyen personel daha ziyade itaat yönünde tavır geliştirecek ve diğer silah arkadaşlarının da sosyal baskısından böylece korunmuş olacaktır. Güvenlik bürokrasisindeki bu eğilimin gözlemlendiği somut örneklerden birisi Adolf Einchmann örneğidir. Einchmann Kudüs'te yapılan yargılamada işlediği insanlık dışı fiilleri emre itaat kapsamında yaptığını ve hatta uyguladığı emirlerin kanunlarda yer aldığını ileri sürmüştür. Hukuka sadık bir vatandaşın bu şekilde hareket etmesi gerektiğini savlamıştır.

Görüldüğü gibi astın emirler karşısında kaldığı ikilemin dışında, astın kendisinin sahip olduğu manevi unsur (mens rea) da amirin emri kurumunun değerlendirilmesinde bir sac ayağı olmak durumundadır.

Bu çalışmada cevaplanmaya çalışılacak olan problem, amirin emri kurumunun uluslararası ceza hukukunda bir savunma teşkil edip etmediğine ilişkin bir teamülün gelişip gelişmediğinin tespiti ve buna mukabil Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'ndeki düzenlemenin teamül hukuku uygulamasından bir sapma teşkil edip etmediğinin belirlenmesidir. Bu amaca yönelik olarak çalışmada tarihsel analiz yöntemi ile beraber dava analizi yöntemi de kullanılmak suretiyle uluslararası ceza hukukunda maddi düzenlemeler ve içtihat hukuku bağlamında teamülün tespiti yapılacaktır. Problemin çözümünde esaslı noktalar olarak belirlenen mutlak sorumsuzluk prensibi, mutlak sorumluluk yaklaşımı ve şartlı muafiyet yaklaşımından oluşan kategorik yaklaşımlarla beraber, bu yaklaşımların esas aldığı hukuka açık aykırılık kavramı ve emrin niteliği tarihi ve içtihadi perspektifte incelenecektir.

⁶ Martha Minow, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence." *Mcgill Law Journal* 52, 2007, no. 1: s.27, *Business Source Complete*, EBSCOhost (Erişim Tarihi:14.11.2015)

1. AMİRİN EMRİ KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ

1.1 ANGLO-AMERİKAN YAKLAŞIMI

Anglo-Amerikan yaklaşımında amirin emri savunmasının mahkemelerde kabul görebilmesi için çift katlı bir kriter kullanılmıştır. Birincisi, emir altında hareket edenin emrin hukuka aykırılığının farkında olmaması; ikincisi ise emrin, emri yerine getirme durumundaki akli başında bir kişinin emrin hukuksuzluğunu bilemeyecek nitelikte olmasıdır⁷. Yani hukuka aykırı bir emrin bu niteliği akli başında biri tarafından bilinmeyecek durumda olsa dahi somut olayda emri uygulayan bu hukuka aykırılığı biliyorsa, amirin emri savunmasına dayanamayacaktır. Böylece “hukuka açık aykırılık” kriteri amirin emri savunmasında temel alınan ölçüt olmaktadır. Lassa Oppenheim’in 1906’da yazdığı eserin etkisiyle Anglo-Amerikan yaklaşımında amirinin emri mutlak bir hukuka uygunluk nedeni olarak görüldüğü 1944 yılına kadar devam eden bir dönem olmuşsa da 1944 yılında Alman savaş suçlularının yargılanabilmesi için bu anlayış terk edilmiştir⁸.

1.2 OPPENHEIM ETKİSİ

Lassa Oppenheim, 1906 yılında yazdığı eserinde (International Law, A Treatise: Disputes, War and Neutrality), amirden gelen emirler için *respondeat superior* ilkesini kabul etmiş ve emrin hukuka aykırılığından yalnızca emri veren amirin sorumlu olacağı tezini savunmuştur. Bununla birlikte Oppenheim’a göre ortada bir hükümet emri varsa zaten savaş suçundan bahsedilemeyecektir. Bu görüşü ile Oppenheim “Act of State” doktrini ile “*respondeat superior*” ilkesini birlikte uygulamaktadır. Bu bakış açısı ile sadece devlet başkanının sorumlu olacağı bir durumla karşı karşıya kalınabilecektir. Oppenheim’in bu yaklaşımının etkisi kitabın 6. basısının hazırlanması sırasında mutlak dokunulmazlığı öngören kuralın kitaptan çıkarılmasına kadar devam etmiştir⁹.

1.3 ALMAN YAKLAŞIMI

Alman hukukunda bir asker amirin emrinin hukuka aykırı olduğunu biliyorsa ya da onun nazarında emir hukuksuzsa emrin yerine getirilmesinden dolayı hukuken sorumludur. Alman yaklaşımı, amirin emri savunmasının kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi için emrin açıkça hukuka aykırı olması ve askerin hukuka aykırılık bilincinin göz önüne alınması suretiyle objektif ve subjektif

⁷ Lydia Ansermet. 2014. “Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea.” *Vanderbilt Journal Of Transnational Law* 47, no. 5: s.1443. *Academic Search Complete*, EBSCOhost (accessed October 30, 2015).

⁸ Gökhan Güneysu, *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, 1. Bası, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.31.

⁹ Lydia Ansermet, a.g.m., s. 1443.

kriter getirmiştir. Anglo-Amerikan yaklaşımından farklı olarak Alman yaklaşımı emri uygulayanın hukuka aykırılık bilincinin olmadığını **ve** akli başında bir bireyin hukuka aykırılığı bilmesinin beklenmemesi halini aynı anda göstermesini istememiştir. Alman yaklaşımına göre emri uygulayan hukuka aykırılığı bilmediğini **ya da** akli başında bir bireyin hukuka aykırılığı bilemeyeceğini ispatlaması halinde amirin emri savunmasına dayanabilecektir¹⁰.

I. Dünya savaşı'nın sona ermesinin akabinde imzalanan Versailles Andlaşması ile başta Alman İmparatoru II. Wilhelm olmak üzere üst düzey askeri yetkililer dahil birçok Alman vatandaşının uluslararası ahlak ve andlaşmalara aykırı hareket ettiğinden bahisle yargılanması düzenlenmiştir¹¹. Alman makamlarının, isnat altındaki vatandaşlarını iade etmekten kaçınması sonucu yargılamanın Leibzig'de Alman Yüksek Mahkemesi'nde yapılmasına karar verilmiştir. Leibzig yargılamalarında bazı sanıklar tarafından amirin emri savunması ileri sürülmüştür. Dönemin Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesi amirin emrine ilişkin olarak bir düzenleme içermektedir. Buna göre emrin ifası sırasında bir ceza kanunu ihlal edilirse bundan emri veren sorumlu olup; emri uygulayan emrin sınırlarını aştıysa ya da emrin suç teşkil ettiğini biliyorsa emri uygulayan şahıs cezalandırılır¹². Leibzig yargılamalarında esas alınan bu düzenleme Oppenheim etkisindeki Anglo-Amerikan yaklaşımından daha ilerici görünmektedir.

Dover Castle ve Llandoverly Castle Davaları, Leibzig yargılaması içtihatlarının ortaya konulması için yol gösterici olacaktır. *Dover Castle Davası*'nda Kaptan Karl Neumann'ın bir İngiliz hastane gemisi olan Dover Castle'a yaptığı saldırı yargılama konusu yapılmıştır. Zamanın uluslararası hukukunun öngördüğü tüm işaretleri taşıyan hastane gemisi Alman hükümetinin emri ile savaşa katkıda bulunduğu gerekçesiyle Neumann'ın kaptanı olduğu denizaltının torpido atışıyla batırılmıştır. Neumann'a isnat edilen suç geminin altı mürettebatını kasten öldürme suçudur. Mahkeme yazılı olarak da mevcut olan hükümet emrine dayanarak, ast konumunda bulunanların üstlerinin emrini yerine getirme yükümü altında olduğunu belirtmiş ve hükümet makamlarının emrine uyan Neumann'ın cezai sorumluluğunun olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme tespitlerine göre Neumann fiili işlerken acımasız şekilde de davranmamış, ilk torpidoyu gönderdikten sonra gemi personelinin eskort savaş gemilerince tahliyelerini bir süre beklemiş ve akabinde ikinci ve nihai atışı gerçekleştirmiştir.

¹⁰ Lydia Ansermet, a.g.m., s. 1444-1445.

¹¹ İlhan Lütem, "Some Controversial Aspects of War Crimes", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 1953, C.2, s.3, ss. 148, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/view/1023007051/1023006573> (Erişim Tarihi: 10.11.2015)

¹² Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 41-42.

Llandovery Castle Davası'nda ise 18 Ekim 1907 tarihli 10. Lahey Sözleşmesi gereği hastane gemisi olduğunu belirtmek için gerekli tüm işaretleri taşıyan Llandovery Castle gemisi Alman denizaltısı kaptanı Patzig'in emriyle batırılmış akabinde gemiden kaçmayı başaran üç kurtarma filikasından ikisi Patzig'in emriyle batırılmıştır. Mahkeme bu davada Patzig'in emrini uygulayan askerler hakkında değerlendirmede bulunurken hukuka aykırı niteliği herkes tarafından bilinen kurallar hakkında amirin emrinin ifa edildiği savunması ile sorumluluktan kurtulunamayacağına hükmetmiştir. Bu hükme göre dönemin Alman yargılamasının amirin emrini mutlak bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmediği görülmektedir. Ayrıca mahkemenin Patzig'in emrini ifa eden askerlerin emri uygulamasaydılar nasıl bir durum ile karşılaşabileceklerini araştırdığı görülmektedir. Bu noktada dolaylı olarak mahkemenin, emre itaatsizlik karşısındaki ölüm tehdidinin varlığını da amirin emri savunmasını kabul edip etmemede bir kıstas olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz¹³.

1.4 ULUSLARARASI HUKUK PRATIĞI

Amirin emri savunmasına ilişkin olarak uluslararası hukuk pratiğini incelerken İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlarının yargılanması amacıyla kurulan ad hoc mahkemelerin statüleri ve kararlarında gözlenen yaklaşım yol gösterici olacaktır.

1.4.1. NUREMBERG YARGILAMALARI

Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (IMT) Statüsünün 8. maddesi¹⁴ bu konuda bir düzenleme getirmiştir:

“The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

Maddeye göre; sanığın, hükümetin veya hiyerarşik amirin emirlerine uygun olarak hareket etmesi onu sorumluluktan kurtaramaz, fakat, mahkemenin adaletin gerektirdiğini belirlediği hallerde, bu durum cezayı azaltıcı neden olarak dikkate alınabilir. Bu kabulün ardındaki mantık, askerinin muhakemesi kuvvetli bir görevli olması ve aldığı emirlerin niteliğini takdir edebilme istidadına sahip olduğu düşüncesidir¹⁵.

Bu düzenleme ile 20. Yüzyılın ikinci yarısına kadar hakim olan *respondeat*

¹³ Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 46-48.

¹⁴ Charter of the International Military Tribunal, <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

¹⁵ Paola Gaeta, “The Defence of Superior Orders: The Statue of the International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law* **10**, no.1, s. 178, Academic Search Complete EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

superior ilkesinin bir sonucu olan *automatic immunity* (otomatik muafiyet) anlayışından kopuş gerçekleşmiş, Nurenberg Statüsünün hazırlık çalışmalarında öne sürülen Sovyet tezi kabul edilerek *absolute responsibility* (mutlak sorumluluk) ilkesi benimsenmiştir. Anglo-Amerikan yaklaşımı olan, amirin emri savunmasının “hukuka açık aykırılık” olmadığı durumlarda kabul edilebileceğine dair prensip dikkate alınmamıştır. Ancak amirin emrinin cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğine ilişkin düzenleme bu yaklaşımın etkilerini taşımaktadır.

Nuremberg Şartı'nın ortaya konduğu Londra Konferansı'nda dört galip devletin delegeleri amirin emri savunması konusunda hoşnutsuzluklarını ifade etmiştir. Örneğin; *David Fyfe*, Birleşik Krallık Delegesi, emri uygulamaması halinde ölüm cezası ile karşı karşıya kalacak bir askerin bu durumunun bir cezasızlık sebebi olarak değil, ancak bir cezada indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Benzer olarak diğer delegelerin görüşleri de “mutlak sorumluluk prensibi” etrafında şekillenmiştir. Ancak delegelerin mutlak sorumluluk görüşlerinden farklı olarak ilgili devletlerin milli mevzuatlarında “şartlı muafiyet” kabul edilmiştir. 1944 yılında revize edilen Birleşik Krallık Askeri El Kitabında hukuka açıkça aykırı olmayan hallerde amirin emrini ifa edenin sorumluluğu değerlendirilirken askeri itaatinin bir takım özel karakterleri dikkate alınabileceği söylenerek mutlak sorumluluk anlayışı yumuşatılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Kara Savaşı Kuralları'na göre ise hukuka açık olarak aykırı olmayan hallerde amirin emrinin bir savunma olarak ya da cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği düzenlenmiştir. Örneğin; 1897 yılında *McCall v. McDowell Davası*'nda Amerikan Bölge Federal Mahkemesi, aşikâr şekilde hukuka aykırı haller dışında hukukun astı, komutanının emrine uygun hareket ettiği hallerde koruması gerektiği, çünkü askeri disiplinin askerleri fiili bir zorlama altında tuttuğu görüşü dile getirilmiştir. Konuya ilişkin 1944 tarihli Fransız Yönetmeliği'nde amirin emri savunmasına imkan sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmelikte bu imkanın şartları net olarak belirtilmemekle beraber İkinci Dünya Savaşı sonrası Fransız hukukçular amirin emri ile askeri disiplinden doğan zorlama arasındaki ilişki üzerinde durmuşlardır. Sovyetler Birliği hukuk düzeninde ise içtihat hukuku akademik tartışmaların meyilli olduğu düşünceye uygun olarak amirin emri savunmasını yalnızca hukuka açık aykırılık hallerinde kabul etmemiştir. Görüldüğü gibi galip dört devletin milli hukuk pratikleri şartlı muafiyeti amirin emri savunmasında kabul etmektedir¹⁶.

Nuremberg Şartı'nın 8. maddesine uygun olarak IMT, amirin emrini

¹⁶ Hiromi Sato, “The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law, *International Criminal Law Review* 9, 2009, no.1, s. 119-122, Academic Search Complete EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

bir savunma olarak kabul etmemiş ve ancak cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğini söylemiştir. Bu yapılırken de emrin var olup olmadığının araştırılmasından ziyade ortada bir ahlaki seçim imkanının olup olmadığının araştırılması gerektiği dile getirilmiştir.

1.4.2. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI UZAK DOĞU YARGILAMALARI

İkinci Dünya Savaşı sonrası Uzak Doğu yargılamalarında konuya ilişkin olarak *Jaluit Atoll Davasında* Japon İmparatorluk Ordusu personeli tarafından amirin emri bir hukuka uygunluk nedeni veya mazeret olarak dile getirilmiştir. Bu davada dört Japon askeri personeli, sağ ele geçirdikleri Amerikan askerlerini idam ettikleri gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Savunmalarında Japon kültüründe amirin emrinin İmparatorun emri olarak kabul edildiği ve bu emre uymamanın düşünülemez olduğu belirtilmiştir. Japonya'nın mutlak ve totaliter yapısı da düşünüldüğünde liberal ve bireyci toplumlarda uygulanan kuralların bu olayda uygulanmasının beklenmesinin yanlış olacağı savunmada belirtilmiştir. Buna karşılık mahkeme, sıradan anlayış ve zekaya sahip herkesin verilen infaz kararının hukuka aykırılığını anlaması gerektiğine işaret etmiş ve emrin açıkça hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁷. Amirin emri savunmasını böylece reddetmiştir.

1.4.3. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ(EYUCM) UYGULAMASI

EYUCM Statüsü açık bir şekilde amirin emrinin bir hukuka uygunluk/cezasızlık sebebi olarak ileri sürülmesini reddetmiştir¹⁸. Statü'nün 7. maddesinin 4. fıkrasına göre hükümetin/ amirin emri suç işleyen astların dayanabileceği bir savunma teşkil etmemektedir. Ancak mahkeme adaletin gerektirdiği kanaatini taşıyorsa cezada bu sebeple indirime gidebilir. Görüldüğü gibi amirin emri otomatik olarak cezada bir indirim sebebi olarak da düzenlenmemiştir. EYUCM'nin önüne bu konuda gelen en önemli davalardan birisi *Drazen Erdemovic Davası*dır. Erdemovic'in kendi ifadesine göre kendisine emanet edilen sivillerin veya savaş esirlerinin infaz edilmesi emri üstlerince verilmiş ve ilk başta Erdemovic emri yerine getirmeyi reddetmiştir. Buna karşılık üstleri silahını bırakması ve infaz edilmek üzere olanların yanına geçmesi söylenmiştir¹⁹. Bu tehdit karşısında Erdemovic istememesine rağmen emri

¹⁷ The Jaluit Atoll Case, s.74, http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.13_United%20States_v_Masuda.pdf (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

¹⁸ Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, 2009, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (Erişim Tarihi:12.10.2015)

¹⁹ Mahkeme kararına geçen ifadesi: "If you don't wish to do it, stand in the line with the rest of them and give others your rifle so that they can shoot you." Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgment, 7 October 1997, s.6, <http://www.icty.org/x/>

yerine getirmiştir. Yargılama Dairesi'ndeki ifadesinde Erdemovic, suç teşkil eden fiili işlediğini ve bu fiilin hukuka aykırı olduğunu bildiğini kabul etmiştir. Mahkeme düşük bir ast konumundaki Erdemovic'in suçluluğunda amirin emrinin rol oynadığını kabul etmiş ve kendisine Statü'nün 7.maddesinin 4. fıkrası uyarınca daha az ceza verilmesine hükmetmiştir. Daha sonra bir üst derece tarafından başka bir daireye gönderilen davada ilk yargılamaya oranla daha az bir cezaya hükmedilmiştir. Yargılama esnasında Erdemovic'in ikrarının niteliği tartışılmış, ikrarının hukuki sonuçlarını bilip bilmediğine dair sorular kendisine yöneltilmiştir. Bununla birlikte mahkeme amirin emri durumuyla birlikte başka hukuka uygunluk nedenlerinin de var olup olmadığını araştırmıştır. Yargıçlar MacDonald ve Vonrah'ın müşterek görüşlerine göre hata ve ıztırrar halleri de amirin emriyle birlikte araştırılmalıdır ancak bu durumların varlığına hükmedilirse mutlak bir hukuka uygunluk ya da cezasızlık sebebi olarak kabul edilemeyecek ancak cezada indirim imkan tanınabilecektir²⁰. Yargıç Cassese ise Erdemovic'in ileri sürdüğü olaylardan ortada bir ıztırrar hali olduğunu belirterek karşı oy yazısına başlar. Cassese, çok sıkı şartların sağlanması halinde, yalnızca ıztırrar halinin özel bir görünümü olarak amirin emrinin hukuka uygunluk yahut cezasızlık sebebi olarak kabul edilebileceğini söylemektedir²¹.

2. TEAMÜL HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1 RESPONDEAT SUPERIOR İLKESİ

Eski bir anlayışın ifadesi olan *Respondeat Superior* ilkesi, üstlerinin emirleri çerçevesinde hareket eden askerlerin fiillerinin asıl yetki sahibi olan üstlerine atfedilmesidir²². Nuremberg Şartı'nda açıkça karşı çıkılan ilke budur. Özet olarak bu ilke, devletlerin egemen eşitliğine atf yapan ve hiçbir devletin ve mahkemelerinin diğer devletleri yargılayamayacağını savunan *Act of State* doktrininden beslenir²³. *Act of State* doktrinini benimseyen Kelsen'e göre hiçbir devlet başka bir devlet üzerinde yargılama yetkisine sahip olamaz (par

cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf (Erişim Tarihi:14.11.2015)

²⁰ Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Join Separate Opinion of Judge MacDonald and Judge Vonrah, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11.2015)

²¹ Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Seperate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

²² Martha Minow, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence." *Mcgill Law Journal* 52, 2007, no. 1: s.17, *Business Source Complete*, EBSCOhost (Erişim Tarihi:14.11.2015)

²³ Gökhan Güneysu, a.g.e., s.91.

in par non habet iurisdictionem²⁴). Bir gerçek kişi devlet adına hareket ederken uluslararası hukukun bir hükmünü ihlal ediyorsa bu devlete atfedilmeli ve ilgili kişi sorumlu tutulmamalıdır.

Nuremberg ABD savcısı Yargıç Robert Jakson *respondeat superior* ilkesine karşı çıkmış act of state doktrini ile bu ilkenin bir araya gelmesi halinde ortaya büyük bir sorumsuzluk alanı çıktığını belirtmiştir. Londra Konferansı'nda ABD delegesi olarak da bulunan Jakson, Londra Konferansı'na sunduğu raporunda bu düşüncesini şöyle dile getirmiştir;

“With the doctrine of immunity of a head of state usually is coupled another, that orders from an official superior protect one who obeys them. It will be noticed that the combination of these two doctrines means that nobody is responsible.”²⁵

Aksar, Jakson'ın bu görüşünü destekler nitelikte olarak, tüm sorumluluğu en üstteki birkaç kişiye atma eğiliminin, nihayetinde “savaş hukuku ve uluslararası ceza hukukunu anlamsız” hale getireceği konusunda bir tespitte bulunmaktadır²⁶.

Lassa Oppenheim tarafından ilk olarak formüle edilen *respondeat superior* ilkesi uzun süre etkili olamamış ve 1944 senesinde yapılan değişiklikle hem İngiliz hem de Amerikan askeri hukukundan çıkarılmıştır²⁷.

2.2. MUTLAK SORUMLULUK ANLAYIŞI

Respondeat superior ilkesine bir tepki olarak ortaya çıkan mutlak sorumluluk (absolute responsibility) yaklaşımı, hukuka aykırı eylemde bulunmuş olan görevlilerin herhangi bir hukuka uygunluk nedeni ileri sürmelerini kabul etmemektedir. Bu yaklaşımın ilk örneklerinden birisi Nuremberg Şartı'nın hazırlık çalışmalarında öne sürülen Sovyet tezidir. Nuremberg Mahkemesi'nin yargılama konusu ve sanıkların profili de dikkate alınarak Sovyetler tarafından mutlak sorumluluk prensibinin kabul edilmesi öne sürülmüş, hatta Şartın 8.

²⁴ “Equals have no jurisdiction over each other.”, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-1565>
(Erişim Tarihi: 14.11.2015)

²⁵ Report of Robert Jakson to the International Conference on Military Trials, 1945, s.47, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf
(Erişim Tarihi:14.11.2015)

²⁶ Yusuf Aksar, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s.143,
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Aksar.pdf>
(Erişim Tarihi:14.11.2015)

²⁷ Bu değişikliklerle kabul edilen yeni standartlar için bkz. Sato,a.g.m. s. 120.

maddesinin düzenlemesinden daha ağır olarak bir cezada indirim sebebi olarak dahi amirin emri faktörünün dikkate alınmaması gerektiği savunulmuştur. Ancak eylemi gerçekleştiren kişinin suç işleme iradesinin var olup olmadığını ya da bu iradeyi etkileyen dışsal faktörlerin niteliğini incelemeksizin mutlak sorumluluğun öngörüldüğü bu yaklaşım giriş bölümünde de bahsedilen ikilem ile, yani askeri hiyerarşinin bir gereği olarak her emre itaat etmek ya da hukuku ihlal etmeme yükümlülüğüne uygun davranarak hukuka aykırı emre uymamak suretiyle askeri mahkeme tarafından emre itaatsizlik sebebiyle cezalandırılmak²⁸, astı yüzyüze bırakılmaktadır. Birleşmiş Milletler(BM) Genel Kurulu tarafından tespit edilen Nuremberg İlkeleri'ndeki düzenlemede ise Nuremberg Şartının 8. maddesinden farklı olarak emri uygulayanın ahlakça bir tercih yapma imkanının bulunmaması halinde sorumluluğun azalacağına hükmedilmiştir²⁹.

Mutlak sorumluluk prensibinin kabul edildiği başka uluslararası metinler de vardır. 12 Aralık 1946 tarihli BM kararı ile soykırım suçu tanımlanmış ve daha sonra soykırım suçunu düzenleyen bir taslak hazırlanmıştır. Taslak metninin 5. maddesi her ne kadar daha sonra BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'de yer almasa da hukukun veya amirin emrinin soykırımı meşrulaştırmayacağını ifade etmiş ve mutlak sorumluluk ilkesini benimsemiştir. Bir diğer metin ise 10 Aralık 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında amirin emrinin işkenceyi hukuka uygun hale getirecek bir neden olarak ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir³⁰.

2.3. HUKUKA AÇIK AYKIRILIK İLKESİ

Bu ilkeye göre kural olarak, amirin emrini ifa etmek, astın ceza sorumluluğunu kaldırır, ancak bunun istisnası, astın emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ya da emrin açıkça hukuka aykırı olmasıdır. Bu ilke açısından hukuka açık aykırılığın objektif ve subjektif bilme durumlarının ikisinin de araştırıldığına dikkat edilmelidir. Objektif olarak hukuka aykırı olduğu bilinmesi gerekli olmamasına rağmen subjektif bilme söz konusu ise emri uygulayan yine amirin emri savunmasını ileri süremeyecektir.

²⁸ Durmuş Tezcan vd.,a.g.e., s.399.

²⁹ Durmuş Tezcan vd.,a.g.e., s.401.

³⁰ "An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.", Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 Decemeber 1984, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Hukuka açık aykırılık ölçütünün somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. Bu konuda iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre, en sıradan zeka ve bilgiye sahip bir kişinin durumu üzerinden ölçütün içeriği doldurulmalıdır³¹. Bu ölçüte tamamen objektif ölçüt denilebilir. Bir diğeri ise subjektifleştirilmiş objektif ölçüttür. Buna göre yargılanan kişinin şahsi özellikleri de dikkate alınmalıdır. Örnek vermek gerekirse sivil hayatında avukat olan bir asker ile lise mezunu bir askerin hukuka açık aykırılığı bilmesinin ya da bilmesi gerekmesinin değerlendirilmesinde bu kişilerin haiz oldukları nitelikler üzerinden bir objektif değerlendirme yoluna gidilmelidir ve avukat olanın bilemeyeceği hukuka aykırılık hallerinin daha dar bir alan için kabul edilmesi gerektir. Bu ikinci yaklaşımın adalete daha uygun olacağı düşünülebilir³².

Ulusal ve uluslararası organların içtihadına bakıldığında, şu fiiller açısından, amirin emrini ifa etmiş olmak, astın sorumluluğunu kaldırmak bakımından kabul edilmemiştir³³:

- (i) savunmasız deniz kazazedelerinin, (ii) işgal altındaki topraklardaki masum sivillerin, (iii) savaş esirlerinin, (iv) çatışma alanında alıkonulan ve muharip olmayanların, öldürülmesi veya kötü muameleye maruz bırakılması;
- Sivillere karşı hukuka aykırı olarak zararlar karşılık verme fiillerinde bulunulması;
- Düşman adına hareket eden ya da düşmanla iş birliği yapan sivillerin hukuka aykırı olarak cezalandırılması;
- kimsenin hayatta bırakılmaması emri verilmesi.

2.4. DEĞERLENDİRME

Uluslararası Ceza Hukukunda amirin emri kavramına ilişkin olarak yukarıda sayılan üç yaklaşımın teamül hukukuna etkisine bakıldığında, Oppenheim'ın formüle ettiği respondeat superior ilkesinin yaklaşık kırk yıllık bir dönem için uygulama alanı bulduğu ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında terk edildiği söylenebilir. Londra Konferansı'nda kabul edilen Nuremberg Şartı'nda yer alarak uluslararası ceza hukukunda uygulanma imkanı bulan mutlak sorumluluk anlayışı; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Sierra Leone Özel Mahkemesi Statülerinde tekrar edilmiş ve amirin emrinin ancak adaletin gerektirmesi halinde bir

³¹ Lydia Ansermet, a.g.m.,s. 1443. Bu yaklaşımın bir örneğini görmek için bkz. United States v. Calley, U.S Court of Military Appeals 21 December 1973, <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-william-calley-case-study.htm>, (Erişim Tarihi:14.11.2015)

³² Gökhan Güneysu, a.g.e., s.104.

³³ Antonio Cassese, **International Criminal Law**, Oxford University Press, New York, 2003, s.233.

cezadan indirim sebebi olarak kabul edilebileceği söylenmiştir. Bu yaklaşımın teamül hukukunu yansıttığını düşünenler³⁴ olmakla birlikte emrin açıkça hukuka aykırı olması halinde astı sorumlu tutan bir çok ulusal düzenlemenin olması ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin 1977 tarihli I. Ek Protokol'ünün hazırlık çalışmalarında bu konuda net bir tavır sergileyememesi nedeniyle bu konuda opinio juris³⁵ oluşmadığını savunanlar da vardır³⁶.

Konuya ilişkin olarak ortaya üç farklı yaklaşımın çıkması korunacak olan değerlerin ne olduğuna ilişkin tartışmadan doğmaktadır. Korunmak istenen değerler; askeri disiplinin sürdürülmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve bireysel olaylarda adaletin sağlanması ihtiyacıdır³⁷.

3. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNDE AMİRİN EMRİ

Roma Statüsü'nün 33. maddesi amirin emri kavramının geçmiş uluslararası hukuk pratiğindeki ad hoc mahkeme statülerinden farklı olarak bir savunma olarak kabul edilmesinin önünü açan istisnai³⁸ bir düzenleme içermektedir. Madde metni şu şekildedir³⁹;

“Article 33

Superior orders and prescription of law

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

- (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;
- (b) The person did not know that the order was unlawful; and
- (c) The order was not manifestly unlawful.

³⁴ Durmuş Tezcan vd., a.g.e., s.402.

³⁵ Uluslararası hukukta bir yapılageliş hukukundan bahsedebilmek için iki unsurun varlığı aranmaktadır. Bunlar maddi ve manevi unsurlar olarak da isimlendirilmektedir. Birincisi devletler arasında gözlenen bir belli davranış tipi olmaktadır ki bu “consuetudo” olarak ifade edilir. Manevi unsur ise bu davranışların hukuk oldukları için tekrarlanması gerektiğine dair bir düşünüş olmalıdır ki buna da “opinio juris” denilmektedir.

³⁶ Gökhan Güneysu, a.g.e., s.98-99.

³⁷ Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.236.

³⁸ Roma Statüsü'nün milli hukuklardan farklı olarak amirin emri savunmasını kural olarak değil istisnai olarak kabul ettiği hakkında bkz. Gaeta, a.g.m. , s. 190.

³⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283503/romestatuteng1.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.”

“ 1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun bir hükümetin ya da bir üstün emrine uyan askeri ya da sivil bir şahıs tarafından işlenmesi aşağıdaki hususlar haricinde şahsı cezai sorumluluktan kurtaramayacaktır;

(a) şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni zorunluluk ise,

(b) şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde, **ve**⁴⁰

(c) emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

2. Bu maddenin amaçları bakımından soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiği kabul edilir.⁴¹”

Görüldüğü gibi madde metninde sayılan üç halin kümülatif olarak bulunması halinde amirin emri bir savunma olarak ileri sürülebilecek ve emri icra eden failin cezai sorumluluktan kurtulmasını sağlayacaktır⁴². Bu metnin, bu konudaki uluslararası içtihat hukukuna karşılık geldiği söylenebilir⁴³.

3.1 EMİR

Maddede bahsi geçen emir tabiri geniş yorumlanmalıdır. Buna göre 33. madde bağlamında emir her türlü yazılı, sözlü emir olabileceği gibi; belli bir davranış biçimini emreden zımnî eylemler de emir kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁴. Alman Askeri Ceza Kanunu ve Amerikan askeri hukukuna göre de bir emrin verilmiş şeklinin ve emrin kendi formunun, emir anlaşılır olduğu sürece, hiçbir önemi bulunmamaktadır.

1958 yılında gerçekleşmiş, İsrail ve Filistin'de büyük bir infial yaratmış olan Kafr Kasım olayı emrin tanımına ilişkin yerinde bir örnektir. İsrail makamları, Ürdün sınırı yakınlarında bulunan Arap köylerinde, akşam saat 17 ile sabah 6 saatleri arasında sokağa çıkma yasağı getirmişlerdir. Bu kararın uygulanmasına ilişkin toplantıda karara uymayanlara karşı nasıl muamele edileceği hakkındaki bir soruya görevli komutan “God have mercy upon them (Allah günahlarını

⁴⁰ TBMM İnsan Hakları Komisyonu çevirisinde “**veya**” olarak yer alan ifade “**ve**” olarak düzeltilmiştir.

⁴¹ TBMM İnsan Hakları Komisyonu, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf (Erişim tarihi : 26.10.2015)

⁴² Cryer vd., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2.bası, 2010, s. 417.

⁴³ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Çev. Gülay Arslan, *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, 2. Basım, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, Legal Yayıncılık, 2004, s. 143.

⁴⁴ Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 149.

affetsin).” ifadesini kullanmıştır. Bu cevap, askerler tarafından vur emri olarak algılanmış ve 47 sivil Filistinli dava edilen olayda öldürülmüştür⁴⁵. Bu davada komutanın ifadeleri İsrail yargı mercilerince emir olarak nitelenmiştir.

Emrin sadır olduğu makamın niteliği üzerinde öğretide çok durulmamış, burada esas olarak başka birinin emrine itaat etme yükümlülüğünün mevcudiyeti aranmıştır.

3.2 AMİRİN EMRİNE UYMA YÜKÜMÜ

Ast konumunda olan ve hukuka aykırı bir emirle muhatap olan kişinin, verilen bu emre kanunen uyma yükümlülüğünün varlığı şarttır. Bununla birlikte bu yükümlülüğün fiilin işlenmesi anında var olması ve emir ile fiil arasında bir neden-sonuç ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Emre uyma yükümlülüğünün kaynağı ulusal mevzuattır. Böyle bir düzenleme Türk mevzuatında da vardır. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu 13. ve 14. maddeleri itaat olgusunu mutlak olarak nitelendirmektedir. 14. maddeye göre⁴⁶;

“Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.”

Bu hükme ve genel askeri geleneğe bakılarak, ast durumundaki askerin kendisine verilen bir emir karşısında herhangi bir sorgulamaya girmeden doğrudan emri uygulaması beklenen bir eğilimdir. Kendisine yöneltilmiş emri verenin bu emri verme etkisinin olup olmadığının araştırılması ast konumundaki askerden beklenmemelidir. Burada önemli olan üst konumunda bulunan asker ya da sivilden sadır olmuş bir emrin varlığıdır.

3.3 HUKUKA AYKIRILIĞI BİLMEME

33. maddenin açık hükmü gereği her ne şekilde olursa olsun emri uygulayanın emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesi halinde amirin emri savunmasına başvurma imkanı yoktur. Emrin mündemiç olduğu hukuka aykırılığın objektif kritere göre bilinmesinin beklenemeyeceği hallerde dahi hukuka aykırılık fail tarafından biliniyorsa 33. maddenin sunduğu istisnai imkandan faydalanılamayacaktır.

⁴⁵ Martha Minow, a.g.m., s. 44.

⁴⁶ Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

3.4 EMRİN AÇIKÇA HUKUKA AYKIRILIĞI

Subjektif olarak emrin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen bir kişinin yine de sorumlu tutulması mümkündür. Bu hal emrin açıkça hukuka aykırı olduğu haldir. Bu mahiyetteki durumlarda aslında artık emri uygulayanın subjektif bilmesi ya da bilmemesi dikkate alınmaksızın fiilin işlenmiş olmasına doğrudan cezai sorumluluk sonucu bağlanmıştır. Hukuk terminolojisinde kesin karine ya da faraziye olarak adlandırılan ve aksinin ispatlanması mümkün olmayan, kanun koyucunun düzenlemeleri vardır. 33. maddenin ortaya koyduğu hukuka açık aykırılık hallerinde de böyle bir durum mevcut olup, bu tip hukuka aykırılıkların herkes tarafından bilindiği farz edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında soykırım ve insanlığa karşı suçların hukuka açık aykırılığı niteliği açısından kesin karine getirilmiş ve bu suçların hukuka açıkça aykırı olduğu madde ile hükme bağlanmıştır. Hukuka açık aykırılık ölçütü, sıradan zeka sahibi bir insanın bilmesi olarak ortaya konulmaktadır.

33. maddenin Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar için faraziye getirip, savaş suçları için amirin emri savunmasına imkan sağlaması *Gaeta* tarafından eleştirilmiştir. *Gaeta*, savaş suçlarının Statü'nün 8. maddesinde çok geniş bir şekilde düzenlendiğini ve şüphe götürmez ve açıkça suç teşkil eden fiilleri içerdiğini belirtip bununla birlikte Roma Statüsü'nün 1. maddesinde bu statünün en ciddi uluslararası suçları inceleme kabiliyeti olduğunun düzenlendiğini söyleyerek; nasıl olur da savaş suçu teşkil eden fiillerden birinin işlenmesinin açıkça hukuka aykırı olmadığı ya da astın bu hukuka aykırılığı bilmediği ileri sürülebilir sorusunu soruyor. *Gaeta*, bu sorunun cevabını Mahkeme'nin içtihatlarıyla vermesi ve savaş suçları için de açıkça hukuka aykırı oldukları yönünde mahkemenin içtihat geliştirmesi noktasındaki beklentisini dile getirmiştir⁴⁷.

3.5 İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM BAĞLAMINDA AMİRİN EMRİ

33. maddenin 2. fıkrası ile insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları açısından amirin emrinin ileri sürülmesi açıkça yasaklanmıştır. Ancak maddenin açık ifadesine rağmen bu düzenleme bünyesinde bazı sorunları içermektedir. Özel kast ile işlenen bu suç tiplerinde amirin emrinin ileri sürülmesine imkan vermeyen bu hüküm, vasıflandırmayı hangi iradeye göre yapacaktır? Bu sorgulamanın sebebi işlenen fiillerde özel kastı bulunmayan, çoğu zamanda içinde bulunulan şartları tam manasıyla kavrayamayan ast konumundaki askerin bu ağırlıktaki suçlardan sorumlu tutulması ne kadar adildir⁴⁸? Bu tür bir problemin somut olayda ortaya çıkması ihtimali göz ardı edilerek bu suç

⁴⁷ Gaeta, a.g.m., s. 190.

⁴⁸ Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 156.

tiplerinde faraziye tesis etmek ve bu suretle Nuremberg Şartı ile başlayan mutlak sorumluluk yaklaşımından ayrılmanın temel motivasyonu olan objektif adalete ulaşma fikriyle ne derece uyum içindedir? Bu yönleriyle konunun tartışılmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Bu noktada suça ilişkin manevi unsurun tam olmaması hallerinde “Yanılma” kurumuna da başvurulabileceği göz ardı edilmemelidir.⁴⁹

3.6 SALDIRI SUÇU BAĞLAMINDA AMİRİN EMRİ

Amirin emrinin Saldırı Suçu bağlamında suçun yapısı itibariyle bir savunma olarak kabul edilebilmesi mümkün görünmemektedir. Saldırı suçu, “saldırı eyleminin ya da saldırı savaşının, bir ülkenin askeri ve siyasi eylemlerini aktif bir biçimde kontrol ve yönlendirme pozisyonundaki liderlerin, isteyerek ve bilerek planlanmasına, hazırlanmasına, başlatılmasına ya da sürdürülmesine katılması” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Statünün 8 bis maddesinin 1. fıkrasında saldırı suçu, “ bir devletin siyasi ve askeri eylemleri üzerinde etkin kontrol ve yönetme yetkisi bulunan kişi” tarafından gerçekleştirilebilecek olan bir eylem olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlar ışığında suçun maddi tanımındaki fiili işleyen şahısların kendilerinin amir konumunda bulunmasından dolayı amirin emri savunmasına dayanabilmeleri makul görünmemektedir.

3.7 AMİRİN EMRİ İLE DİĞER SAVUNMALARIN İLİŞKİSİ

Amirin emrinin varlığı diğer savunmaların, özellikle tehdit ve fiili hatanın, gündeme gelmesini sağlayabilir. Eğer emir kesin bir şekilde askeri bir hedef olarak bir binanın bombalanmasını içerir ve ast bu emre uygun olarak hedefi imha ettikten sonra bu hedefin aslında bir hastane olduğu anlaşılırsa bu durumda amirin emrinden ziyade fiili bir yanılmanın olduğu söylenebilecektir. Fiili yanılma doğrudan doğruya suçun maddi unsurlarından birini bilmemeyi gerektirdiğinden, kişinin kastı bu unsuru içermeyeceğinden suçun manevi unsuru oluşmayacaktır. Tehdit de fiili yanılma gibi amirin emrinin önüne geçen bir karaktere bürünebilir⁵¹. Erdemovic davasında Yargıç Casesse’ nin de belirttiği gibi kişinin hayatına yönelik olarak kesin ve yakın bir tehlike bulunmadığı takdirde ast, açıkça hukuka aykırı olan emirleri yerine getirmemekle mükelleftir, ancak kişinin hayatına yönelik bir tehdit varsa tehdit savunması ön plana çıkar ve amirin emri savunmasına dayanılmasına yer kalmaz.

⁴⁹ Durmuş Tezcan vd., a.g.e., s. 413.

⁵⁰ Yücel Acer, “Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Kavramının Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları ve Yansımalar”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C.1, No.3, 2005, s.29, <http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/nSTHrJvCB1pFugjxxr8covaDKQmO84.pdf> (Erişim Tarihi:19.11.2015)

⁵¹ Cryer vd., a.g.e., s. 420.

SONUÇ

Uluslararası ceza hukuku ulusal/şahsi çıkarların öne çıktığı engellenemez bir hırs ve çaba ile dolu erdem körlüğünün yoğunlaştığı dönemleri kendisine konu edinmiştir. Bu zamanlarda bireyler normal zamanlara aykırı olarak sahip oldukları ahlaki değerlere uygun bir tavır geliştirememektedir. Bu hareket tarzının devlet tüzel kişiliğinin iradesiyle hareket edildiği tezi ile meşrulaştırılması da mümkün görünmemektedir. Amirin emri kurumunun bu zamanlarda geliştirilen tavırları aklayan bir mekanizma olarak ileri sürülmesi kavramın tarihi gelişiminde de görüldüğü üzere sıkça karşılaşılan bir durumdur. Milli hukuk sistemlerinde çoğunlukla bu sav bir savunma olarak kabul edilerek şahsi cezasızlık ya da cezada indirim nedeni görünümünde kabul görmüştür. Bununla birlikte milli hukuk sistemlerine zıt şekilde II. Dünya Savaşı sonrası yapılan uluslararası yargılamalarda bu savunma mutlak bir şekilde reddedilmiş, ancak adaletin gerektirmesi halinde bir cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınmıştır. Mutlak sorumluluk anlayışı olarak adlandırılan bu yaklaşımın bir teamül kuralı teşkil ettiği genel görüş olmakla birlikte uluslararası mahkemelerin içtihat hukukunda kavramın bir savunma olarak doğrudan reddedilmemesi ve failerin suçu işlemedeki manevi unsurun derinlemesine incelemesiyle beraber özellikle Cenevre Sözleşmeleri'nin Ek Protokollerinde konuya ilişkin net bir tavrın sergilenmemesi aslında mutlak sorumluluk yaklaşımından ziyade milli hukuk sistemlerince de genel kabul gören şartlı muafiyetin teamül hukukunu yansıttığı görüşünü savunanlar için dayanak noktası olmuştur. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde kümülatif olarak sayılan üç şartın(emre itaat zorunluluğu, suç niteliğini bilmeme ve açık hukuka aykırılığın olmaması) bulunması halinde amirin emri savunmasını kabul edilmiş ve şartlı muafiyet anlayışı yansıtılmıştır. Bu yaklaşımda da kural olarak amirin emrinin savunma olarak kabulü reddedilmiş ancak bu durum istisnai olarak bir savunma olarak kabul edilmiştir. Statü düzenlemesindeki "hukuka açık aykırılık" ifadesinin somutlaştırılmaya ihtiyacı olmakla beraber iletişim teknolojisindeki gelişmeler hukuka açık aykırılık alanının genişletmektedir.

Amirin emri kurumunun istisna dışında bir hukuka uygunluk ya da mazeret nedeni olarak tek başına kabul edilmesi mümkün olmamakla beraber vakiada yanılma, hukuki yanılma ve son olarak tehdit/ icbar özel bir hali olarak kabul edilebilecek bir savunmadır. Statüde bir indirim nedeni olarak yer verilmemiş olsa da Usul ve Delil Kuralları 78 (1) uyarınca cezanın belirlenmesinde bu durumun dikkate alınması mümkündür.

Görüldüğü gibi Nuremberg Yargılamaları ile başlayan dönemle benimsenen mutlak sorumluluk anlayışının teamül hukukunu yansıttığını kabul eden görüş esas alınırsa UCM Statüsü'ndeki amirin emrine ilişkin düzenleme teamül hukukunun mutlak ret yaklaşımından bir sapma olarak nitelenebilecektir.

KONUyla İLGİLİ MAHKEME KARARLARI

The Prosecutor v. Jean Kambanda, International Criminal Tribunal for Rwanda 97-23-S, Judgement and Sentence 04/09/1998, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Kambanda/decisions/kambanda.pdf>>

The Prosecution v. Goran Jelisić "Brčko", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-10-T, Judgement and Sentence, 14/12/1999, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/jelistic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>>

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, International Criminal Tribunal for Rwanda 95-1-T, Judgement and Sentence 21/05/1999, consulted at: < http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_sentence.pdf>

The Prosecution v. Tihomir Blaskić, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-14-T, Judgement and Sentence, 03/03/2000, consulted at: < www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>

Mucić et al. "Čelebići Camp", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-96-21-A, Judgement on Appeal, 20/02/2001, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, International Criminal Tribunal for Rwanda 95-1-T- A, Judgement (reasons) 01/06/2001, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/010601.pdf>>

The Prosecution v. Kvočka et al., International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-98-30/1-T, Judgement and Sentence, 02/11/2001, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>>

The Prosecutor v. Dominique Ntawukulilyayo, International Criminal Tribunal for Rwanda 05-82-T, Judgement and Sentence 03/08/2002, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Ntawukulilyayo/Judgement/100803.pdf>>

Billal Ahmad Yassin v The minister of citizenship and immigration, Canada, 2002 FCT 1029, consulted at < <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/2002/2002fct1029.shtml>>

The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana, International Criminal Tribunal for Rwanda 96-10 and ICTR 96-17-T, Judgement and Sentence 21/02/2003, consulted at: < http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/NtakirutimanaE/judgement/030221_judgement.pdf> ,

The Prosecution v. Predrag Banović, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-02-65/1-S, Judgement and Sentence 28/10/2003, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/banovic/tjug/en/ban-sj031028e.pdf>> ,

The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, International Criminal Tribunal for Rwanda 99-54A-T, Judgement and Sentence 26/01/2004, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Kamuhanda/decisions/260104b.pdf>>

The Prosecution v. Miroslav Bralo "Lašva Valley", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95- 17-S, Judgement and Sentence, 07/12/2005, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/bralo/tjug/en/br-sj051207-e.pdf>>

The Prosecution v. Darko Mrđa, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-02-59-S, Judgement and Sentence, 31/03/2006, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/mrda/tjug/en/sj-040331.pdf>>

Jeremy Hinzman v The minister of citizenship and immigration, Canada, 2006, consulted at < <http://reports.fja.gc.ca/eng/2007/2006fc420.html>>

The Prosecution v. Ivika Rajić, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-12-S, Judgement and Sentence, 06/05/2008, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/rajic/tjug/en/raj-tj0060508e.pdf>>

The Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Gratien Kabilgi, Aloys Ntabakuze en Anatole Nsengiyumva, ICTR 98-41- T, Judgement and Sentence 18/12/2008, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Nsengiyumva/081218.pdf> >

Milan Lukić Sredoje Lukić " Višegrad ", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-98-32/1-T, Judgement and Sentence, 20/07/2009, consulted at: < http://www.icty.org/x/cases/milan_lukic_sredoje_lukic/tjug/en/090720_j.pdf >

Sikirica et al. "Keraterm Camp", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-9, Judgement and Sentence, 01/11/2013, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/sikirica/tjug/en/sik-ts011113e.pdf>>

The Prosecutor v. Bizimungu and others, International Criminal Tribunal for Rwanda, 2000-56-I, Consulted at: < http://www.haguejusticeportal.net/Docs/ICTR/Bizimungu_Indictment_EN.pdf>

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Cassese Antonio, **International Criminal Law**, Oxford University Press, New York, 2003.

Cryer Robert vd., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge University Press, 2.bası, 2010.

Demirel Muhammed, **Amirin Emri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

Güneysu Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, 1. Bası, On İki Levha Yayınevi, 2015.

Schabas William A., **An Introduction the International Criminal Court**, Çev. Gülay Arslan, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, 2. Basım, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, Legal Yayıncılık, 2004.

Tezcan Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

MAKALELER

Aksar Yusuf, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 4, 2003,

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Aksar.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Ansermet Lydia, 2014. "Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea." **Vanderbilt Journal Of Transnational Law** 47, no. 5, *Academic Search Complete*, EBSCOhost (accessed October 30, 2015).

Finnegan Colonel Patrick, "Operational Law: Plan and Execute" (1996) 76:2 **Military Review** 29 at 32.

Gaeta Paola, "The Defence of Superior Orders: The Statue of the International Criminal Court versus Customary International Law", **European Journal of International Law** 10, no.1, *Academic Search Complete* EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

Lütem İlhan, "Some Controversial Aspects of War Crimes", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, 1953, C.2, s.3, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/juafdi/article/view/1023007051/1023006573> (Erişim Tarihi: 10.11.2015)

Minow Martha, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence." *Mcgill Law Journal* **52**, 2007, no. 1, *Business Source Complete*, EBSCOhost (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Sato Hiromi, "The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law, *International Criminal Law Review* **9**, 2009, no.1, s. 119-122, *Academic Search Complete* EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

İNTERNET SAYFALARI

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 Decemeber 1984, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Charter of the International Military Tribunal, <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

Dragan Kolundžija, Statement of Guilt Before the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Oct. 9, 2001, <http://www.icty.org/sid/214> (Erişim Tarihi:19.11.2015)

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgment, 7 October 1997, s.6, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11.2015)

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Join Separete Opinion of Judge MacDonald and Judge Vonrah, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Seperate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf> (ErişimTarihi:14.11.2015)

<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-1565> (Erişim Tarihi: 14.11.2015)

Report of Robert Jakson to the International Conference on Military Trials, 1945, s.47, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf (Erişim Tarihi:14.11.2015)

TBMM İnsan Hakları Komisyonu, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf (Erişim tarihi : 26.10.2015)

The Jaluit Atoll Case, s.74, http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.13_United%20States_v_Masuda.pdf (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

Uluslararası Ceza Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283503/romestatuteng1.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

United States v. Calley, U.S Court of Military Appeals 21 December 1973 , <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-william-calley-case-study.htm>, (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, 2009, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (Erişim Tarihi:12.10.2015)

