



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Hasan Kalyoncu University
Law Review

Yıl / Year: Temmuz / July 2022 - Cilt / Volume: 12 - Sayı / Issue: 24

Derginin Sahibi / Owner of Review

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
On behalf of Hasan Kalyoncu University, Dean of Law Faculty
Prof. Dr. Enver BOZKURT

Editör / Editor

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

İletişim Adresi / Contact

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Havalimanı Yolu
27410 Şahinbey / GAZİANTEP
E-posta: dergihuk@hku.edu.tr
Tel: +90 (342) 211 80 80 - Faks: +90 (342) 211 80 81

Sayfa ve Kapak Tasarımı / Graphic Design of Pages and Cover

Emre KIZMAZ

Yayıncı / Publisher

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı / Place and Date of Publication

Ankara | Eylül 2022

ISSN

2147-3293

© HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ Dergisinin (HKÜHFD) her hakkı 5847 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleridir.

HKÜHFD, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli, uluslararası, süreli ve basılı dergidir.

EDİTÖR KURULU / EDITORIAL BOARD

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU | Dr. Öğr. Üyesi Kemal Haluk ERUYGUR
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN | Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY | Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT | Dr. Öğr. Üyesi Tamer BOZKURT
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ

DANIŞMANLAR KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN | Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK | Prof. Dr. Maya Turgut ÖZ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ | Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Asuman TURANBOY | Prof. Dr. Murat ALIŞKAN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aynur YONGALIK | Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Mustafa Tayfun AKGÜNER
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY | İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER
Prof. Dr. Cem BAYGIN | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Nuri Tankut CENTEL
Prof. Dr. Cemil KAYA | Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Pınar AKAN
Prof. Dr. Enver BOZKURT | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL | Fatih Sultan Mehmet Vakfı Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Sevilyay UZUNALLI
Prof. Dr. Esra EKMEKÇİ ÇALICIOĞLU | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN | Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Faruk ACAR | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Doç. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL
Prof. Dr. Fatma Nur CENTEL | Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Doç. Dr. Murat TOPUZ
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Doç. Dr. Seçkin NAZLI
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI | İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlar.
2. Makale yazarına ilişkin açıklama kısmında farklı bir ifade yoksa makalenin araştırma makalesi olduğu kabul edilir.
3. Makaleler e-posta yolu ile dergihukuk@hku.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Yazılar, en az iki hakem denetiminden geçtikten ve “yayınlanabilir” değerlendirmesinden sonra yayımlanır.
5. Dergiye gönderilen yazıların daha önce başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
6. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik denetim sistemine göre az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine tâbi tutulabilir. Hakem raporlarından birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yayın kurulu makaleyi üçüncü bir hakeme gönderir.
7. Dergide çalışmaları yayımlanan yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletme ve yayın hakları olmak üzere tüm mali haklarını Hasın Kalyoncu Üniversitesi'ne devretmiş sayılır. Dergide yayımlanan yazılar için telif ücreti ödenmez.
8. Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilmek şartı ile iktibas edilebilir.
9. Dergide, makaleler dışında; çeviri, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve notlara da yer verilebilir.
10. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında yayınlanabilir.
11. Yayınlanması için gönderilen yazıların akademik yazım kurallarına uyularak yazılmış olması gerekir.
12. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen Yazar yukarıdaki yayım ilkelerini kabul etmiş sayılır.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAZIM İLKELERİ

1. Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.
 - Kâğıt boyutu: A4
 - Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
2. Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve orcid numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.
3. Başlıklar;
 - Bölüm başlıkları, “I, II, III, ...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.
 - Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “1, 2, 3, ...” ve ardından gelenler “a, b, c...” “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

4. Dergiye gönderilecek yazıların öz kısmı iki yüz elli (250) kelimeyi geçmemeli ve beş kelimedenden oluşan anahtar kelime içermeli, ayrıca başlık, öz ve anahtar kelimelerin İngilizcesi'ne yer verilmelidir.
5. Makalede ilk atıfta yararlanılan kaynağın tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin kaynakçada belirtilen kısaltması kullanılarak (Yazarın Soyadı, kısaltma, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Aynı atıfta birden fazla kaynak olması halinde kaynaklar noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

Kitap

Birinci Atıf: Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Hukukun Temel Kavramları, 13. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 155.

Çoklu yazar durumunda: Yazarın Soyadı, Adı / 2. Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver / Köktaş, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, 7. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 175.

İkinci Atıf: Yazarın Soyadı, sayfa.

Örnek: Bozkurt/Köktaş, s. 175; Bozkurt, s. 155.

İkinci atıf usulü, diğer kaynaklar bakımından da geçerlidir.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda: Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları eğik çizgi ile birbirinden ayrılarak yazıldıktan sonra “ve diğerleri” denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Döner, Ayhan (Editör): Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Cilt Yayınevi, Erzincan 2020, s. 152.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı: Makalenin Adı, (Editör: Soyadı, Adı: Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa).

Örnek: Uslu, Ferhat: Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Etkililiği Üzerine, (Er/Sadık Erol (Editör): Güncel Sosyal Bilimler Araştırmaları, 1. Baskı, Akademisyen Yayınevi, Ankara, Mart 2020, s. 90).

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Hayek, Friedrich A. (Çeviren: Yayla, Atilla): Hukuk, Yasama ve Özgürlük, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1996, s. 102.

Elektronik Kitaplarda aynı atıf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı: Makale adı, Dergi adı, Yıl, Cilt, Sayı, İlk ve Son Sayfa Aralığı, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı, Uluslararası Hukuk ve Politika, Yıl: 2, Sayı: 5, 2006, ss. 50-74, s. 55.

Elektronik Makale için aynı atf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir. Eğer makalede sayfa numarası yoksa, dipnotlardan yararlanılarak sayfa numarası verilir.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı: Tebliğin Başlığı, Konferans ismi (Editör: Soyadı, Adı), Yer, Tarih, Sayfa Aralığı), Sayfa.

Örnek: Uslu, Ferhat: 21 Ocak 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Bağlamında Cumhurbaşkanının “Seçimlerin Yenilenmesine Karar Verme Yetkisi” Üzerine, 3rd International Multidisciplinary Congress Eurasia (IMCOFE 2017) (Editör:), Universitat Autònoma de Barcelona, The Casa de Convalescència, Barcelona, Spain, 27.04.2017/30.04.2017, ss. 145-146, s. 145.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı: Tez Başlığı, Türü, Üniversite ve Enstitü, Yer Yıl, Sayfa

Örnek: Bozkurt, Enver: Yabancılar Hukukunun Şekli Kaynakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1988, s. 85.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (HKÜHFD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel ahlak kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği HKÜHFD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kuralları'nda düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.
- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceğine sonradan karar vermesi halinde, en kısa zamanda editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörlük

HKÜHFD editörlüğü COPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- HKÜHFD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde eşitlik ilkesine aykırı herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Ancak, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle ilgili çalışmanın bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilebilir.

- Dergiye gönderilen çalışmanın, derginin amaç ve kapsamına, kurallarına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmeyen çalışmaların hakeme gönderilmeden editörlük tarafından reddedilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlüğün, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editörlük, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editörlüğün, görevini burada ve atf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri, hakemlik listesinden çıkarması beklenir.
- Editörlük, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İÇİNDEKİLER

MAKALELER / ARTICLES

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Militan Demokrasi Anlayışı

Militant Democracy in the Context of the ECHR

Dr. Öğr. Üyesi **Kürşat AKÇA** 155

Sözleşmeli Kurtarma ve Türk Milli Standart Kurtarma Sözleşmesi Formu Üzerine
Bir İnceleme

*An Analysis on the Contractual Salvage and Turkish National Standart Salvage
Agreement Form*

Davut Sercan DAĞ

Doç. Dr. **Nil KULA** 191

Meşru Savunmada Orantılılık

Proportionality in Self-Defense

Dr. **Nuri Berkay ÖZGENÇ** 245

ÇEVİRİ / TRANSLATION

“Tasarım Bilimleri” ve Anayasal “Başarı”

Ran HIRSCHL

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi **Duygu ŞİMŞEK DÜLGER** 273

MAKALELER
ARTICLES

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Milan Demokrasi Anlayışı^(*)

Militant Democracy in the Context of the ECHR

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA^(**)

Öz:

Militan demokrasi anlayışı İkinci Dünya Savaşı sonrasında tüm dünyayı etkisi altına alan bir demokrasi yaklaşımıdır. Demokrasinin kendini düşmanlarına karşı bir takım yasal tedbirlerle koruması anlamına gelen militan demokrasi anlayışının teorik temelleri Loewenstein başta olmak üzere muhtelif hukukçu ve siyaset bilimciler tarafından atılmıştır. Teorik olarak doğuşundan sonra başta Federal Almanya Anayasası olmak üzere birçok ülke anayasasında uygulamaya konmuştur. Özellikle siyasi parti yasakları uygulamada en etkin militan demokrasi anlayışı aracı olmuştur. Militan demokrasi anlayışının uygulaması sadece ülke anayasalarıyla sınırlı kalmamış uluslararası boyuta da taşınmıştır. Bu noktada Avrupa'da ortak bir demokratik düzen kurma amacının somut bir adımı olan ve taraf ülkelerin hukuk düzenlerinin bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi önemli bir örnektir. Sözleşme metni ve sözleşmenin uygulamasını denetleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında militan demokrasi anlayışının varlığına rastlanmaktadır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin siyasi partilere ilişkin verdiği kararların, taraf ülkelerin hukuk düzenlerini yön vermenin ötesinde günümüz militan demokrasi anlayışının şekillenmesinde önemli etkileri olmuştur. Çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde militan demokrasi anlayışı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve doktrin görüşleri ışığında inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Demokrasi, Militan Demokrasi Anlayışı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Siyasi Parti Yasakları.

Abstract:

The understanding of militant democracy is a concept of democracy that influenced the whole world after the Second World War. The theoretical foundations of the concept of militant democracy, which means that democracy protects itself against its enemies with a number of legal measures, were laid by various legal and political scientists, especially Loewenstein. After being put forward theoretically, it has been put into practice in the constitutions of many countries, especially the Federal German Constitution. Particularly, political party bans have been the most effective means of militant democracy in practice. The application of the militant

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 24.06.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 29.06.2022.

^(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,

E-posta: kursat.akca@inonu.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7439-9438>.

democracy concept has not only been limited to the country's constitutions, but has also moved to an international dimension. At this point, the European Convention on Human Rights, which is a concrete step towards the aim of establishing a common democratic order in Europe and becoming a part of the legal order of the party countries, is an important example. The existence of militant democracy can be found in the text of the convention and the decisions of the European Court of Human Rights, which oversee the implementation of the convention. In particular, the decisions of the European Court of Human Rights on political parties have had important effects on the shaping of today's militant democracy understanding beyond directing the legal systems of the parties. In this paper, the concept of militant democracy in the European Convention on Human Rights will be examined in the light of the decisions of the European Court of Human Rights and the views of the doctrine.

Keywords:

Democracy, Militant Democracy Concept, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Political Party Bans.

GİRİŞ

Birinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da birçok ülke anayasal demokrasiye geçiş yapmış ya da mevcut demokratik rejimlerini iyileştirme yoluna gitmiştir.¹ Kuvvetler ayrılığı, düzenli aralıklarla yapılan seçimler, gittikçe tabana yayılan oy hakkı, farklı ideolojilerin siyasi parti örgütlenmeleri ve bunların seçim yarışları, seçilmiş temsilcilerden oluşan devlet kurumları, anayasalarda teminat altına alınan ve genişleyen temel hak katalogları o dönem demokrasilerin ve yeni devlet düzenlerinin belirgin özellikleri olmuştur. Ancak anayasal demokrasi adına atılan bu adımlar daha sonraki süreçte anti-demokratik hareketlerin elinde birer silaha dönüşmüştür. Özellikle Almanya'da demokrasi düşmanlarına dahi demokrasi arenasında yer verilmesini savunan değer göreceli demokrasi anlayışı,² Hitler ve Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi'nin iktidara gelmesinde önemli faktörlerden biri olmuştur.³ Bu ise demokrasinin kendisini yıkmasına sebep olan araçları yine kendisinin sağlaması anlamına gelen bir demokrasi paradoksu ortaya çıkarmıştır. Böylece Birinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa'da başlayan demokratikleşme dalgası, daha sonra ters dalgayla karşı-

¹ Mann, Michael: *Fascists*, Cambridge University Press, New York 2004, s. 37.

² Değer göreceli demokrasi anlayışı, yeterli çoğunluğu elde eden her türlü ideolojinin eşit şartlara tabi tutulması gerektiğini, bir ideolojinin diğerinden üstün olamayacağını savunan bir demokrasi yaklaşımıdır. Buna göre demokrasi ve rejim düşmanları da bu anlayış çerçevesinde demokrasinin nimetlerinden faydalanmalıdır. Weimar Anayasası döneminde özellikle anayasanın değiştirilmesinin mahiyeti kapsamında tartışılan bu yaklaşım o dönem doktrininin çoğunluğu (Richard Thoma, Gerhard Anschütz ve Hans Kelsen v.d.) ve kurucu siyasi iktidar tarafından benimsenmiştir. Değer göreceli demokrasi anlayışı ve sonuçları hakkında Bkz., Akça, Kürşat: *Militan Demokrasi Anlayışı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 51-64.

³ Akça, s. 51.

laşmıştır.⁴ Avrupa demokrasisinde yaşanan bu süreç demokrasiyi sorgulanmasına neden olmuş ve demokrasiyi kendini çeşitli hukuki tedbirlerle savunması fikri yani militan demokrasi anlayışı doğmuştur.

Militan demokrasi anlayışı, teorik olarak doğduktan sonra ülke mevzuatlarında uygulamaya konulmuştur. Ülke anayasalarında ve kanunlarında demokrasiyi koruyacak hükümlere yer verilmiş ve iki dünya savaşı arası dönemine bir reaksiyon gösterilmiştir. Diğer bir ifadeyle geçmişin acı tecrübelerinin bir daha yaşanmaması için gerekli hukuki önlemler alınmaya çalışılmıştır. Başta siyasi parti yasakları olmak üzere bu tür hukuki önlemlere günümüzde Federal Almanya, Türkiye, İtalya, Portekiz, Polonya gibi birçok ülke anayasasında rastlamak mümkündür.

Militan demokrasi anlayışının uygulamaya konuluşu ulusal düzenlemelelere paralel olarak uluslararası mecraya da taşınmıştır. Uluslararası örgütlerin kuruluş metinlerinde ve imzalanan uluslararası antlaşmalarda demokrasiyi koruması ve insan haklarının kötüye kullanılmaması temel gaye olmuş, bu gaye çerçevesinde bir takım müeyyide ve tedbirler öngörülmüştür. Militan demokrasi anlayışının uluslararası boyutunun en önemli örneği Avrupa Konseyi'nin Avrupa'da ortak demokratik bir kamu düzeni oluşturma hedefinin somut bir adımı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme, taraf ülkelerin iç hukukuna doğrudan etki etmekte ve sözleşmenin uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenmektedir. Dolayısıyla hem AİHS'te hem de AİHM'in kararlarında demokrasiyi korumaya yönelik yaklaşımlar militan demokrasi anlayışı açısından önem arz etmektedir.

⁴ Demokrasi dalgası ve ters dalga kavramları, dünya demokrasi tarihinde demokratikleşme süreçlerini ortaya koyabilmek adına *Huntington* tarafından kullanılmıştır. *Huntington*, demokratikleşme dalgasını, demokratik olmayan devletlerden demokrasiye olan geçişlerin olduğu ve bu geçişlerin tam tersi durumdan fazla olduğu dönemleri ifade etmek için kullanmaktadır. Yazara göre modern dünyada 3 (üç) demokrasi dalgası gerçekleşmiş ve bunların ilk ikisini ters dalga yani demokrasi-den anti-demokratik yönetimlere geçişlerin çoğunlukta olduğu dönemler takip etmiştir. İlk demokratikleşme dalgası (1828-1926) ABD'de yetişkin erkeklerin %50'sine oy hakkı verilmesi ve halk tarafından seçilen bir yürütme organının mevcut olmasıyla 1828 yılında başlamıştır. Bu ilk dalgayı 1922 yılında Mussolini'nin Roma yürüyüşüyle iktidarı ele geçirmesiyle başlayan ters dalga (1922-1942) takip etmiştir. İkinci demokratikleşme dalgası (1943-1962), İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle müttefik devletlerce işgal edilen ülkeler ile Türkiye ve Yunanistan gibi ülkelerin demokratikleşmesiyle başlayan ve 1960'ların başlangıcına kadar devam eden kısa bir demokratikleşme sürecini ifade etmektedir. Bu demokratikleşme dalgasını 1960'lı yıllardan itibaren Latin Amerika ülkelerinde demokratikleşme çabalarının başarısızlıkla sonuçlanması ve sömürgeci kurtulan ülkelerin diktatörlüklere yönelmesiyle (1958-1975) ikinci ters dalga takip etmiştir. Üçüncü demokratikleşme dalgası ise 1974 yılında Portekiz'de diktatörlüğün sona ermesiyle başlayıp hâlihazırda devam eden demokratikleştirme dönemini ifade etmektedir. Bkz., *Huntington, Samuel Phillips (Çeviren: Özbudun, Ergun): Üçüncü Dalga - Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratikleşme, Yetkin Yayınları, Ankara 1991, s. 10-22.*

Çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde militan demokrasi anlayışı inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda özellikle AİHS’te temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan m.17 hükmü ile örgütlenme hürriyetini düzenleyen m.11 hükmü üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken AİHM’in konuyla ilgili içtihatlarına ve doktrin görüşlerine de yer verilecektir. Ancak onun öncesinde militan demokrasi anlayışının genel bir çerçevesinin çizilmesi faydalı olacaktır.

I. GENEL OLARAK MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

Militan demokrasi, bir anlayış olarak ilk defa Alman kamu hukukçusu Karl Loewenstein tarafından Naziler Almanya’da iktidara geldiği dönemde ileri sürülmüştür.⁵ Bu yeni demokrasi anlayışının temel gayesi her şeyden önce anti demokratların demokrasiler içerisinde büyüyerek demokrasileri ortadan kaldırmasını engellemektir. Loewenstein’in bu yaklaşımıyla Fransız İhtilaliyle meşhur olan “özgürlük düşmanlarına özgürlük yok” sloganı, demokrasi düşmanlarına yöneltilmiştir.⁶ Böylece yeni Hitler ve Mussolinilerin ortaya çıkması engellenmek istenmiştir. Loewenstein, militan demokrasi anlayışını o dönem tüm dünyayı etkisi altına alan Faşizm tehlikesini esas alarak üç temel husus üzerine oturtmuştur. Bunlar; faşizm tehdidi, demokrasilerin faşizme karşı savunmasızlığı problemi ve çözüm önerisi olarak militan demokrasidir. Bu üç husus birbiriyle bağlantılıdır. Yazar öncelikle faşizmi, demokrasinin zayıflıklarını kullanan, duygusal manipülasyon araçlarına başvuran ve belli bir ideolojisi olmadan ilerleyen sistemli bir teknik olduğunu ve demokrasiye karşı bir tehdit oluşturduğunu tespit etmiştir.⁷ Akabinde yazar, demokrasilerin bu tehlide karşı koyamadığını, hatta bu tehlide tolerans gösterdiğini ve bunun

⁵ Capoccia, Giovanni: Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation, *Annual Review of Law and Social Science*, 9/1, 2013, s. 208; Cavanaugh, Kathleen / Hughels, Edel: Rethinking What is Necessary in a Democratic Society: Militant Democracy and the Turkish State, *Human Rights Quarterly*, 38/3, 2016, s. 630; Müller, Jan-Werner: Militant Democracy, (Editors: Rosenfeld, Michel/Sajo, Andras, *The Oxford of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 1253, 1256); Tyulkina, Svetlana: Militant Democracy: An Alien Concept for Australian Constitutional Law?, *Adelaide Law Review*, 36/2, 2015, s. 519; Struth, Anna Katharina: Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, Springer, Heidelberg 2019, s. 51.

⁶ Boventer, Gregor Paul: Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, Duncker & Humboldt, Berlin 1985, s. 18; Eren, Abdurrahman: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve ‘Yeni Kapalı Politik Alan’, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2003, Cilt: VII Sayı: 3 - 4, s. 209; Tögel, Akif: Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine, *YBHD*, 2017/3, s. 122.

⁷ Loewenstein, Karl: Militant Democracy and Fundamental Rights I, *The American Political Science Review*, 31/3, 1937, s. 422-423.

neticesinde faşizmin demokrasilerde büyüdüğünü ortaya koymuştur. Nihayetinde yazar söz konusu problemin çözümü olarak demokrasinin düşmanlarına karşı kendisini etkin bir şekilde korumasını yani militan demokrasi anlayışının kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.⁸ Karl Loewenstein militan demokrasi anlayışını savunan ilk yazar olsa da o dönemde birçok yazar demokrasinin düşmanlarına karşı savunmada olması gerektiğini belirten muhtelif fikirler ileri sürmüştür.⁹ Tüm bu fikirler militan demokrasi anlayışının ortaya çıkmasında ve şekillenmesinde etkili olmuştur.

Militan demokrasi anlayışı, İkinci Dünya Savaşı'ndan günümüze kabul gören bir demokrasi anlayışı olsa da doktrinde bu anlayışa mesafeli yaklaşımlar da olmuştur. Doktrinde kimi yazarlar militan demokrasi anlayışını sadece demokrasiye yeni geçmiş kırılğan demokrasiler için kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰ Zira bu tür demokrasilerde her zaman eskiye yani anti-demokratik rejimlere dönüş tehlikesi bulunmaktadır. Doktrinde başka bir grup yazar ise militan demokrasi anlayışını demokrasiyle uyumlu bir anlayış olarak görmemekte ve reddetmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre militan demokrasi anlayışı ile demokrasiye olan bağımlılığın zorla ve baskıyla sağlanacağı¹¹ ve demokrasiye düşman olduğu gerekçesiyle halkın bir bölümünün dışlanacağı kabul edilmektedir.¹² Doktrindeki mezkûr azınlık görüşlere karşın militan demokrasi anlayışı, geçmişin acı tecrübeleri ve demokrasi düşmanlarının farklı kapsam ve şekillerde her zaman var olacağı gerçeği hem doktrin çöğunluğu tarafından kabul görmüş¹³ hem de ülke anayasalarında geçmişten günümüze uygulanmaya devam edegelmiştir.¹⁴

⁸ Loewenstein, s. 430.

⁹ Bu yazarlara örnek olarak Karl Mannheim, Van den Bergh, Karl Popper, Carl Schmitt gibi isimler verilebilir. Bu yazarların görüşleri ve militan demokrasi anlayışına katkıları için bkz., Akça, s. 73-80.

¹⁰ Bu görüşte olan yazarların başında *Teitel* gelmektedir. Yazara göre "Militan anayasal demokrasinin, yeni gelişen ve çoğu zaman kırılğan olan demokratik kurumların var olduğu ... geçiş dönemi anayasacılığına ait olduğu anlaşılmalıdır; o olgun liberal demokrasiler için pek uygun değildir." Bkz., Teitel, Ruti: *Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives*, Michigan Journal of International Law, 29/1, 2007, s. 49.

¹¹ Chafee, Zecchariah: *Free Speech in the United States*, Fourth Printing, Harvard University Press, Cambridge, 1948, s. 565 (Aktaran: Hakyemez, Yusuf Şevki: *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 48).

¹² Erdoğan, Mustafa: *Siyasi Partiler, Devlet ve Demokrasi*, Liberal Düşünce Dergisi, 6/22, 2001, s. 64.

¹³ Günümüzde militan demokrasi anlayışının kabul eden yazarlar ve bunların gerekçeleri hakkında bkz., Akça, s. 84-88.

¹⁴ Tyulkina, Svetlana: *Militant Democracy - Undemocratic Political Parties and Beyond*, Routledge, London and New York 2015, s. 14; Sulejmanova, Marija: *Populism and Militant Democracy - Case Study of Germany, Bulgaria and Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, 2017, s. 34.

Militan demokrasi anlayışı günümüzde her ne kadar kabul gören evrensel bir demokrasi yaklaşımı olsa da bu anlayışın üzerinde ittifakla kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır.¹⁵ Özellikle her ülkede bu anlayışın farklı şekillerde tatbik ediliyor oluşu genel geçer bir tanım yapmayı zorlaştırmaktadır.¹⁶ Yapılan kimi tanımlarda birtakım eksiklikler bulunurken kimi tanımlarda ise militan demokrasi anlayışının bazı unsurları ön plana çıkarılmaktadır.¹⁷ Bu zorluklarına karşın doktrinde Müller'in kabul gören bir tanımı bulunmaktadır. Yazara göre militan demokrasi; "demokrasiyi demokratik yollarla yıkmayı amaçlayanların demokratik rejimi yıkmasını önlemek için önleyici, ilk bakışta liberal olmayan tedbirler almaya istekli bir demokratik rejim fikri"dir.¹⁸ Tanımda militan demokrasi anlayışı, demokrasiyi demokratik yollarla yıkmayı amaçlayan demokrasi düşmanlarına karşı tedbirler alan bir demokrasi fikri olarak görülmüş ancak alınacak tedbirlerin mahiyetinden bahsedilmemiştir. Militan demokrasi anlayışının tarihi gelişimi ve uygulaması dikkate alındığında, Müller'in tanımındaki mezkur eksiklik giderilerek şöyle bir tanım yapılabilir:¹⁹

Militan demokrasi anlayışı; anayasal demokratik kurum ve temel hakları kötüye kullanarak demokrasiyi yıkmayı ya da ona zarar vermeyi amaçlayan demokrasi düşmanlarına karşı demokrasiyi korumak isteyen ve bunun için demokrasi düşmanlarının politik katılım haklarına ve/veya politik karar alma sürecine katılmasını sınırlamaya yönelik anayasal ve yasal önleyici tedbirler öngören bir demokrasi anlayışıdır.

Yukarıda verilen tanımdan hareketle militan demokrasi anlayışının özellikleri tespit edilebilir.

Her şeyden önce militan demokrasi anlayışı, *anayasal demokratik düzeni korumayı hedefler*. Anayasalarda demokrasinin temel unsurları olarak kabul edilen temel hak ve hürriyetler ve bunlara saygı (özellikle örgütlenme ve barışçıl toplantı hürriyeti, ifade ve düşünce hürriyeti, kamu işlerinin yürütülmesine katılma hakkı), genel, eşit ve gizli oy ilkesine tabi periyodik şekilde yapılan seçimler ve referandumlar, söz konusu seçimlerle temsilcilerin ve etkin siyasal makamların seçilmesi, çoğulcu siyasi partiler rejimi, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, kamu otoritelerinin şeffaflığı ve hesap verebilirliği, bağımsız ve ço-

¹⁵ Tyulkina, s. 9.

¹⁶ Sulejmanova, s. 9, 11.

¹⁷ Tyulkina, Undemocratic, s. 34; Militan demokrasi anlayışına ilişkin yapılan tanımlar ve değerlendirmesi için bkz., Akça, s. 89-92.

¹⁸ Müller, Militant Democracy, s. 1253.

¹⁹ Akça, s. 92.

ğulcu medya gibi hak ve ilkeler anayasalarda tespit edilmekte ve güvence altına alınmaktadır.²⁰ Diğer taraftan halk egemenliğinin siyasi karar alma sürecine yansıtılmasının (anayasa ve kanun koymak, değiştirmek ya da kaldırmak gibi) temel esaslarının da yine anayasalarda güvence altına alındığı görülmektedir. İşte militan demokrasi anlayışı bu demokratik unsurları barındıran anayasanın oluşturduğu “anayasal demokratik düzeni” korumayı hedeflemektedir.

Militan demokrasi anlayışının bir diğer özelliği *anayasal demokratik düzenin unsurlarını kullanarak demokrasiyi yıkmak isteyenlerle mücadeleyi öngörmesidir*. Liberal demokrasiler herkese siyasi karar alma sürecinde ve politik katılım haklarını kullanmada eşit fırsatlar ve adil yarış ortamı sunar. Bu fırsat ve ortam şayet gerekli önlemler alınmazsa demokrasinin sonunu getirir ki bu durum demokrasinin paradoksu olarak ifade edilmektedir. Nitekim iki dünya savaşı arasında Almanya ve İtalya örneklerinde demokrasi düşmanları anti-demokratik emellerine darbe veya devrimle değil anayasada güvence altına alınan demokratik kurum ve temel hakları kullanarak ulaşmışlardır. Militan demokrasi anlayışının fikir babası Loewenstein'in savunduğu üzere demokrasi düşmanları, demokratik sisteme demokratik kurum ve araçları kullanarak bir Truva atı misali girmektedir. Demokrasi düşmanları demokrasinin herkese sunduğu serbest konuşma hürriyeti, basın hürriyeti, meclislere katılım hakkı gibi hürriyet ve haklarla devlet mekanizması içerisinde kendisine yer edinmeyi başarmaktadır. Böylece demokrasinin yıkılıp, totaliter rejimlerin kurulması demokrasi ve yasallık kılıfları içerisinde gerçekleşme imkânı bulmaktadır. Militan demokrasi anlayışı işte bu şekilde serbest seçimler, ifade hürriyeti, örgütlenme hürriyeti gibi politik katılım haklarını ya da karar alma mekanizmalarını kullanarak anayasal demokratik düzeni yıkmak isteyenlerle mücadele eder.²¹ Demokratik yollar dışında örneğin şiddete dayalı olarak ya da terör eylemleriyle demokrasiyi yıkmak isteyen demokrasi düşmanlarıyla mücadele, militan demokrasi anlayışının kapsamına girmez.²² Bu noktada olağan ceza hukuku

²⁰ Söz konusu hak ve ilkeler BM Genel Kurulu tarafından demokrasinin temel unsurları olarak deklare edilmiştir. Bkz., General Assembly of the United Nations, Resolutions and Decisions, Resolutions - Volume I, Supplement No. 49 (A/59/49), 14 September - 23 December 2004, s. 399, [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/59/49\(Vol.I\)\(SUPP\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/59/49(Vol.I)(SUPP)), Erişim Tarihi: 05.02.2022.

²¹ Tyulkina, Undemocratic s. 11, 14; Tyulkina, Australian Constitutional Law, s. 520-521; Vinx, Lars: “Democratic Equality and Militant Democracy”, Constellations, 2020, s. 208; Klamt, Martin: Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions, (Editors: Bruinsma, Fred / Nelken, David, Explorations in Legal Cultures, Reed Business BV, Gravenhage 2007), s. 134; Tögel, s. 123-124.

²² Müller, Militant Democracy, s. 1255-1256 Rijpkema, Bastiaan (Çeviren: Asbury, Anna): Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance, Routledge, London and New York 2018, s. 29-30; Besirevic, Violeta: A Short Guide to Militant Democracy: Some Remarks on the Straousbourg

ya da idare hukuku gibi diğer hukuk dallarında öngörülen koruma mekanizmaları işletilebilir.²³ Dolayısıyla militan demokrasi anlayışında muhatap aslında demokrasi oyununu kurallarına göre oynayan ve demokratik kimliğe sahip olduğu görünümü veren kişi veya siyasi örgütlenmelerdir.

Militan demokrasi anlayışının bir diğer özelliği ise demokrasi düşmanlarıyla *mücadelenin anayasal-yasal boyutta yapılmasıdır*. Militan demokrasi anlayışı kapsamında demokrasi düşmanlarıyla anayasal yolla mücadele edileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira militan demokrasi anlayışı ilk kez hukuki düzenleme olarak 1949 Federal Almanya Anayasası'nda yasal zemine kavuşmuştur. Başka bir deyişle demokratik düzeni koruyan hükümler ilk kez Federal Almanya Anayasası'nda düzenlenmiş ve daha sonra birçok ülke anayasasında benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Militan demokrasi anlayışı araçlarının özellikle siyasi parti yasaklarının anayasalarda yer alması partilere yönelik keyfi müdahalelerin önlenmesi bakımından önemli bir güvencedir. Ancak günümüz doktrininde anayasal düzenlemelerin yanında yasal düzenlemelerle de demokrasi düşmanlarıyla mücadele edilebileceği kabul etmektedir.²⁴

Militan demokrasi anlayışının bir diğer özelliği *önleyici nitelikte* olmasıdır. Militan demokrasi anlayışının amacı demokrasi düşmanlarının anayasal demokratik düzene zarar vermelerini ya da onu yıkmalarını önlemektir.²⁵ Militan demokrasi anlayışının devreye girebilmesi için demokrasi düşmanlarının demokrasiyi yıkmak adına gerçek ve somut fırsatlar yakalamasının beklenilmesine gerek yoktur.²⁶ Aksi halde demokrasinin yıkılması ya da zarar görmesi

Jurisprudence (Editors: Wolfgang, Benedek / Florence, Benoît-Rohmer / Wolfram Karl, Manfred Nowak: In European Yearbook on Human Rights, NW Verlag, Vienna 2012, s. 145).

²³ Vinx, s. 11; Besirevic, s. 145; Roach, Kent: Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses, (Editor: Andras Sajo, Militant Democracy, Eleven International Publishing, Utrecht 2004, s. 171).

²⁴ Tyulkina, Australian Constitutional Law, s. 526; Tyulkina militan demokrasi anlayışının araçlarının sadece anayasal olmaması gerekliliğini, birçok anayasanın katı olması, anayasa değişikliği süreçlerinin uzun ve karmaşık olmasına bağlamaktadır. Yazar bu sebeple yasal araçlarının reddedilmesini çok mantıklı bulmamaktadır. Bkz., Tyulkina, Undemocratic, s. 42.

²⁵ Tyulkina, Undemocratic, s. 37; Tyulkina, Australian Constitutional Law, s. 520; Struth, s. 51; Macklem, Patrick: Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe, Constellations - Blackwell Publishing, 19/4, 2012, s. 575; Kaltwasser, Cristóbal Rovira: Militant Democracy Versus Populism, (Editors: Malkopoulou, Anthoula / Kirshner, Alexander S: Militant Democracy and Its Critics (epub versiyon), Edinburgh University Press, Edinburgh 2019, s. 83); Müller, militan demokrasi anlayışının önleyicilik niteliğini "yılanın başını küçükken ezeceksin" (nip it in the bud) deyişimi açıklamaktadır. Bkz., Müller, Jan-Werner: Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy, Annual Review of Political Science, 19, 2016, s. 250.

²⁶ Tyulkina, Undemocratic, s. 14, 37; Tyulkina, Australian Constitutional Law, s. 520; Vinx, s. 2; Macklem, Guarding the Perimeter, s. 575; Müller, Protecting, s. 250; Kaltwasser, s. 83.

gerçekleşir. Bu noktada ise artık militan demokrasi anlayışının varlığı bir anlam ifade etmez. Militan demokrasi anlayışında uygulanacak olan yasal-anayasal tedbirler anayasal demokratik düzene zarar verme veya onu yıkma mücadelesini cezalandırmaya değil önlemeye yönelik tedbirlerdir.²⁷

Militan demokrasi anlayışı son olarak *demokrasi düşmanlarının politik katılım haklarını ve/veya onların siyasi karar alma sürecinde bulunmalarını sınırlar*. Militan demokrasi anlayışı, demokrasi düşmanlarının demokratik temel düzene zarar verecek politik katılım haklarını ve/veya bu politik katılım haklarıyla siyasi karar alma süreçlerine aktif katılımlarını kısıtlar.²⁸ Militan demokrasi anlayışıyla kısıtlanacak olan siyasi katılım haklarına başta siyasi parti kurma ya da siyasi partiye üye olma hakkı olmak üzere seçme-seçilme hakkı, toplanma hakkı, ifade hürriyeti, basın hürriyeti gibi haklar örnek gösterilebilir.²⁹ Militan demokrasi anlayışı ile politik katılım haklarını sınırlandırabileceği gibi politik karar alma süreçlerine de sınırlama getirilebilir. Kanun yapma faaliyetleri, referandumlar, seçim gibi demokrasi düşmanlarının amaçları için kullanabileceği demokrasinin temel mekanizmaları olan politik karar alma süreçlerinden faydalanma ya da bunlara iştirak de militan demokrasi anlayışı kapsamında kısıtlanabilir.³⁰

Militan demokrasi anlayışının yukarıda yer alan tanım ve özelliklerine uygun olarak bir takım araçları olduğu kabul edilmektedir. Bu araçların kapsamı noktasında doktrinde fikir birliği olmasa da en azından siyasi parti yasakları, siyasi dernek yasakları, değiştirilemez maddeler ve Federal Almanya Anayasası'nda yer alan temel hakların etkisizleştirilmesi (düşmesi) gibi tedbirlerin militan demokrasi anlayışının araçları olduğu doktrinde kabul görmektedir.³¹

²⁷ Macklem, Patrick: Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination, *International Journal of Constitutional Law*, 4/3, 2006, s. 488; Tyulkina, Undemocratic, s. 29, 37; Vinx, s. 2; Fox/Nolte, militan demokrasi anlayışını seçimle gelen anti demokratik partilerin devletin demokratik karakterini değiştirmesini önleyen bir dizi araç olarak görmektedir. Bkz, Fox, Gregory H./Nolte, Georg: *Intolerant Democracies*, *Harvard International Law Journal*, 36/1, 1995, s. 6.

²⁸ Vinx, s. 8.

²⁹ Kirshner, Alexander S. (Çeviren: Aydar, Ferit Burak): *Militan Demokrasi*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2017, s. 42.

³⁰ Akça, s. 100.

³¹ Özellikle siyasi parti yasakları, demokrasilerin en önemli aygıtlarından siyasi partilere ilişkin olduğundan ayrı bir önem arz etmektedir. Militan demokrasi anlayışı kapsamında siyasi parti yasakları; demokrasiyi, şiddet ve terör gibi yollarla değil demokrasinin kendi araçlarıyla yıkmak isteyen partilerin kapatılması ya da bu partilere yönelik önleyici farklı tedbirlerin alınmasını ifade eder; Doktrinde kimi yazarlar, militan demokrasi anlayışının anayasal aracı olarak kabul edilemeyecek tedbirleri de militan demokrasi anlayışının anayasal aracı olarak ileri sürse de söz konusu bu dört tedbirin her halükarda militan demokrasi anlayışının araçları olduğu yönünde ittifak vardır. Bkz Lameyer, Johannes: *Streitbare Demokratie*, Duncker & Humblot, Berlin 1978, s. 20-21; Capocchia, s. 211; Cavanaugh/Hughels, s. 630; Struth, s. 62; Boventer, s. 20-21; Söz konusu araçların

Militan demokrasi anlayışının araçlarına (başta siyasi parti yasakları olmak üzere) İkinci Dünya Savaşı'ndan günümüze birçok ülke anayasasında rastlanmaktadır. Bu anayasaların başında militan demokrasi anlayışının teorik olarak doğduğu ülke olan Federal Almanya Anayasası gelmektedir. Federal Almanya Anayasası'nda siyasi parti yasakları (m.21/f.2),³² dernek yasakları (m.9/f.2),³³ temel hakların etkisizleştirilmesi (m.18)³⁴ ve değiştirilemez madde hükümleriyle (m.79/f.3)³⁵ militan demokrasi anlayışı anayasal boyuta da taşınmıştır. Hatta Anayasa yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra iki parti hakkında özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme eğilimi taşıdıkları gerekçesiyle kapatma kararı verilmiştir.³⁶ Bu kararlardan ilki Hitler ve Nazi partisiyle birçok açıdan bağı olan, totaliter bir devlet rejimi kurmak isteyen aşırı sağ parti Sozialistische

militan demokrasi anlayışının tipik araçları olduğu yönünde bkz., Walter, Christian: Interactions between International and National Norms: Towards an Internationalized Concept of Militant Democracy, (Editors: Ellian, Afshin / Rijkema, Bastiaan, Militant Democracy - Political Science, Law and Philosophy, Springer, Switzerland 2018, s. 81); Militan demokrasi anlayışı doktrinin önemli yazarlarından Klamt karşılaştırmalı bir çalışmasında kimi ülke anayasalarının militan demokrasi anlayışına sahip olup olmadıklarını bu dört araç üzerinden test etmiştir. Bkz. Klamt, s. 136 vd.

³² Alman Anayasası m.21/f.2 hükmü şu şekildedir: "Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdır. Anayasaya aykırılık hakkında Federal Alman Anayasa Mahkemesi karar verir. Konunun ayrıntıları federal yasalarla düzenlenir." Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

³³ Federal Almanya Anayasası m.9/2 hükmü şu şekildedir: "Amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, Anayasa düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen dernekler yasaktır." Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller).

³⁴ Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesi şu şekildedir: "Kim düşünceyi açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini (m.5/f.1), eğitim hürriyetini (m.5/f.3), toplanma hürriyetini (m.8), örgütlenme hürriyetini (m.9), mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliğini (m.10), mülkiyet hakkını (m.14), ya da sığınma hakkını (m.16a) özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele için kötüye kullanırsa, bu temel hakları etkisizleştirilir. Etkisizleştirme ve onun kapsamına Alman Federal Mahkeme tarafından karar verilir."

³⁵ Federal Almanya Anayasası'nın m.79/3 hükmü şu şekildedir "Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır". Bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller); Söz konusu hükümde yapılan atıfla değiştirilemez maddelerden biri olan 20. maddenin ilk fıkrasında Federal Almanya Cumhuriyeti'nin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğu düzenlenirken, ikinci fıkrasında egemenliğin halka ait olduğu ve bunun yasama, yürütme ve yargı aracılığı ile kullanılacağı, üçüncü fıkrada ise yasamanın anayasal düzene yürütme ve yargının yasa ve hukuka bağlı olacağı belirtilmektedir. Söz konusu hükümde açıkça özgürlükçü demokratik temel düzen kavramı kullanılsa da anayasa değişikliği yoluyla ülkenin demokratik düzenini ortadan kaldırmak isteyen olacak olan demokrasi düşmanlarının hedef alındığı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz., Thiel, Markus: Germany, (Editor: Thiel, Markus, The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies, Ashgate Publishing, Farnham 2009, s. 128).

³⁶ Hakyemez, Yusuf Şevki: "İkibinli Yıllarda Militan Demokrasinin Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri", Liberal Düşünce, Bahar 2001, s. 74.

Reichspartei (SRP) hakkında verilmiştir.³⁷ Kapatılan diğer parti ise bir proleterya diktatörlüğü kurmak isteyen Kommunistische Partei Deutschlands (KDP) partisine ilişkindir.³⁸ Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin hedeflediği proleterya diktatörlüğünün özgürlükçü demokratik temel düzenle bağdaşmadığına hükmetmiş ve parti hakkında kapatma kararı vermiştir. Böylece militan demokrasi anlayışının ilk uygulama örnekleri faşizm ve diktatoryal komünizme karşı olmuştur.

Federal Almanya Anayasası'nda ilk örneklerine rastlanan militan demokrasi anlayışı zamanla Portekiz, Polonya, İtalya, Türkiye gibi kimi ülkelerin anayasalarında da kendine yer bulmuştur.³⁹ Böylece ülkeler demokrasilerini korumak amacıyla diğer siyasi, hukuki ve toplumsal tedbirlerle birlikte militan demokrasi anlayışının araçlarını da uygulamaya koymuşlardır. Zaman zaman ülke uygulamalarında kötüye kullanıldığına⁴⁰ şahit olursa da militan demokrasi anlayışı, demokrasiyi yine demokrasinin araçlarını kullanarak yıkmak ya da ona zarar vermek isteyenlerle mücadele etmek amacıyla ülke anayasalarında halen varlığını devam ettirmektedir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

A. Genel Olarak

Militan demokrasi anlayışının teorik olarak doğuşundan sonra pratiğe geçişi ulusal anayasalarla sınırlı kalmamış uluslararası düzeyde de kendisini göstermiştir.⁴¹ İkinci Dünya Savaşından sonra imzalanan uluslararası antlaşmalarla ve teşekkül eden uluslararası örgütlenmelerle demokratik değerleri esas alan adımlar atılmış diğer taraftan bu demokratik değerleri koruyacak mekanizma-

³⁷ Karar için bkz., BVerfGE 2, 1, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2022; Karar hakkında bir inceleme için bkz., Maftan, Miles Roger: Fighting Fire with Fire': A Normative Exploration of the Militant Democracy Principle, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Central European University Department of Political Science, 2018, s. 111-115.

³⁸ Karar için bkz., BVerfGE 5, 85, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, Erişim Tarihi: 07.03.2022; Kararın detaylı bir tahlili için bkz., Lameyer, s. 28-41.

³⁹ Federal Almanya, Türkiye, Fransa, İtalya, Avusturya, Portekiz, Yunanistan, Polonya, İspanya, Amerika Birleşik Devletleri gibi örnek ülkelerin anayasalarında militan demokrasi anlayışını inceleyen karşılaştırmalı bir çalışma için bkz., Akça, s. 121-211.

⁴⁰ Militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılmasının tarihi süreç içerisinde en önemli örneği Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan McChartycilik sürecidir. ABD'li senatör Joseph McCharty'nin öncülüğünde komünizmle mücadele adı altında yapılan ve adeta cadı avına dönüşen söz konusu süreç binlerce kişinin haksız yere cezalandırılmasına, fişlenmesine ve görevden alınmasına neden olmuştur. Söz konusu süreç ve genel anlamda militan demokrasi anlayışının kötüye kullanılmasına ilişkin bkz., Akça, s. 241-245; Hakyemez, İkibinli Yıllar, s. 77.

⁴¹ Eren, s. 211.

lar geliştirilmiştir.⁴² Böylece sözleşmeyle kurulan ortak demokratik düzen ve anlayışa düşman kişi ve devletlerin mezkûr düzene zarar vermeleri engellenmek istenmiştir.

Bu noktada ilk olarak Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi incelenebilir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, tıpkı yayınlandığı dönemde yürürlüğe giren birçok ülke anayasası gibi iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan diktatörlüklere karşı BM'nin ortaya koyduğu tepkisel bir sözleşmedir. Bildirgenin 30. maddesi bu tepkiyi en iyi ifade eden hükümlerden biridir. Söz konusu hükme göre; "Bu bildirgenin hiçbir hükmü, herhangi bir devlet, topluluk ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir davranışa girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz.". Bu hükümle birlikte bildirgedeki hükümlerin, devlet, topluluk ya da kişi nezdinde kötüye kullanılması açıkça yasaklanmıştır. Ancak BM bildirgesinin taraf devletler nezdinde herhangi bir bağlayıcılığı veya zorlayıcı etkisinin olmaması söz konusu bu düzenlemenin ihlali durumunda herhangi bir sonuç doğmamasına neden olmaktadır.⁴³ Diğer taraftan BM bünyesinde, kararları bağlayıcı bir denetim mekanizması da bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin militan demokrasi anlayışı ile sadece amaç noktasında bir benzerlik arz ettiği söylenmelidir.

BM Bildirgesine karşılık militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek düzenlemeleri barındıran ve taraf devlet ve kişileri bağlayan uluslararası belgelere de rastlanılmaktadır. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Antlaşmaları örnek olarak zikredilebilir. Gerçekten de her iki belge bir yandan uluslararası boyutta demokratik değerleri korurken diğer taraftan bu değerlerin zarar görmesini engelleyecek tedbirler barındırmakta ya da bu yönde ulusal hukuka etki etmektedir. Özellikle ortak demokratik bir kamu düzeni oluşturmak isteyen Avrupa Konseyi ve bu Konsey bünyesinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi militan demokrasi anlayışının uluslararası boyutunun tipik örneklerindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları taraf ülkelerin iç hukukunun da bir parçası olduğu için AİHS ve AİHM'in militan demokrasi anlayışına bakışı ayrı bir önem arz etmektedir. Bu kapsamda AİHS ve AİHM kararlarında siyasi partilere ilişkin var olan düzenleme ve yasaklar Avrupa Konseyi'nin öngördüğü genel demokratik düzen kadar ülkelerin demokratik düzenlerine de tesir etmektedir.

⁴² Tyulkina, Svetlana: Militant Democracy as an Inherent Democratic Quality, (Editors: Malkopoulou, Anthoula / Kirshner, Alexander S., Militant Democracy and Its Critics (epub versiyon), Edinburgh University Press, Edinburgh 2019, s. 242).

⁴³ Doğan, İlyas: Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi, (Editör: Doğan, İlyas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2019, s. 36).

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmeyle Hedeflenen Ortak Demokratik Kamu Düzeni

Avrupa Konseyi nezdinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS),⁴⁵ temel hakların uluslararası boyutta korunması açısından oldukça önemli sözleşmelerden biridir.⁴⁶ BM İnsan Hakları Evrensel bildirgesinden esinlenilerek⁴⁷ hazırlanan sözleşmeyle birlikte daha çok kişi hakları ve siyasi haklardan oluşan bir temel haklar kataloğu oluşturulmuştur.⁴⁸ Taraf devletler antlaşmayı imzalayarak söz konusu temel hakları iç hukukta güvence altına alacaklarını taahhüt etmişlerdir.⁴⁹ AİHS'in taraf devletlerin iç hukukuna nasıl tatbik edileceği söz konusu devletlerin anayasal-yasal düzenini ilgilendiren bir meseledir.⁵⁰ Yine iç hukukun bir parçası haline getirilen AİHS'in, ülkenin normlar hiyerarşisinde ne konumda olacağı da ülkeden ülkeye değişen uygulamalarla farklılık göstermektedir.⁵¹ Ancak ne şekilde ve ne boyutta uygulanırsa uygulansın AİHS taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinin bir parçasını teşkil etmektedir.

⁴⁴ Schabas, William A.: The European Convention on Human Rights - A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 8-9.

⁴⁵ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS ya da Sözleşme olarak ifade edilecektir; Sözleşmenin Türkçe metnine erişmek için bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.ECHR.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2022.

⁴⁶ AİHS'in dünyanın en etkili insan hakları rejimi olduğu yönünde bkz., Sulejmanova, s. 20; Sözleşmeyle birlikte insan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunması alanında yeni bir çağın başladığı yönünde bkz., Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 10.

⁴⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 10.

⁴⁸ Doğan, s. 36; Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 70; Avrupa Konseyi, sosyal hakları ayrı uluslararası belge olan Avrupa Sosyal Şartı içerisinde ele almıştır. Bu yönde bkz., Gözübüyük/Gölcüklü, s. 11.

⁴⁹ Sözleşmenin 1. maddesinde söz konusu taahhüt ifade edilmektedir: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

⁵⁰ Uluslararası sözleşmelerin iç hukukun parçası haline gelmesi noktasında iki farklı uygulama vardır. Dualist (ikici) uygulamada iç hukuk ve uluslararası hukuk düzeni birbirinden bağımsızdır. Bu uygulamada uluslararası hukuk düzeninin iç hukukun parçası haline gelebilmesi için iç hukuk tarafından bir atıf ya da bir aktarma yapılması gerekmektedir. Danimarka, İzlanda, Norveç gibi ülkelerde görülen bu uygulamada uluslararası hukukun iç hukukun parçası haline gelebilmesi genellikle yasama tasarrufu ile olur. Monist uygulamada ise uluslararası hukuk yürürlüğe girdiği anda iç hukukun bir parçası olmaktadır. Bu noktada iç hukuk tarafından uluslararası hukuka bir atıf ya da aktarma yapılması gerekmemektedir. Bkz., Gözübüyük/Gölcüklü, s. 19; Doğan, s. 58-59; Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 478-479.

⁵¹ Bu noktada devletlerin yasal düzenlemeleri konuya farklı yaklaşmaktadır. Devletlerin kimisi anayasadan üstün konumda, kimisi anayasal konumda, kimisi anayasa ve kanun arası bir konumda kabul ederken kimisi de kanun düzeyinde uluslararası sözleşmeleri kabul etmektedir; Bkz., Gözübüyük/Gölcüklü, s. 16, 20.

Bununla birlikte AİHS’i diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran en önemli yönü devletlerin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleyen bir denetim mekanizması öngörmüş olmasıdır.⁵² Bu denetim mekanizmasını yerine getirecek organ, sözleşmenin 19⁵³ ve devamı maddeleriyle kuruluşu, yapısı ve denetim usulü düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’dir⁵⁴ (AİHM).⁵⁵ AİHM’in yapacağı denetim, Sözleşme kapsamındaki temel hakları ihlal eden taraf devletlerin vatandaşları ve taraf devletlerin yapacakları bireysel başvuru yoluyla gerçekleştirilir.⁵⁶ AİHM’in ilgili başvurular üzerine vereceği kararlar taraf devletler için bağlayıcı niteliktedir.⁵⁷ Taraf devletler Mahkeme tarafından karar verilen hak ihlallerini giderici yollara başvurmak durumundadır. AİHM’in söz konusu kararları başvuruya konu somut olaylarda doğuracağı sonuçlarının yanı sıra diğer ülkelere de benzer olay ve durumlara tatbik edilecek düzenlemeler yapılması noktasında yol gösterici nitelikte olmaktadır. Diğer taraftan AİHM, AİHS hükümlerini, kararlarında yorumlayarak, söz konusu hükümlerin kapsamını ve uygulamasını belirlemekte, soyut ve genel olan düzenlemeleri somutlaştırmaktadır.⁵⁸

AİHS’in diğer uluslararası sözleşmelerden ayrılan bir diğer yönü Sözleşme bünyesinde tüm taraf devletlerin demokratik düzenleriyle birlikte belli standartlara sahip uluslararası bir demokratik düzen oluşturması ve bu düzeni koruyacak araçlara yer

⁵² Küçük, Adnan: Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005, s. 39; Kapanı, s. 71.

⁵³ Sözleşmenin 19. maddesi AİHM’in kuruluşunu düzenlemektedir. Madde hükmü şu şekildedir: “Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar’a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle “Mahkeme” olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar.”.

⁵⁴ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHM ya da Mahkeme olarak ifade edilecektir.

⁵⁵ AİHS’in ilk şeklinde denetim mekanizması Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı şeklinde ikili bir yapıyla yerine getirilmiştir. Bu ikili yapıya zaman zaman Avrupa Konseyi’nin yürütme organı olan Bakanlar Komitesi de iştirak etmiştir. Komisyonun görevi daha çok başvuru hakkında soruşturma yapmak ve danışma niteliğinde görüşler bildirmektir. Bağlayıcı karar alma yetkisi Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Bakanlar Konseyi’ne aitti. Denetim mekanizmasının bu yapısı AİHS Ek 11 No.lu protokolle sona erdirilmiş ve denetleme yetkisi tek organa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Bkz., Gözübüyük/Gölcüklü, s. 24-26; Doğan, s. 36; Gözler, s. 497-499.

⁵⁶ AİHM’e bireysel başvuru yolu 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz., Gözübüyük/Gölcüklü, s. 10.

⁵⁷ AİHM kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen m.46/f.1 hükmü şu şekildedir: “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme’nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler”.

⁵⁸ Morree, Paulien Elsbeth: Rights and Wrongs under the ECHR - The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Cambridge, 2016, s. 23; Küçük, s. 39.

vermesidir.⁵⁹ Gerçekten de AİHS ile Avrupa devletlerinin ortak mirasını, ortak değerlerini yansıtan ve ortak anlayış, saygı çerçevesinde bireylerin temel haklarını güvence altına alan bir toplum düzeni oluşturulmak istenmiş ve bu düzene Avrupa Kamu Düzeni adı verilmiştir.⁶⁰ İnsan hakları ile demokrasi arasındaki sıkı bağ sebebiyle bu toplum düzeninin merkezinde demokrasi görülmüştür. AİHM'e göre Sözleşmeyle uyumlu tek yönetim modeli demokrasidir⁶¹ ve Sözleşme demokratik bir toplumun ideallerini teşvik etmek ve sürdürmek için tasarlanmıştır.⁶² AİHM'e göre Sözleşme kapsamında demokrasi; çoğulculuk, hoşgörü, açık görüşlülük⁶³ gibi anlamlara gelmekte ve Sözleşme kapsamındaki demokrasiyle toplumsal bütünlüğe önem verilmektedir.⁶⁴ AİHS kapsamında demokrasi salt bir çoğunluk yönetimi olarak değil; azınlıklara adil ve uygun muamele edilmesini sağlayan ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını önleyen bir denge olarak görülmektedir.⁶⁵

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Militan Demokrasi Anlayışı

1. Genel Olarak

AİHS ile İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası boyutta oluşturulan demokratik düzen, Sözleşmenin bir tepki sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Tıpkı anayasal demokrasiler gibi AİHS ile de geçmiş dönemin totaliter rejimlerine ve bu rejimlerin demokrasiyi kullanmalarına bir reaksiyon söz konusudur.⁶⁶ Bunun sonucunda AİHS bir yandan demokratik düzen oluşturma

⁵⁹ Zand, Joseph / Keser, Hayri: Democracy is one of the Main Features of the European Convention on Human Rights, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/4, 2013, s. 184.

⁶⁰ Avrupa Kamu Düzeni, ilk defa Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından *Austria v. Italy* başvurusuna ilişkin raporda dile getirilmiştir. Söz konusu raporda Avrupa Konseyi'nin sözleşmeyle birlikte "... ortak siyasi gelenek, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü mirasını korumak amacıyla Avrupa'nın özgür demokrasileri için ortak bir kamu düzeni" kurulmasını amaçladığından bahsedilmiştir. Rapora erişmek için bkz., ECHR, *Austria v. Italy* (Komisyon), 788/60, <https://hudoc.ECHR.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-115598&filename=AUSTRIA%20v.%20ITALY.pdf>, Erişim Tarihi: 05.02.2022, s. 18; Ayrıca bkz., Eren, s. 210 vd.

⁶¹ ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Appl. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998, p. 45 (çev. T.C. Dışişleri Bakanlığı, 1998); ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13.02.2003, p. 86.

⁶² ECHR, *Bączkowski and Others v. Poland*, Appl. No: 1543/06, 03/05/2007, p. 61.

⁶³ ECHR, *Handyside v. The United Kingdom*, Appl. No: 5493/72, 7.12.1976, p. 49; ECHR, *Gerger v. Turkey*, Appl. No: 24919/94, 08/07/1999, p. 46.

⁶⁴ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, Appl. No: 74989/01, 20/10/2005, p. 42.

⁶⁵ ECHR, *Chassagnou and Others v. France* [GC], Appl. No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, p. 112.

⁶⁶ Morree, s. 228; Struth, s. 58; Zand/Keser, s. 185; Sözleşmenin özellikle komünist tehdit korkusu üzerine inşa edildiği, demokrasi ve insan hakları kavramlarının da bu korku üzerine inşa edildiği yönünde bkz., Çatlı, Mehmet: Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 11.

hedefi taşıırken diğer yandan demokrasi düşmanlarının bu hedefi ortadan kaldırma tehlikesine yönelik endişeyi de bünyesinde barındırmaktadır. Bu hem AİHS'in hazırlanış sürecinde hem Sözleşme metninde hem de AİHM kararlarında çok net bir şekilde gözlemlenmektedir.

AİHS'in hazırlanma sürecine ilişkin müzakere kayıtlarında Sözleşmenin hedefleri olarak "totalitarizmin yeniden doğuşunu önlemek", "insanlarımızı diktatörlerden korumak", "tüm ülkelerimizde yaşam biçimimizi zayıflatmaya yönelik sinsi girişimlere karşı direnişini güçlendirmek" şeklinde hedeflerden bahsedilmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla AİHS, tıpkı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra birçok anayasal demokraside olduğu gibi demokratik düzen içerisinde demokratik kurum ve araçlarla temel hakları kötüye kullanan ve demokratik düzene zarar veren anti-demokratik hareketlerin doğmasını engellemeyi amaçlamaktadır.⁶⁸

AİHS metnine bakıldığında bu amaca uygun olarak oluşturulan demokratik düzeni koruyucu hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin başında Sözleşme kapsamındaki hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan m.17 hükmü gelmektedir.⁶⁹ Demokratik düzeni korumak üzere ihdas edildiği kabul edilen bu düzenlemenin uygulanması kapsamında AİHM, temel hakkı kötüye kullanan başvurucunun kendi hakkının ihlal edildiği yönündeki taleplerini dinlemeden başvuruyu reddetmektedir. AİHS'in kurduğu demokratik düzeni korumaya yönelik bir düzenleme olarak m.17, Sözleşme kapsamında militan demokrasi anlayışının varlığını göstermektedir. Ancak AİHS'te militan demokrasi anlayışı çerçevesinde ele alınabilecek hüküm sadece m.17 değildir. AİHS'in ifade hürriyetini düzenleyen ve örgütlenme hürriyetini de kapsadığı kabul edilen m.11 hükmü de bu noktada önem arz etmektedir. Madde hükmünde demokratik düzenin korunmasına yönelik olarak bir örgütlenme yasağı söz konusu değildir. Ancak AİHM'in başvurulara konu parti kapatma kararlarına ilişkin olarak m.11 kapsamında yaptığı değerlendirme ve içtihatlar, sözleşme düzeyinde militan demokrasi anlayışının bir aracı olan örgütlenme yasaklarına bakış açısını göstermektedir.

Aşağıda AİHS'in oluşturduğu demokratik düzeni koruyan ve militan demokrasi anlayışının varlığı açısından önem arz eden söz konusu m.17 ile m.11 hükümleri, AİHM'in düzenlemelere bakış açısı ve örnek kararları da aktarılarak incelenecektir. Böylece AİHS kapsamında militan demokrasi an-

⁶⁷ Zand, Joseph: The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights, University of Baltimore Journal of International Law, 5/2, 2017, s. 198; Zand/Keser, s. 186.

⁶⁸ Besirevic, s. 247.

⁶⁹ Besirevic, s. 247-248; Struth, s. 59.

layışının genel bir çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. AİHS kapsamında militan demokrasi anlayışının genel çerçevesinin çizilmesi Sözleşmenin ülke içindeki ulusal düzenlemeleri de etkileyeceği gerçeği karşısında önem arz etmektedir. AİHS'in benimsediği militan demokrasi anlayışı hem başvuruya konu olaylar açısından hem de genel olarak taraf devletlerin anayasal militan demokrasileri açısından yol gösterici nitelikte olacaktır.

2. AİHS Madde 17 Hükümü

AİHS'te hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan m.17 hükmü militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek önemli bir düzenlemedir. Madde hükmü şu şekildedir: "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."⁷⁰

Hakları kötüye kullanma yasağı kenar başlıklı bu hükmün temel amacı Sözleşme kapsamındaki kişi ya da grupların Sözleşmenin dayandığı başta demokrasi olmak üzere değerleri yok etmek amacıyla Sözleşmedeki temel hakları kullanmalarını engellemektir.⁷¹ Buna göre temel hakları ve demokrasiyi ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetleri işleyen kişi ya da gruplar, Sözleşmedeki herhangi bir hükmün güvencesinden yararlanmayı talep edemezler. Dolayısıyla AİHS m.17'de yer alan kötüye kullanma yasağı kimi ülke anayasalarında olduğu gibi herhangi bir sonuç doğurmayan sembolik ya da hukuken etkisiz bir kötüye kullanma yasağı değildir. AİHM, şayet bir başvurucunun bir hakkı kötüye kullandığını tespit ederse başvurucunun iddia ettiği üzere Sözleşme kapsamında bir hak ihlalinin var olup olmadığı incelemesine girmemekte, doğrudan m.17 hükmüne başvurarak, başvuruları reddetmektedir. Örneğin; Nasyonal Sosyalist bir devlet kurma amacı için çeşitli toplantılar tertip eden ya da bu amaçla örgütlenmeye gidenlere devlet otoritesi tarafından yapılacak müdahale sebebiyle, bu kişilerin AİHS m.11'de yer alan toplantı ve örgütlenme hürriyetinin koruma kapsamına girmesi söz konusu olmayacaktır.

⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 13.

⁷¹ Molier, Gelijn / Rijpkema, Bastiaan: Germany's New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans, *European Constitutional Law Review*, 14/2, s. 402; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 413; Yokuş, Sevtap: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 94; ECHR, *Lawless v. Ireland* (no. 3 - "the Law"), Appl. No: 332/57, 01/07/1961, p. 7.

AIHS m.17 hükmünün kişiye bakan yönü olduğu kadar devlete bakan yönü de vardır. Söz konusu hüküm devletlerin Sözleşmede düzenlenen hakları yine Sözleşmede düzenlenen sınırları aşacak şekilde kısıtlamalarını engellemektedir.⁷²

AIHS m.17 hükmünde doğrudan demokrasilerin korunmasından bahsedilmese de, demokrasinin temel haklarla olan ilişkisi ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hakları en etkili koruyan yönetim modeli olarak demokrasiyi görmesi gerçeği karşısında, Sözleşmenin bu hükmüyle demokratik düzeni koruduğu kabul edilmektedir.⁷³ Nitekim AIHM, birçok kararında açıkça m.17'nin, demokrasinin kendisini savunabilmesiyle ilişkili olduğunu vurgulamıştır.⁷⁴ AIHS'in demokrasi ve temel hakları korumaya yönelik olarak getirdiği bu kötüye kullanma yasağının temel amacı tıpkı Federal Almanya Anayasası'nda olduğu gibi iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan ve siyasi parti şemsiyesi altında örgütlenip demokrasiyi ortadan kaldıran totaliter rejimlerin veya diğer aşırılıkçı grupların yeniden tezahür etmesini engellemektir.⁷⁵ Tüm bu bilgiler ışığında söz konusu m.17 hükmünün AIHS kapsamında militan demokrasi anlayışının en önemli göstergesi olduğu kabul edilmelidir.⁷⁶

AIHM'in m.17 ve militan demokrasi anlayışı çerçevesinde vermiş olduğu kararlara *German Communist Party v. Germany davası*⁷⁷ örnek olarak gösterilebilir.⁷⁸ Söz konusu karara konu olayda Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD) isimli parti, kapatma kararıyla birlikte sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiğini

⁷² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 413; Yokuş, s. 97; Küçük, s. 45.

⁷³ Losurdo, Federico: The Prohibition of the Abuse of Rights in the Judicial Dialogue in Europe, https://www.academia.edu/3405707/THE_PROHIBITION_OF_THE_ABUSE_OF_RIGHTS_IN_THE_JUDICIAL_DIALOGUE_IN_EUROPE, s. 8, (Erişim Tarihi: 04.15.2022); Nitekim AIHM bir kararında kötüye kullanma yasağı ve demokrasinin korunması arasındaki bağı "*İfade özgürlüğünün kötüye kullanılması demokrasi ve insan haklarıyla bağdaşmaz ve başkalarının haklarını ihlal eder.*" yaklaşımıyla açıkça vurgulamıştır. Bkz., *Witzsch v. Germany* (kabul edilebilirlik kararı), 7485/03; Başka bir kararında ise "*Hiç kimse, Demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak veya yok etmek için Sözleşme'nin hükümlerine dayanamaz*" demektedir. Bkz., *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 99.

⁷⁴ AIHM'in bu yönde kararları için bkz., *ECHR, Vogt v. Germany*, Appl. No: 17851/91, 26.09.1995, p. 51 ve 59; *ECHR, Ždanoka v. Latvia* [GC], Appl. No: 58278/00, 16.03.2006, p. 100.

⁷⁵ *Morree*, s. 23-24, 249; *Walter*, s. 82; *Gözler*, s. 314; *ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 99.

⁷⁶ *Walter*, s. 87; *Tyulkina, Democratic Quality*, s. 243; *Sulejmanova*, s. 31.

⁷⁷ *German Communist Party v. Germany* (Komisyon), no: 250/57, <http://melaproject.org/sites/default/files/2019-01/ECommHR%2C%20Communist%20Party%20of%20Germany%20v.%20Federal%20Republic%20of%20Germany%20%28Appl.%20No.%20250%3A57%29%2C%20Decision%2C%2020%20July%201957.pdf>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

⁷⁸ *Morree*, s. 230.

savunmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu söz konusu maddelerin başvuruçunun iddia ettiği şekilde ihlal edilip edilmediğini değerlendirmeden önce konuyu doğrudan 17. madde kapsamında ele almıştır. Komisyon yapmış olduğu değerlendirmede partinin anayasal araçları kullanarak yönetimi ele geçirmeyi hedeflediği, partinin amacının proletarya devrimi ve proletarya diktatörlüğü ile komünist bir rejim kurmak olduğu gözlemlerinde bulunmuştur. Komisyona göre böyle bir diktatörlük ise Sözleşmenin kurduğu düzenle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla Komisyon başvuruyu m.17 kapsamında değerlendirmiş, başvuruçunun Sözleşmede güvence altına alınan haklara dayanamayacağına hükmederek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AİHM bu kararıyla söz konusu partinin komünizmle ilişkilendirilen faaliyetlerini ifade hürriyeti ve örgütlenme hürriyeti kapsamında değerlendirmemiştir.

AİHM'in bu yaklaşımı sadece siyasi partiler açısından değil faşizm ve diktatoryal komünizm gibi aşırılıkçı ideolojileri benimseyen siyasi nitelikteki dernekler⁷⁹ ve bireylerin yaptığı başvurularda da⁸⁰ kendini göstermiştir.

Sonuç olarak AİHM, militan demokrasi anlayışı çerçevesinde demokrasiye tamamen düşman olarak değerlendirdiği komünizm ve faşizm tehlikesine karşı, sözleşmenin tanıdığı hak güvencelerini devre dışı bırakmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki aşağıda m.11 çerçevesinde örnek verilen kararlarda da görüleceği üzere AİHM'in komünizme bakış açısı tarihi süreç içerisinde tıpkı ülke uygulamalarında olduğu gibi değişiklik göstermiştir. Günümüzde komünist hareketlerin demokrasiye entegre olmasıyla birlikte (eurokomünizm) AİHM, komünist parti ve bireylerin başvurularında doğrudan m.17'ye dayanarak başvuruları reddetmemekte, Sözleşmenin diğer maddeleri kapsamında başvuruyu ele almaktadır.

3. AİHS Madde 11 Hükümü

a. Genel Olarak

AİHS m.11'de toplantı ve örgütlenme hürriyeti düzenlenmektedir. Madenin ilk fıkrası örgütlenme hürriyetini bir temel hak olarak tanımaktadır. Söz

⁷⁹ Örnek olarak X v. Italy davası gösterilebilir. Dava faşizm ideolojisinden ilham alan ve Nazilerin amblemlerini kullanan siyasi nitelikte bir derneğe ilişkindir. Derneğin kapatılması üzerine davalının AİHM'e yaptığı başvuru Komisyon tarafından m.17 kapsamında kabul edilemez bulunmuş ve başta sözleşmenin 11. maddesi olmak üzere diğer hükümleri çerçevesinde incelenmemiştir. Bkz., ECHR, X v. Italy (Komisyon), Appl. No: 6741, 21.05.1976.

⁸⁰ Örneğin Glasenapp v. Germany davasında Almanya'da kapatılan Almanya Komünist Partisi'nin destekçisi olması hasebiyle kalıcı öğretmenlik pozisyonu verilmesi reddedilen öğretmenin başvurusu, AİHM tarafından ifade hürriyeti ihlali kapsamında görülmemiş ve m.17 gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Bkz., ECHR, Glasenapp v. Germany, Appl. No: 9228/80, 28/08/1986.

konusu hükme göre; “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.”⁸¹

AİHS m.11 toplantı ve dernek kurma özgürlüğü kenar başlığını taşımakta ve madde içerisinde dernek ile sendikalardan bahsedilmekte, buna karşılık siyasi partiler zikredilmemektedir. Ancak Sözleşmede siyasi partilere doğrudan bir atıf olmaması siyasi partilerin Sözleşmede kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmemektedir. AİHM vermiş olduğu birçok kararda örgütlenme hürriyetini düzenleyen 11. madde hükmünün aynı zamanda siyasi partileri de kapsadığını kabul etmiş, madde lafzından yola çıkarak söz konusu hükmün siyasi partilere uygulanamayacağına yönelik itirazları reddetmiştir.⁸² Gerçekten de çoğulcu demokrasiyi benimseyen bir sözleşmenin siyasi partileri kapsam dışı bırakması düşünülemez. Zira günümüz demokrasilerinde halk yönetime siyasi partilerle katılmakta, azınlık politik alanda sesini siyasi partilerle duyurmaktadır. Bu sebeplerle Mahkeme siyasi partileri çoğulculuğun garantisi olarak görmekte, onlar olmadan demokrasilerin olmayacağını savunmaktadır.⁸³

AİHM’e göre örgütlenme hürriyeti çoğulcu demokrasilerde kilit rol oynamaktadır. Çoğulcu demokrasilerde bireysel çıkarlar zaman zaman grupların çıkarlarına tabi olmak zorunda olsa da, demokrasi sadece çoğunluğun görüşlerinin her zaman geçerli olması gerektiği anlamına gelmez.⁸⁴ Azınlıklara adil ve uygun muamele edilmesini sağlayan ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını önleyen bir denge sağlanmalıdır. İşte örgütlenme hürriyeti bu dengeyi sağlayacak ve azınlıkların kendilerini ifade etmelerine, korumalarına ve geliştirmelerine olanak sağlayacaktır.⁸⁵ AİHS m.11’de düzenlenen örgütlenme hürriyeti; 9. maddede⁸⁶ düzenlenen düşünce, vicdan ve din hürriyeti ve 10.

⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 11.

⁸² Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, p. 25; Ouranio Toxo and Others v. Greece, p. 34.

⁸³ Refah Partisi and Others v. Turkey [GC], p. 88-89; Partidul Comunistilor (Nepecesteri) and Ungureanu v. Romania, 46626/99, p. 45.

⁸⁴ ECHR, Chassagnou and Others v. France [GC], p. 112.

⁸⁵ ECHR, Gorzelik and Others v. Poland [GC], p. 93.

⁸⁶ AİHS m.9 hükmü şu şekildedir: “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 10-11.

maddede⁸⁷ düzenlenen ifade hürriyeti ile de yakından ilişkilidir.⁸⁸ Örgütlenme hürriyeti sağlanırken bunun geniş tabana yayılması çoğulcu demokrasiler açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme 9. ve 10. maddelerle inanç ve ifade hürriyetinin güvence altına alınmasını örgütlenme hürriyetinin amaçlarından biri olarak kabul etmektedir.⁸⁹ Mahkeme, kararlarında örgütlenme hürriyetinin otonom rolü olduğunu düşünse de başvuruları sıklıkla 9 ve 10. maddelerle birlikte ele almaktadır.

b. Örgütlenme Hürriyetinin Sınırları ve Sınırlama Şartları

Örgütlenme hürriyeti (ve siyasi partiler) 11. madde kapsamında bir temel hak olarak tanınsa da sınırsız değildir. Taraf devletler 11. maddenin ikinci fıkrasındaki sebeplere dayanarak örgütlenme hürriyetini ve dolayısıyla siyasi partileri sınırlayabilecektir.⁹⁰ Söz konusu fıkraya göre örgütlenme hürriyeti (başta siyasi partiler) devletler tarafından ancak bu hükümde yer alan “ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebepleriyle sınırlanabilecektir.

AİHM, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey davasından günümüze AİHS m.8, 9, 10 ve 11. maddelerine ilişkin davalarda söz konusu maddelerde yer alan sınırlamalara ilişkin bir takım şartlar aramakta,

⁸⁷ AİHS m.10 hükmü şu şekildedir: “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 11; AİHM kararlarında ifade özgürlüğü hakkında bkz., GÜL, Cengiz: “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri”, EÜHFD, 14/1 (2019), s. 105-128.

⁸⁸ Schabas, s. 483.

⁸⁹ ECHR, Vörður Ólafsson v. Iceland, Appl. No: 20161/06, 27/04/2010, p. 46; ECHR, Chassagnou and Others v. France [GC], p. 103; ECHR, Young, James and Webster v. the United Kingdom, Appl. No: 7601/76 ve 7806/77, 13/08/1981, p. 57; ECHR, Partidul Comunistilor (Nepecești) and Ungureanu v. Romania, p. 44; ECHR, Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey [GC], Appl. No: 23885/94, 08/12/1999, p. 37.

⁹⁰ AİHS m.11/f.2 şu şekildedir: “Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncaya yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 11-12.

bu sınırlara da bir sınır çizmektedir.⁹¹ Mahkeme devletlerin demokrasiyi korumak adına siyasi partilere yapmış olduğu müdahalelerin Sözleşme kapsamında haklı sayılabilmesi için *kanunilik*, *meşru amaç* ve *demokratik toplumda gereklilik* olmak üzere üç şartın varlığını aramaktadır.

Kanunilik şartı müdahalenin bir kanuni dayanağının olmasının gerekliliğini ifade etmektedir. Mahkeme kanunilik şartını oldukça geniş yorumlamaktadır. Buna göre normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde olmayan hatta yazılı olmayıp mahkemeler tarafından yorumlanıp uygulanan yazısız kurallar dahi bu şartı karşılamaktadır.⁹² Ancak Mahkeme bu kanuni dayanağın erişilebilir ve öngörülebilir olmasını ve vatandaşın davranışlarını düzenleyebilmesini sağlayacak yeterli hassasiyetle formüle edilmesini şart koşmaktadır.⁹³ Şayet müdahalenin kanuni dayanağı yoksa esasa geçmeden başvuru reddedilecektir.

Başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağının olduğu tespit edilirse sonraki aşama olarak müdahalenin *meşru bir amaçla* yapılıp yapılmadığına bakılacaktır. Bu kapsamda m.11/f.2'de öngörülen sınırlama sebeplerinin varlığı gözetilecektir.⁹⁴ Buna göre bir siyasi partiye ancak ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle müdahale edilebilir. Bu sebepler sınırlı olarak tek tek tespit edilmiş olup geniş yorumlanmamaktadır.⁹⁵ Diğer bir ifadeyle bu sebepler dışında bir sebebe dayanılarak bir siyasi partiye müdahale edilmemelidir.

Şayet siyasi partiye müdahale meşru bir amaçla yapılmışsa daha sonrasında Mahkeme söz konusu müdahalenin *demokratik bir toplum için gereklilik* şartını taşıyıp taşımadığını aramaktadır.⁹⁶ Demokratik toplumda gereklilik şartı

⁹¹ Molenaar, Fransje: The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation, Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, 4, 2010, s. 8.

⁹² ECHR, Leyla Şahin v. Turkey [GC], Appl. No: 44774/98, 10.10.2005, p. 88; ECHR, Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands [GC], Appl. No: 38224/03, 14/09/2010, p. 83.

⁹³ ECHR, Rekvényi v. Hungary [GC], 25390/94, 20/05/1999, p. 34; ECHR, Mkrtchyan v. Armenia, Appl. No: 6562/03, 11/07/2007, p. 39; ECHR, Association of Citizens Radko and Paunkovski v. 'the former Yugoslav Republic of Macedonia', Appl. No: 74651/01, 15/01/2009, p. 64.

⁹⁴ Schabas, s. 511-512; Küçük, s. 41; Hazar, Zeynep: Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme, YBHD, 3/1, 2018, s. 80.

⁹⁵ ECHR, Sidiropoulos and Others v. Greece, Appl. No: 57/1997/841/1047, 10/07/1998, p. 37-39; ECHR, Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Appl. No: 29221/95 ve 29225/95, 2.01.2001, p. 84.

⁹⁶ AİHS kapsamında demokratik toplum düzeninin gerekleri hakkında bkz., Çatlı, s. 5 vd.; Ayrıca bkz., Hazar, s. 81 vd.

ile taraf devletin sınırlama yaparken hak sahibi ve bir bütün olarak toplumun rekabet eden çıkarları arasında adil bir dengeyi gözetip gözetmediği değerlendirilmektedir.⁹⁷ Mahkeme, siyasi partilere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığını tespit ederken o tedbir için “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın” varlığını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle Mahkemeye göre siyasi partilere yönelik sınırlandırmalar, m.11/f.2’de yer alan sınırlama sebepleri çerçevesinde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığına cevap teşkil edecek nitelikte olmalıdır.⁹⁸ AİHM örgütlenme hürriyetine m.11/f.2’deki sebepler çerçevesinde yapılacak sınırlamalarda aranacak olan zorlayıcı toplumsal ihtiyacı belirlemede taraf devletlere takdir marjı tanımıştır.⁹⁹ Diğer taraftan Mahkeme bir örgütlenmeye yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması için müdahale ile müdahalenin dayandırıldığı meşru amaç arasında bir denge de aramaktadır.¹⁰⁰ Mahkemeye göre müdahale ile meşru amaç orantılı olmalı, taraf devletlerin müdahale gerekçeleri ilgili ve yeterli olmalıdır. Şayet taraf devletin almış olduğu tedbir yerine aynı amaca götürecek daha az ciddi tedbirler söz konusuysa bu durumda uygulanan tedbir ölçülü olmayacak ve kapatma yönündeki karar demokratik toplum düzeni için gerekli olmayacaktır.

c. Militan Demokrasi Anlayışı Çerçevesinde AİHM’in 11. Madde Hükmü Kapsamında Verdiği Karar Örnekleri

AİHM’in, AİHS m.11 kapsamında vermiş olduğu birçok kararı bulunmaktadır.¹⁰¹ Aşağıda AİHM’in özellikle militan demokrasi anlayışı çerçevesinde siyasi parti yasaklarına ilişkin önem arz eden birkaç kararı değerlendirilecektir.

AİHM’in siyasi parti yasaklarına ilişkin incelenecek ilk içtihadı komünist (Marksist) ideolojiyi benimseyen partilerin kapatılmasına ilişkindir. Yukarıda belirtildiği üzere AİHM (Komisyon dönemi), *German Communist Party (KPD) v. Germany* kararında diktatoryal komünizmi savunan KPD’nin başvurusunu

⁹⁷ ECHR, *Keegan v. Ireland*, Appl. No: 16969/90, 26/05/1994, p. 49.

⁹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 378; Küçük, s. 43.

⁹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 378; Küçük, s. 43.

¹⁰⁰ Schabas, s. 516; Telli, Kutlay: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Siyasi Partiler Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 72.

¹⁰¹ AİHM, komisyon döneminden sonra tek yetkili denetleme makamı olarak taraf devletlerce kapatılan toplam on iki partinin başvurusunu karara bağlamıştır. Mahkeme’nin bu noktada karara bağladığı ilk dava *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* kararı iken, bu on iki karardan sadece ikisini sözleşmeye uygun görmüştür. Bunlar *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* ve *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* kararlarıdır. Bkz., Cavanaugh/Hughes, s. 640-641.

doğrudan m.17 kapsamında görerek reddetmiş, AİHS m.11 ve diğer hükümler çerçevesinde inceleme gereği duymamıştır. Ancak Mahkemenin komünizm ideolojisini benimseyen partilere bakış açısı komünizmin günümüze gelen süreçte diktatörlük temelli ideolojisinden uzaklaşıp demokrasiye uyum sağlamasıyla değişiklik göstermiştir. Mahkeme açıkça diktatörlüğü savunmayan komünist partilerin salt komünizmi benimsediği gerekçesiyle kapatılmasında zorlayıcı bir toplumsal gereklilik görmemektedir. Bu noktada örnek olarak *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania* kararı gösterilebilir.¹⁰² Başvurucu Romanya’da kurulmuş bir komünist parti olup aktif siyasi faaliyette bulunmak için parti siciline kayıt talebinde bulunmuş ancak bu talep davalı devletin ilgili makamları tarafından reddedilmiştir.¹⁰³ Romanya 1989 yılına kadar totaliter komünist rejimle yönetilmiş bir ülkedir.¹⁰⁴ Bu sebeple başvuru komünist partinin parti kaydı talebi, Romanya mahkemeleri tarafından yeni bir komünist partinin demokratik zemin içerisinde teşekkül etmesine izin vermemek adına kabul edilmemiştir.¹⁰⁵ Ancak AİHM hükümetin bu gerekçesini uygun bulmamış, bazı demokratik ülkelerde Marksist ideolojiye bağlı komünist partilerin varlığına da işaret ederek partinin programını değerlendirmiştir.¹⁰⁶ Mahkeme parti programında şiddetin teşvik edilmesi veya demokratik ilkelerin herhangi bir şekilde reddedilmesi ya da “demokratik toplum”la çelişen “proletarya diktatörlüğü” için bir çağrı olarak düşünülebilecek hiçbir bulguya rastlamamıştır.¹⁰⁷ Dolayısıyla Mahkeme parti kaydı talebinin reddi için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın olmadığına hükmetmiş ve parti kaydı talebinin reddini m.11’e aykırı bulmuştur.¹⁰⁸

AİHM’in parti kapatma kararları arasında önem arz eden bir diğer içtihadı bir partinin sadece isminden, tüzüğünden ya da programından yola çıkılarak kapatılmasında m.11 kapsamında zorlayıcı toplumsal gerekliliğin olmadığına ilişkindir. Mahkemeye göre partinin kapatılması için tüm bunların yanında

¹⁰² ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, Appl. No: 46626/99, 3.02.2005.

¹⁰³ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 9-16.

¹⁰⁴ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 58.

¹⁰⁵ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 13, 53.

¹⁰⁶ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 58.

¹⁰⁷ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 54; AİHM benzer yaklaşımı *Tsonev v. Bulgaria* davasında da göstermiştir. Komünist olduğu gerekçesiyle parti kaydı reddedilen partinin, parti programında isminin aksine herhangi bir sosyal sınıfın üstünlüğünü savunmadığını, tüzüğünde “devrimci” (revolutionary) ibaresi geçse de bunun devlet için bir tehdit oluşturmadığını savunmuştur. Bkz., ECHR, *Tsonev v. Bulgaria*, Appl. No: 45963/99, 13/07/2006.

¹⁰⁸ ECHR, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, p. 58.

parti organlarının, üye ve yöneticilerinin söylem ve eylemlerinin bir bütünlük içerisinde değerlendirilip karar verilmesi gerekmektedir. Bu noktada *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* davası örnek gösterilebilir. Başvurucu Türkiye'de kurulmuş olan Türkiye Birleşik Komünist Partisi'dir. Partinin Türk mahkemelerince kapatılma gerekçelerinden biri de isminde "komünist" ifadesinin bulunmasıdır. Ancak AİHM'e göre bir siyasi partinin isim seçimi ilke olarak, diğer ilgili ve yeterli koşulların yokluğunda, kapatma kadar sert bir tedbiri haklı göstermemektedir. *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* davasında Mahkeme başvuru partinin isminde geçen komünist ibaresinin Türkiye tarafından kapatma gerekçesi olarak kabul edilmesini şu cümlelerle kabul edilemez bulmuştur: "... TBKP'nin "komünist" adını seçerek, Türk toplumu veya devleti için gerçek bir tehlike oluşturan bir politikayı benimsemiş olduğunu gösteren somut kanıtlar olmaksızın, sadece ismin partinin kapatılması için yeterli sebep olduğu kabul edilemez".¹⁰⁹

AİHM'in siyasi parti yasakları kapsamında ele alınması gereken bir diğer içtihadı bir siyasi partinin ülkenin siyasi ve idari düzeninde değişiklik yapılmasına ilişkin taleplerine yöneliktir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere anayasal düzen, demokratik düzen ile ülkenin siyasi ve idari düzenini de kapsayan geniş bir kavramdır. Mahkeme, bir parti şayet ülkenin demokratik düzeninin değil de siyasi ve idari düzeninin değişmesini istiyorsa (barışçıl yollarla) o partinin kapatılmasında m.11 kapsamında zorlayıcı toplumsal gereklilik söz konusu olmamaktadır. Buna göre örneğin, bir partinin ülkenin federasyon ya da üniter devlete dönüşümü yönündeki talepleri Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. AİHM'in bu noktadaki yaklaşımı *Socialist Party and Others v. Turkey* davasında görülmektedir.¹¹⁰ Mahkeme bu davada, davalı Sosyalist Parti'nin kapatılma gerekçelerinden biri olan Türkiye'de Kürtlerin kendi içinde bağımsız olduğu bir federasyon kurulması yönündeki hedeflerini değerlendirme konusu yapmıştır. AİHM'e göre federasyon talebinde bulunan bir partinin şiddeti teşvik etmediği ya da demokratik düzene zarar vermediği sürece kapatılması Sözleşmeye uygun değildir.¹¹¹ Mahkeme bu kararıyla her şeyden önce anayasal düzenin unsurlarından olan demokratik düzeni ve bu düzenin diğer unsurlarını birbirinden ayırmaktadır.¹¹² Mahkeme, ülkenin anayasal siyasi ve idari kimliğinde değişimi talep eden partinin talebini Sözleşme kapsamında

¹⁰⁹ ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, p. 54.

¹¹⁰ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, Appl. No: 20/1997/804/1007, 25.05.1998.

¹¹¹ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, p. 47.

¹¹² Telli, s. 90.

görmektedir.¹¹³ Zira bu talepler ülkenin siyasi ve idari düzenini değiştirmeye yönelik olup demokratik düzene zarar vermemektedir. Ancak aksi ihtimalde yani demokratik düzenin değişmesini talep eden bir partinin söz konusu olması durumunda o partinin kapatılması demokratik bir toplumda gereklilik arz edecektir.¹¹⁴ Böylece AİHM, Türkiye’de siyasi parti kapatma nedenlerinden biri olan “devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal” nedeninin dolaylı olarak Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹¹⁵ AİHM’in şiddete başvurmayan partilerin kapatılmasında sadece demokratik düzeni değiştirmeye yönelik talepleri haklı gerekçe olarak gözetmesi, AİHS bünyesinde militan demokrasi anlayışının varlığının vurgulanması açısından oldukça önemlidir.¹¹⁶

AİHM’in bir siyasi partinin kapatılmasında kapatılma gerekçesi olarak sıkça başvurduğu argümanlardan biri “şiddet” unsurudur. AİHM, Sözleşme bünyesinde bir siyasi partinin eylem ve söylemleri ülke için ne kadar sert ve rahatsız edici olursa olsun bunların ifade edilmesini demokratik toplumun kapsamında görmektedir.¹¹⁷ Ancak Mahkeme özgür eleştiri ve muhalefet ortamının şiddet içermesi ya da şiddete veya teröre çağrı, teşvik, övgü ya da nefret söylemi içermesi durumunda bunun Sözleşmenin güvencesi dışında olacağını kabul etmektedir.¹¹⁸ AİHM şiddet argümanına kararlarının birçoğunda başvurmaktadır. Örneğin, Mahkeme HADEP and Demir v. Turkey davasında başvurucu partinin, Türk güvenlik güçlerinin terör örgütü PKK ile olan mücadelesini “kirli savaş” olarak nitelendirmesini, hükümetin politikalarına yönelik sert bir eleştiri olarak değerlendirmiş, şiddetle ilişkilendirmemiştir.¹¹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki AİHM’in siyasi parti kapatma kararlarında şiddeti bir gerekçe olarak gözetmesi her ne kadar partilerin özgürlük sahasını oldukça genişletse de

¹¹³ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, p. 47.

¹¹⁴ ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, p. 47.

¹¹⁵ Mahkemenin bu kararıyla birlikte Sözleşmeye taraf bir ülkenin, mevcut siyasi ve idari düzenini değiştirmeyi öneren partilere karşı artık parti kapatma tedbirinin uygulamaması ya da başka bir tedbire başvurusu gerektiği yönünde bkz., Telli, s. 91.

¹¹⁶ Doktrinde Telli Mahkemenin ülkenin siyasi ve idari düzenini değiştirmeyi planlayan siyasi partilere karşı militan demokrasi anlayışı yerine liberal demokrasi anlayışını, demokratik düzene karşı çıkan partilere ise militan demokrasi anlayışını benimsediğini savunmaktadır; Telli, s. 91; Kanaatimizce bu değerlendirme isabetli değildir. Zira AİHM, ülkenin siyasi ve idari yapısını değiştirmeyi planlayan partilerin kapatılmasını da sözleşme kapsamında görseydi burada mahkemenin militan demokrasi anlayışını benimsediğini söylemek yine mümkün olamayacaktı. Zira militan demokrasi anlayışı anayasal düzenin bir unsuru olan demokratik düzeni koruma altına alan bir anlayış olup, demokratik düzen dışındaki unsurların korunması orada militan demokrasi anlayışının varlığını göstermez.

¹¹⁷ Hazar, s. 87.

¹¹⁸ Hazar, s. 87-88.

¹¹⁹ ECHR, *HADEP and Demir v. Turkey*, Appl. No: 28003/03, 14.12.2010, p. 70.

bu durum militan demokrasi anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Zira demokrasi düşmanı siyasi partilerin politik alana girmesi, amaçlarını şiddetle değil demokratik kurum ve araçlarla yerine getirmek istemeleri sebebiyledir. Militan demokrasi anlayışı ise yukarıda vurgulandığı üzere demokratik düzen çerisinde sadece demokratik kurum ve araçları kullanarak demokratik düzeni değiştirmeyi amaçlayan bu kişi ya da kişilerin amaçlarına ulaşmalarını engellemektedir. Dolayısıyla AİHM'in içtihatları çerçevesinde şiddete dayalı mücadelenin engellenmesi, militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmemelidir.

AİHM'in militan demokrasi anlayışı çerçevesinde ele alınabilecek içtihatlarından bir diğeri ise ayrılıkçı ve bölücü olduğu gerekçesiyle kapatılan partilerin yaptığı başvurulardır. Mahkeme bu başvurulara ilişkin kararlarında özellikle kapatılan partilerin azınlık yarattığı yönündeki taraf devletin iddiaları için doğrudan ve somut ifade ve eylemler aramakta, birtakım tabirler üzerinden bu yönde yapılan yorumları kabul etmemektedir. Mahkeme, TBKP v. Türkiye kararında, taraf devlet mercilerinin parti programından hareketle partinin bölücü bir parti olduğu, Kürt "halkı" ve "ulusu" ve Kürt "vatandaşlar" gibi tabirlerle bir Kürt azınlık oluşturmayı hedeflediği dolayısıyla devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ettiği gerekçeleriyle kapatılmasına karar verildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, TBKP'nin programında, Kürt "halkı" ve "ulusu" ve Kürt "vatandaşlar" gibi ifadeler kullanılsa da, Kürtlerin "azınlık" olarak nitelendirilmediğine ve Türk nüfusunun geri kalanından ayrılmaları bir yana, varlıklarının tanınması dışında, özel muamele yapılması veya haklar verilmesi gibi bir talepte dahi bulunulmadığına dikkat çekmiştir. Diğer taraftan Mahkeme partinin programında yer alan Kürtlerin kendi kaderini tayin hakkı meselesinde ise şiddet unsurunun eksikliğini ön plana çıkarmış, partinin meseleyi diyalogla çözmeyi hedeflediğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre demokrasinin temel niteliklerinden birinin, ülke sorunlarının diyalog yoluyla çözülmesi imkânını sunabilmesi olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme bu nedenle, siyasi bir gruba, sırf ülke nüfusunun bir kesiminin durumunu kamuoyu önünde tartışmak istediği ve demokratik kuralara uygun olarak, ilgili herkesi tatmin edebilecek çözümler bulmak amacıyla, ulusun siyasi yaşamında yer almayı amaçladığı gerekçesiyle engel olunmasının haklı görülemeyeceği kanısına varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme bu sebeplerle kapatma kararının AİHS m.11'e aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹²⁰

AİHM'in militan demokrasi anlayışı kapsamında önem arz eden bir diğeri içtihadı teröre zımni destek veren partilere ilişkindir. Mahkeme teröre açıktan

¹²⁰ ECHR, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, p. 56.

olmasa da zımni destek veren partilerin kapatılmasında zorlayıcı toplumsal gerekliliğin olabileceğine hükmetmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Mahkeme şiddete ya da teröre açıktan destek veren ifade ve eylemleri Sözleşme kapsamında değerlendirmemektedir. Buna karşılık Mahkeme terörizmin doğurduğu toplumsal ve siyasi zararlara paralel olarak terörizmi kınamayan, eleştirmeyen, sessiz kalan partilerin kapatılmasında da zorlayıcı toplumsal gereklilik olduğunu kabul etmektedir. Bu noktada *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* davası önemli bir örnektir.¹²¹ Davalı Herri Batasuna Partisi, o dönem İspanya’da birçok terör faaliyetinde bulunan ve yüzlerce sivilin ölümünden sorumlu tutulan Bask bölgesi ayrılıkçı terör örgütü ETA’nın faaliyetlerine destek verdiği gerekçesiyle kapatılmıştır. Bunun üzerine parti AİHM’e başvurmuştur. AİHM başvurucu partinin terör örgütü ETA’ya olan desteğini bir toplumsal cepheleşme oluşturan unsurlar ve ETA’nın faaliyetlerine zımnen destek oluşturan unsurlar olarak iki başlık altında incelemiştir. Bu kapsamda partinin ETA mahkûmlarına destek mitinginde destek sloganları atması, “mücadele tek yoldur”, “siz faşistler, asıl teröristlersiniz” ya da “çok yaşa ETA ordusu” gibi tehditkâr ifadeler kullanması; parti temsilcilerinin gazetelerde ETA’ya destek beyanlarında bulunması gibi hususlar neticesinde Mahkeme partinin şiddete başvurma yolunu dışlamadığını savunmuştur.¹²² Ancak Mahkeme bu şekilde partinin açık söylem ve eylemlerini değil aynı zamanda zımni olan eylem ve söylemleri de dikkate almaktadır. Buna göre Mahkeme partinin; ETA’nın saldırıları ve terör eylemleri noktasında sessiz kalmasını, bunları kınamamasını da açık söylem ve eylemlerle eşdeğer tutmuştur.¹²³ Mahkemeye göre bir politikacının duruşu kapsamına sadece eylem ve ifadeleri değil aynı zamanda ihmalkâr davranışları ve sessiz kalması da girmektedir.¹²⁴ Tüm bu söylem ve ifadeler ışığında Mahkeme, partinin kapatılması noktasında “zorlayıcı toplumsal ihtiyacın” var olduğuna hükmetmiş ve Sözleşme m.11’in ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹²⁵ AİHM’in söz konusu kararıyla birlikte tam anlamıyla militan demokrasi anlayışının varlığını kabul etmek mümkün değildir. Zira Mahkeme kararına gerekçe olarak sadece davalı parti üyelerinin teröre zımni desteklerini değil aynı zamanda şiddet içeren eylem ve söylemlerini de esas almıştır. Şiddete başvuran partilerin kapatılması ise yukarıda da değindiğimiz üzere militan demokrasi anlayışı kapsamında düşünülemez. Ancak

¹²¹ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Appl. No: 25803/04 ve 25817/ 04, 30.06.2009.

¹²² ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 85 (çev. Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012).

¹²³ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 88.

¹²⁴ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 88.

¹²⁵ ECHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, p. 94-95.

teröre zımni destek veren bir partinin şiddete başvurmasa da terörizmle aynı amacı güttüğü için demokratik düzene bir tehdit oluşturacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla teröre zımni destek veren partilerin kapatılmasına yönelik AİHM'in yaklaşımını militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

AİHM'in militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilebilecek bir diğer kararı *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* davasında verilmiştir.¹²⁶ Davalı Refah Partisi Türk Anayasa Mahkemesi tarafından laiklik ilkesinin odağı haline geldiği gerekçesiyle kapatılmıştır. Bunun üzerine parti AİHM'e Sözleşmenin başta 11. maddesi olmak üzere çeşitli maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle başvurmuştur. AİHM, davada Türkiye'nin şeriatla yönetilen Osmanlı Devleti'nden sonra tüm dinleri kendi özel uygulama alanıyla bırakan laiklik ilkesini seçtiğini belirtmiş ve bu ilkenin Türkiye için önemine değinmiştir.¹²⁷ Mahkemeye göre laiklik ilkesi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ve demokrasiye saygı ilkeleriyle uyum içinde bulunan devletin temel ilkelelerinden biridir.¹²⁸ Mahkeme başvuru partinin üst düzey yöneticilerinin çeşitli vesilelerle dile getirdikleri ve parti tarafından benimsendiğine kanaat getirdiği beyan ve eylemlerle,¹²⁹ inanca göre ayırım yapan çok hukuklu bir sistem, şeriat düzeni ve politik bir mücadele yöntemi olarak cihadı savundukları sonucuna ulaşmıştır.¹³⁰ Mahkemeye göre çok hukuklu sistem kişileri dine göre kategorize edeceğinden,¹³¹ şeriat ise siyasi çoğulculuğu ve kimi temel hakları reddettiğinden dolayı Sözleşmenin benimsediği demokratik düzenle bağdaşmamaktadır.¹³² Yine Mahkeme partinin "cihad" adı verilen ve iktidarı ele geçirmek

¹²⁶ ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [C], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31.07.2001; ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], Appl. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13.02.2003; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* davası doktrinde siyasi partilerin kapatılması rejimi, laiklik ilkesi ve militan demokrasi anlayışı gibi farklı çerçevelerde sıkça inceleme konusu yapılmaktadır. Bkz., Cavanaugh/Hughes, s. 640 vd..

¹²⁷ ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 125.

¹²⁸ ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [C], p. 52; ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 93.

¹²⁹ ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 113-115.

¹³⁰ ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 116.

¹³¹ "... Mahkeme Refah'ın çok hukuklu bir sistem olması gerektiği yönündeki önerisinin bireyler arasındaki tüm hukuki ilişkilerde dini temel alan bir ayırma yol açacağını, herkesi dini inançlarına göre kategorize edeceğini ve kişiye birey olmasından dolayı değil de bir dini akıma bağlılığından dolayı hak ve özgürlükler tanıyacağını düşünmektedir." ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [C], p. 70 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.05.2022); ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], p. 119.

¹³² "Mahkeme, Anayasa Mahkemesi gibi, dinin öngördüğü dogmaları ve ilahi kuralları yansıtan şeriatın durağan ve değişmez nitelikte olduğunu düşünmektedir. Siyasi alanda çoğulculuk ya da kamu özgürlüklerinin sürekli evrilmesi gibi ilkelerin şeriatla yeri yoktur. Mahkeme, birlikte dikkate alın-

için şiddete başvurmayı da öngören siyasi mücadeleyi açıkça reddetmediğini ifade etmiştir.¹³³ Tüm bu sebeplere istinaden Mahkeme partinin kapatılmasına yönelik zorlayıcı toplumsal gerekliliğin oluştuğuna hükmetmiş ve partinin kapatılmasını m.11'e aykırı görmemiştir.¹³⁴ AİHM'in laiklik ilkesi çerçevesinde vermiş olduğu bu karar militan demokrasi anlayışı açısından oldukça önemlidir. Zira bu kararla birlikte günümüzde laiklik karşıtı partilerin kapatılması da militan demokrasi anlayışı çerçevesinde görülmektedir. Gerçekten de mahkemenin laiklik ilkesini demokrasi için bir güvence olarak görmesi, her ikisini bir bütün olarak değerlendirmesiyle birlikte laiklik ilkesini ihlal ettiği iddia edilen partilerin aynı zamanda demokratik düzene de karşı olduğu sonucu çıkmaktadır. Mahkeme Refah Partisi'nin laiklik ve dolayısıyla demokrasi düşmanlığına daha çok şiddete dayanmayan bir takım eylem ve söylemleri üzerinden ulaşmıştır. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre demokratik yollarla dahi olsun ülkeye din temelli yönetimin gelmesini talep eden, bunu parti programı ve hedefi yapan bir partinin kapatılması da demokratik toplum düzeni için gerekli olacaktır. Sonuç olarak Mahkeme kararında her ne kadar militan demokrasiye doğrudan atıf yapmasa da anti-laik partilerin kapatılmasını militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirmektedir. Doktrinde Moore Mahkemenin mezkûr davada yaptığı şu yorumu buna delil olarak göstermektedir:¹³⁵ "Sözleşme ve demokrasi arasındaki gayet açık ilişki karşısında, hiç kimse demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek amacıyla Sözleşme hükümlerine dayanamaz. Çoğulculuk ve demokrasi, bir bütün olarak ülkede daha kapsamlı bir istikrar ortamının güvence altına alınması için

dığında, şeriatın getirilmesine açıkça atıf içeren söz konusu ifadelerin demokrasinin temel ilkeleleriyle bağdaşmadığına dikkat çeker. Bir yandan özellikle ceza hukuku ve ceza yargılaması usulü, kadınların hukuki statüsüne ilişkin kuralları ve özel ve kamusal yaşam alanlarına dini buyruklar uyarınca müdahale etme biçimi bakımından Sözleşme değerleriyle açıkça farklılık gösteren şeriate dayalı bir rejimi desteklerken bir yandan da insan haklarına ve demokrasiye saygılı olduğunu söylemek zordur. Mahkemeye göre, eylemleri Sözleşmeye taraf bir Devlette şeriatı yerleştirme amacı taşıyan bir siyasi parti Sözleşmenin bütününe vurgulayan demokratik idealle bağdaşan bir oluşum olarak görülemez." ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], p. 72 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.02.2022); ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 123.

¹³³ "Refah liderleri siyasi bir araç olarak kuvvet kullanımı ya da şiddet çağrısında bulunmasalar da, kendilerine karşı gelen politikacılara karşı kuvvet kullanımı olasılığını açıkça onaylayan Refah üyelerinden kendilerini ayıracak pratik adımları derhal atmamışlardır. Sonuç olarak, iktidarı ele geçirmek ve onu korumak için şiddet içeren yöntemlere başvurma olasılığına ilişkin açıklamalardaki belirsizliği giderememişlerdir." ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [C], p. 73 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.02.2022); ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 131.

¹³⁴ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 135-136.

¹³⁵ Morree, s. 240.

bazen özgürlüklerine kimi sınırlamalar getirilmesini kabul etmek zorunda olan bireylerle birey grupları tarafından verilen çeşitli tavizleri gerektiren bir uzlaşmaya dayalıdır".¹³⁶

SONUÇ

İkinci Dünya Savaşı sonrası demokrasinin kendisini koruması adına doğan militan demokrasi anlayışı ülke anayasalarında çeşitli tedbirlerle uygulamaya konmuştur. Ancak militan demokrasi anlayışına bu yöneliş sadece ülke anayasalarıyla sınırlı kalmamış uluslararası örgütlere ve belgelere de sirayet etmiştir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi militan demokrasi anlayışı açısından önemli bir uluslararası belgedir. Avrupa Konseyi, bölgesel olarak kurmak istediği ortak demokratik kamu düzenini AİHS ile güvence altına almak istemiş ve bu düzeni koruyacak hükümlere yer vermiştir. Militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilebilecek bu hükümler m.17 ve m.11 hükümleridir.

AİHS m.17 hükmü temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. AİHM bu hükme dayanarak Nazizm ve diktatoryal komünizm gibi açık bir şekilde demokratik düzenle bağdaşmayan ideolojileri takip eden hareketlerin hak ihlalinin giderilmesine yönelik başvuruları reddetmiştir. Diğer bir ifadeyle bu ideolojiler en baştan sözleşmenin kapsamı dışına itilmiştir. Böylece AİHS ile militan demokrasi anlayışının ilk dönem ülke uygulamalarında olduğu gibi demokrasi düşmanı Nazizm ve komünizme cephe alınmıştır. Dolayısıyla AİHS m.17 ile Nazizm ve komünizme karşı cephe alınması, Sözleşmenin kurduğu demokratik düzenin korunmasının hedeflenmesi ve demokrasi düşmanlarının sözleşmenin koruma kapsamı dışına çıkarılması bu hükmün militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Militan demokrasi anlayışıyla ilişkili olarak bir diğer hüküm örgütlenme hürriyetini düzenleyen m.11 hükmüdür. AİHM'in bu hüküm kapsamında vermiş olduğu kararlar militan demokrasi anlayışının en önemli araçlarından biri olan siyasi parti yasaklarını ilgilendirmesi açısından önemlidir. Mahkeme AİHS m.11 kapsamında vermiş olduğu bu kararlarında siyasi partilerin kapatılmasında şiddeti bir sınır olarak ele aldığı görülmektedir. Bu kararlarda Mahkeme şiddete başvursun ya da başvurmasın açıkça demokratik düzeni kaldırmayı amaçlayan partilerin kapatılması ile teröre açıktan ya da zımni olarak destek

¹³⁶ ECHR, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], p. 99 (çev. <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11860.htm>, Erişim Tarihi: 04.04.2022).

veren partilerin kapatılmasını Sözleşmeye uygun görmektedir. Özellikle Mahkemenin teröre zımni destek veren partilerin kapatılmasını da Sözleşmeye uygun gördüğü kararları militan demokrasi anlayışı çerçevesinde değerlendirilebilir. Zira bu durumda bir siyasi partinin şiddet ve terörle ilişkilendirilecek açık bir bağlantısı söz konusu olmamakta terör örgütleriyle bir amaç ortaklığı söz konusu olmaktadır. Ancak Mahkemenin bu noktada tutarlı davranmadığını da ifade etmek gerekir. Zira İspanya'da Batasuna Partisi'nin kapatılmasında parti üyelerinin terör eylemlerine karşı sessiz kalmasını dahi kapatmada haklı gerekçe olarak gören Mahkeme Türkiye'de terör örgütü PKK'ya farklı şekillerde destek veren parti ve üyelerinin bu yöndeki söylem ve eylemlerini ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir. Diğer taraftan ele alınması gereken bir diğer hususun AİHM'in demokratik düzenle açıkça çelişir gördüğü şeriat düzenini savunan partilerin kapatılmasını Sözleşmeye aykırı görmemesidir. Böylece laiklik karşıtı olan partilerin aynı zamanda demokrasi karşıtı olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme bunun dışındaki partilerin kapatılabilmesi için açıkça söz konusu partilerin nefret suçu işlemesi veya şiddete teşvik etmesi gibi açık somut bulgular aramaktadır.

Sonuç olarak AİHM, militan demokrasi anlayışı kapsamında faşizm ve diktatoryal komünizm gibi aşırılıkçı ideolojileri tamamen Sözleşmenin dışına iterken teröre zımni destek veren ve şeriatı savunan partilerin kapatılmasını m.11 kapsamında Sözleşmeye uygun görmektedir. Açıkça şiddet uygulayan, şiddeti teşvik eden veya açıktan terörizme destek olan partilerin kapatılması da AİHM tarafından m.11'e uygun görülmektedir. Ancak militan demokrasi anlayışı demokrasiyi ancak demokratik yollarla yıkmak isteyenlerle mücadele-yi öngördüğünden mezkûr partilerin kapatılmasının militan demokrasi anlayışı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Besirevic, Violeta: A Short Guide to Militant Democracy: Some Remarks on the Strasbourg Jurisprudence (Editors: Wolfgang, Benedek / Florence, Benoît-Rohmer / Wolfram Karl, Manfred Nowak: In European Yearbook on Human Rights, NW Verlag, Vienna 2012).
- Boventer, Gregor Paul: Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, Duncker & Humboldt, Berlin 1985.
- Capoccia, Giovanni: Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation, Annual Review of Law and Social Science, 9/1, 2013.
- Cavanaugh, Kathleen / Hughels, Edel: Rethinking What is Necessary in a Democratic Society: Militant Democracy and the Turkish State, Human Rights Quarterly, 38/3, 2016.
- Çatlı, Mehmet: Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Doğan, İlyas: Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi, (Editör: Doğan, İlyas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2019).
- Erdoğan, Mustafa: Siyasi Partiler, Devlet ve Demokrasi, Liberal Düşünce Dergisi, 6/22, 2001.
- Eren, Abdurrahman: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve 'Yeni Kapalı Politik Alan', Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt: VII Sayı: 3 - 4.
- Fox, Gregory H. / Nolte, Georg: Intolerant Democracies, Harvard International Law Journal, 36/1, 1995.
- General Assembly of the United Nations, Resolutions and Decisions, Resolutions - Volume I, Supplement No. 49 (A/59/49), 14 September - 23 December 2004, s. 399, [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/59/49\(Vol.I\)\(SUPP\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/59/49(Vol.I)(SUPP)), Erişim Tarihi: 05.02.2020.
- Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: "İkibinli Yıllarda Militan Demokrasinin Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri", Liberal Düşünce, Bahar 2001. (Kısaltma: Hakyemez, İkibinli Yıllar).
- Hakyemez, Yusuf Şevki: Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

- Hazar, Zeynep: Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme, YBHD, 3/1, 2018.
- Huntington, Samuel Phillips (Çeviren: Özbudun, Ergun): Üçüncü Dalga - Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, Yetkin Yayınları, Ankara 1991.
- Kaltwasser, Cristóbal Rovira: Militant Democracy Versus Populism, (Editors: Malkopoulou, Anthoula / Kirshner, Alexander S: Militant Democracy and Its Critics (epub versiyon), Edinburgh University Press, Edinburgh 2019).
- Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Kirshner, Alexander S. (Çeviren: Aydar, Ferit Burak): Militan Demokrasi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2017.
- Klamt, Martin: Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions, (Editors: Bruinsma, Fred / Nelken, David, Explorations in Legal Cultures, Reed Business BV, Gravenhage 2007).
- Küçük, Adnan: Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005.
- Lameyer, Johannes: Streitbare Demokratie, Duncker & Humblot, Berlin 1978.
- Loewenstein, Karl: Militant Democracy and Fundamental Rights I, The American Political Science Review, 31/3, 1937.
- Losurdo, Federico: The Prohibition of the Abuse of Rights in the Judicial Dialogue in Europe, https://www.academia.edu/3405707/THE_PROHIBITION_OF_THE_ABUSE_OF_RIGHTS_IN_THE_JUDICIAL_DIALOGUE_IN_EUROPE, (Erişim Tarihi: 04.15.2020).
- Macklem, Patrick: Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe, Constellations - Blackwell Publishing, 19/4, 2012. (Kısaltma: Macklem, Guarding the Perimeter).
- Macklem, Patrick: Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination, International Journal of Constitutional Law, 4/3, 2006.
- Maftan, Miles Roger: Fighting Fire with Fire': A Normative Exploration of the Militant Democracy Principle, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Central European University Department of Political Science, 2018.
- Mann, Michael: Fascists, Cambridge University Press, New York 2004, s. 37.
- Molenaar, Fransje: The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation, Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, 4, 2010.
- Molier, Geliijn / Rijpkema, Bastiaan: Germany's New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans, European Constitutional Law Review, 14/2.

- Morree, Paulien Elsbeth: Rights and Wrongs under the ECHR - The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Cambridge, 2016.
- Müller, Jan-Werner: Militant Democracy, (Editors: Rosenfeld, Michel/Sajo, Andras, The Oxford of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Oxford 2012). (Kısaltma: Müller, Militant Democracy).
- Müller, Jan-Werner: Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy, Annual Review of Political Science, 19, 2016. (Kısaltma: Müller, Protecting).
- Rijkema, Bastiaan (Çeviren: Asbury, Anna): Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance, Routledge, London and New York 2018.
- Roach, Kent: Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses, (Editor: Andras Sajo, Militant Democracy, Eleven International Publishing, Utrecht 2004).
- Schabas, William A.: The European Convention on Human Rights - A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Struth, Anna Katharina: Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, Springer, Heidelberg 2019.
- Sulejmanova, Marija: Populism and Militant Democracy - Case Study of Germany, Bulgaria and Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, 2017.
- Teitel, Ruti: Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives, Michigan Journal of International Law, 29/1, 2007.
- Telli, Kutlay: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Siyasi Partiler Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Thiel, Markus: Germany, (Editor: Thiel, Markus, The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies, Ashgate Publishing, Farnham 2009).
- Tögel, Akif: Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine, YBHD, 2017/3.
- Tyulkina, Svetlana: Militant Democracy - Undemocratic Political Parties and Beyond, Routledge, London and New York 2015. (Kısaltma: Tyulkina, Undemocratic).
- Tyulkina, Svetlana: Militant Democracy as an Inherent Democratic Quality, (Editors: Malkopoulou, Anthoula / Kirshner, Alexander S., Militant Democracy and Its Critics (epub versiyon), Edinburgh University Press, Edinburgh 2019). (Kısaltma: Tyulkina, Democratic Quality).
- Tyulkina, Svetlana: Militant Democracy: An Alien Concept for Australian Constitutional Law?, Adelaide Law Review, 36/2, 2015. (Kısaltma: Tyulkina, Australian Constitutional Law).

- Vinx, Lars: Democratic Equality and Militant Democracy, Constellations, 2020.
- Walter, Christian: Interactions between International and National Norms: Towards an Internationalized Concept of Militant Democracy, (Editors: Ellian, Afshin / Rijpkema, Bastiaan, Militant Democracy - Political Science, Law and Philosophy, Springer, Switzerland 2018).
- Yokuş, Sevtap: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- Zand, Joseph / Keser, Hayri: Democracy is one of the Main Features of the European Convention on Human Rights, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/4, 2013.
- Zand, Joseph: The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights, University of Baltimore Journal of International Law, 5/2, 2017.

Sözleşmeli Kurtarma ve Türk Milli Standart Kurtarma Sözleşmesi Formu Üzerine Bir İnceleme^(*)

An Analysis on the Contractual Salvage and Turkish National Standart Salvage Agreement Form

Davut Sercan DAĞ^(**)
Doç. Dr. Nil KULA^(***)

Öz:

Denizcilikte kurtarma, arızı/sözleşmesiz ve sözleşmeye dayalı yani sözleşmeli kurtarma olarak ikiye ayrılmaktadır. Arızı kurtarma kurtaranın gönüllü olup öncesinde var olan bir sözleşme olmaksızın sağlanmasıdır. Sözleşmeli kurtarmada ise kurtaran ile kurtarılan arasında kurtarma hizmetlerine ilişkin sözlü/yazılı bir anlaşma gerçekleştirilmektedir.

Uygulamada en yaygın olarak standart kurtarma formu LOF'un yanı sıra bazı ülkelerin milli standart kurtarma formları da kullanılmaktadır. Aralarındaki farklılıklara rağmen kurtarma formlarının amacı tarafların hak ve yükümlülüklerinin yanı sıra olası ihtilafların çözüme kavuşturulmasına yönelik hükümleri içermesidir. Türkiye'de ise sadece Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (KEGM) tarafından kullanılan Türk Kurtarma Sözleşmesi 2015 (TURKS 2015) formu bulunmaktadır. TURKS 2015 haricinde, tekel bölgesi dışında kalan karasuları veya münhasır ekonomik bölgeye kadar yabancılik unsuru bulunmayan, tarafların Türk olduğu bir kurtarma faaliyetinde kullanılabilecek standart bir milli kurtarma formu bulunmamaktadır. Bu eksiklik yüzünden tarafların Türk olduğu kurtarma vakalarında tahkimleri yabancı ülkelerde olan ya da standart olmayan sözleşmelere yönelmek mecburiyetine bırakılmaktadır. Bu çalışma ile bu eksikliği incelemek amaçlanmış, yapılacak bir milli standart kurtarma formunun genel anlamda hangi temeller üzerinde oluşturulması gerektiği ve oluşturulacak böyle bir formun fayda ve amaçları açıklanmaya çalışılmıştır.

^(*) Bu çalışma, "Kurtarma Hukuku Kapsamında Çevresel Kurtarma (Environmental Salvage in the Context of Salvage Law)" isimli Yüksek Lisans Tezinden türetilmiştir.

Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 04.08.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 25.08.2022.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Deniz Ulaştırma ve İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı, Bilim Uzmanı;
Ulaştırma Bakanlığı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (Kaptan),
E-posta: devud1982@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2175-945X>.

^(***) Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Bölümü, Denizcilik Ekonomisi ve Politikaları Anabilim Dalı,
E-posta: nil.degirmenci@deu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-6776-7180>.

Anahtar Kelimeler:

Kurtarma Hukuku, Kurtarma Sözleşmesi Formu, Sözleşmeli Kurtarma, Arızı Kurtarma, 1989 Kurtarma Konvansiyonu.

Abstract:

Maritime salvage is classified as pure/non-contractual salvage and contractual salvage. Non-contractual salvage is the voluntary provision of the salvor without a pre-existing contract. In contractual salvage, a verbal/written agreement regarding salvage services is carried out between the salvor and the salvee.

In practice, besides the standard salvage form LOF, the national standart salvage agreement forms of some countries are most commonly used. Despite the differences between them, the purpose of the salvage forms is to include the rights and obligations of the parties as well as provisions for the resolution of possible disputes. In Turkey, the TURKS 2015 form is only used by the Directorate General of Coastal Safety (DGCS). Except for TURKS 2015, there is no other standard national salvage form that can be used in a salvage operation where there is no foreign element up to the territorial waters or the exclusive economic zone outside the monopoly zone and where the parties are Turkish. Due to this deficiency, in salvage cases where the parties are Turkish are forced to arbitrations are made in foreign countries or non-standard contracts. In the study, it has been tried to address this deficiency, to explain the basis on which a national standard salvage form should be formed in general and the benefits and purposes of such a form to be created.

Keywords:

Law of Salvage, Salvage Agreement Form, Contractual Salvage, Pure Salvage, 1989 Salvage Convention.

GİRİŞ

Kurtarma, toplumların ihtiyacı üzerine deniz ticaretinin doğasında olan, bazı tehlikeleri azaltmayı teşvik etmek için oluşturulmuştur. Deniz kurtarmasının esasında, deniz eşyasının belirli deniz tehlikelerinden korunması, bu şekilde tehlikedeki geminin malikine bir fayda sağlanması ve kurtaran olmasaydı kurtarılanın eşyasının zayı olma veya önemli ölçüde zarar görme tehlikesinin olması gerekmektedir.

Günümüz modern kurtarma hukukunun temellerini İngiliz ve Amerikan hukuk sistemleri oluşturmaktadır. İngiliz hukuku altında sözleşmeli veya Anglo-Sakson hukuku (*Common Law*) şartları altında (sözleşmesiz) kurtarma davaları açılabilmektedir. Taraflar arasında sözleşme şartları kurtarma hizmetlerinin öncesinde, esnasında ve hatta tamamlandıktan sonra bile kararlaştırılabilmektedir.¹ Üzerinde anlaşılmış bir sözleşme formunun, özellikle *Lloyd's*

¹ Daines, Graham: **Lloyd's Open Form and Special Compensation P&I Clause** (SCOPIC) 2002, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Graham-Daines-Scopic-Paper.pdf>, erişim tarihi 17 Nisan 2022.

Open Form (LOF) veya diğer bazı ülkelerin milli formlarının yanı sıra ülkemizde de Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü (KEGM) tarafından kullanılan TURKS 2015 gibi formlar ücret miktarının yazılmayıp sonrasında anlaşmanın sağlanamaması durumunda tahkim ile çözüme imkânı sunulabilmektedir. Bu tür açık formların (*open form*) avantajlarından birisi de acil bir durumda kurtarma hizmetlerinin sağlanacağı şartlar üzerinde anlaşmak için vakit kaybedilmemesidir.

Ödül (*award*) hakkı (ki diğer taraftan “ücret (*remuneration*)” olarak da anılmakta olup), kurtarmanın özel hak kamu politikalarının ortak bir konusu olmasından dolayı ortaya çıkmıştır. Amacı sadece kurtarılan eşya için çalışan kurtarmanın çıkarlarını karşılamak değildir. Aynı zamanda denizcileri tehlikede olanlara yardım etmeleri konusunda risk almaları için olumlu anlamda teşvik edip desteklemektedir. Her ne kadar kurtarma ücreti taraflar arasında bir anlaşma ile düzenlenebilir olsa da taraflar isterse sözleşme olmadan da kurtarma ücreti hakkı adil ilkelere ve kamu politikalarına dayandırılarak ödenebilmektedir. Bu bağlamda kurtarma hukuku hem eşya malikleri hem de kurtaran için adil olanı gözetir. Kurtarma hizmetinden fayda sağlanan her çıkar için, kurtarma hizmetleri sonucundaki ücrete katkıda bulunmalıdır.² Bu durum ülkemizde TTK kurtarma hükümleri ve 1989 Kurtarma Konvansiyonu ilkelerine göre belirlenmektedir.

19. yüzyıldan beri İngiliz ve Amerikan yargı kararlarında bu hususa yönelik olarak kurtarma ücretlerinin yardımsever olma durumuna dayanan fedakârlık ilkesinden çok verilen kurtarma hizmetlerine yönelik denizcilerin ekonomik olarak teşvik edilmesi gereği birçok vakada vurgulanmaktadır. Bu yüzden kurtarmanın oluşumu bir gereklilik olduğu durumlarda, kurtarmaya konu olan eşya tehlikedeyse ve hizmet verilmişse, herhangi bir ücret talep edilmese bile, bu şartlarda makul ve sağduyulu bir malikin bir ödemeyi kabul etmesi gerekmektedir.³

I. KURTARMANIN KONUSU

Premsipte, kurtarma hizmetlerinden fayda sağlanarak elde edilen tüm menfaatler kurtarma ücreti ödemesine bir katkı teşkil eder.⁴ Korunan menfaatlerin değerlerini belirlemek ve kurtarma ücreti hesaplanırken temel alınacak fonun niceliğini ölçmek amacıyla farklı kurtarmaya konu olan unsurların tespit edilmesi gerekmektedir. Öyle ki bir unsurun kurtarma konusu olarak sınıflan-

² Mandraka-Sheppard, Aleka: **Modern Maritime Law Vol 2, Managing Risks and Liabilities**, 3. Baskı, Informa Law from Routledge, 2013, s. 483.

³ Mandraka-Sheppard, s. 483.

⁴ Rose, Francis D., **Kennedy&Rose Law of Salvage**, 8. Baskı, Sweet&Maxwell, London 2013, s. 87.

dırılması için (i) hangi nesnelere için kurtarma ücretinin talep edilebileceği, (ii) kurtarma ücretine kimin katkıda bulunmakla yükümlü olduğu ve (iii) bu kişinin yapması gereken katkının ne düzeyde olduğu tespit edilmelidir.⁵

Geleneksel Deniz Kurtarma Hukuku'nun konusu tehlikede olan gemi, su aracı, yüklenmiş kargo, taşıma sözleşmesine uygun olarak navlun ve gemideki bunker gibi eşyalar olarak belirlenmiştir. Eşya (*property*) ve su aracı kavramları Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)⁶ yanı sıra 1989 Londra Kurtarma Konvansiyonu⁷ tarafından da ele alınmıştır. Konvansiyondan iç hukukumuza olduğu gibi aktarılarak TTK'da kurtarma faaliyetlerinin konusu olarak madde 1298'de, "su aracı" veya "diğer eşya" olarak ifade edilmiştir. Burada eşya kelimesinin önüne 'diğer' kelimesinin getirilerek tanımın daha açık hale getirilmesi hedeflenmiştir. Geminin kendisinin de bir 'eşya' olduğu belirtilmektedir.⁸

Konvansiyon aynı zamanda kurtaranın gemi ve diğer eşyayı kurtarması esnasındaki hayat kurtarmasını da kurtarmanın bağımsız bir konusu olarak tanıır. Konvansiyon deniz çevresinin korunmasını da kurtarmanın konusu olarak tanımaktadır. Dolayısıyla kurtaranın çevrenin korunmasındaki beceri ve çabaları, eşyanın kurtarılmasından ayrı özel tazminat (*special compensation*) olarak, eşya kurtarma ücretinin (*salvage award*) hesaplanmasında dikkate alınır.⁹

II. KURTARMANIN UNSURLARI

Kurtarmada eşya tehlikedeysen, kurtaranların gönüllü olarak ifa ettikleri faaliyetleri sayesinde başarı veya başarıya katkıları vardır.¹⁰ Kurtarma alacağının ön koşullarından olan kurtarma faaliyetinin varlığının yanı sıra bu faaliyetin kaptan veya malik tarafından açık ve makul yasaklanmamasını gerektirmektedir.

Kurtarma hukukunda sözleşmesiz yani arızı kurtarmanın gerçekleşebilmesi için kurtarma faaliyetinin icra edilmiş (madde 1 (a)), konvansiyonun 19. maddesi gereği kaptan veya malikin açık ve makul karşı koymasına rağmen

⁵ Rose, s. 87.

⁶ 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷ 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 29.05.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 6480 sayılı Kanun ile 1989 Londra Kurtarma Konvansiyonu'na katılmayı uygun bulmuştur. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/05/20130529-5.htm>, erişim tarihi 17 Nisan 2022.

⁸ Berlingieri, Francesco, **International Maritime Conventions: Navigation, Securities, Limitation of Liability and Jurisdiction**, Vol 2, Informa Law Routledge 2014, s. 72.

⁹ Mandraka-Sheppard, s. 489.

¹⁰ Mandraka-Sheppard, s. 492.

faaliyetin yürütülmemiş olmasının yanı sıra temel olarak tehlike, gönüllülük¹¹ ve başarı¹² gibi gerekli unsurların bir arada olması gerekmektedir.

A. Tehlike

‘Deniz eşyasının’ kurtarma nesnesi olabilmesi için yerine getirilmesi gereken unsurlardan biri tehlikedir. Gemi ve/veya diğer eşya hizmetler ifa edilirken tehlikede olmak zorundadır. Kurtaranlara verilen ücretleri gerekçelendiren ana politika nedeni eşyanın tehlikeden kurtarılması olduğu için kurtarmaya konu olan eşyanın tehlikeye maruz kalması önemlidir.¹³

1989 Londra Konvansiyonunda ise tehlikenin niteliği ve büyüklüğü (*nature and degree of danger*) kurtarma ücreti belirlenmesinde önemli bir unsurdur. Ancak, geminin veya diğer eşyanın içinde bulunduğu ve yapılan eylemin bir kurtarma faaliyeti olarak sınıflandırılması için gerekli olan belirli bir tehlike tanımı yoktur. Bir kurtarma alacağı oluşturması için yeterli bir tehlikenin neyin oluşturduğuna yönelik mahkemeler açık bir tanım yapmakta zorlandığı ifade edilmektedir.¹⁴ Tehlike, bir zarara maruz kalmadır. Bu zarar hem nitelik (*nature*) hem de büyüklük (*degree*) bakımından değişken olabilmektedir. “Tehlikenin niteliği” ifadesi tehlikenin karakterine işaret etmektedir: geminin zayi olması veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir ve gemide yangın veya patlama tehlikeleri bulunabilmektedir. “Büyüklük” ifadesi ise belirli bir hasarın oluşma ihtimalini ifade etmektedir.¹⁵ Tehlikenin (mutlak) mevcut olması gerekmez. Tehlikenin makul bir şekilde yakın (muhtemel) olduğunun anlaşılması yeterli olacaktır.¹⁶

Kurtaran, deniz eşyasını tehlikeden kurtaran herkes olabilmektedir. “Maksatsız (*inadvertent*)” bir kurtaran kurtarma ücreti alamamaktadır. Muhtemel kurtaran, kurtarılan gemiden bir fayda edinmeye yönelik belirli bir niyet taşımak zorundadır. Örneğin, bir kişinin iskeleyi kurtarmak için bir yangını söndürmeye çalışması ve bu süreç içerisinde gemiyi (de) kurtarması durumunda kasıtlı olmayan sonuç bir kurtarma hizmeti olmayıp bir alacakta doğurmaya-

¹¹ Burada kastedilen gönüllülük unsuru, daha önceden var olan yasal veya resmi görev altında olmadan gönüllü sağlanan hizmettir.

¹² Burada kastedilen başarı unsuru, ifa edilen hizmetlerin tamamen veya kısmi olarak başarıya katkı sunarak faydalı sonuç vermesidir.

¹³ Baughen, Simon, **Shipping Law**, 6. Baskı, Routledge Cavendish 2015, s. 286.

¹⁴ Zubic, R. Ethan; **Pure Versus Contract Salvage Narrowing the Scope of an Agreement to Volunteer Bar to Pure Salvage**, *Loyola Maritime Law Journal*, Yıl: 10, Sayı 1, 2011, ss. 145-171, s. 152.

¹⁵ Berlingieri, s. 79.

¹⁶ Baughen, s. 286.

caktır.¹⁷ Tehlikenin düşük (*slight*) olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan tehlikenin var olması durumudur. Tehlikenin büyüklüğü, sadece ücretin miktarını belirlemede önemlidir.¹⁸ Tehlike, tam ziya (*total loss*) riski ile hasar veya ele geçirilme (*capture*) riski arasında olmak üzere değişebilmektedir.¹⁹ Baughen, kurtarma faaliyetinde eşyaların bir kısmının tehlikeye maruz kalmış ama diğerleri kalmamış olduğu durumlarda tehlikeye maruz kalmayanların kurtarmaya tabi olmayacağını belirtmektedir.²⁰ Deniz eşyasına yönelik tehdidi değerlendirirken, ihtiyatlı ve becerikli bir yetkilinin kurtaranın yardımını reddetmeyeceğini kurtaran(ın kendisi) kanıtlamak zorundadır.²¹ Dolayısıyla, deniz tehlikesinin olduğunu kanıtlamak için ispat yükümlülüğü kurtarma ücreti talep eden tarafa yani kurtarana aittir.²² Ancak, herhangi bir kurtarma formunun imzalandığı durumlarda gemi maliki tehlikenin varlığını tartışamaz. "Tehlike (*Danger*)" genellikle deniz eşyasına yönelik fiziksel bir tehlikeyi (*physical danger*) içermektedir. Eşyanın üçüncü taraflara karşı sorumluluk oluşturduğu durumlarda olduğu gibi maddi olmayan tehlike (*non-physical danger*) muhtemel bir tehlike oluşturmak için yeterli değildir. Ancak maddi tehlikeyle birleştiğinde kurtarma ücretini arttıracak bir faktör olacaktır.²³

Geleneksel kurtarma hukukunda, gerçek veya yakın bir tehlike durumu gerekli değildir; yardım alınmadığı takdirde gemiyi yıkım (*destruction*) riskine maruz bırakacak bir badire (*misfortune*) olması yeterlidir. Tehlikenin hafif olup olmaması önemli değildir. Önemli olan tehlikenin var olmasıdır. Tehlikenin büyüklüğü sadece ücret kapsamının belirlenmesiyle ilişkilidir.²⁴

B. Başarı

Geleneksel kurtarma hukukunda verilecek bir kurtarma ücreti için bir diğer şart başarıdır (*success*). Bu şartın özel hüküm vakaları dışında normal şartlarda iki gerekliliğinin yerine getirilmesi gerekmektedir. İlk olarak gemi veya kargonun tamamı veya bir kısmı nihai olarak korunmalıdır. İkinci olarak, bu amaçla alacaklı genellikle değerli hizmetler (*meritorious services*) olarak

¹⁷ Force, Robert, **Admiralty and Maritime Law**, Tulane Law School 2004, s. 155.

¹⁸ Mandaraka-Sheppard s. 492-493.

¹⁹ Rainey Qc, Simon, **The Law of Tug and Tow and Offshore Contracts**, 3. Baskı, Informa 2011, s. 722.

²⁰ Baughen, s. 286.

²¹ Baughen, s. 286.

²² Force, s. 155.

²³ Baughen, s. 286.

²⁴ Mandaraka-Sheppard, s. 493.

atfedilemekte olan faydalı ve etkili bir hizmet sağlamış olmalıdır.²⁵ Kurtarma faaliyetinin başarılı olması şartı sorumluluktan kaçınmaya ek olarak eşyanın da kurtarıldığı durumlarda yerine getirilmiş sayılmaktadır. Kirliliğin önlenip önlenmediğinden bağımsız olarak, üçüncü taraf sorumluluğundan kaçınmadaki başarı sorumluluklardan kaçınma dışında eşya kurtarılmadıysa dikkate alınmamaktadır; “faydalı netice yoksa, ödeme yok” ilkesi ücrete hak kazanmayı engellemektedir.²⁶ Bunların dışında ücret, tedarik edilen hizmetler (*engaged services*) doktrini altında veya özel bir sözleşme altında da kazanılabilmektedir. İstisnai olarak, takdir yetkisine bağlı ödemeler (*discretionary payments*) eşyanın kurtarılması olmadan insan hayatı kurtarılması için kanun ile sağlanabilmesinin yanı sıra ayrıca, çevresel hizmetler için de özel tazminat (*special compensation*) adı altında²⁷ yapılabilmektedir.²⁸

C. Gönüllülük

Kurtarmanın unsurlarından mutlaka aranılan bir diğer şartı da (*sine qua non*) ‘gönüllülük (*voluntariness*)’ ilkesidir.²⁹ Bir kurtaranın kurtarma ücretine hak kazanması, ücret talebine dayanak oluşturan hizmeti gönüllü bir şekilde temin etme durumuna bağlıdır.

Kurtarma hukukunda, “gönüllü (*voluntary*)” sıfatı, bir hizmetin (römorkaj, pilotaj, gemi personeli veya bazı ülkelerde deniz kuvvetlerinin verdiği hizmetler vs.) bir sözleşmesel görev ya da kamu görevi gibi önceden var olan belirli bir yasal mecburiyet uyarınca temin edilmemesi şeklinde özel bir anlam kazanmıştır. Ancak bu kelime, mevcut bağlamla alakalı olarak ayrı tutulması gereken başka bir durumu daha kapsamaktadır. Hizmeti temin eden kişinin karşılıksız olarak (herhangi bir ücret alma beklentisi olmadan) yapıyor olması anlamına da gelmekte olup karşılıksız kurtarma (*gratuitous salvage*) olarak tanımlanmaktadır.³⁰ Bir davacı/kurtaran, daha önceden var olan bir mecburiyet (kılavuzluk, römorkaj gibi) altında gerçekleştirdiği ve/veya karşılığında bir ücret talebinde bulunma maksadı olmadan temin ettiği bir hizmet için kurtarma ücreti tahsil edemeyecektir.³¹

²⁵ Rose, s. 327.

²⁶ De La Rue, Colin/Anderson, Charles B, **Shipping and the Environment: Law and Practice**, 2. Baskı, Informa London 2009, s. 540-43.

²⁷ TTK madde 1312 Özel Tazminat, 1989 Londra Kurtarma Konvansiyonu madde 14 Özel Tazminat.

²⁸ Rose, s. 327.

²⁹ Brice, Goffrey, **On Maritime Law of Salvage**, 5. Baskı, John Reeder, London Sweet&Maxwell 2011, s. 82; B.V. Bureau Wijsmuller v United States 702 F. 2d 333 (1983) vakası.

³⁰ Rose, s. 237.

³¹ Rose, s. 237.

Kurtaranlarla ilgili olarak ne 1910 Brüksel Konvansiyonu³² ne de 1989 Londra Konvansiyonlarında kimlerin kurtaran olabileceğiyle ilgili açıkça bir yol gösterici, tanım ya da sınırlama bulunmaktadır.³³ Bunun doğal bir sonucu olarak; ilgili mevzuat gereği saklı tutulanlar hariç, gerçek veya tüzel tüm kişilerin, kurtarma faaliyeti gerçekleştirdiği sürece, kurtarılan eşya ile ilgili olarak, kurtarma ücreti talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmelidir.³⁴

Türkiye'nin 1989 Londra Kurtarma Konvansiyonuna taraf olmasıyla birlikte TTK madde 1298'nin 4. fıkrasının (c) bendine Konvansiyon madde 17'ye benzer bir düzenleme getirilmiştir. Konvansiyonun 17. maddesinde gönüllülüğün ve kurtaranın açık bir tanım ve/veya sınırlama getirilmeyerek, verilen hizmetlerin makul bir şekilde, tehlikenin ortaya çıkmasından önce akdedilen bir sözleşmenin ifası olarak sayılabileceği kapsamı aşmadığı sürece bir ödeme gerektirmeyeceği belirtilmiştir. Örneğin çeki, refakat veya limanlarda verilen römorkaj hizmetleri için bir römorkaj sözleşmesi yapmış römorkör malikinin, kılavuz kaptanın, kurtarılan geminin kendi personelinin veya bazı ülkelerde deniz kuvvetleri gibi vs. verilen hizmetler için bir kurtarma talebi olabilmesi için tehlikeden önce yapılmış olan sözleşmenin kapsamına girmeyen olağanüstü hizmetlerde bulunulmuş olması gerekliliği vardır. Buradaki sınır her somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecektir. Gönüllülük ilkesi ancak mevzuat gereği kamu makamlarının yürüttükleri ya da müdahale ettikleri kurtarma faaliyetlerinde aranmamaktadır.³⁵

D. Kamu Makamları Denetimindeki Kurtarma Faaliyeti

Kurtarmanın unsurlarından olan gönüllülük ilkesinin gerekliliği hususunda ki tek istisnai durum mevzuat veya kamusal emir gereği kamu makamlarının yürütmüş oldukları kurtarma faaliyetleridir. Burada mevzuat yürürlükteki her türlü yasal düzenlemeyle birlikte emrine uyulması mecburi olan idari makamların tasarrufları olarak tanımlanmaktadır.³⁶ Konvansiyon madde 5(3)'e göre, kurtarma faaliyetlerini ifa etmekle yükümlü kamu makamlarının da 1989 Kon-

³² Türkiye, Denizde Kurtarma ve Yardım'a Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkındaki Brüksel Konvansiyonu'na 09.06.1937 tarihli ve 3226 sayılı Kanuna istinaden, 16.09.1955 tarihi itibarıyla bu Sözleşmeye taraf olmuştur. (RG, 23.06.1937, sayı: 3638) <https://www.resmigazete.gov.tr/arxiv/3638.pdf>, erişim tarihi 17 Nisan 2022.

³³ Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 58.

³⁴ Rose, s. 238.

³⁵ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 5(3).

³⁶ Atamer, Kerim: **1989 Londra Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kurtarma**' in Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, Yıl: 1, 2007, ss. 807-890, s. 851-852.

vansiyonu kapsamındaki hak ve hukuki imkanlardan faydalanabilme durumu bulunduğu devletin hukukuna göre belirleneceği belirtilmektedir.³⁷ Zamanla profesyonel bir kurtaranın rolünün değişmesiyle birlikte özellikle çevre kirliliği tehdidinin olduğu durumlarda hükümet organlarının kurtarma faaliyetlerine müdahalesinde ciddi artışlar olmaktadır. Kamu makamlarının kurtarma faaliyetlerine doğrudan ya da dolaylı yollardan müdahalelerini birçok ülkede tespit edilebilmektedir. Başta Türkiye olmak üzere Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Çin, Avustralya, Birleşik Krallık (BK) gibi ülkelerde uygulanan kendilerine özgün çeşitli kurtarma sistemi modelleri görülmektedir.

1. ABD ERV Sistemi

Dünyada kamu makamları denetimindeki kurtarma faaliyetlerine örnek olarak ABD incelenebilir. *Petrol Kirliliği Kanunu 90 (Oil Pollution Act/OPA-90)*, Amerikan kurtarma endüstrisi üzerinde önemli bir etkisi olan birçok operasyonel gereklilikler getirmiştir.³⁸ Yeni sistemle birlikte Sahil Güvenlik kurtarma endüstrisinde daha merkezi bir rol almaya başlamıştır. Çevresel bir tehdit olduğunda ABD ordusu tarafından sağlanan kurtarma hizmetlerine ek olarak, OPA-90 ile Federal Deniz Kirliliği Kontrol Kanunu'nda (*Federal Water Pollution Control Act/FWPCA*) yapılan değişikliklerle ana kargo olarak petrol taşıyan ticari gemilerin herhangi bir olay petrol kirliliği oluşturduğunda mevcut acil müdahalede bulunması için Petrol Sızıntısı Müdahale Şirketleri (*Oil Spill Removal Organization-OSRO*) ile sözleşmesel taahhütler içeren gemi müdahale planları benimsemesini sağlamaktadır.³⁹ Buna göre, OPA- 90 altında hem tanker hem de tanker harici deniz araçları ve tesisler münferit petrol döküntüsü müdahale planları⁴⁰ hazırlamalı ve sahil güvenliğe teslim etmelidir.⁴¹ 8 Haziran 2009 tarihinde yayınlanan Genelge ile ABD limanlarını ziyaret edecek tankerlerin malikleri ve operatörleri için 22 Şubat 2011 tarihi itibarıyla ABD Sahil Güvenlik onaylı gemi müdahale planlarında mevzuat gerekliliklerini karşılayan bir kurtarma ve denizde yangınla mücadele (*salvage, marine fire-fighting/SMFF*) sözleşmecisini göstermek zorundadır. SMFF hizmet kontratları, kontrat müzakereleri nedeniyle müdahalede bir gecikme yaşanılmamasını temin etmek için bir finansman anlaşması içermelidir. Yine 400 grt ve üzeri Tanker harici

³⁷ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 5(3).

³⁸ De La Rue and Anderson, s. 599.

³⁹ Davies, Martin: **Whatever Happened to the Salvage Convention 1989?**, Journal of Maritime Law & Commerce, Yıl: 39, Sayı: 4, 2008, ss. 463-504, s. 472.

⁴⁰ Individual Oil Spill Response Plan.

⁴¹ De La Rue and Anderson, s. 599.

gemiler (*Non-Tank vessel*) için 30 Eylül 2013 tarihinde yayınlanan genelge⁴² ile 30 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe girerek Gemi Müdahale Planları (*Vessel Response Plan/VRP*) gereklilikleri zorunlu hale getirilmiştir. Uygulamada bu planlara göre, gemi malikleri *Qualified Individual (QI)* olarak adlandırılan şirketlerin⁴³ gemi malikleri için VRP ve diğer planları hazırlamaktadır. Bu yüzden plan yazıcıları olarak adlandırılan QI'lar Petrol Sızıntısı Müdahale Şirketleriyle (OSRO) ve kurtarma ve denizde yangınla mücadele hizmeti veren kurtaranlarla (SMFF) önceden sözleşme veya finansman anlaşması yapmak zorundadır.⁴⁴

ABD'de OSRO ulusal seviyede en kötü senaryo ile baş edebilecek şekilde donatılmış ve yetkilendirilmiş iki kuruluş vardır. Bunlar *Marine Spill Response Corporation/MSRC* ve *National Response Corporation/NRC*'dir. Gemi malikleri aynı anda iki kuruluşla sözleşme imzalayabileceği gibi sadece bir OSRO ile de sözleşme yapabilmektedir. Gemi maliklerinin sahil güvenlik tarafından yeterli gereklilikleri karşılayabilen yetkilendirilmiş beş kurtarma şirketinden⁴⁵ biri ile önceden kontrat yapması gerekmektedir.⁴⁶ Gemi malikleri Sahil Güvenlik tarafından yetkilendirilmiş bu beş kurtarma şirketiyle üç farklı kategoride SMFF Finansman anlaşması yapabilmektedir. Bunlar, LOF (SCOPIK Klotz'la birleştirilmiş), Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (*Baltic and International Maritime Council/BIMCO*) Towhire ve Wreckhire sözleşmeleridir.⁴⁷

2. Çin ve Diğer Ülkelerdeki Uygulamalar

ABD Sahil Güvenliğinin SMFF sözleşmelerine benzer bir kavramı kullanan Çin Halk Cumhuriyeti Ulaştırma Bakanlığı, Çevre Kirliliği Acil Hazırlık ve Acil Müdahale ile ilgili idari hükümler⁴⁸ getirmiştir. İşbu düzenleme 1 Ocak 2012 tarihinden bu yana yürürlüktedir. Bu hükümlere göre, (a) dökme olarak kirliletiçi veya tehlikeli kargo taşıyan tüm veya (b) 10.000 grt üzerinde olan

⁴² The Federal Register, Vol. 78, No. 189, 30 September 2013.

⁴³ ABD'de VRP ve diğer planları hazırlamak için yetkilendirilmiş dört QI şirketi vardır. Bunlar, Gallagher Marine (GMS), ECM Hudson, Hudson Marine, Witt O'Briens'tir.

⁴⁴ US Non-Tank Vessel Response Plan - 2013 Final Rule - UK Club FAQs. <https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/article/us-non-tank-vessel-response-plan-2013-final-rule-uk-club-faqs-129613/>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁴⁵ Sahil Güvenlik tarafından Kurtarma ve Denizde Yangınla Mücadele (salvage, marine fire-fighting) gerekliliklerini karşılayarak yetkilendirilmiş 5 kurtarma firması vardır. Bunlar, Donjon-Smit, Marine Response Alliance, Resolve Salvage, Svitzer ve T&T Salvage firmalarıdır.

⁴⁶ US Non-Tank Vessel Response Plan - 2013 Final Rule - UK Club FAQs.

⁴⁷ US Non-Tank Vessel Response Plan - 2013 Final Rule - UK Club FAQs.

⁴⁸ Administrative Provisions on Marine Pollution Emergency Preparedness and Emergenc Response.

diğer tüm gemilerin malikleri/operatörleri, gemi bir Çin Halk Cumhuriyeti limanına girmeden önce Deniz Emniyeti Dairesi (*Maritime Safety Agency/MSA*) onaylı bir müdahale şirketi (*pollution response company*) ile kirlilik temizleme kontratı (*pollution clean up contract*) yapmalıdır. Onaylı temizlik sözleşmecileri kalifikasyonlarına ve müdahale kabiliyetlerine göre MSA tarafından sınıflandırılmaktadır. Numaralandırılmış şekilde dört (1, 2, 3 veya 4) farklı statüde kategorize edilmiştir. Gemi malikleri/operatörleri geminin büyüklüğü ve türüne göre onaylı bir temizlik sözleşmecisi ile kontrat yapmak zorunda olacaktır.⁴⁹

Kirlilik temizleme kontratı sadece kirlilik konusuyla ilgilidir. Geminin tehlikede olduğu ve kurtarma hizmetleri gereken durumlarda bu hüküm geçerli değildir. Uygulamada, Çin liman otoritesi hiçbir yabancı kurtaranın kurtarma faaliyeti ifa etmesine izin vermemektedir. Dolayısıyla, yerel kurtarma şirketi tek seçenektir. LOF, BIMCO Towhire ve Wreckhire formları gemi maliki ve tekne makine sigortacısının tavrına göre kabul edilebilir olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰

Birleşik Krallığın başını çektiği Avrupa ve Avustralya'da uygulanan Devlet Denizcilik Otoriteleri tarafından işletilen ancak yüksek fon sebebiyle kapasitesi azaltılan 24 saat 365 gün sabit istasyonlarda müdahaleye hazır bir şekilde bekletilen gerekli görüldüğünde bir profesyonel kurtarma sözleşmecisinin belirli bir kurtarma kontratı formu altında görevi devralana kadar birçok durumda ilk müdahale ve ilk yardımı sağlayan *Acil Çeki Gemi (Emergency Towing Vessel/ETV)* Sistemidir. Ancak bu sistemin kurulumu ve sürdürülebilmesi için büyük fonlar gerektirmektedir.⁵¹ Birleşik Krallıkta oluşan yüksek masraflar yüzünden 2000 tarihinden Eylül 2011'in sonuna kadar BK kıyı şeridinde faaliyet gösteren 4 ETV istasyonu hizmet verirken 2012'den itibaren bu sayı sadece bir adet ETV'ye düşürülmüştür.⁵² Ancak *Comite Maritime International (CMI)* toplantılarında Birleşik Krallık'ta ETV'lerin kaldırılma durumları tartışılırken,⁵³ uy-

⁴⁹ Chiu, Chung-Sheng/Liu, Chung-Ping/Chang, Ki-Yin/Tseng, Wen-Jui/Chen, Yng-Wei, 'Cost of Salvage- A Comparative Form Approach', *Journal of Marine Science and Technology*, Yıl: 25, Sayı: 6, 2017, ss. 742-751, s. 747.

⁵⁰ Chiu, Liu/Chang, "ve diğerleri", s. 747.

⁵¹ Willian, Fenwick Holman: 'Government's Decision not to Renew ETV Contract' (Parliament, April 2011) <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtran/948/948vw99.htm>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁵² 'Assessment of ETV Provision for North and North West Scotland' (Maritime and Coastguard Agency, June 2016) 17 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/558872/005613_00_-_ETV_Study-LOC_Final_Report-3_Jun_2016.pdf, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁵³ Willian,.: 'Government's Decision not to Renew ETV Contract' (Parliament, April 2011) <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtran/948/948vw99.htm>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

gun çözümün Avustralya örneği olabileceği ifade edilmektedir. Avustralya'da gemi tonajına dayalı ödeme yoluyla 2008'de fonlamayı temin etmeye başladı. Buna göre Avustralya limanlarında gemide 10 ton ve üzeri kargo ya da yakıt petrol bulunduran boyu 24 metre ve üzeri olan⁵⁴ gemi malikleri gemi boyutlarına bağlı olarak fona ödeme yapmak zorundadır.⁵⁵

3. Türkiye Uygulaması

İç hukuk gereği Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğüne kurtarma hizmetlerinde tekel olarak icra hakkı ve yükümlülüğü İstanbul ve Çanakkale boğazları ile Marmara denizini de içine alan bölgeyi kapsayacak şekilde tahsis edilmiştir.⁵⁶ Bu tekel hakkı 1989 Kurtarma Konvansiyonuna aykırı değildir. Ülkemizde uygulamaya bakıldığında özellikle kurtarma hizmeti vermekte olan başta KEGM gibi kamu kuruluşunun liman başkanlıkları, başbakanlık kriz masası, valilik gibi idari organların emri üzerine kurtarma faaliyetlerine katılan kamu tüzel kişilerinin konvansiyon kapsamındaki ücret ve özel tazminat hakkı bulunmaktadır.⁵⁷ Bundan dolayı gönüllülük ilkesine rağmen kamusal emir gereği kurtarma hizmeti veren kamu tüzel kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin kurtarma faaliyetleri sonunda konvansiyon kapsamında özel tazminat veya kurtarma ücreti hakkı doğacaktır.⁵⁸

Konvansiyon madde 5 gereği Konvansiyon hükümleri, kamu makamlarının denetiminde veya kamu makamlarınca yürütülen kurtarma faaliyetleriyle ilgili herhangi bir ulusal hukuk veya uluslararası konvansiyon hükümlerini etkilemeyeceğini ifade etmektedir.⁵⁹ Dolayısıyla, ülkemizde tekel bölgesi içerisinde KEGM tarafından icra edilen kurtarma faaliyetleri taraflar arasında bir sözleşme yoksa bile uyumsuzluk sonucu adli dava ya da tahkime gidilmesi halinde, taraf olduğumuz 1989 Kurtarma Konvansiyonu doğrudan uygulanacaktır.

a. Tekel Bölgesi Sınırları

Karaburun ile Foça'yı birleştiren hattın içinde bulunan İzmir Körfezi 2006 yılına kadar KEGM Ana Statüsünün 4. maddesi tahtında Kurtarma Yardım tekel

⁵⁴ Protection of the Sea (Shipping Levy) Act 1981 Klok 1-9, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2005C00614>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁵⁵ CMI Annual Yearbook (2011-12) 148, <https://cupdf.com/document/yearbook-2011-2012-annuaire-comite-maritime-yearbook-2011-2012-annuaire-beijingi.html>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁵⁶ KEGM Ana Statü madde 4(2).

⁵⁷ Atamer, s. 851-852.

⁵⁸ Atamer, s. 851-852.

⁵⁹ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 5.

sahasında iken, Yüksek Planlama Kurulunun 19 Ocak 2006 tarih ve 2006/T-3 sayılı kararı ile Kurtarma Yardım tekel sahasından çıkartılarak İzmir Körfezinde özel kuruluşlarında faaliyet göstermesi ve katılımcı olmasına yönelik uygulamaya başlanmıştır.⁶⁰

Bu değişiklikle beraber Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı ilgili kuruluşu olan KEGM, gemi kurtarma tekel bölgesi yetkilerinin kapsamına ilişkin olarak Ana Statüsünün madde 4(2)'de şu şekilde belirtilmiştir:

“Karadeniz’de Şile Feneri ile Karaburun Feneri arasındaki Türk karasuları ile Ege Denizinde, Bozcaada ve Gökçeada (İmroz) sahilleri de dahil olmak üzere Bababurnu ile Saroz Körfezinde Kemikli mevki arasında kalan Türk karasularında ve bu iki sınır arasındaki İstanbul, Çanakkale Boğazları ve Marmara denizinde; kurulmuş ve kurulacak olan can kurtarma (deniz-kara tahlisiye) istasyonlarını tekel şeklinde işletmek, harp ve yardımcı gemiler hariç tehlikeye uğrayan 300 Rüşum (Net) tonilatodan yukarı su aracı ve diğer eşyanın kurtarma işlerini tekel şeklinde olmak üzere bütün denizlerde kurtarma, çeki (cer) ve römorkaj işlerini yapmak.”⁶¹

Ayrıca yine KEGM Ana Statüsünün madde 24’te tekel bölgesinde tekel konusu işlerini münferiden veya ticari maksatla yapanların 815 sayılı Kabotaj Kanunu ve diğer mevcut mevzuat hükümlerince cezalandırılacağı belirtilmektedir.⁶²

b. TURKS 2015 Kurtarma Formuna Yönelik Eleştiriler

TURKS 2015 dokuz madde ve dört sayfadan oluşmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere 2015 yılında ülkemizin Konvansiyona taraf olması ile birlikte *lex fori* ilkesi gereği TTK kurtarma hükümleri artık zımnen ilga edilmiş olup konvansiyonu sadece tamamlamak ve açık bıraktığı ya da çözümünü iç hukuka bıraktığı durumlarda devreye girecektir.⁶³

⁶⁰ Resmi Gazete tarih: 12.02.2006, sayı: 26078, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü Ana Statüsünde Değişiklik Yapılması Hakkında Ana Statü. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060212-3.htm>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁶¹ Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü ana statüsü, Resmi Gazete, Sayı: 29410, 08 Temmuz 2015/Değişik. <http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/ana-statu.pdf>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁶² Ana Statü madde 24: *“Kuruluşun ana statüsünde belirtilen tekel konusu işleri münferiden veya ticari maksatla yapanlar, Genel Müdürlüğün tüm zarar ve zıyanını (kar mahrumiyeti dahil) meri mevzuat çerçevesinde gidermekle beraber, bu eylem dolayısıyla 815 sayılı Kabotaj Kanunu ve diğer mevcut mevzuat hükümleri uygulanır.”* <http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/ana-statu.pdf>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

⁶³ Atamer, s. 833; “Deniz Hukuku Sempozyumu.” Youtube, Av. Cem Congar, 16 Ocak 2021, Moderatör Av. Cem Congar, Konuşmacı Prof. Dr. Kerim Atamer (Dakika 7: 40-9: 55) <https://www.youtube.com/watch?v=FqjA5KFmcQ&feature=share>, erişim tarihi 2 Ağustos 2022.

Kurtarma formlarıyla ihmal yükümlülüğü kavramı kapsamında anlaşılardan farklı yükümlülük ve özen standardı belirlenebilmektedir. Taraflar, daha önce belirttiğimiz üzere, 1989 Kurtarma Konvansiyonundan çıkmakta özgürdür (madde 6(1)). Ancak eğer bu özel formlar, zorunlu uygulama kuralları (madde 7) ile çelişirse, ilgili akdi hükümler geçersiz sayılacaktır.

Kurtarma yoksa ödeme de yok ilkesi üzerine kurulu sözleşmeler genel olarak gerekli standart bir özen gösterme yükümlülüğünü şart koşmaktadır. Bunun ihlali, yükümlülüğe ilişkin standart akdi kurallar uyarınca, zarardan sorumlu tutulmaya yol açabilir.⁶⁴ Örneğin, kurtarma ile alakalı kimi sözleşmelerde “karşılıklı tazminat talebinden vazgeçme” (*knock-for-knock*) veya “sorumlu tutmama” (*hold harmless*) gibi maddeler olup bunlarda, ihmalkâr hareket için yükümlülükten hariç tutulma koşulu yer alabilmektedir. Bunun bir örneği, SALVCON/2005- Uluslararası Kurtarma Birliği Götürü Alt Sözleşmesi⁶⁵ olup, bu sözleşmede, madde 19.3’ün altında, *knock for knock* ilkesi ile sözleşmenin ihlali, ihmal veya herhangi başka bir kusur, yükümlülük ve tazminat nedeni oluşturmamaktadır. Bu bağlamda uğranılan zarar, sadece bu zarara maruz kalan tarafın üzerindedir hükmü yer almaktadır. Ancak bu tür bir sözleşme, kurtaranlar tarafından, üçüncü kişilerden hizmet kiralarken kullanılmaktadır. Bu tür alt sözleşmeler sadece kurtaran ile kurtarılanın yaptığı sözleşmeye ilişkin olup, içerik (zorunluluk ve yükümlülükler) bakımından çatışmamaktadır.⁶⁶

Darling, bu tür sorumlu tutmama maddelerini içeren normal standart formlara eklenmesi çok nadir bir durum olduğunu belirtmektedir.⁶⁷ Bu tür bir maddenin hem 1989 Kurtarma Konvansiyonu koşullarına hem de genel akdi ya da sözleşme dışı yükümlülük kuralları ile çeliştiğini ifade eder.⁶⁸ Dünyada kullanılan kurtarma formlarına bakıldığında Fransız ve TURKS 2015 formları

⁶⁴ Gaskell, Nicholas: **The 1989 Salvage Convention and The Lloyd’s Open Form (LOF) Salvage Agreement 1990**, Tulane Maritime Law Journal, Yıl: 16, Sayı: 1, 1991, ss. 1-103, s. 14.

⁶⁵ Uluslararası Kurtarma Birliği International Salvage Union ISU - Sub-Contract Lumpsum Agreement.

⁶⁶ ISU tarafından yayınlanan sabit ücretli kurtarma kontratı olan 2005 ‘SALVCON’ götürü (*lumpsum*) kontratı LOF veya benzer bir sözleşme altında faaliyet gösteren ve yardım almak isteyen bir Kurtaran tarafından yaygın bir şekilde kullanılan ISU Götürü Alt-Sözmecileri Sözleşmesidir. Yine alternatifli Günlük Kiralama Alt-Sözleşme Sözleşmesi “SALVHIRE/2005”den farklı olarak kullanılması için hazırlanmıştır. Bu şekilde götürü temelinde römorkörünün bir Kurtarana kiralamak isteyen bir Römorkör maliki SALVCON 2005 temelinde hizmet teklifi yapabilmektedir. Bu belgelerin formatı BIMCO/ISU Römorkaj Sözleşmeleri, TOWCON/TOWHIRE ve BIMCO/ISU Enkaz Kaldırma Sözleşmeleri WRECKCON/WRECKHIRE’a çok benzemektedir. Bkn Rainey, s. 768.

⁶⁷ Darling, Gerald: **The Montreal Compromise- How Court or Arbitrators will Apply the Formula, Lloyd’s, Salvage The 1989 Conference Papers**, London: Lloyd’s of London Press, 1990, ss. 93-108, s. 123.

⁶⁸ Darling, s. 123.

dikkat çekmektedir. 1989 Kurtarma Konvansiyonunda madde 7(a), bir kurtarma formunun şartlarının haksız olması durumunda, 'sözleşme değiştirilebilir veya feshedilebilir' şeklinde bir koşul içermektedir. Madde 8 kurtaranın, kurtarılanlara karşı özen gösterme yükümlülüğünün olduğunu ve bir kurtaranın, deniz çevresine verilen zararı engellemek ya da en aza indirmek için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir (Madde 8[1b]). Bu bağlamda, Konvansiyonun madde 6(3)'te, tarafların madde 8[1b] ile belirtilen yükümlülüğü sözleşmeden kaldıramayacağı net bir şekilde ifade edilmektedir.⁶⁹ Dolayısıyla, kurtarma formlarında kurtarılanın kurtarana belirtilen kurtarma hizmeti karşılığında kurtarma ücreti ödeme yükümlülüğü ile kurtaranın ihmalkâr hareketten kaynaklanan zararı tazmin etme konusunda yükümlülüğünün bulunmaması birbirine zıt iki durum niteliğindedir.

TURKS 2015 formu incelendiği zaman değiştirilmesi önerilen hususlar aşağıda yer alan alt başlıklar kapsamında gösterilmektedir.

aa. Sorumsuzluk Maddesi

Madde 1'de "Bu sözleşmeye göre yapılan hizmetin kurtarma hizmeti niteliğinde bulunduğuna, itiraz olunamaz" ifadesi ile kurtaranın kendi kusuru sebebiyle başarısız bir kurtarma faaliyetinden ücret alabileceğinin anlaşılacağı belirtilmektedir.⁷⁰ Oysa ki 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 18'de kurtarma faaliyetlerinin kurtaranın kusur veya ihmali sebebiyle zorunlu hale gelmiş veya daha da zorlaşmışsa yahut kurtaran, hile ve dürüstlüğe uymayan diğer davranışlarından dolayı kabahatliyse yapılacak ödemeden kısmen veya tamamen mahrum bırakılabileceği belirtilmektedir.⁷¹ Dolayısıyla kurtaran ağır kusurlarından dolayı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁷² m.115(3)⁷³ gereği sorumlu tutulmama maddesi geçersiz olmaktadır. Yine konvansiyonun madde

⁶⁹ Konvansiyon madde 6(3): *Kurtarma sözleşmeleri: ... bu maddenin hiçbir hükmü, ne 7. maddenin uygulanmasını, ne de çevre zararını önleme veya azaltma yükümlülüklerini etkiler.*

⁷⁰ Selek, Nazlı, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denizde Kurtarma Hizmetleri**, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 43.

⁷¹ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 18, ayrıca TTK madde 1311.

⁷² 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu R.G. 04.02.2011/27836.

⁷³ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 115: '*Sorumsuzluk anlaşması: Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*'

7'de sözleşmelerin iptali ve uyarlanması hususunda sözleşme veya sözleşmenin bir herhangi bir hükmü hususunda tehlikenin etkisi altında veya gereksiz bir etki altında yapılması durumunda ve hükümleri hakkaniyete aykırı ise, fiilen verilen hizmetlere oranla aşırı derecede yüksek ise iptal edilebilir ya da uyarlanabilir.⁷⁴

Madde 2 ilk paragrafında, kurtaranın kurtarma faaliyetlerinde sözleşme hükümleri tahtında “elinden geldiği kadar (*endeavor utmost effort ...*)” çalışmayı taahhüt ettiği belirtilmiştir. Her ne kadar ‘elinden geldiği kadar’ ile ‘en iyi gayret/çaba kavramı’ benzer bir işlev gördüğü düşünülse de bu ifade daha açık bir şekilde tehlikedeki geminin veya diğer eşyanın malikine karşı kurtarma faaliyetleri hususunda “en iyi çaba (*best endeavors*)” özen yükümlülüğü ile değiştirilerek yeniden düzenlemesi yerinde olacaktır.

Madde 3'te kurtaran tehlikeye uğrayan su aracının kaptanına gerekli olan her türlü manevra ameliyeyi yaptırabileceği, gerekli malzeme ve/veya ekipmanı kullanılabileceği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra kurtarma faaliyeti kapsamında, gemi içerisindeki bütün maddeleri; yük, safra, mahrukat, su aracının vasıtaları, alet edavat v.s. boşaltabileceği serbestçe yerlerini değiştirebileceği, limbo edebileceği, kurtaranın mutlak rey ve kanaatine lüzumlu gördüğü şeyleri atabileceği ancak bunlardan dolayı “tazminata muhatap olmayacağı” belirtilmektedir. Maddenin devamında, kurtarma faaliyeti kapsamında yapılacak manevra, yükleme, boşaltma, itme-çekme-yaslama, hava muhalefeti, ya da başkaca herhangi bir sebeple, tehlikeye uğrayan su aracının tekne ve teçhizatına, yüküne ve sair değerlere vaki hasar, zarar ve ziyadan ve yahut bütünü ziyadan dolayı, kurtarana “sorumluluk yüklenemeyeceği” belirtilmektedir.⁷⁵ Maddede hiçbir ihmali veya kusurlu olma durumları gibi istisnai haller belirtilmeden bir sorumlu tutulmama⁷⁶ hali belirtilmektedir. Oysaki 1989 Kur-

⁷⁴ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 7, TTK madde 1301.

⁷⁵ TURKS 2015 madde 3.

⁷⁶ TURKS 2015 kurtarma formuna benzer bir şekilde sorunlu Fransız Standart Kurtarma Formudur. Bu formda da kurtarana yönelik “sorumlu tutulmama (*hold harmless*)” maddesi mevcuttur. Buna göre, “merhametsiz (*draconian*)” olarak adlandırılan bu madde ile kurtarılan, kurtarma faaliyetinden doğan tüm zarar için sorumludur. Eğer bir kurtaran kasıtlı veya ağır ihmali sergilerse (en ileri kusur derecesi olup sadece profesyonel kurtaranlar için geçerli olmak üzere) kurtaran kurtarma ücreti talep etme hakkını kaybeder. Bu doğrultuda Moussu-Odier'e göre, Tojo Maru olayındaki kurtarma hizmeti eğer Fransız standart formu ile verilmiş olsaydı, kurtaranı zarardan sorumlu tutmak mümkün olmazdı. Bkn Moussu-Odier, Françoise, La responsabilité de l'assistant in: Mateesco-Matee, M. (ed.), Ann. Droit Mar.Aer., Tome II, (Paris: Pedone, 1975), 301-306; Mudric, Miso, **The Professional Salvor's Liability in the Law of Negligence and the Doctrine of Affirmative Damages**, Schriften zum See- und Hafenrecht, band 20, Universität Hamburg 2013, s. 215; Ancak Mudric, Fransız formunda yer alan gibi bir sorumlu tutulmama maddesi için savunulabilir bir gerekçe olmadığını ve bu kuralın geçersiz olduğunu belirtmektedir. Bkn Mudric, s. 215.

tarma Konvansiyonu madde 8(1)'de ve TTK'nın madde 1303(1)(a) gereğince kurtarana kurtarma faaliyetlerini gerekli özenle yerine getirme yükümlülüğü getirmektedir. Elbette, TURKS 2015 madde 3'te belirtilen kurtarana yönelik bu sorumlu tutulmama hali normalde 1989 Kurtarma Konvansiyon pence-resinden bakıldığında madde 6(1)'e göre kurtarma sözleşmelerinin iptali ve uyarlanması ile çevre zararının önlenmesi veya sınırlandırılması için gerekli özen borcu dışında Konvansiyon hükümlerinin birçoğu kontrat ile konvansi-yon dışında bırakılır. Bu madde de belirtilen sorumlu tutulmama hali de bu kapsama girebilir. Ancak TURKS 2015 madde 3'te belirtilen kurtaranın sorum-lu tutulmama durumu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 115 kapsamın-da değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁷

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 115(1)'e göre “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin ola-rak hükümsüzdür*”. Ayrıca madde 115(3)'te “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izin-le yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”. Bundan dolayıdır ki TURKS 2015 madde 3'te kurtarana yönelik sorumlu tutulmama hükmü hem ağır kusur hem de hafif kusur bakımından geçersiz olacaktır.⁷⁸ Aynı maddenin devamında taraflara çevre zararının önlenmesi ve sınırlandırılması için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü sağlamaktadır. Ancak formda gemiyi ve diğer eşyayı koruyup emniyetli şekilde yüzer duruma getirme hususundaki yüküm-lülüğe dair bir ifade bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurtarana yüklenen çevre zararının önlenmesi ve sınırlandırılmasıyla birlikte gemi ve diğer eşyaya yö-nelik ilgili yükümlülüğü gerekli özen (*due care*) ya da en iyi gayret/çaba (*best endeavours*) standartlarından⁷⁹ biri kullanılarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanu-

⁷⁷ Selek, s. 42.

⁷⁸ Selek, s. 43.

⁷⁹ Dünyada kullanılan standart kurtarma formlarında kurtarana kurtarılan eşyalara yönelik bazı özen standartları ile yükümlüdürler. LOF 2020'de a ve b maddelerinde, ABD'de kullanılan formlardan olan Yat Kurtarma Sözleşmesi Standart Formu (*Standart Form Salvage Contract*), kurtarılanın eşyalarının korunması konusunda “... için çabalamak” kavramını kullanırken, US Open Form'da (*MARSALV Formu*) ilk maddesinde kurtaranlara kurtarılanın eşyalarının korunması konusunda en iyi çaba kavramını (*best endeavors*) kullanmaktadır. ABD'de kullanılan bir diğer kurtarma formu olan Standart Form Marine Salvage Contract'ta (*SALVCON 89*) madde 1'de gayret (*endeavor*) ifadesi kullanılmaktadır. Yine ABD'de eğlence amaçlı ve küçük ticari tekne/yatlara yönelik düzenlenen *Standart Form Yacht Salvage Contract*'da madde 1'de gayret (*endeavor*) ifadesi kullanılmaktadır. Japon kurtarma (2007-JSE) formunda kloz 1'de en iyi gayret (*best endeavors*) ifadesi kullanılmaktadır. Çin'de kullanılan 1994-Beijing Form'da madde 1'de gerekli özen (*due care*) ifadesi kullanılmaktadır. Almanya'nın Hamburg For-munda madde 1'de en iyi gayret (*best endeavors*) ifadesi kullanılmaktadır. İskandinav ülkelerinin

nu ve 1989 Kurtarma Konvansiyonu gerekliliği de sağlanmış olacaktır. KEGM bünyesinde kurtarma hizmetleri profesyonel olarak verildiğinden dolayı en uygun özen gösterme yükümlülüğü olarak en iyi çabanın aranması gerektiği düşünülmektedir.

TURKS 2015 madde 7’de İstanbul mahkemelerinin yetkili mercii ve sözleşmenin, TTK hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir (madde 5). TURKS 2015’te belirtilen sorumlu tutulmama maddesi ile oluşan haksız koşullar yaratarak deniz çevresini korumak için gerekli özeni gösterirken gemi ve diğer eşyanın kurtarılmasında kurtaranın yükümlülüğünü kaldırmasından dolayı ül kemizin taraf olduğu 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 7(a)⁸⁰ çerçevesinde mevcut yaptırma tabi tutulabilir.

bb. Çevre Zararının Önlenmesi ve Sınırlandırılmasına Yönelik Özen Gösterme Yükümlülüğü

Madde 3 son paragrafında, tarafların çevre zararının önlenmesi ve sınırlandırılması hususunda özen standardı olarak gerekli özeni gösterme yükümlülüğü getirilmiştir. Burada kullanılan kurtarılanaya yönelik gerekli özen yükümlülüğü ifadesi kullanımı doğru olduğu düşünülebilir. Ancak ISU üyesi KEGM profesyonel olarak hizmet verdiği için, kurtarana yönelik gerekli özeni gösterme yükümlülüğü bir üst özen standardı olan en iyi çabalar (*best endeavors*) ifadesi ile değiştirilip yeniden düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

Madde 6’da özel tazminat ve kurtarma ücreti hesaplanmasına yönelik kıstasların TTK’nın dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Burada TTK değiştirilerek yerine 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 13 (kurtarma ücreti kıstasları) ve madde 14’e (özel tazminat) atıfta bulunulması yerinde olacaktır.

cc. Hakem Ücreti

Madde 7’de “*Hakemlere hüküm altına aldıkları meblağın toplam %12’si üzerinden hakem ücreti ödenir*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre hakem ücreti, hakemlerin hükmedecekleri kurtarma ücretinin %12’si olacak şekilde belirlenmektedir. Bu durum hakemlerin tarafsızlığına gölge düşürebilmektedir.

(Sweden, Norway, Denmark) Scandinavian Salvage Agreement madde 1’de en iyi gayret (*best endeavors*) ifadesi yer almaktadır. Fransa’da kullanılan French Form olarak adlandırılan (*Form of Maritime Salvage Agreement/Contrat D’Assistance Maritime*) madde 1’de en iyi gayreti (*best endeavors*) belirtmekle birlikte madde 6’da “kişilerin hatasından, öngörülemeyen durumlardan veya herhangi bir mücbir sebepten kaynaklansa bile, kaptan operasyondan oluşan, kendi gemisine olduğu gibi üçüncü tarafa da verilen herhangi bir zarardan sorumlu olacaktır ifadesi geçmektedir.

⁸⁰ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 7(a): *Sözleşmelerin iptali ve uyarlanması; (a) Eğer, sözleşme, tehlikenin etkisi altında veya gereksiz bir etki altında yapılmışsa ve hükümleri hakkaniyete aykırı ise, ya da ... iptal edilebilir ya da uyarlanabilir.*

Hakemleri haksız kararlar vermeye teşvik edebileceği kaygısını oluşturmaktadır. Oysaki hakem ücretleri diğer ülkelerde⁸¹ olduğu gibi kurtarma ücreti üzerinden değil de dava değeri üzerinden hesaplanması daha adil olacaktır.

b. Türkiye'de Mevzuat Gereği Kamu Müdahalesi

Uygulamaya bakıldığında mevzuat veya kamusal emir durumuna örnek olarak, liman başkanlıkları verilebilir. Liman Başkanlıklarının tasarrufları hususunda Limanlar Yönetmeliği madde 46(3)'te liman idari sahası içerisinde tehlike oluşturan gemi ve deniz araçları ile ilgili olarak: *'Sürüklenme, karaya oturma, yangın, çatışma, batma tehlikesi gibi durumların; seyir emniyeti ile can, mal, deniz ve çevre güvenliği açısından tehlike oluşturması halinde liman başkanlığınca resen kurtarma işlemi başlatılır. Bunun dışındaki hallerde gemi ve deniz aracı ilgilileri 72 saat içinde kurtarma talebi yapmaz ise liman başkanlığınca resen kurtarma işlemi başlatılacağı'* belirtilmektedir.⁸²

Ayrıca Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Yönetmeliği madde 16(1)'de:

'Geçiş sırasında kaza ve arıza İstanbul ve Çanakkale Boğazlarından geçen kaza, arıza, zorunlu demirleme gibi bir nedenle uğraksız geçişi bozulan gemi, ilgili TBGTH Merkezine hemen bilgi vererek tavsiye ve talimat isteyeceklerdir. İlgili TBGTH Merkezince kendilerinin ve çevrenin güvenliğini sağlayacak önlemler tamamlandıktan sonra kılavuz kaptan alacaklar ve geçişin tamamlanması için öngörülenleri yerine getireceklerdir' şeklinde belirtilmektedir. Buna göre boğazlardan geçen gemiler yukarıda belirtilmiş nedenlerden dolayı uğraksız geçişi bozulması durumunda ilgili TBGTH Merkezine bilgi verecek tavsiye ve talimat isteyecek ve geçişin tamamlanması için öngörülenleri yerine getirme yükümlülükleri vardır' denilmektedir.

Yine Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Yönetmeliği Uygulama Talimatı madde 17(b)(5):

'İstanbul ve Çanakkale Boğazları ile Yönetmelikte belirtilen demir alanlarında; çatma, karaya oturma, yangın ile kıyıya temas halinde gemiye/gemilere, ilgili liman başkanlığı tarafından resen kurtarma hizmeti verilir. Bu durumlarda, KEGM tarafından sualtı sörveyleri dahil kurtarmaya yönelik tüm tespit ve incelemeler yapılır' denilmektedir.

⁸¹ LOF ve diğer ülkelerin ulusal formları gibi.

⁸² Limanlar Yönetmeliği madde 46(3) (Değişik: RG-24/9/2019-30898).

Örneğin boğazlarda karaya oturan ya da çatışan bir gemi boğazlar bölgesinde kurtarma tekel hakkı bulunan KEGM marifetiyle liman başkanlığı tarafından verdirilecek kurtarma faaliyetini gemi kaptanının talebi, onayı olmamasına rağmen mecburen kabul etmek durumunda kalacaktır. Kurtaran tarafından verilecek bu kurtarma hizmeti sonunda da kurtaran kurtarma ücreti veya özel tazminatı talep edebilecektir.

1989 Konvansiyonu, kamu makamlarının denetimdeki veya kamu makamlarınca yürütülen kurtarma faaliyetlerine yönelik herhangi bir ulusal ya da uluslararası konvansiyon hükümlerini etkilememektedir.⁸³ Ancak, kamu makamlarının denetiminde olan kurtarma faaliyetlerini yürüten kurtaranların Konvansiyon kapsamındaki hak ve hukuki imkanlardan faydalanabilecektir.⁸⁴

c. Yabancılık Unsuru ve Uygulanacak Hukuk

1 Temmuz 2012 tarihinde yeni TTK yürürlüğe girmesiyle beraber kurtarma bölümü (1298-1319. maddeler) 1989 Konvansiyonu maddeleri tercüme edilmek suretiyle olduğu gibi iç hukukumuzda girmiştir. Ardından 27 Haziran 2015 tarihinde 1989 Konvansiyonuna Konvansiyonun 30. maddesinde ifade edilen iç sular, kültürel ve arkeolojik varlıklarla ilgili hususları uygulama dışında bırakacak çekince ile taraf olmuştur. Konvansiyona taraf olduğumuzdan *lex fori* ilkesi gereği,⁸⁵ kamu veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi ayrımı yapılmaksızın doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. TTK kurtarma hükümleri ise konvansiyonu tamamlamak üzere konvansiyonun açık bıraktığı ya da çözümü iç hukuka gönderdiği (bıraktığı) durumlar⁸⁶ hariç olmak üzere zımnen ilga edilmiştir.

Konvansiyonun uygulama alanına bakıldığında madde 2'de ifade edildiği üzere, uyuşmazlıkların Konvansiyon kapsamına giren konularla ilgili olarak bir taraf devlette adli dava açılması veya tahkim yoluna başvurulması halinde uygulanacaktır.

Türk karasularında ve münhasır ekonomik bölgesinde gerçekleşebilecek yabancılık unsuru içeren bir kurtarma faaliyetinde taraflarca uyuşmazlık ile ilgili olarak tahkim veya mahkemeye gidilmesi durumunda uygulanacak hu-

⁸³ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 5(1).

⁸⁴ 1989 Kurtarma Konvansiyon madde 5(3).

⁸⁵ Atamer, s. 833.

⁸⁶ Örneğin kurtarma ücretinin kurtarma gemisinin personeli arasındaki paylaşırma işlemi, sözleşmenin kapsamına girmeyen hususlar gibi.

kukun tespitinde öncelikle kurtarma hizmetinin bir sözleşme üzerine yapılma durumuna bakılır. Uyuşmazlık tahkim ya da mahkemeye intikal ettirildiği hallerde sözlü ya da yazılı bir sözleşme yapılmaması durumunda (arızı kurtarma) 1989 Kurtarma Konvansiyonu doğrudan uygulanacaktır⁸⁷ (Anayasa madde 90. maddesinin 5. fıkrası ve 2675 sayılı MÖHUK 1. maddesinin 2. fıkrası gereğince). Ancak kurtarma faaliyetlerinin kurtarma sözleşmesine dayandırıldığı yabancılık unsuru içeren, uyuşmazlığın Türk tahkim veya mahkemelerine intikal ettirildiği vakalarda, öncelikle tarafların imzalamış olduğu kurtarma formunda ifade edilen hukuk uygulanacaktır. Şayet tarafların anlaşmış oldukları kurtarma formunda bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda, MÖHUK 24(4) madde gereği, karakteristik edim borçlusunu olan kurtaran, ticari veya mesleki faaliyet olduğu hallerde uyuşmazlığa, kurtaranın işyeri hukuku uygulanacağı kabul ifade edilmektedir. Ayrıca 1989 Kurtarma Konvansiyonu'nun madde 6(1)'de Konvansiyon hükümlerinin, tarafların açıkça veya örtülü bir şekilde aksi kararlaştırmadığı takdirde kurtarma sözleşmelerine uygulanacağı belirtilmektedir.

1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 5'te belirtilen Kurtarma faaliyetlerinin resmi makamlarca veya resmi makamların kontrolü altında yapıldığı durumlar hususunda üç şey amaçlanmaktadır. Birincisi bu tür faaliyetlerde Konvansiyon hükümleri ve ulusal mevzuat arasındaki çatışmaları önlemek. İkincisi bu tür kurtarma faaliyetleri icra eden özel kurtaranlar konusunda Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını garanti altına almak. Üçüncüsü doğrudan kurtarma faaliyetlerini yapan resmi mercilere uygulanacak Konvansiyondaki kuralların uygulanabilir ulusal mevzuatlara temellendirilmesi gereğidir.⁸⁸

Resmi mercilerin kurtarma faaliyetlerini kontrol etmek istemesinin birçok sebebi olmakla beraber ülkeden ülkeye değişmektedir. Bu sebeplerden en önemlileri seyrüsefer emniyeti, gemiler ve bunların içinde bulunan kültürel, tarihi veya arkeolojik bir karakteristiğe sahip kargo yüklerinin korunmasıdır.⁸⁹

III. ARIZI (SÖZLEŞMESİZ) VE SÖZLEŞMELİ KURTARMA

Arızı/Sözleşmesiz kurtarma (*pure/non-contractual salvage*) eşya malikleri ile kurtaran arasında sözleşmenin olmadığı ancak aralarındaki ilişkinin hukuk yoluyla zımni olarak var olduğu anlamına gelen kurtarma türüdür. Başarılı ol-

⁸⁷ Atamer, s. 832.

⁸⁸ Berlingieri, s. 81.

⁸⁹ Berlingieri, s. 81.

ması durumunda kurtaran ücret alma hakkı kazanmaktadır. Bu kurtarma türü Roma dönemlerinde popüler iken günümüzde gittikçe daha az kullanılmaktadır.⁹⁰ Önceden var olan bir sözleşme olmadan kurtaran tarafından sağlanan “arızı kurtarmayı (*pure salvage*)” kurtarma hizmetleri sözleşmesi altında ifa edilen “sözleşmeli kurtarmadan (*contract salvage*)” ayırmak gerekir.⁹¹

İngiliz ve Amerikan kurtarma hukukuna sözleşmeli kurtarmada (*contract salvage*) sıklıkla kullanılmakta olan ve kutsal sayılan “*no cure-no pay* (faydalı netice yoksa, ödeme yok)” kelimeleri ile düzenlenen ve arızı kurtarma (*pure salvage*) kavramları yerleşmiştir.⁹²

Kurtarma ücretine (tamamen başarıya dayalı) ilişkin önceden bir anlaşma veya düzenlemenin yapılmadığı ve tehlikedeki eşyaya gönüllü hizmet sağlandığı durumlarda sözleşmesiz/arızı kurtarma söz konusudur. Kurtaran, o andaki şartlara bağlı olarak kurtarılan gemi ve kargo maliklerinin talebi veya bilgisi olmadan da kurtarma faaliyeti yürütebilir. Bu tür faaliyetler, hukuki anlamda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 526. maddesi⁹³ gereği vekaletsiz iş görme niteliğindedir. Ancak yapılan faaliyetin karşılığında şartlara göre bir kurtarma ücreti ya da özel tazminat istenebileceğinden, genel hükümlerden kısmen farklı sonuçlar öngörülmüştür.

Kurtarma hizmetleri için ödenecek ücretin miktarına ilişkin taraflar dostane bir anlaşmaya varamaz ise geriye sadece ücret miktarının belirleneceği mahkeme yardımına başvurma alternatifi kalacaktır. Bu miktara kurtarma ücreti denir. Arızı kurtarma alacağının geçerli olması için davacının eşyayı zayi olma veya hasar riskine sokan bir deniz tehlikesinin varlığını, kurtarma hizmetlerinin gönüllü sağlandığını ve eşyayı kurtarmada tam veya kısmi bir başarı sağlandığını ortaya koyması gerekir. Herhangi bir unsurun yokluğu veya kurtarma için sözleşmenin varlığı arızı kurtarma ücreti talebini engelleyecektir.⁹⁴

Öte yandan, söz konusu taraflar hak ve yükümlülükleri, verilecek hizmetlerin özellikleri, bir uyumsuzluğun doğması durumunda başvurulacak çözüm yol-

⁹⁰ Jin Han, Xian: **Environmental Salvage Award: A New Challenge for the Traditional Salvage System**, South East Asia Journal of Contemporary Business, Economic and Law, Yıl: 8, Sayı: 4, 2015, ss. 32-37, s. 33.

⁹¹ Davies, s. 465.

⁹² Brice, Geoffrey: **A Time for Change? No Cure-No Pay” No Good?**, Tulane Law Review, Yıl: 73, 1999, ss. 1831-1861, s. 1832.

⁹³ Türk Borçlar Kanunu m 526: ‘*Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*’

⁹⁴ Zubic, s. 170.

larının yanı sıra kurtarma ücreti miktarı veya nasıl hesaplanacağına ilişkin sözlü veya yazılı olarak kontrat yoluyla anlaşabilmektedir. Bu kurtarma türüne sözleşmeli kurtarma (*contract salvage*) denilmektedir. Bu tür kontratlarda, kurtarma ücretine önceden karar verilebilir veya ücret konusu açık bırakılabilir. Açık bırakıldığında tahkim veya gerektiğinde mahkemelere başvurarak kararlaştırılabilir.⁹⁵ Kontratın yazılı olmasına gerek olmamasına rağmen bunun delili açık olmak zordur.⁹⁶ Sözleşme ve şartlarının mevcudiyetini kanıtlama yükü kontrat altında bir hak iddia eden kişiye ve dolayısıyla genellikle kurtarana aittir.⁹⁷

Türkiye’de gerçekleştirilecek sözleşmesiz/arızı kurtarma vakalarında Türkiye’nin 1989 Kurtarma Konvansiyonuna taraf olması ve taraf olmadan önce konvansiyonun hükümlerinin olduğu gibi iç hukuka geçirilmesiyle birlikte konvansiyon hükümleri uygulanmaktadır. Ancak sözleşmeli kurtarmanın varlığı halinde Konvansiyonun yanı sıra ilgili sözleşmede geçen maddelere göre tahkim yeri ve maddeler kapsamındaki hükümler geçerli olacaktır. Konvansiyon hükümlerinin birçoğu bir kontrat ile konvansiyon dışında bırakılarak geçersiz kılınabilmektedir.⁹⁸ (Madde 6(1)).

A. Sözleşmeli Kurtarma Tanımı ve Mahiyeti

On dokuzuncu yüzyıla kadar, resmi bir kurtarma anlaşması yapıldığına dair resmi kayıtlarda veya kitaplarda yazılı bir delil bulmanın hemen hemen imkansız olduğu belirtilmektedir.⁹⁹ Nitekim on dokuzuncu yüzyılda buhar gücü ile çalışan deniz araçlarının ortaya çıkışı ile birlikte potansiyel kurtaranlar, daha güvenilir ve kontrol edilebilir sevk gücü yolları ve dolayısıyla da daha etkin kurtarma yöntemleri elde etmeye başladı.¹⁰⁰ Bu yüzyılda ortaya çıkan bu buharlı deniz araçları, özellikle de buharlı römorkörler konusunda büyük bir gelişim yaşanmasıyla beraber böyle bir aracın temini, kurtarma hizmetlerinde gemi maliklerinin mahkeme tarafından hükmedilen tazminattan büyük bir pay almalarına yol açacak kadar önemli bir unsur haline gelmiştir.¹⁰¹

⁹⁵ Parks, Alex L/Cattell, Edward V: **The Law of Tug, Tow, and Pilotage**, 3. Baskı, Cornell Maritime Press, Centreville: Maryland 1994, s. 1101.

⁹⁶ Parks/Cattell, s. 1103; *The Graces*, (1844) 2 W.Rob. 294.

⁹⁷ Parks/Cattell, s. 1103; *The Comanche*, 75 US 448(1869); *Kimes v. United States*, 1953 AMC 1335, 207 F 2d 60 (2nd Cir. 1953); *Lago Oil Transport Co., Ltd. v. United States*; *Sears v. American Procuders*, 1972 AMC 1647 (ND Cal. 1972).

⁹⁸ Rose, s. 93.

⁹⁹ Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 321.

¹⁰⁰ Rose, s. 359.

¹⁰¹ Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 321.

Sözleşmesel koşullar, tarafların aralarındaki ilişkiyi, bu düzenlemelerdeki bağlayıcı hükümlere bağlı kalınması şartıyla, kanunlardaki koşulların ilerisine taşınmalarına olanak sağlar. Kurtarma sözleşmesinin formuna ilişkin olarak, herhangi bir kanun veya uluslararası hukuki düzenleme, bir yazılı ve/veya zorunlu formu kurtarma sözleşmesinin geçerliliği için şart olarak koşmamaktadır. 1989 Kurtarma Konvansiyonunda, “sözleşme (contract)” kelimesinin tanımı, içeriği, kimler tarafından yapılıp kimleri ne şekilde bağlayacağını açıklama gereği duyulmamakla birlikte bu hususlar ülkelerin ulusal hukuk kurallarına bırakılmıştır. Kurtarma sözleşmesi, kurtarma hukukuna özgü, müstesna ilkeler geçerli olmadığı sürece, sözleşme hukukunu yöneten genel prensipler mucibince akdedilip yorumlanmaktadır.¹⁰²

Türk doktrininde, tehlike içerisinde bulunan bir geminin üçüncü bir şahıs veya gemi maliki tarafından kurtarılması için ücret tespiti ederek ya da etmeyerek gerçekleştirilen mukavele olarak tanımlanmaktadır.¹⁰³ İngiliz hukukunda kurtarma sözleşmesinin tanımı, esas olarak eşya için verilen kurtarma hizmetlerine ilişkin ödenecek kurtarma ücretini belirten, ancak kurtarma ücretini açıklamak için gerekli diğer koşulları ki bu koşullardan biri eşyanın en azından bir kısmının, yani deniz aracı kargo ya da navlunun korunması olmak üzere hiçbirisi üzerinde durmayan bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁴ Bu şekilde ücretin varlığının kabulü ödenecek miktarın belirlenmesinin gerekmediği, bu miktarın tespitine ilişkin esasların belirlenmiş olması yeterlidir.

Her ne kadar kurtarma ücreti alacağı bir sözleşmeden bağımsız olarak ortaya çıkabilecek bir hak olsa da uygulamada, kurtarma hizmetlerinin büyük bir kısmında hatta belki de çoğunluğunda özellikle profesyonel kurtaranların bu hizmetlere müdahil olmaları halinde kurtarma ücreti bir kurtarma sözleşmesi ya da anlaşmaya göre belirlenmektedir.¹⁰⁵

Kurtarma için sözleşme yapılırken koşul ve şartların belirlenmesi, birincil olarak sözleşmeyi yapan tarafların yükümlülüğündedir. Ancak herhangi bir anlaşmanın yokluğunda sözlü veya zimni kabul veya kurtarma faaliyetinin başlatılması karşısında pasif tutum olması halinde, kurtarma hususundaki anlaşma geçerli sayılacaktır. Kurtarılan açık bir şekilde yardım çağrısında bulun-

¹⁰² Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 322.

¹⁰³ Kender, Rayegan, **Denizde Kurtarma ve Yardım (1910 Tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Türk Hukuku'na Göre)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1962, s. 73.

¹⁰⁴ Rose, s. 334-355.

¹⁰⁵ Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 321.

duğunda, bu genel olarak kurtarma hizmeti için açık teklif ve kurtaranın, bu durumda kurtarma operasyonuna başlaması zımni olarak kabul edilir. Eğer hizmetler herhangi bir sözleşme öncesinde icra edildiyse, müteakip yapılacak sözleşme sadece gelecekteki olayları kapsar. Kurtaran sözleşmeden önceki haklarını korumuş olur.¹⁰⁶ Sözleşme usulüne bağlı olmaksızın, taraflar, standart sözleşme formları da dahil olmak üzere, ilişkilerini düzenleme konusunda serbesttirler.¹⁰⁷

B. Kurtarma Sözleşmesinin Kurulması

Seyir ve deniz aracı rotalarının doğa koşullarına fazlasıyla bağımlı ve haberleşmenin kolay olmadığı zamanlarda, kurtarma faaliyetleri günümüzde olduklarından çok daha belirsiz ve kontrolsüz olup, çoğu zaman plansız kişisel hizmetler şeklini almaktaydı. Bu koşullar, yani kurtarana yüklenen borç ve yükümlülükler bilhassa kurtarma görevini yerine getirecek kişilerin kurtarma hizmetlerini başarılı bir şekilde üstlenecek kadar yeteneklerine güvenemediklerinden dolayı, kurtarma faaliyetlerinden önce sözleşme hazırlanmasına engel teşkil eder nitelikteydi.¹⁰⁸

Geçmişten günümüze bakıldığında iki farklı kurtarma türü bulunmaktadır. Bunlar sözleşmesiz/arızı ve sözleşmeye dayalı yani sözleşmeli kurtarmadır. Kurtaranın gönüllü olduğu, önceden var olan bir sözleşme olmadan kurtaran tarafından sağlanan “arızı kurtarmayı (pure salvage)” kurtaran ile tehlikedeki gemi arasında kurtarma çabasına ilişkin bir anlaşma ile kurtarma sözleşmesi altında ifa edilen “sözleşmeli kurtarmadan (contract salvage)” ayırmak gerekir.¹⁰⁹ Belirttiğimiz üzere sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı olması şart değildir. Ancak buna rağmen anlaşmalar genellikle yazılıdır veya yazıya geçirilmiştir. Uygulamada, örneğin telsiz (vhf radio/telephone) üzerinden yapılacak kayıtlı olarak sözlü bir şekilde yardım talebi ve belli bir form üzerinde mutabık kalınması durumunda ilgili formun geçerliliğini sağlamak için yeterli olacaktır.¹¹⁰

¹⁰⁶ Mandaraka/Sheppard, s. 510.

¹⁰⁷ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 6(1).

¹⁰⁸ Rose, s. 359 (Kurtarma sözleşmelerde en azından bir özen standardı olarak gerekli özen (*due care*) veya en iyi çaba (*best endeavours*) standardı gerektirdiği için).

¹⁰⁹ Davies, s. 465.

¹¹⁰ Cherbourg Mahkememesi radyo ile ‘Lütfen acele geliniz’ mesajını yollayan ve LOF formu üzerinde mutabık kalan geminin kurtarma yapıldıktan sonra LOF formu imzadan imtina etmesi haksız bulunmuştur. (5.7.1957), Informateur 19.10.1959 no. 483; Tekil, Fahiman, **Deniz Nakliyatında ve Sigorta Hukukunda Kurtarma ve Yardım**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1966, s. 190.

19. yüzyılın son çeyreğinin başlarında kurtarma ve römorkaj hizmetlerini profesyonel olarak temin eden uzmanların ortaya çıkması ve bu gelişmenin olumlu sonuçları, mahkemelerin profesyonel kurtaranlara karşı ılımlı ve teşvik edici tutumuna da yansımıştır. Bu değişimlere bağlı olarak yaşanan bir gelişme, standart kurtarma sözleşmelerinin kullanılmaya başlanmasıdır.¹¹¹ Profesyonel kurtaranlar ilk olarak 1875 yılında ortaya çıktı ve yüzyılın sonuna doğru standart kurtarma sözleşmelerini kullanmaya başladılar.¹¹² Standart kurtarma kontratların kullanımını belirleyen düşünce *Gold*'un belirttiği gibi yaygın bir şekilde kabul edilen standart kontrat formu olumsuz koşullar altında kurtarma anlaşmasının kabulünü temin etmenin en iyi yolu olduğu¹¹³ düşüncesiydi. Kurtarma sözleşmesi yapılmasıyla, kurtarma hizmeti talep edenin, sonradan o verilen hizmetin bir kurtarma hizmeti değil de bir römorkaj hizmeti olduğunu iddia etme durumu ortadan kaldırır. Bu durumdan dolayı iki nokta ortaya çıkmaktadır. Bunlar: (1) Sözleşme yapıldığı anda, yardım talep edenin tehlike içinde bulduğunun ve (2) Kurtarma hizmetini kabul ettiğini gösterir ki bu şekilde hukuken aranan tehlike ve makul ve açık mümanaat bulunmaması hususlarını tahakkuk ettirmektedir.¹¹⁴

Elbette, Konvansiyon hükümlerinin birçoğu taraflar arasında yapılacak bir kontrat ile konvansiyon dışında sözleşme yaparak geçersiz kılınabilir.¹¹⁵ Günümüzün modern kurtarma uygulaması yaygın olarak bu şekildeki sözleşmelerle yürütülmektedir.¹¹⁶

Dünyada en yaygın kullanılan kurtarma formu "*faydalı netice yoksa, ödeme yok (no cure-no pay)*" ilkesini barındıran LOF¹¹⁷ kurtarma sözleşmesidir.¹¹⁸ LOF İngiliz yargı yetkisini ve Londra tahkimini öngörmektedir.¹¹⁹ LOF sözleş-

¹¹¹ Rose, s. 359.

¹¹² Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 321.

¹¹³ Gold, Edgar: **Marine Salvage: Toward a New Regime**, Journal of Maritime Law and Commerce, Yıl: 20, Sayı: 4, Ekim 1989, ss. 487-503, s. 487, 488.

¹¹⁴ Kender, s. 76.

¹¹⁵ Londra Kurtarma Konvansiyon m.6(1) "*Kurtarma Sözleşmeleri: Bu Konvansiyon, sözleşmede açıkça veya örtülü başka şekilde kararlaştırılmadığı kapsamda, kurtarma faaliyetlerine uygulanır.*"

¹¹⁶ Rose, s. 93.

¹¹⁷ Lloyd's Open Form ilk defa 1890 yılında kullanılmış ve o tarihten bu yana defalarca değiştirilmiştir. En dikkat çekici şekilde 1980 daha sonra sırasıyla 1990, 1995, 2000, 2011 yıllarında gözden geçirilerek güncellenmiştir. Son değişikliklerle birlikte LOF'un en güncel versiyonu LOF 2020'dir.

¹¹⁸ Daines, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Graham-Daines-Scopic-Paper.pdf>, erişim tarihi 17 Nisan 2022.

¹¹⁹ Daines, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Graham-Daines-Scopic-Paper.pdf>, erişim tarihi 17 Nisan 2022.

mesi kadar yaygın kullanımı olmasa da diğer bazı ülkelerin de kendilerine özgü milli formları kullanılmaktadır.¹²⁰ Türkiye’de *No cure- No Pay* temelinde TURKS 2015¹²¹ kurtarma formu kullanılmaktadır.

Dünyada kullanılan bazı milli kurtarma formlarına örnek olarak ABD (*US Open Form (MARSALV), SALCON-89, BOAT/US*),¹²² Çin (*Beijing Form*), Rusya (*Moscow Form*), Japonya (*Japan Form/JSE 2007*), Ukrayna (*Ukraine Form*), Almanya (*Hamburg Form*), Fransa (*French Form*), İskandinav ülkeleri (*Scandinavian Form*) gibi formları gösterilebilir. Ülkemizde geçmişten günümüze kronolojik olarak sırasıyla Denizcilik Bankası T.A.O Kurtarma ve Yardım Mukavelenamesi, ardından TOF ve en son güncel olarak kullanımı devam eden TURKS 2015 formları kullanılmıştır. Yerleşmiş farklılıklara rağmen, tüm kurtarma sözleşmesi türleri normalde tarafların hak ve yükümlülükleri, kurtarma ücreti ve olası anlaşmazlıkları çözüme kavuşturma yolları ile alakalı hükümleri içerir.

C. Verilen Hizmetlerin Türleri

Kurtarma hizmetleri genelde kurtaranlar tarafından yüklenilen çeşitli ey-lemelerden oluşur. Kurtarılanın eşyasına zarar gelmesini engellemenin yanı sıra

¹²⁰ Gold, s. 488.

¹²¹ Kullanıma ilk olarak Denizcilik Bankası T.A.O. Kurtarma ve Yardım Mukavelenamesi olarak düzenlenip ardından Kurtarma Yardım Sözleşmesi ya da diğer adı Türk Tıp Kurtarma Sözleşmesi (Turkish Open Form-TOF) olarak değiştirilip en son 13 Mart 2015 tarihinden günümüze yürürlükte olan Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS-2015), 2015-6/9 Sayılı Toplantıda 2015-49 Sayılı Karar ile kabul edildi.

¹²² ABD’de açılan LOF ve Londra kurtarma tahkiminin hukuki reddi kararlarıyla birlikte tahkim hususunda bir boşluk oluştu. Bu boşluğun doldurulması amaçlanarak Londra tahkimine ve LOF’a alternatif olarak sırasıyla üç farklı tahkim ve form düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, 1963’te kurulmuş olan Denizcilik Hakemleri Derneğinin (*Society of Maritime Arbitrators/SMA*) 1 Mart 1996 tarihinde oluşturulan, Kod adı: “MARSALV” olan US Open Form Kurtarma Sözleşmesidir. Diğeri ise, Birleşik Devletler Tekne Malikleri Derneğinin (*Boat Owners Association of the US*) oluşturduğu BOAT/US Standart YAT Kurtarma Sözleşmesidir (*BOAT/US Standart Form Yacht Salvage Contract*). Bu formlar Denizcilik Hakemleri Derneği (SMA) tarafından kabul edilerek, himayesi altında yayınlanmıştır. Her iki form esasında eğlence deniz araçlarının kurtarılmasında kullanılmaktadır. Ancak istenilirse tüm deniz araçlarının kurtarılmasında da kullanılabilir. Yine aynı dönemde ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla üçüncü alternatif olarak, Miami Denizcilik Tahkim Konsülü (*Miami Maritime Arbitration Council/MMAC*) 1996’da Londra ve New York’ta ki tahkimlere yerel bir alternatif olarak oluşturmak için kuruldu. Miami Denizcilik Tahkim Konsülü (MMAC) bu süreçte oluşturduğu standart tahkim kuralları ile uyumlu olarak kullanılabilir bir kurtarma formu olan SALCON/89 Açık Form Kurtarma Sözleşmesini (*SALCON/89 Open Form Salvage Agreement*), 1996’da yürürlüğe koymuştur. SALCON/89 formu MARSALV formuna benzer olmasına rağmen SALCON/89 formu bazı önemli farklılıklar içermektedir. Genel tasarım ve amacı açısından benzer olmalarına rağmen SMA, BOAT/US ve MMAC tahkim sistemleri arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bkn Cattell, Edward V: **Recreational Vessel Salvage Arbitration: An Interim Report**, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Yıl: 29, Sayı: 2, 1998, ss. 257-265, s. 257-258.

(yangın söndürmek, çatışmayı engellemek, batmayı engellemek, karaya oturmasına engel olmak vs.), kurtarılan sıklıkla bazı ek hizmetleri (tekne ve makinelerin kısmi tamiri, kurtarılan bir deniz aracının denize elverişliliği için gerekli malzemelerin tedarik edilmesi vs.) yerine getirmesi de istenir ve genelde kurtarılan eşya (deniz aracı, yük, ekipman) sorumlu kişiye (teslim noktasında veya taraflar tarafından mutabık kalınan bir noktada) teslim edilene kadar, bu eşyalara nezaret (emanet) etmesi beklenir. Bundan dolayı, kurtarma sözleşmeleri birkaç farklı sözleşme türünde sınıflandırılabilir.¹²³

Uygulamaya baktığımızda kurtarma sözleşmeleri genel olarak dört farklı şekilde düzenlenebilmektedir. Bunlar: (a) faydalı netice-yoksa, ödeme yok sözleşmeleri (*no cure-no pay*); (b) götürü usulü sözleşmeleri (*lump-sum contracts*); (c) günlük kiralama sözleşmeleri (*the Daily-hire contracts*) ve (d) zaman ve materyal sözleşmeleridir (*time and material contracts*).

Götürü, günlük kira veya zaman-materyal ücret temelli kontratlar kurtarılan işe göre kazanacağı ücrete yönelik açıklık sağlamaktadır. Bu yüzden faaliyet esnasında yapılacak işin kapsamına ilişkin gemi maliki/sigortacı rehberliği üzerine anlaşılabilir veya tarafların belirlediği program uyarınca çalışabilir. Bu kontratların kullanımı yapılacak işin risk seviyesine ve türüne bağlıdır.

Sabit fiyatlı götürü usulü kurtarma kontratları vaka sırasında önceden yapılan araştırma ve durum tespitiyle belirlenerek kanıtlanan (acil batma riskinin düşük olduğu) kaza alanında açık ve istikrarlı bir şekilde müzakere edilebilir. Bu şartlar altında koşulları dikkate alarak Tekne&Makine (*H&M*) sigortacısı malike kurtaran tarafından önceden belirlenen fiyatı kabul etmesini tavsiye edebilir. Dolayısıyla, sigortacı önceden malike ödenecek tazminat miktarını kabul etmiş olmaktadır. Bu sayede, verilecek hizmetle ilgili durum tespit sonuçları ile belirlenecek ücretle kurtarılan (teklif süreci söz konusu olduğunda) teklif ettiği işin kapsamını ve maliyetlerini garanti edebilecektir. Bu şekilde, uygun bir fiyat teklif edebilecek veya malikin teklif ettiği ücreti müzakere edebilecektir.

Kurtaranın makul maliyet ile başarılı faaliyet ifa etme güveni sağlama durumu kontrat için önemli bir arka plandır. Bu yüzden, koşulların aciliyeti, belirsizliği ve değişkenliği sabit bir ücret belirlemeye engel teşkil edebilmektedir. Böyle bir kontrat altında faaliyet gösteren kurtaranın karşılaşılabileceği risklerden biri oldukça dikkatli bir araştırma gerektiren ön kaza değerlendirmesinin kötü olması riskidir. Alandaki değişen koşullar başka bir risk unsuru-

¹²³ Mudric, s. 163.

dur. Bu yüzden kontratta sorunsuz geri çekilme şartı olmalıdır. Aksi takdirde kontrattan geri çekilmek kurtaranın ödeyeceği büyük zararlar ile sonuçlanabilir. Ayrıca, sabit ücret-götürü müzakeresi için az sayıda kurtaranın olduğu daha az rekabetin olduğu durumlar gemi malikleri için fahiş olabilir. Sabit fiyatlı götürü kontratlarının enkaz kaldırma faaliyetlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır.¹²⁴

Günlük kira kontratları belirsizliğin olduğu vakalarda kurtaranlar için önemli bir ödeme temeli olabilmektedir. Genellikle kurtarma seçeneklerinin sınırlı olduğu ve zaman faktörünün önemli olduğu durumlarda değerlendirilmektedir. Gemiye kurtarma ihtimalinin düşük olduğu durumlarda kurtaran için en iyi seçeneğin günlük kira temelinde kontrat olacaktır. Ancak, Olsen'in belirttiği üzere, bu düzenleme sigortacılar tarafından maliyet tazminatı alma zorluğu nedeniyle gemi maliki açısından tercih edilmeyebilir.¹²⁵ Ona göre, bunun nedeni bu koşullarda genellikle yapıldığı üzere kontrat temelinde römorkör tedarikinin kurtarma kapsamında değerlendirilmediği için sigortacılar tarafından önleme veya en aza indirme maliyetlerinin tazminatını engelleyecek olmasıdır.¹²⁶ Bu tür kontratlarda kiralama zamana yayılmış bir kar marjı ve açık programı olan günlük tarife şeklindedir. Açık program olasılıklara karşı faydalı bir araçtır. Kurtarma faaliyetinin başarısına olan güvenin azaldığı ve nihai başarıya ilişkin şüphelerin olduğu durumlarda günlük kira temelinde taraflar arasında önceden bulunan düzenlemeleri değiştirmek için kullanılabileceğini belirtmektedir. Kurtaranın tüm faaliyeti yönetme ilgisini kaybettiği ve büyük kayıplar yaşamadan ifa edebileceğini düşündüğü iş kısmını seçtiği durumlarda da kullanılabilir. Bir kaza araştırması yapılacak ve plan belirlenecektir. Buna göre, önceden yapılmış düzenlemeler varsa bu kontratlar değiştirilecektir.¹²⁷

¹²⁴ Olsen, Richard F: **LOF, SCOPIC and Wreck Removal**, Shipwrecks in International and National Law Focus on Wreck Removal and Pollution Prevention, papers from a seminar, Kasnas, Finland, edited by Rak, Henrik and Wetterstein, Peter, Turku: Åbo Akademi University, Institute of Maritime and Commercial Law 2008, ss. 189-202, s. 191-192; Umbdenstock, Bob, **'Salvage Contracts: Why Terms Matter (Part II)'** (The Arbitrator, April 2006) 9, https://www.smany.org/pdf/THE_ARBITRATOR_APR2006_BACK_THROUGH_OCT1999.pdf, erişim tarihi 20 Nisan 2022.

¹²⁵ Olsen, s. 192; Umbdenstock, **'Salvage Contracts: Why Terms Matter (Part II)'** (The Arbitrator, April 2006) 9, https://www.smany.org/pdf/THE_ARBITRATOR_APR2006_BACK_THROUGH_OCT1999.pdf, erişim tarihi 20 Nisan 2022.

¹²⁶ Olsen, s. 192; Umbdenstock, **'Salvage Contracts: Why Terms Matter (Part II)'** (The Arbitrator, April 2006) 9, https://www.smany.org/pdf/THE_ARBITRATOR_APR2006_BACK_THROUGH_OCT1999.pdf, erişim tarihi 20 Nisan 2022.

¹²⁷ Umbdenstock, **'Salvage Contracts: Why Terms Matter (Part II)'** (The Arbitrator, April 2006) 9, https://www.smany.org/pdf/THE_ARBITRATOR_APR2006_BACK_THROUGH_OCT1999.pdf, erişim tarihi 20 Nisan 2022.

Bir diğer kontrat türü olan tüketilen zaman ve materyal temelli ödeme deniz kurtarılmasında başka bir alternatiftir. Kaza alanındaki koşullar belirsiz olduğunda ve kurtaranlar için kapsamını kesin olarak belirleyemediğinde Zaman&Materyal (T&M) kontratları yapılabilmektedir. Ayrıca, tarafların faaliyet kontrolünün gemi maliki/sigortacı tarafından sağlanabileceği üzerinde anlaşıldığı veya faaliyetin otoriteler tarafından yürütülebileceğine yönelik kuvvetli bir ihtimalin olduğu durumlarda T&M tercih edilmektedir. Kontrat, koşullara bağlı olan maliyet ve materyallerin tazminatı odaklıdır. Taraflar kullanılan tam zaman ve müteakip harcamalar için tarifeler belirleyecektir. Tarifelerde kurtaranın hesaplayacağı bir kâr marjı bulunabilir.

T&M kontratları kurtaranı beklenmedik iş uzamalarından ve kontratın iptaline neden olacak şekilde koşulların kötüleşmesinden koruyacaktır. Günlük kira kontratlarında olduğu gibi T&M müşteri faaliyet incelemesi üzerine hükümler içerebilir ve fatura teslimi ve hesaba periyodik ödemeler için kesin tarihler belirtebilmektedir.¹²⁸ Bu tür kontratın özellikleri dikkate alındığında genellikle çevre tehlikeleri ve özellikle sızıntı olaylarına müdahaleyi amaçladığı görülmektedir. Bu kontrat LOF ve onun eki olan SCOPIC Klok ile örneklenebilir. SCOPIC tarifeleri kirliliği önleme faaliyetine devam etmek için gerekli teşviki sağlamaktadır.

Uygulamada zaman ve materyal kontratları yaygın şekilde ABD’de OPA-90 hükmü altında kullanılmaktadır. Alaska’daki “Exxon Valdez” kazasının ardından ABD OPA-90’ı yürürlüğe koydu. Ancak bu yeni politikaya Kasım 2007’de San Francisco Körfezinde gerçekleşen Cosco Busan petrol döküntüsü neden olmuştur.¹²⁹ Buna göre, gemi maliklerinin acil müdahale için önceden kontrat yapmasını gerektirmektedir. 2014’ten beri, ABD limanlarını ziyaret edecek tüm tanker tipi dışındaki maliklerin Petrol Sızıntısı Müdahale Şirketleri (*Oil Spill Removal Organization-OSRO*) ve diğerleri ile ve ABD sahil güvenlik tarafından listelenen kurtaranlar ile aynı yıl teslim edilen acil müdahale planları (*vessel response plan/vrp*) uyarınca önceden kontrat yapması gerekmektedir. OPA-90-kontratları ‘TOWCON’, ‘WRECKHIRE’, veya LOF ve dolayısıyla eki olan SCOPIC Klok temelinde tarafların ticari tarifeler üzerinde anlaşabileceğini göstermektedir.¹³⁰

¹²⁸ Umbdenstock, ‘Salvage Contracts: Why Terms Matter (Part II)’ (The Arbitrator, April 2006) 9, https://www.smany.org/pdf/THE_ARBITRATOR_APR2006_BACK_THROUGH_OCT1999.pdf, erişim tarihi 20 Nisan 2022.

¹²⁹ De La Rue and Anderson, s. 599.

¹³⁰ US Non-Tank Vessel Response Plan - 2013 Final Rule - UK Club FAQs.

Standart açık form kontratının değerlendirilmesinin güçlü bir başarı ihtimali olduğunda yapılması muhtemeldir, aksi takdirde kurtaran “faydalı netice yoksa, ödeme yok” ilkesi altında teşviki kaybedecektir. Kurtarılabilecek değerlere ve büyüyen çevre felaketi tehdidinde ilişkin sorular olduğunda kontrat işe yaramayacaktır. Kurtaran harcamaları karşılığında makul bir ücret bile alamama riskine girmektedir. Şüphesiz SCOPIC bu durumu kurtaranların riske ettiği birçok şeye rağmen düzeltmektedir.

Götürü, günlük kira veya zaman&materyal tazminatı temelli kontratlar kurtarana verilen işe göre kazanacağı ücrete yönelik açıklık sağlamaktadır ve bu yüzden faaliyet esnasında yapılacak işin kapsamına ilişkin gemi maliki/sigortacı rehberliği üzerine anlaşılabilir veya tarafların belirlediği program uyarınca çalışabilir. Bu kontratlar yapılacak işin risk seviyesine ve türüne bağlıdır. Kurtaran için daha az riskin ve diğer taraf için daha fazla riskin olduğu durumlarda kontratlar yapıldığında ücretin daha makul olması beklenebilir. Durum aksi haldeyse, sigortacılar alternatif kontratlar imzalamayı ve LOF’dan kaçınmayı tercih edebilecektir.

D. Profesyonel Olan/Olmayan Kurtarma Hizmetlerinin Kurtarma Ücretine Etkisi

20. yüzyıldaki uluslararası konvansiyonlar, teknolojik gelişme ve artan maliyetlerden kaynaklanan ve gitgide artan talepler sıklıkla kendisinden daha değerli kargo yükü taşıyan daha geniş ve pahalı deniz taşıtları, ham petrolün taşınması ve tanker kazalarında çevresel felaketlerin oluşma riski, kurtarma operasyonlarının gittikçe büyüyen masrafları, personel eğitimi ve ekipman alımı konusunda gitgide artan ihtiyaç ve diğer faktörler kurtarma endüstrisinin sürdürülebilir geleceğini tehdit etmektedir.¹³¹ 1989 Kurtarma Konvansiyonu düzenleninceye kadar, 1910 Kurtarma Sözleşmesi çerçevesinin yeterli olup olmadığı konusunda önemli ölçüde endişelere neden oldu. Faydalı netice yoksa ödeme yok (*no cure-no pay*) ilkesinin kurtarma işletmeleri için yeterli bir teşvik sağlamaya kendi başına yeterli olup olmadığı konusunda çeşitli çıkar grupları duydukları şüpheyi ifade ettiler.¹³²

Kurtarma ücretini belirleme ölçütleri Anglo-Sakson hukuku uygulamalarından yola çıkarak,¹³³ 1989 Kurtarma Konvansiyonununun madde 13(1)

¹³¹ Kerr, Michael: **The International Convention on Salvage 1989- How it Come to be**, Int&Comp. L.Q., Yıl: 39, Sayı: 3, 1990, ss. 530-556, s. 532.

¹³² Kerr, How It to Be Come, s. 532.

¹³³ Mandaraka-Sheppard, s. 546.

içerisinde düzenlenmektedir.¹³⁴ Madde 13(1)'de listelenen ölçütlerin her birine ayrı ayrı bakılması gerekmektedir. Ancak, 13.1 maddesinin değerlendirmesinde ön planda dikkate alınması gereken iki konu bulunmaktadır. İlk olarak, "kurtarma faaliyetlerini teşvik edici" kavramının her durumda ön planda olmak zorunda olduğudur. İkinci olarak da 13.1 maddesinde belirtilen ölçütlerin sıralamasının ücretin belirlenmesiyle alakalı olmadığı hususudur.¹³⁵ Ücret, ilgili faktörlerin her biri hakkında karara bağlanan miktarların toplamı değil bir mahkemenin veya tahkimin belirtmesi istenen yegâne miktar olmalıdır. Hâkim veya hakemler çeşitli ölçütlerin önemlerini ayrı ayrı değerlendirirse de karar verilecek ücret miktarının tek olması gerekliliği belirtilmektedir.¹³⁶

Maddede ifade edildiği üzere bu ölçütlerin sunulduğu sırasının onların daha önemli ya da daha önemsiz olduklarını göstermemektedir. Ayrıca, yine maddede açıkça ifade edilmese de bu ölçütlerin hepsini dikkate almak da gerekli değildir.¹³⁷ Nitekim bunlardan birçoğu özel durumlar için geçerli değildir. Örneğin, kurtaranların profesyonel olmadığı durumda veya çevreye zarar gelme durumu olmadığına bu ölçütlerin bir kısmı konu dışı kalacaktır.¹³⁸

Rose, kurtarma ücretinin belirlenmesinde üç öncülden bahseder. Bunlar sırasıyla: (1) Kurtarılanın gördüğü faydanın karşılığının ödenmesi; (2) Kurtarana sağlanan hizmet için ücretinin ödenmesi ve (3) Ücret kamu politikasını yansıtmasıdır. Kurtarma hizmetlerini teşvik etme amaçlı yüksek ücretler

¹³⁴ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 13(1)'de: "Kurtarma Ücreti, gösterildikleri sıralama dikkate alınmaksızın, kurtarma faaliyetlerini teşvik edici bir anlayışla aşağıdaki ölçütler göz önünde tutularak belirlenir:

- (a) Gemi ve diğer eşyanın kurtarılan değeri,
- (b) Kurtaranların, çevre zararının önlenmesi veya azaltılması için göstermiş oldukları çaba ve beceri,
- (c) Kurtaranın elde ettiği başarının derecesi,
- (d) Tehlikenin niteliği ve büyüklüğü,
- (e) Kurtaranların gemi, diğer eşya ve insan yaşamı kurtarmada göstermiş oldukları çaba ve beceri,
- (f) Kurtaranların harcadıkları zaman, yaptıkları giderler ve uğradıkları zarar,
- (g) Kurtaranların yüklendikleri sorumluluk rizikoları ve kendileri veya teçhizatlarının maruz kaldıkları diğer rizikolar,
- (h) Verilen hizmetlerin çabukluğu,
- (i) Kurtarma faaliyetlerine ayrılan gemilerin ve diğer teçhizatın kullanıma hazır bulundurulması ve kullanılması,
- (j) Kurtaranların teçhizatının hazırlıklı olması, etkinliği ve değeri."

¹³⁵ Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 161.

¹³⁶ Berlingieri, s. 102.

¹³⁷ Berlingieri, s. 101.

¹³⁸ Berlingieri, s. 101.

vermeye yönelik kamu politikası denizcilik mahkemelerinden kaynaklanan eski bir ilkedir.¹³⁹ Kurtarma Konvansiyonuna madde 13(1)'de doğrudan eklenmiştir.

Kurtarma hukukunda kurtarma hizmetlerinin sağlanmasını teşvik etmek için kamu politikasının uygulanması genelde cömert bir şekilde bir ödüllendirme olarak bilinmektedir. Ancak, değerlendirme sürecine başka özel politikalar getirilmiştir. Kurtaranın çevre zararını önleme veya azaltma çaba ve becerilerini dikkate alan madde 13(1)(b)¹⁴⁰ kriteri de bir kamu politikası olarak değerlendirilebileceği için kamu politikaları ilkesinin önemli olduğu söylenebilir.¹⁴¹

Madde 13 (1)'de sonradan "ölçütlerin" sıralanmasının yanı sıra ücretin değerlendirilmesinde cömert olunarak kurtarma operasyonlarının teşvik edilmesi hususunun genel bir prensip olması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu kuralı tasarlayanların aklında yaralılara nispeten daha hızlı ulaşabilecekleri dünya çapındaki noktalarda ekipmanlarını verimli çalışma koşullarında tutabilmek için önemli masraflar yapmak zorunda olan profesyonel kurtaranların olduğu açıktır. Bu durum, madde 13 (1)'de sıralanan kriterlerden bazılarının çevreye gelecek zararı engellemek veya en aza indirmek için gerekli yetenek ve çaba (madde 13(1)(b)), verilen hizmetlerin çabukluğu¹⁴² (madde 13(1)(h)), kurtarma faaliyetleri için kullanılmak üzere gemi veya diğer ekipmanların kullanıma hazır bulundurulması ve kullanımı (madde 13(1)(i)), teçhizatının hazır olması, etkinliği ve değeri (madde 13(1)(j)) gibi sadece profesyonel kurtaranlarla alakalı hususlar olması ile doğrulanır.¹⁴³

Hizmetlerin 7/24 asli işi olarak kurtarma faaliyeti için belli istasyonlarda konuşlanmış sürekli ekipman malzeme, personel eğitimleriyle vs. güncellenen profesyonel kurtaranlar tarafından verilen hizmetler ile tehlike altında olan gemiye nispeten yakın bir yerde seyreden profesyonel olmayan yolcu veya kargo gemisi tarafından yapılmasına (hizmetlerde daha fazla yakıt kullanılması ve

¹³⁹ Rose, s. 627.

¹⁴⁰ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 13(1)(b): "*Kurtaranların, çevre zararının önlenmesi veya azaltılması için göstermiş oldukları çaba ve beceri.*"

¹⁴¹ Rose, s. 627.

¹⁴² 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 13(1)(h). Hızlılık kavramı denince yardım talebi ile gemi(ler) in ve kurtaranların diğer ekipmanlarının olay yerine varması arasında geçen süre veya kurtarma operasyonlarının tamamlanması için gereken süre olarak anlaşılabilir. Örneğin, kurtaranın bir tehlike çağırısına müdahale ettiği durumlarda hızlı bir şekilde müdahale etmesi teşvik edilecek bir şeydir. Belirli bir davada kurtaranın araç, denizci ve ekipmanları çabucak hizmete sokması benzer bir şekilde önemlidir. Öte yandan, kurtaranın belirli bir davada yavaş hareket etmesi ücretin azaltılmasına neden olacaktır. Bkn Berlingieri, s. 101; Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 166.

¹⁴³ Berlingieri, s. 101.

hizmeti yapan geminin seyirinde gecikmeler olmasına göre) bağlı olarak ücret değerlendirmesi farklı olup, profesyonel kurtarana verilecek kurtarma ücreti profesyonel olmayan kurtarana göre daha fazla olacaktır.

Örneğin, Rusya Federasyonu donanmasına bağlı nükleer denizaltı olan Kursk'u¹⁴⁴ kurtarmaya karar verdiğinde (Barents Denizi, 2001), Rus deniz kuvvetlerinde mevcut tüm deneyim, personel ve ekipmana karşın, operasyonu gerçekleştirmesi için profesyonel bir kurtaran çağrılmıştı. Costa Concordia karama oturduğunda (Tiren Denizi, 2012) İtalya Cumhuriyeti'nin elindeki tüm imkân ve kaynaklara karşın, kurtarma operasyonunu planlaması için profesyonel kurtaranlarla temas kurulmuştu. Bu örnekler, hassas kurtarma operasyonlarının bu alanda yeterli seviyede uzmanlaşmış kişiler tarafından yürütülmesi gerektiğinin açık bir göstergesidir. Her kurtarma şirketi Kursk'un kaldırılmasını ya da Costa Concordia'nın yeniden yüzdürülmesini başaramazdı. Öyle ki, bunlar uzun yıllar süren sürekli eğitim, yeni kurtarma tekniklerinin gelişimi ve pratik deneyim istemektedir. Tüm bu unsurlar sürekli bir finansal yatırımı gerekli kılar. Bu finansal unsur, profesyonel kurtarma girişimlerini teşvik etmek için kurtarma ücretlerini iyileştirilirken mahkeme ve tahkim kurulları tarafından da göz önünde bulundurulmuştur.

E. No Cure - No Pay İlkesi

Asırlar boyunca kurtaranlar tarafından denizde "faydalı netice yoksa, ödeme yok (*no cure - no pay*)" temelinde eşya kurtarıldı. Başarılı olduğunda bir kamu politikası olarak kanunlar onları teşvik etmek için cömert bir şekilde ödüllendirdi.¹⁴⁵

Kurtarma endüstrisinde, kurtarma ücreti taraflar arasında dengeyi yakalamak için etkin bir hukuki sistem gerektiren kurtarılan ve kurtaranların çıkarlarına ilişkin temel bir konudur. Geleneksel kurtarma sisteminde, olgunlaşmış ve nispeten etkin bir standart kurtarma ücreti vardı. Faydalı netice yoksa, ödeme yok (*no cure, no pay*) ilkesi, yerleşmiş ücret kriterleriyle özellikle eşya kurtarmada kurtarılan ve kurtaranlar arasındaki çıkar dengesini oluşturmada önemli bir rol oynamaktadır¹⁴⁶ Deniz kurtarması faaliyetlerinde faydalı netice elde

¹⁴⁴ K-141 Kursk Rus Donanmasına bağlı, nükleer denizaltıdır. 12 Ağustos 2000 tarihinde Barents Denizi'nde yürüttüğü bir torpido eğitimi sırasında meydana gelen patlama sonucunda batmıştır. Vakada denizaltının tüm personeli hayatını kaybetmiştir. Kursk Submarine Disaster, Britannica, <https://www.britannica.com/event/Kursk-submarine-disaster>, erişim tarihi 20 Nisan 2022.

¹⁴⁵ Bishop, Archie, 'Places of Refuge-Environmental Salvage' (CMI Yearbook 2009 Part II - Comité Maritime International 2009), 201, https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/YBK_2009.pdf, erişim tarihi 14 Nisan 2022.

¹⁴⁶ Han, s. 32.

etme gerekliliği faaliyetin vasıflandırılmasında ve ortaya çıkan ücret görevi için bir yasal koşul oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin tüm uluslararası konvansiyonlarında ortaya çıkan ve deniz kurtarmasının temelini oluşturan, dogmatik bir varlık olarak doktrin tarafından kabul edilen geleneksel¹⁴⁷ “ *faydalı netice yoksa, ödeme yok (no cure-no pay)*” ilkesidir.¹⁴⁸

Faydalı netice-yoksa, ödeme yok (*no cure-no pay*) şeklindeki açık formlar (*open form*), genelde herhangi bir sonucun alınıp alınmayacağına belirli olmadığı ya da hizmetin sonunda verilecek olası ücretin ne kadar olacağına bilinemediği durumlarda kullanılmaktadır.

Seyir emniyeti, kurtararı teşvik ve kurtarılan varlıkların korunması yoluyla gerçekleştirilen “*faydalı netice yoksa, ödeme yok (no cure, no pay)*” ilkesi ikiye ayrılabilir. İlk olarak, değerli bir varlığın kurtarılması ile elde edilen başarı; ikinci olarak da bu faydalı sonucun tam olarak sağlanan hizmetler sayesinde (faydalı hizmet) elde edilmesidir. Ancak, kurtarma faaliyetinin başarısına ilişkin olarak, tam veya bütün olmak zorunda değildir.¹⁴⁹

Brüksel Kurtarma Konvansiyonunun imzalandığı yıl olan 1910 döneminin denizcilik gerçekliği ile Londra Kurtarma Konvansiyonunun 1989 yılı gerçekliğinden bütünüyle farklıdır. Bilim ve teknolojinin gelişmesiyle, artan gemi trafiğinin yanı sıra başta petrol ve türevleri olmak üzere taşınan tehlikeli ve kirlenici kargoların artan çeşitliliği ve miktarı nedeniyle deniz taşımacılığı endüstrisinde çevre kirliliği ciddi bir problem haline gelmiştir. Tüm bu gelişmelerle birlikte Kerr’in ifade ettiği gibi, sadece faydalı netice amaçları için deniz kurtarmasına ilişkin bir paradigma değişikliği olmuştur. Daha önce bahsedilen ilke günümüzün sosyo-çevresel gerçekliğine uyarlama amacıyla bir dönüşüm içerisindedir.¹⁵⁰ Bu yüzden “*no cure, no pay*” kuralının yerleşmesine rağmen yıllar içerisinde özellikle 1980’den beri kuralın önemli istisnalarının ortaya çıktığı görülmüştür. Bu istisnalar denizciliğin modern koşullarında, özellikle deniz çevresine gelebilecek zararlardan koruma hususunda geliştirilmiştir. Bunlar;

¹⁴⁷ The Admiralty Commissioners v M/V Valverde vakasında Lord Roche: “*Kurtarmanın özünün faydalı netice yoksa, ödeme yok (no cure-no pay) olması yeterince doğrudur. Eşya kurtarılmadıysa ve bir alacaklı kurtarma yapmadıysa veya emniyetine katkı sunmadıysa normal şartlar altında kurtarma ücreti veya işgücü karşılığı bir alacak hakkına sahip olmaz.*” (1938) AC 173, 202; Baughen, s. 292.

¹⁴⁸ Zanella, Tiago V: **Marine Salvage and the Protection of the Marine Environment**, Advanced and Ocean Engineering, Yıl: 3, Sayı: 4, 2014, ss. 41-49, s. 42.

¹⁴⁹ Vincenzini, Enrico, **International Salvage Law**, Informapub (London: Lloyd’s of London Press), U.K. 1992, s. 60-61.

¹⁵⁰ Kerr, Donald: **The Past and Future of of No Cure No Pay**, Journal of Maritime Law and Commerce, Yıl: 23, Sayı: 3, 1992, ss. 411-427, s. 414.

İngiliz İctihat Hukuku,¹⁵¹ LOF 80,¹⁵² 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde altında Özel Tazminat (*Special Compensation*)¹⁵³ ve SCOPIC¹⁵⁴ Kloz'dur.¹⁵⁵

¹⁵¹ Brice, İngiliz İctihat Hukukunda, başarısızlık durumunda da ücret temin eden bir sözleşme ile özel bir kurtarma sözleşmesi olabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle, faydalı netice yoksa, ödeme yok (*no cure, no pay*) kuralı çok önemli olmadığını ancak garanti edilen ücretin varlığının kurtarma ücreti seviyesini etkileyeceği ifade edilmektedir. Bkn Brice, A Time For Change, s. 1835.

¹⁵² LOF 80, diğer bir deyişle "emniyet ağı (*safety net*)" 1(a) maddesi ile yeni bir kavram ortaya çıktı. Buna göre, gemi malikleri kurtaranın harcamalarını tazmin etmelidir. Kurtaranın çabaları sonucunda ortaya çıkan değere bağlı olarak %15'e kadar ek bir destek sağlamaktadır. Bu kavrama "emniyet ağı (*safety net*)" denildi. Ancak bu çözüm sadece geminin tipine (tanker) ve hizmetlerin nerede gerçekleştirildiğine ilişkindir. Deniz çevresine bir zarar tehdidinden bahsedilmiyordu. Bkn Brice, A time for Change, s. 1836.

¹⁵³ 1989 Kurtarma Konvansiyonunda ki en önemli yenilik, gemi malikinin çevreye zarar tehdidi arz eden veya kargosunda kurtarma faaliyetleri ifa eden bir kurtarana "özel tazminat (*special compensation*)" ödemesi gerektiren madde 14'ün dahil edilmesidir. Madde 14'te belirtilen "özel tazminat (*special compensation*)" ifadesindeki "özel (*special*)" kelimesi çevre kurtarmasının niteliğini açığa vurmaktadır. Yani tazminat kurtarma faaliyetinin başarısına bağlı değildir. Gemi malikinin kirlilik mağdurları tarafından açılacak muhtemelen başarılı olacak hukuk davalarına maruz kalmaktan kurtarıldığı için özel tazminat alacaklısı veya gemi maliki çevresel kurtarmadan dolayı fayda görmektedir. Bu dolaylı faydalardan dolayı bu tazminatın "faydalı netice yoksa, ödeme yok (*no cure, no pay*)" kuralına bağlı olmadığı için kurtarının özel olarak tazmin edilmesi için bir ön gereklilik değildir. Bkn Davies, s. 479; Chen, Liang: **Salvage**, The Int. Journal of Marine and Coastal Law, Yıl: 16, Sayı: 4, 2001, ss. 686-698, s. 687; Madde 14 altında yeni olan özel tazminat tarafından sunulan "Emniyet Ağı (*safety net*)" tanımında bazı eksiklik, problem ve belirsizlikler vardır. Bunlar; bölgesel sınırlandırmalar sorunu, esaslı maddi zarar kavramı sorunu, çevre zararı tehdidi tanımlama sorunu, uygun bedelin tespiti sorununun yanı sıra standart davalarda bile özel tazminatın belirlenmesi kayda değer bir zaman alması ve neredeyse her zaman avukatları ve muhasebecileri içeren bir süreç olmaktadır. Bunun sonucu olarak pahalı ve hizmetlerin tamamlanmasının ardından aylar ve bazen yıllar geçene kadar ne kadar özel tazminat olacağı taraflar için tamamen belirsiz olması sebebiyle kurtaranlar için uygulamada pek cazip gelmemektedir. Bkn Bishop, Archie: **The Development of Environmental Salvage and Review of the London Salvage Convention 1989**, Tulane Maritime Law Journal, Yıl: 37, Sayı: 65, 2012, ss. 65-101, s. 75; Mandaraka-Sheppard, s. 555-556.

¹⁵⁴ 1989 Uluslararası Kurtarma Konvansiyonunun çevresel hizmetler için özel bir tazminat sağlayan 14. maddesi hem çeşitli güçlükler çıkarmaktaydı hem de uygulamada çok yaygın bir şekilde kullanılmıyordu. Buna bağlı olarak, madde 14'ün uygulanmasındaki belirsizliklerin ve boşlukların üstesinden gelmek için, Amerikan profesyonel kurtaran, avukat ve ISU Başkanı olan Arnold Witte tarafından başlatılarak kurtarma endüstrisi tarafından (LOF 2011 ve LSSAC 2011 geçen haliyle) "Scopic Clause" ya da (bizzat kendi içinde geçen şekliyle SCOPIC 2011) "SCOPIC Kloz (*SCOPIC Clause*)" olarak bilinen bir kloz üretti. İfadesel olarak tekil gibi görünse de SCOPIC Kloz aslında birçok kloz türün (maddenin) bir araya getirildiği bir bütündür. SCOPIC Kloz resmi olarak 1999 Ağustos'ta yürürlüğe girmiştir. Şu anda SCOPIC 2020 olarak bilinen en güncel haliyle, tarafların istemesi durumunda, bütünüyle bir parça olarak LOF 2020'de yer almaktadır. "SCOPIC" kelimesi, her ne kadar klozun kendi için açıklanmasada, "Özel Tazminat Koruma ve Tazmin Kulübü Klozu (*Special Compensation P&I Clause*)" sözcüklerinin baş harflerinden türetilmiştir. SCOPIC iki işleve sahiptir. 14 no.lu maddenin hükmünün büyük bir kısmının yerine geçmek üzere tasarlanmıştır. Ancak, SCOPIC'in uzun adında, 14 no.lu maddenin, bizzat yetkilendirdiği çevresel hizmetler için verilen ücretleri tanımlamak için kullandığı "özel tazminat (*special compensation*)" ifadesine yer verilmesini talihsizlik olarak belirtmektedir. SCOPIC'in ana işlevine gelinecek olursa bu, madde 14'ün dayandığı gibi bir çevre zararı tehditi olsun ya da olmasın, kurtaranlara belirli bir ölçüye göre hesaplanacak, teminat altına alınmış bir ödeme şekli sağlamaktır. Bkn Rose, s. 431; Brice, A Time for Change, s. 1839.

¹⁵⁵ Brice, A Time for Change, s. 1833-1834.

Çevreyi korumaya, doğru, güncel yönetime paralel olarak muhtemel kirlenmeler üzerine arttırılmış cezalar ve yükümlülükler uygulanmakla birlikte kurtaranlar ile deniz çevresi koruyucularına uluslararası konvansiyonlar yoluyla ek teşvikler verilmektedir.¹⁵⁶

F. Sözleşme Özgürlüğü

1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 2’de belirtildiği üzere bir Taraf Devletinde kurtarmaya ilişkin adli dava açılması veya tahkim yoluna başvurulmasıyla uygulanmaktadır.¹⁵⁷ Bu duruma yönelik madde 7’de belirtilen sözleşmelerin iptali ve uyarlanması hususu ile madde 6.3’te ifade edilen çevre zararının önlenmesi veya azaltma hususu gibi belirtilen iki istisna¹⁵⁸ dışında Konvansiyon kontrat özgürlüğü ilkesini ihlal etmemektedir.¹⁵⁹

Konvansiyon hükümlerinin birçoğu taraflar arasında yapılacak bir kontrat ile geçersiz kılınabilir. 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 6(1)’de, yapılacak sözleşmede açıkça veya örtülü başka şekilde kararlaştırılmadığı kapsamda, kurtarma faaliyetlerine uygulanabileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁰ Başta LOF olmak üzere günümüzün modern kurtarma uygulaması yaygın olarak bu şekilde sözleşmelerle yürütülmektedir.¹⁶¹ Bu sayede kurtarma endüstrisinde kullanılan formların varlığı korunmuş olmaktadır.¹⁶² Ancak madde 6(3)’te, bu sözleşme özgürlüğü madde 7’de ifade edilen sözleşmelerin iptali ve uyarlanması ile çevre zararını önleme veya azaltma yükümlülüklerini etkilemeyeceği hükümleriyle sınırlandırılmıştır.¹⁶³

G. Sözleşmeyi Temsilen Yapmaya Yetkili Kişiler

Kurtarma formunun yapılmasında temsil yetkisi 1989 Konvansiyonun madde 6(2)’de açıkça belirtilmiştir. Buna göre kaptan, kurtarma faaliyetleri için geminin maliki adına sözleşme yapmaya yetkilidir. Geminin maliki ya da kaptan, gemideki eşya maliki adına bu sözleşmeleri yapmaya yetkili olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁴

¹⁵⁶ Chen, s. 686.

¹⁵⁷ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 2.

¹⁵⁸ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 6 (3).

¹⁵⁹ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 6 (1).

¹⁶⁰ 1989 Kurtarma Konvansiyon madde 6(1).

¹⁶¹ Rose, s. 93.

¹⁶² Gaskell, s. 12.

¹⁶³ Atamer, s. 855.

¹⁶⁴ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 6(2).

H. Tehlikenin Haksız Etkileri Altında İmzalanan Anlaşma

Konvansiyonun madde 7(a)'da, bir sözleşme veya sözleşmenin her hangi bir hükmünün tehlikenin etkisi altında veya gereksiz bir etki altında yapılmışsa ve hükümleri hakkaniyete aykırı ise o sözleşmenin iptal edilebileceği ya da uyarlanabileceği belirtilmektedir.¹⁶⁵ Bu madde öncelikle tehlikenin haksız etkileri altında anlaşmanın imzalandığını ve anlaşma şartlarının adaletsiz olduğunu kanıtlama yükünü taşıyan kurtarılan eşya maliklerini korumayı amaçlamaktadır.¹⁶⁶ 'Tehlikenin etkisi' ifadesinin dayandığı ilk koşul, sözleşme imzalandığı esnada kurtarılacak geminin karşı karşıya kaldığı tehlike sebebiyle, davacının irade veya muhakeme gücünün önemli derecede etkilenmiş veya bastırılmış olmasını gerektirmektedir. Bu durumda ispat yükü davacının üzerindedir.¹⁶⁷

Bütün kurtarma formlarının bir tehlike etkisi altında imzalandığı açıktır. Çünkü, şayet bir gemi veya kargo tehlike altında olmazsa bu kargo ve gemi maliki kurtarma sözleşmesini imzalama niyetinde olmayacaktır. Ancak tehlike seviyesinin olduğundan daha büyükmüş gibi veya tehlikenin gerçekleşme ihtimalinin gerçekte olduğundan daha fazla gösterilmesi durumunda etki 'haksız' hale gelir. Böylesi bir ruh halinin gemi kaptanında meydana gelme olasılığı daha fazla olmasına rağmen bu durum geminin veya kargonun içinde bulunduğu tehlike seviyesinin farkında olmayan karadaki insanlarda da meydana gelebilir. Ancak anlaşmanın şartları adil ise, tehlikenin haksız etkileri altında kurtarma anlaşmasının imzalanması tek başına bu hükmün uygulanmasını gerektirmez.

I. Aşırı Ücret Miktarı

Madde 7(b)'de sözleşme, verilen hizmet karşılığındaki ödeme, fiilen verilen hizmetlere oranla aşırı derecede yüksek veya düşüğe iptal edilebilir ya da uyarlanabilir.¹⁶⁸ Bu hüküm hem kurtarılan gemi ve/veya diğer eşya maliklerini hem de kurtaranı korumakta olup normalde olağan dışı bir şekilde kurtarma faaliyetinden önce veya faaliyetin başlarında kararlaştırılan (veya hesaplama yöntemi üzerine karara varılan) ücretler için geçerlidir. Hizmetin en başında planlanandan daha kolay bir şekilde icra edildiğinin kanıtlandığı veya kurtaranın yaralıları emniyetli bir yere taşımak için gerekli hizmetlerin sadece bir

¹⁶⁵ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 7(a).

¹⁶⁶ Berlingieri, s. 87.

¹⁶⁷ Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 371.

¹⁶⁸ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 7(b).

kısımında yer aldığı durumlarda ücret miktarının aşırı derecede fazla olduğu kanıtlanabilir. Örneğin, kurtaran karaya oturan bir gemiyi yeniden yüzdürüyor. Ancak onun emniyetli bir yere taşınma işlemini yapamadığı için bu hizmet başkaları tarafından sağlanıyor. Gemiyi kurtarmak için gerekli olan hizmet en başta planlanandan farklı olduğu zaman ücret çok az olabilir.¹⁶⁹

J. Hile

Mahkeme bir tarafın hile ile yapmaya itildiği bir sözleşmeyi ya da hileli bir düzen oluşturacak etkiye sahip bir sözleşmeyi yürürlüğe koymayacaktır. Kurtaranlar tarafından kazazede gemi kaptanına sözleşme yapmayı kabul etmesi için rüşvet vermesi gibi durumlar örnek verilebilir.¹⁷⁰ Mahkeme bu tür sözleşmelerin yapılması ihtimalini azaltmak için itina göstermek zorundadır. Mahkeme, örneğin, eşya malikleri veya sigortacılar açısından bir dolandırıcılığa tekabül eden bir sözleşmeyi yürürlüğe koymayacaktır. Bu yüzden bu husustaki en küçük bir şüpheyi bile incelemesi gerekmektedir.¹⁷¹

IV. ÖZEN STANDARDI

A. Gerekli Özen ve En İyi Çabalar

1989 Kurtarma Konvansiyonu ve standart kurtarma formlarına bakıldığında genel anlamda iki farklı özen standardı ile karşılaşılmaktadır. Bunlar gerekli özen (*due care*) ve en iyi çaba(lar) (*best endeavors*) yükümlülükleridir. 1989 Kurtarma Konvansiyonu ile hem bir kurtarma hizmeti sırasında istenen genel özen standardı (madde 8(1a)), hem de çevresel bir hizmet sırasında istenen özen standardı için geçerli olmak üzere (madde 8(1b)), bir kurtarma hizmeti gerçekleştirilirken sergilenmesi gerekli olan özen gösterme yükümlülüğü, sözleşmesel ya da sözleşme dışı kurtarma faaliyetlerinde eşit derecede zorunlu asgari özen gösterme yükümlülüğü olup, bunlardan deniz çevresini korumaya ilişkin kısmı ayrıca doğrudan Konvansiyonda madde 6(3)¹⁷² uyarınca zorunlu kılınmıştır.

Gerekli özen, sözleşmesel veya sözleşme dışı bir yükümlülük çerçevesinde olağan seviyede makul (tedbirli) bir kişinin, diğerlerine bir zarar gelmesini

¹⁶⁹ Berlingieri, s. 88.

¹⁷⁰ Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 372.

¹⁷¹ Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 372.

¹⁷² 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 6(3) *Kurtarma Sözleşmeleri: Bu maddenin hiçbir hükmü, ne 7. maddenin uygulanmasını, ne de çevre zararını önleme veya azaltma yükümlülüklerini etkiler.*

önlemek adına, aynı veya benzer koşullar altında gerçekleştirdiği bir hareket ile kıyas edilebilir bir hareketin gerektirdiği özen standardı olarak tanımlanabilir. Bu durum, bir harekete dair nesnel bir değerlendirme olup, koşullar ve gerekli hareket hakkında öznel bir anlayıştan ziyade, makul bir kişiden beklenen standart performans ile gerçekleştirilen (ya da gerçekleştirilmeyen) performansın nesnel bir karşılaştırılmasıdır.¹⁷³

Özen gösterme yükümlülüğü, belirli bir özen standardına uygun olarak hareket etme konusunda sarıh veya zımni bir yükümlülüğü ifade eder. Özen standardı (*standart of care*) bir konuda bilgi (*knowledge*) ve gerekli çaba (*diligence*) gösterme yükümlülüğü hususuna dair bir ölçüt olarak kabul edilip belirli faaliyetlerin yerine getirilmesinde gerekli bilgi ve özen seviyesi belirlererek tanımlanmaktadır. Bu bilgi ve gerekli çaba seviyesi genel olarak, belirli bir şekilde hareket etmek için gerekli özeni/çabayı (*due care/to endeavour*) gösterme veya belirli bir performans sırasında tüm makul çabaları (*all reasonable endeavours*) veya en iyi çabayı (*best endeavours*) sergileme zorunluluğu olarak belirtilmektedir.¹⁷⁴

Brice'in açıkladığı gibi, en iyi çaba kavramı, belirli bir kurtarma hizmetinin beklenen belirli bir sonuçtan ziyade, belirli bir davranış standardına yönelik olduğunu netleştirmenin bir yolu olarak 19. yüzyıl sözleşmelerinde tanıtılmıştır.¹⁷⁵ LOF'un ilk baskısı olan "LOF-1908", bir deniz aracı ve bu araçtaki eşyaların kurtarılması için gerekli en iyi çabaların gerçekleştirilmesi yükümlülüğü yer alır (madde 1).¹⁷⁶ Dönemin içtihat hukukuna göre, böyle bir sorumluluk, bu faaliyetler hizmet sağlayıcısı için makul olmayan bir seviyede tehlikeli olmadığı sürece, kurtarma hizmetini tamamlamak için gerekli (öngörülmemiş önemli masraflar da dahil olmak üzere) tüm olası faaliyetleri kapsar. Bu durum 1910 Kurtarma Sözleşmesinden öncesine dayanmaktadır. Ancak Sözleşmenin taslağını hazırlayanlar, sözleşme metninde kesin yükümlülükler yer vermeye karşı çıkmışlardır. 1910 Kurtarma Sözleşmesi taslağı hazırlandığı zaman kullanımda olan standart kurtarma anlaşmaları bu türden veya benzeri zorunlulukları içermesine rağmen bu tür yükümlülükleri, 1910 Kurtarma Sözleşmesi tarafından düzenlenmemiştir.¹⁷⁷

¹⁷³ Shaw, Richard/Tsimpis, Michael, 'The Liabilities of the Vessel' in Baatz, Yvonne (eds), Southampton on Shipping Law London Informa, 2008, s. 173; Mudric, s. 171.

¹⁷⁴ Mudric, s. 170-171.

¹⁷⁵ Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 549.

¹⁷⁶ LOF 1908 madde 1.

¹⁷⁷ Brice, *Maritime Law of Salvage*, s. 549.

Kurtarma ve kurtaranın kabahati hususunda uluslararası sözleşmelere bakıldığında ve içeriklerindeki bazı farklılıkları ele alındığında, 1910 Kurtarma Sözleşmesi'nde belirtilen sisteme göre, hile, hırsızlık, yağma ve benzeri davranışlar (kasti davranışlar) bir kategori altında toplanırken, kötü veya eksik performans (kurtaranın ihmali) yüzünden kurtarılan eşyaya zarar gelmesi halleri diğer bir kategori altında düzenlenmiştir.¹⁷⁸ 1989 Kurtarma Sözleşmesinde uluslararası bir seviyede beklenen davranış modeli olarak bir özen standardı ortaya konulmuştur.¹⁷⁹ Bu standart ihlal edildiğinde uygulanabilecek yaptırımların kapsamı genişletilmiştir. Standart kurtarma sözleşmesi formlarında bir özen standardının (genellikle en iyi gayret/çaba (*best endeavors*)) zaten halihazırda mevcut olmasına karşın, 1989 Sözleşmesinin kabulünden bile önce, 1910 Brüksel Sözleşmesi, sözleşmesel bir ilişkinin yokluğunda dahi bu tür bir ihlale karşı çözüm imkânı sunmaktadır.¹⁸⁰

1910 Kurtarma Sözleşmesi kurtarma faaliyetleri ve denizde insan hayatının korunmasını teşvik etme şeklindeki kamu politikasını tanımlamakla birlikte 1989 Kurtarma Sözleşmesi'nin temel odak noktası deniz çevresini korumaya yönelik daha fazla teşvik sağlama çabaları olmuştur. Bu durum özellikle deniz çevresini korumak için gerekli özeni (*due care*) göstermek şeklindeki açık ve zorlayıcı bir görevin bulunduğu ayrı bir klozun¹⁸¹ olmasından anlaşılabilir.¹⁸² Madde 8.1(a) ve (b)'de kurtarma faaliyetlerinin tehlike altında olan gemi veya eşya ve çevre dikkate alınarak yapılmasını gerektiren usul düzenlenmiştir. Burada kurtarma faaliyetlerinin profesyonel olmayan kurtaranlar tarafından sağlanması ihtimali de göz önünde bulundurularak, LOF 80'de kullanılan elinden gelen "*en iyi gayret/çaba (best endeavours)*" ifadeleriyle kullanılan formülün kurtaranı aşırı bir yükün altına soktuğu kanaatinde bulunulmuştur. Bu ifade "*gerekli özen (due care)*" kelimeleriyle değiştirildi. "*Gerekli özen*" kavramı, kurtaran tarafından gösterilmesi gereken özen seviyesini göstermekle birlikte bu seviye değerlendirilirken kurtarma hizmetlerini sağlayan kişinin durumunun dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle şayet bu türden hizmetler profesyonel kurtaran tarafından sağlanıyorsa özen seviyesi profesyonel olmayan kurtaranlarda gereken seviyeden daha yüksek olmalıdır.¹⁸³ Burada kur-

¹⁷⁸ 1910 Kurtarma Konvansiyonu madde 7 ve madde 8(b).

¹⁷⁹ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 8.

¹⁸⁰ Örneğin, 1908 LOF Sözleşmesi madde 1.

¹⁸¹ 1989 kurtarma Konvansiyonu madde 8.1(b).

¹⁸² Mudric, s. 64.

¹⁸³ Berlingieri, s. 91.

tarma endüstrisine uygulanan standartları göz önüne alarak, gerekli özenin uygulanılmasındaki standardı makullüktür.¹⁸⁴

Özen gösterme standardı Konvansiyon tarafından tanımlanmamış, aksine geçerli ulusal kanun düzenlemeleri ve ilgili içtihat hukukuna tabi olan kavramın tanımlanmasını mahkemeler ve tahkim mahkemeleri yapacak şekilde ucu açık bırakmıştır. Bu yüzden özen gösterme standardı (*standart of care*) 1989 Kurtarma Sözleşmesi'nin bakış açısıyla sıkı bir şekilde bakıldığında açık değildir.¹⁸⁵

Özen gösterme yükümlülüğü, modern profesyonel kurtaranlardan beklenen “profesyonel bilgi ve beceri” kriteri vurgulanarak günümüzde değiştirilmiştir. Uygulamada beklenen kurtaran performansının tanımlanmasında gerekli özen kavramına yer veren 1989 Kurtarma Sözleşmesi¹⁸⁶ bu kavramın kapsam ve içeriğini tanımlamada yetersiz kalırken, LOF gibi en yaygın olarak kullanılan standart kurtarma sözleşmesinin yanı sıra US Open Form (MARSALV), Standart Form Marine Salvage Contract (SALVCON 89), Japon Formu (JSE 2007), Hamburg Form, Scandinavian Form gibi milli kurtarma formlarında, “*en iyi çaba/gayret (best endeavours)*” ifadesi kullanılmaktadır.

Genel bağlamda hem profesyonel hem de profesyonel olmayan kişiler, diğer kişilere karşı genel bir özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Eğer bir kişi belirli bir bilgi ve beceriye sahip olduğunu öne sürüp kendini “profesyonel” olarak tanımlıyorsa bu durumda, bu kişi belirli hizmetler sunuyor ve karşılığında, verdiği hizmet tamamladığında belirli bir ödeme talep ediyor demektir. Kurtarma bağlamında bu durum, bir kurtaranın iyi niyet ilkesi doğrultusunda değil, verdiği hizmetin karşılığında ücret almak maksadıyla yardıma ihtiyacı olan kişilere yardım sunduğu anlamına gelir. Dolayısıyla, profesyonel kurtarma hizmetinin temel unsuru kar elde etmektir. Bu yüzden özen standardını, işlemi gerçekleştiren kişiye bağlı olarak, farklı şekillerde değerlendirilebilir. Eğer bu kişi, belirli bilgi ve becerilere mesleği gereği sahipse, gerekli özen standardının, kişinin bir profesyonel olmadığı duruma göre daha yüksek olması beklenebilir. Brice, tesadüfi kurtaranlardan farklı olarak profesyonel kurtaranların statüleri nedeniyle cömert bir şekilde ücretlendirildiğini ancak, profesyonel

¹⁸⁴ Mandaraka-Sheppard, s. 529.

¹⁸⁵ Mudric, s. 70.

¹⁸⁶ 1989 Kurtarma Konvansiyonu madde 8(1) maddesinde kurtarana kurtarma faaliyetleri icrasında dört borç yüklemektedir. Bunlar tehlike altındaki gemi ve diğer eşyanın kurtarılmasına yönelik faaliyetinde gerekli özeni gösterme, çevre zararını önleme veya en aza indirme, diğer kurtaranların yardımını isteme ve müdahaleyi kabul etme borçlarıdır. Bkn Gaskell, 42.

kurtaranların desteklenmesinin bu kurtarma endüstrisi üzerine sorumluluk yüklemeyi gerektirdiğini belirtmektedir.¹⁸⁷ Başarısız bir kurtarma faaliyetinde kurtaranın davranışının makullüğünün değerlendirilmesi tehlikedeki geminin karşılaştığı tehlikenin niteliği ve daha iyi donanımlı veya daha kalifiye kurtaranların varlığını içermesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁸⁸

Konvansiyonla birlikte kurtarma faaliyetlerinin tehlike altında olan gemi veya diğer eşya ile çevre dikkate alınarak yapılmasını gerektiren usul düzenlenmiştir. Daha önce belirtildiği gibi, kurtarma faaliyetlerinin profesyonel olmayan kurtaranlar tarafından sağlanması ihtimali vardır. Bu ihtimal göz önünde bulundurularak, LOF 1980’de kullanılan “en iyi çaba (*best endeavours*)” ifadeleriyle kullanılan formülün kurtaranı aşırı bir yükün altına soktuğu kanaatinde bulunuldu.¹⁸⁹ “Gerekli özen” kavramı kurtaran tarafından gösterilmesi gereken özenin seviyesini göstermekle birlikte bu seviye değerlendirilirken kurtarma hizmetlerini sağlayan kişinin dikkate alınması gerekmektedir. Berlingieri bu durum için, şayet bu türden hizmetler profesyonel kurtaran tarafından sağlanıyorsa özen seviyesi profesyonel olmayan kurtaranlarda gereken seviyeden daha yüksek olması gerekliliğini belirtmektedir.¹⁹⁰ Benzer bir şekilde Gaskell, kurtarma ile alakalı hususlarda, en iyi çaba kavramının, bir kişinin (kurtaranın), makul bir kişiye (kurtaranın) aynı koşullar altında yapacağından daha fazlasını yapmasını gerektirdiği kanısındadır.¹⁹¹ Buna ek olarak Gaskell, Konvansiyonda yer alan özen standardı düzenlemesini eleştirmektedir. Çünkü makul bir kişinin sergileyeceği hareket anlamına gelen gerekli özen kavramının en iyi çaba koşulu altında sözleşme yapıldığında istenen standardın altında olduğunu belirtmektedir.¹⁹²

Kerr’de aynı düşüncede olup, Konvansiyonun çok daha düşük olan özen standardını uygulamanın kurtaranın ihmali sonucu oluşabilecek taleplerden kaçınmayı kolaylaştırdığını savunmaktadır.¹⁹³ Standart kurtarma sözleşmesi form-

¹⁸⁷ Brice, Geoffrey: **Salvorial Negligence in English and American Law**, Tulane Maritime Journal Law, Yıl: 22, Sayı: 2, 1998, ss. 569-580, s. 578.

¹⁸⁸ Brice, Salvorial Negligence, s. 578; Kentwood v. United States, 930 F. Supp. 227, 1997 AMC 231 (E.D. Va. 1996)at 234, 1997 AMC at 240-41.

¹⁸⁹ Bu ifade “*gerekli özen*” kelimeleriyle değiştirildi. Lahey Kurallarında (Hague rules) kullanılan (madde 4(1)) “*due diligence (gerekli çaba)*” ifadesine benzeyen bu formülde özen göstermek fiili taşınan mallara da atıfta bulunacak bir şekilde kullanıldı. Bkn Berlingieri, s. 91.

¹⁹⁰ Berlingieri, s. 91.

¹⁹¹ Gaskell, s. 41.

¹⁹² Gaskell, s. 41.

¹⁹³ Kerr, How It to Be Come, s. 549-550.

larında daha ağır bir standart kullanımı, (nispeten belirsiz) sözleşmesel ilişkiler dolayısıyla hareket eden kurtaranlara, uluslararası standarttan beklenenden daha fazla sorumluluk yükler. 1989 Kurtarma konvansiyonunun mu yahut özel standart kurtarma sözleşmesi formunun mu özen standardının kullanılacağı hususunda bir şüphe oluştuğunda, Gaskell, bir mahkemenin kurtarma operasyonlarını teşvik etmeye en uygun kurtaran yükümlülüğü anlayışını uygulaması gerektiğini savunur.¹⁹⁴ Ancak Mudric'e göre, bu şekilde tatmin edici bir çözüme ulaşılamayacağı yönündedir; keyfi kararlara çok fazla mahal vererek genel olarak kurtaranlardan beklenen performans konusunda daha da fazla karmaşıklığa yok açabilecektir.¹⁹⁵ Brice, Konvansiyondaki özen standardının bir madde ile LOF'da da uygulandığını göz önünde bulundurarak, en iyi çaba standardının, gerekli özeni sergilemekten başka bir şey olmadığını düşünülebileceğini belirtmiştir.¹⁹⁶ Ancak Mudric bu görüşlerin, profesyonel bir kurtarandan, amatör bir kurtarana kıyasla, beklenen hizmet kalitesi konusundaki farkın özellikle göz ardı edilmesine sebep olacağını belirtmektedir. Bu şekilde standart sözleşme formlarının (bir yüzyıldan uzun bir süredir) farklı bir performans standardını desteklediği gerçeği dikkate alınmamış olacaktır.¹⁹⁷ Dolayısıyla, en iyi çaba kavramının gerekli özen kavramından daha ağır olduğu kanısından hareketle, en iyi çaba standardı altındaki genel yükümlülüğün, gerekli özen kavramı altında beklenen genel yükümlülüğü kapsıyor olması gerekmektedir. Bu sebeple, 1989 Kurtarma Sözleşmesinin 8. maddesince belirlenen gereklilikleri de yerine getirmektedir.

En iyi çabakavramı profesyoneller için geçerli olan gerekli özen, veya belirli (daha yüksek) seviyede bir özenin beklendiği, genişletilmiş bir gerekli özen çeşidi olarak düşünülebilir. Bu bağlamda, gerekli özen kavramı, herhangi bir koşulda (örneğin amatör kurtarma operasyonları) uygulanabilir, asgari bir standartken, en iyi çaba kavramı, bir kurtarma hizmetinin, bu tür bir standardı içeren bir kurtarma sözleşmesi dolayısıyla profesyonel bir kurtaran tarafından bir kurtarma operasyonunun gerçekleştirilmesi koşuluyla kullanılır.¹⁹⁸ Gerekli özen (*due care*) kavramı altında bir kurtaranın, denizde yardımını sunan maddede özenli bir denizciden beklenen bilgi ve özeni göstermesi (ya da bu konuda çabalaması) gerekirken, en iyi çaba ölçütüne göre, tatmin edici bir performans sergilemek için mevcut koşullar altında gerçekleştirilebilecek

¹⁹⁴ Gaskell, s. 48.

¹⁹⁵ Mudric, s. 66.

¹⁹⁶ Brice, **Maritime Law of Salvage**, s. 549.

¹⁹⁷ Mudric, s. 174.

¹⁹⁸ Mudric, s. 171.

tüm olası (ve makul) hareketleri yerine getirmek de dahil olmak üzere, bir kurtaranın, makul derecede özenli bir kurtarandan beklenen davranışlar doğrultusunda davranması beklenir.¹⁹⁹

V. MİLLİ KURTARMA FORMU ÖNERİSİ

Kurtarma hukukunun en önemli araçlarından biri kurtarma formudur. Uygulamada muhtemel bir eksiklik olarak herkesin kullanabileceği milli bir kurtarma formunun eksikliği karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda işaret edildiği üzere Türkiye’de uzun yıllardır hizmet vermekte olup, ülkemizin kuruluşundan günümüze kadar isim ve yapısı değişen, tekel bölgesinde tek yetkili olmakla beraber tüm kıyılarımızda kurtarma hizmeti veren KEGM tarafından Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS-2015) kullanılmaktadır. Ancak bu form kullanım bakımından genel bir form olmayıp sadece KEGM’ye mahsustur. Türk sularında gerçekleşebilecek bir kurtarma faaliyeti olması durumunda tarafların kullanabileceği bir kurtarma formu bulunmamaktadır. İşte bu eksiklik yüzünden tarafların Türk olduğu bir kurtarma vakasında Türk karasularında ya da dışında bir sözleşme imkânı bulunmayıp, ihtiyaç olabilecek durumlarda seçeneksizlikten dolayı yaygın olarak kullanılan LOF veya standart olmayan ısmarlama sözleşmeleri kullanmak mecburiyetinde kalınmaktadır.

Olabilecek bir kurtarma vakasında her iki tarafın Türk olup, hiçbir yabancı devlet ile makul ilişkisi (taraflardan birinin yabancı uyruk/bayrak, vakanın gerçekleştiği yer vs. gibi) olmamasına rağmen seçeneksizlik yüzünden LOF ve/veya türevleri olan zombi veya mutant²⁰⁰ olarak adlandırılan hibrit LOF ya da kurtaran tarafının duruma göre oluşturabileceği standart olmayan ısmarlama bireysel formları²⁰¹ imzalamak durumunda kalmaktadır.

¹⁹⁹ BK’da vaka örneği, IBM United Kingdom v Rockware Glass Limited, (1980) F.S.R. 335, ve ABD’de vaka örneği, Bloor v. Fallstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609; Mudric, s. 171.

²⁰⁰ Lowry, denizcilik sigortacılarının LOF kontratına karşı isteksizliğinin olduğunu belirtmektedir. Her geçen zaman düzenlenmiş LOF’ların varlığının ortaya çıktığını ve sayısının arttığını belirtmektedir. Bu ısmarlama düzenlenmiş LOF’lara hibrit, değiştirilmiş, oynanmış, mutant veya zombi LOF’lar gibi birçok farklı yakıştırma yapılmaktadır. Bunlar, kurtarma ücretine bir üst limit getirilmesi veya ücretin maliyet artı şeklinde formüle edilerek belirlenmesi gibi şartlar içerdiği belirtilmektedir. Üst limitli LOF’lar, sigorta endüstrisinin LOF’ların faydalarını korurken maliyeti üst limitli bir rakama indirgeyebilmesi nedeniyle yaygınlaşmakta olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar gönülsüz olsa da birçok kurtaran tarafından yoğun rekabet nedeniyle artan şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir. Bugün Lloyd’s’a rapor edilen yeni LOF kontratların kaçının temiz LOF (*clean LOF*) olduğu ve Lloyd’s’un yeni dava listesindekilerin kaçının sadece ismen LOF olduğu bilinmediği ifade edilmektedir. Bkn Lowry, Nigel: **Who Killed LOF?**, <https://informaconnect.com/who-killed-lof/>, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

²⁰¹ Örneğin avukatların hazırlayabileceği, standart olmayan götürü usulü düzenlenmiş bir sözleşme gibi.

Kurtarılanın, tehlike şartlarında kendisiyle yapılması istenen sözleşmenin hakkaniyetli olup olmama hususunda tereddütleri olabilir. Kurtarılanına sunulacak LOF gibi yabancı standart sözleşmeler ya da ısmarlama sözleşmelerin gerçekten menfaatlerine uyup uymadığı hususunda o vaka koşullarında sağlıklı değerlendirme yapılamayabilir.

Şayet kurtarılan dünyada yaygın olarak kullanılan LOF'u veya benzeri diğer ülkelere ait standart formları tercih etmesi durumunda tahkim klozları gereği tahkim yeri kendi ülkemizde değil de ilgili formlarda belirtilen ülkelerde görülecektir. Örneğin LOF imzalanması durumunda tahkim yeri Birleşik Krallık'ta olacaktır. Sözleşmenin, tahkimin yabancı dilde olması, uzaklık, avukatlık masrafları ve takibinin zorlu olabileceği gibi pratik olmayan çeşitli zorluklar yaratabilecektir.

Ayrıca bu bahsedilen ilgili sözleşmelerle kurtarılanın kabul ettiği hak ve yükümlülüklerin içeriğini ve kapsamını ne dereceye kadar idrak edebildiği ve onayının ne dereceye kadar verilen hizmetin kalitesinden duyduğu memnuniyetin bir sonucu veya kendini içinde bulduğu zor (ekonomik) durumun doğrudan bir neticesi olduğu (örneğin; kayda değer bir kayıp riski yaklaşırken olabildiğince ivedi bir yardıma ihtiyaç duyulması vs.) bu hususta tartışmaya açık olabilecek noktalar. Ne var ki, boş kısımları durumdan duruma değişiklik gösteren ilgili bilgilerle doldurulacak, [kurtarma ile ilgili unsurlar: kurtarma römorkörü bilgisi, kurtarılan eşya vs.] tamamen önceden taslağı hazırlanmış, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirtildiği standart sözleşme formlarının kullanımı, yukarıda belirtilen zorlukları asgari düzeye indirecektir.

Düzenlenecek yeni bir milli standart kurtarma formu kullanımı, kurtarma hizmeti üzerine müzakere yapılırken gerçekleşen zaman kaybını engeller ki bu, özellikle zorlu durumlarda çok büyük önem teşkil etmektedir. Genelde bir anlaşmazlık çıkması durumunda tahkim ile deniz ihtisas mahkemelerinin yetkisi dahilindedir. Bu hizmetlerin maliyetini en aza indirir. Buna ek olarak, kurtarmayla ilgili hususlarda, genel milli standart sözleşme modelinin kullanılmasıyla bir taraf diğer taraf üzerinde ekonomik baskı uygulayamayacaktır. Bundan ziyade, piyasada ihtisaslaşmış nispeten az sayıda firma, gerekli hizmetin kendine özgü (tehlikeli) tabiatı ve kurtarma hizmetlerine dair yasal düzenlemelerin özel nitelikleriyle birlikte gelen, kurtarma endüstrisinin pratikliğidir. Bu yüzden, gelecekte oluşabilecek mağduriyetleri önlemek adına kullanılan diğer ülkelerin milli formları (Amerikan modelinde olduğu gibi) LOF'a alternatif yaratmak için çeşitli anlaşma ve ödeme seçenekleri sunan 1989 Kurtarma Konvansiyonu ile uyumlu herkesin kullanabileceği bir Türk Standart Kurtarma Formu düzenlenebilir.

Böyle bir düzenlemeyle birlikte denizcilik sektöründe LOF veya yapay olarak hazırlanan sözleşmelere alternatif sunularak bu ihtiyaç karşılanmış olacaktır. Bu şekilde *no cure-no pay* esaslı standart açık bir formla (*open form*) hizmetin sonunda verilecek olası ücretin ne kadar olacağının bilinemediği ancak tarafların kurtarma faaliyetini sona erdirdikten sonra uzlaşarak tespit edebileceği, anlaşma sağlanamaması durumunda ise tarafların kabul ettiği tahkim yoluyla çözülecektir. Ayrıca aynı formda diğer ödeme alternatifleri de eklenerek tarafların anlaşma zemini genişletilebilir. Bu şekilde kurtaran da ifa edeceği faydalı hizmetler sonunda kurtarma ücreti alacağını garanti edeceği gibi kurtarılanda tehlike içerisinde gönül rahatlığıyla çıkarlarına uymayan bir sözleşme yapma durumu kaygısından uzak olarak sözleşme imzalayacaktır.

VI. DÜZENLENECEK KURTARMA FORMU NASIL OLMALI?

Türkiye'nin münhasır ekonomik bölge sınırlarına kadar tarafların Türk olduğu kurtarma faaliyetlerinde kullanılabileceği profesyonel olan veya profesyonel olmayan kurtaranların kullanabileceği standart tek tip bir form düzenlenmelidir. Bu form 1989 Kurtarma Konvansiyonu temelinde ancak kurtaranlara yönelik özen gösterme yükümlülüğü olarak standardı daha yüksek olan en iyi çabayı gösterme yükümlülüğü içermelidir. Tarafların kimler arasında yapıldığının belirtildiği, sade, teferruattan uzak, bir veya iki sayfayı aşmayacak şekilde hazırlanabilir. Forma önceden tespit edilmiş dava değeri üzerinden belirlenecek hakem ücretlerini gösteren bir ek düzenlenebilir.

Gemi ve diğer eşyaya yönelik kurtarma faaliyeti sırasında emniyetli bir şekilde kurtararak yüzer duruma getirmek ve çevre zararını en aza indirmek veya önlemek için kurtaranlara elinden gelen en iyi çabayı (*best endeavors*) gösterme yükümlülüğü sağlanmalıdır.

Gerekli özen standardı, en iyi çaba standardına göre daha düşük dereceli olup en iyi çaba standardı, belirli bir görevin yerine getirilmesi sırasında daha fazla bilgi ve beceri gerektirmektedir. En iyi çaba standardı, bir kurtarma formu ile şart koşulması durumunda hem profesyonel hem de profesyonel olmayan kurtaranlara eşit şekilde uygulanmalıdır.

Ana kurtarma nesnesi yat, balıkçı tekneleri ve küçük eğlence tekneleri gibi deniz vasıtaları için sözleşmesel koşullar ile yasal koruma elde etmeye çalışan ve profesyonel kurtaranlardan beklenen özen gösterme yükümlülüğü uyarınca hareket etmeye hazırlıklı olmayan amatör kurtaranlar için ikinci bir standart formunda hazırlanması gerekliliği düşünülebilir. Ancak, böyle bir durumda,

form üzerinde açık bir şekilde sadece profesyonel olmayan kurtaranların kullanabileceği hususu güçlü bir şekilde belirtilerek ilgili düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Oluşturulacak daha düşük sorumluluk standartlı formun varlığı profesyonel kurtaranlar tarafından istismar edilebilme ihtimali göz ardı edilmemelidir. Bu yüzden tüm gerçek ve tüzel kişilerin kullanabileceği tek bir standart formun oluşturulmasının yeterli olacağı kanaatleri taşınmaktadır.

Düzenlenecek form ABD'de kullanılmakta olan formlara benzer şekilde taraflara ücret hususunda çeşitli seçenekler sunabilecek şekilde değerlendirilebilir. Bunlar dört farklı seçenek bloğundan oluşturulabilir; (a) faydalı netice yoksa, ödeme yok, (b) sabit ücrette faydalı netice yoksa, ödeme yok, yazılabileceği bir boşluk, (c) günlük/saatlik tarife için boşluk ve (d) tarafların üzerinde anlaşıldığı başka bir tarife için başka bir boşluk bırakılarak düzenlenebilir. Bu şekilde tarafların vakanın koşullarına göre belirtilen alternatiflerden birini seçme fırsatı olacaktır. Buna göre tarafların bulunduğu duruma göre kutucukları kontrol ederek en uygun olanını tercih etmesi gerekmektedir.²⁰²

Sözleşmede hangi seçeneğin seçildiğinden bağımsız olarak, form çevre zararının önlenmesi veya en aza indirilmesi için ücret ve özel tazminatın Konvansiyonun 13. ve 14. maddeleri uyarınca ödenmesi hususu belirtilmelidir.

SONUÇ

Denizcilikte kurtarma, kurtaranların tehlikedeki eşyaya yönelik gönüllü olarak ya da bir sözleşme ile gerçekleştirdikleri hizmetleri sayesinde tam bir başarı ya da başarıya katkıları ile ortaya çıkan hukuki bir haktır. Tarihsel kökeninde, tehlikedeki gemilere diğer gemilerin yardım etmesini teşvik etmek için geliştirilen kurtarma, kurtaranlara hizmetlerinin karşılığında cömert bir şekilde ödüllendirilmesini sağlamaktadır. Bu düşünce, Antik Roma'dan günümüze kadar kabul görmüş, ulusal ve uluslararası birçok hukuk sisteminin bir parçası olmuştur.

Kamu politikası olarak, kurtarma faaliyetlerine ve denizde insan hayatının korunmasına yönelik teşvik ilk olarak 1910 Kurtarma Konvansiyonunda düzenlenmiştir. 1996 tarihinde yürürlüğe giren 1989 Kurtarma Konvansiyonu, kendinden önceki hukuki koşullara göre daha açık ve işleyen bir deniz çevresi koruma sistemini, kıyı ülkelerinin ve daha büyük teşvikler bekleyen kurtarma endüstrisinin ihtiyaçları dikkate alınarak düzenlenmiştir.

²⁰² ABD'de kullanılan kurtarma formlarında (SALCON/89, US Open Form (MARSALV), BOAT/US) gibi bu seçenekler mevcut olup, uygulamada bir kutucuk işaretlenirken hemen karşısına tercihin anlaşıldığını belirtmek için isimlerinin baş harfleri yazılmaktadır. Bkn Cattell, s. 258.

1989 Kurtarma Konvansiyonu, kurtarma faaliyetleri için açık bir hukuki çerçeve oluştururken anlaşma özgürlüğüne de saygı duymaktadır. Böylelikle taraflar Konvansiyon dışında bir anlaşma yapabilmektedir. Profesyonel kurtarma endüstrisinin gelişmesiyle birlikte, kurtarma sözleşmesi formlarının kullanımı yaygın hale gelmiştir. Uygulamaya bakıldığında, profesyonel kurtaranların dahli ve sözleşmeli kurtarmayı tercihleri sebebiyle arızı/sözleşmesiz kurtarma vakalarının günümüzde nadiren gerçekleştiği görülmektedir. Ancak ivedi müdahale edilmesi gereken yakın tehlike ve/veya aciliyeti olan vakalarda²⁰³ her zaman kurtarma için sözleşme yapma şansı olmayabilmektedir. Bu tür durumlarda, taraflar bir kurtarma sözleşmesinde anlaşamaz ise kurtarma ücreti sonradan mahkemede belirlenebilmektedir.

Dünyada profesyonel kurtaranlar tarafından verilen kurtarma hizmetlerinin çoğunluğu standartlaştırılmış bir kurtarma sözleşmesiyle diğer bir kısmı ise de bireysel anlaşmaya göre belirlenmektedir. Taraflar arasında sözleşme yapılırken tarafların içinde bulunduğu koşullar neticesinde pazarlık güçleri arasında eşitsizlikler ortaya çıkarabilmektedir. Bu durumlardan dolayı standartlaştırılmış kurtarma sözleşme formları tercih edilmektedir. Seyir sırasında yakınından geçen bir geminin denizcilikte uzun yıllardan beri kurulu olan dayanışma örfünden dolayı harekete geçerek tehlikedeki bir başka gemiye yardım sağlayabilir. Böyle bir durumda gerekli koşullar gerçekleştiğinde kurtarma ücretine hak kazanması yüksek ihtimaldir. Ancak profesyonel kurtaranlar genellikle bu türden faaliyetleri için gelecek ticari menfaati göz önünde bulundurarak bir anlaşma üzerine kurtarma hizmeti teklif etmektedirler. Günümüzde verilen profesyonel kurtarma hizmetlerinin çoğunda bir standart kurtarma sözleşmesi formu ile teklif edilmektedir. Dünyada en yaygın kullanılan kurtarma formu LOF, diğer bazı ülkelerin kullandığı çeşitli milli standart kurtarma formları ve BIMCO/ISU gibi uluslararası kuruluşlarının düzenlemiş olduğu çeşitli formlar (enkaz kaldırma, römorkaj vs) bulunmaktadır. Bu yüzden tarafların farklı koşullarda doğru kontratı kullanma ihtiyacının farkında olması gerekmektedir.

Tehlikedeki geminin konumu, o andaki mevcut koşullar, geminin ve taşınan kargonun özellikleri, tehlike seviyesi ve kazazedeye ulaşma süresi gibi hususlar kurtarma kontratı seçimini ve seçilecek kurtarma kontratı türünü etkileyebilmektedir. Türk sularında kullanılmak üzere düzenlenecek profesyonel kurtaran ve/veya profesyonel olmayan her kesimin kullanabileceği genel bir kurtarma formunun düzenlenmesi ile bu alandaki önemli bir eksiklik gideril-

²⁰³ Örneğin, yangının söndürülmesi, karaya oturma veya batma tehlikesi olan bir gemi gibi vs.

miş olacaktır. Özellikle tarafların Türk olduğu, hiçbir yabancı devlet ile makul ilişkisi (taraflardan en az birinin yabancı uyruk/bayrak, vakanın gerçekleştiği yer vs. gibi) olmayan ve çözümü kendi ülkesinde arayan tarafların kurtarma vakalarına yönelik bir seçenek olacaktır. Bu bağlamda, taraflara yönelik çeşitli ödeme seçenekleri barındıran, 1989 Kurtarma Konvansiyonu temelinde, yüksek özen standardı olan en iyi çaba yükümlülüğü sağlayan, açık form (*open form*) düzenlenmelidir. Bu şekilde sözleşmenin ve tahkiminin yabancı dilde olması, uzaklık, avukatlık masrafları ve takibinin zorlu olabileceği gibi pratik olmayan sonuçları yaratabilecek LOF ya da LOF'un türevleri sözleşmeler olan zombi (*mutant*) türü formların yanı sıra standart olmayan ısmarlama bireysel sözleşmelere de gerek kalmayacaktır. Böyle bir kurtarma sözleşmesi formuna "Standart Türk Kurtarma Formu (*TÜRK Form/TURK Form*)" adı verilebilir. Bu bağlamda Denizcilik Genel Müdürlüğü, Deniz Ticaret Odası, Armatörler Birliği, Türk P&I kurumları gibi paydaşları bir araya getirerek bu çalışmalar yapılabilir. Standart kurtarma formunun bir an evvel düzenlenmesi bu alandaki eksikliklerin giderilmesi açısından elzem olup, Türk kurtarma endüstrisinin ilerlemesine de önemli katkılar sağlayacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Atamer K, '1989 Londra Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kurtarma' (2007) 1 (Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık İstanbul) 807-890.
- Baughen S, **Shipping Law**, 6. Baskı, Routledge Cavendish, 2015.
- Berlingieri F, **International Maritime Conventions Vol 2 Navigation, Securities, Limitation of Liability and Jurisdiction**, (Informa Law Routledge, 2014).
- Bishop A, 'The Development of Environmental Salvage and Review of the London Salvage Convention 1989', Tulane Maritime Law Journal, Yıl: 37, Sayı: 65, 2012, ss. 65-101.
- Brice G, 'Salvorial Negligence in English and American Law', (1998) 22(2) Tulane Maritime Law Journal, Yıl: 22, Sayı: 2, 1998, ss. 569-580.
- Brice G, 'The Law of Salvage: A Time for Change? "No Cure-No Pay" No Good?', Tulane Law Review, Yıl: 73, 1999, ss. 1831-1861.
- Brice G, **On Maritime Law of Salvage**, (5th edn by John Reeder, London Sweet&Maxwell, 2011).
- Cattell Edward V, **Recreational Vessel Salvage Arbitration: An Interim Report**, Journal of Maritime Law and Commerce, Yıl: 29, Sayı: 2, 1998, ss. 257-265.
- Chen, Liang, **Salvage**, The Int. Journal of Marine and Coastal Law, Yıl: 16, Sayı: 4, 2001, ss. 686-698.
- Chiu C-S, Liu C-P, Chang K-Y, Tseng W-J, and Chen Y-W, **Cost of Salvage - A Comparative Form Approach**, Journal of Marine Science and Technology, Yıl: 25, Sayı: 6, 2017, ss. 742-751.
- Darling G, 'The Montreal Compromise- How Court or Arbitrators will Apply the Formula' in Lloyd's, Salvage, The 1989 Conference Papers, London Lloyd's of London Press, 1990, ss. 93-108.
- Davies M, **Whatever Happened to the Salvage Convention 1989?**, Journal of Maritime Law & Commerce, Yıl: 39, Sayı: 4, 2008, ss. 463-504.
- De La Rue C and Anderson C, **Shipping and the Environment Law and Practice**, 2. Baskı, London Informa, 2009.
- Force R, **Admiralty and Maritime Law**, (Tulane Law School, 2004).
- Gaskell N, 'The 1989 Salvage Convention and The Lloyd's Open Form (LOF)', Salvage Agreement 1990, Tulane Maritime Law Journal, Yıl: 16, Sayı: 1, 1991, ss. 1-103.
- Gold E, **Marine Salvage: Toward a New Regime**, Journal of Maritime Law and Commerce, Yıl: 20, Sayı: 4, Oct. 1989, ss. 487-503.

- Han Jin X, **Environmental Salvage Award: A New Challenge for the Traditional Salvage System**, South East Asia Journal of Contemporary Business, Economic and Law, Yıl: 8, Sayı: 4, 2015, ss. 32-37.
- Kender R, **Denizde Kurtarma ve Yardım (1910 Tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Türk Hukuku'na Göre)**, (Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962).
- Kerr M, **The International Convention on Salvage 1989- How it Come to be**, International&Comparative Law Quarterly, Yıl: 39, Sayı: 3, 1990, ss. 530-556.
- Kerr Donald A, **The Past and Future of No Cure No Pay**, Journal of Maritime Law and Commerce, Yıl: 23, Sayı: 3, 1992, ss. 411-427.
- Mandaraka-Sheppard A, **Modern Maritime Law Vol: 2 Managing Risks and Liabilities**, (3. Baskı, Informa Law from Routledge 2013).
- Mudric M, **The Professional Salvor's Liability in the Law of Negligence and the Doctrine of Affirmative Damages**, (Schriften zum See-und Hafenenrecht, Universität Hamburg, Band 20, 2013).
- Olsen Richard F, **'LOF, SCOPIC and Wreck Removal'**, (2008) Shipwrecks in International and National Law Focus on Wreck Removal and Pollution Prevention, papers from a seminar, Kasnas, Finland, edited by Rak, Henrik and Wetterstein, Peter, Turku: Åbo Akademi University, Institute of Maritime and Commercial Law, ss. 189-202.
- Parks Alex L and Cattell Edward V. Jr., **The Law of Tug, Tow and Pilotage**, (3. Baskı, Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1994).
- Rainey S, **The Law of Tug and Tow and Offshore Contracts**, (3. Baskı, Informa, 2011).
- Rose Francis D, **Kennedy&Rose-Law of Salvage**, (8. Baskı, Sweet&Maxwell London, 2013).
- Selek N, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denizde Kurtarma Hizmetleri**, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Shaw R and Tsimplis M, **'The Liabilities of the Vessel'** in Baatz, Yvonne (eds), (2008) Southampton on Shipping Law (London Informa from Routledge) ss. 222-302.
- Tekil F, **Deniz Nakliyatında ve Sigorta Hukukunda Kurtarma ve Yardım**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1966.
- Vincenzini E, **International Salvage Law**, Lloyd's of London Press Informapub, 1992.
- Zanella Tiago V, **Marine Salvage and the Protection of the Marine Environment**, Advanced and Ocean Engineering, Yıl: 3, Sayı: 4, 2014, ss. 41-49.
- Zubic Ethan R, **'Pure Versus Contract Salvage Narrowing the Scope of an Agreement to Volunteer-Bar to Pure Salvage'**, Loyola Maritime Law Journal, Yıl: 10, Sayı: 1, 2011, ss. 145-171.

İnternet Kaynakları, Mevzuat, Raporlar ve Yönergeler

- Bishop A, **Places of Refuge-Environmental Salvage**, CMI Yearsbook 2009 Part II (Comite Matime International) 201-203, https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/YBK_2009.pdf.
- Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Yönetmeliği Uygulama Yönergesi, <http://www.vda.org.tr/upload/duyuru/deniz%20trafik%20d%C3%BCzeni%20y%C3%B6netmeli%C4%9Fi.pdf>.
- Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS 2015), https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf.
- Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214-1-1.htm>.
- 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140524-2.htm>.
- US Non-Tank Vessel Response Plan - 2013 Final Rule - UK Club FAQs, <https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/article/us-non-tank-vessel-response-plan-2013-final-rule-uk-club-faqs-129613/>.
- Protection of the Sea (Shipping Levy) Act 1981 Klok 1-9, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2005C00614>.
- CMI ANNUAL YEARBOOK 2011-12, https://comitemaritime.org/wpcontent/uploads/2018/06/Yearbook_2011_12.pdf.
- Deniz Hukuku Sempozyumu, Youtube, Av. Cem Congar, 16 Ocak 2021, Moderatör Cem Congar, Konuşmacı Prof. Dr. Kerim Atamer (Dakika 7: 40-9: 55) <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=FqjA5KFmcQ&feature=share>.
- Resmi Gazete tarih: 12.02.2006, sayı: 26078, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü Ana Statüsünde Değişiklik Yapılması Hakkında Ana Statü, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060212-3.htm>.
- Resmi Gazete, Sayı: 29410, 08 Temmuz 2015/Değişik, <http://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/ana-statu.pdf>.
- K-141 Kursk Nükleer Denizaltı Vakası (2000), www.britannica.com/event/Kursk-submarine-disaster.
- Umbdenstock B, **'Salvage Contracts: Why Terms Matter'**, (The Arbitrator 34(2), 2006), https://www.smany.org/pdf/THE_ARBITRATOR_APR2006_BACK_THROUGH_OCT1999.pdf.
- Willian Fenwick H, 'Government's Decision not to Renew ETV Contract' April 2011, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtran/948/948vw99.htm>.

Lowry N, 'Who Killed LOF?', Lloyd's List, 2017, <https://informaconnect.com/who-killed-lof/>.

Graham D, **Lloyd's Open Form and Special Compensation P&I Clause** (SCOPIC), 2002 <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Graham-Daines-Scopic-Paper.pdf>.

'Assessment of ETV Provision for North and North West Scotland' (Maritime and Coastguard Agency, June 2016), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/558872/005613_00_-_ETV_Study-LOC_Final_Report-3_Jun_2016.pdf.

CMI Annual Yearbook 2011-12, s. 148, <https://cupdf.com/document/yearbook-2011-2012-annuaire-comite-maritime-yearbook-2011-2012-annuaire-beijingi.html>.

Limanlar Yönetmeliği, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121031-5.htm>.

Mahkeme Kararları

B.V. Bureau Wijsmuller v United States 702 F.2d 333 (1983).

Bloor v. Fallstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609.

IBM United Kingdom v Rockware Glass Limited, (1980) F.S.R. 335.

The Flagship Marine v. Belcher Towing, 1992 AMC 2901, 966 F 2d 602, (11th Circ. 1992).

The Comanche, 75 US 448(1869).

Kimes v. United States, 1953 AMC 1335, 207 F 2d 60 (2nd Cir. 1953).

Lago Oil Transport Co., Ltd. v. United States.

Sears v. American Procuders, 1972 AMC 1647 (ND Cal. 1972).

Meşru Savunmada Orantılılık^(*)

Proportionality in Self-Defense

Dr. Nuri Berkay ÖZGENÇ^(**)

Öz:

Orantılılık koşulu, meşru savunma kurumunun şah damarını oluşturmaktadır. Zira meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet etmektedir. Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı olması şarttır. Haksız saldırı ile savunma arasında orantılılığın bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için iki hususa odaklanılmaktadır. Bunlar, saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçların arasında bulunup bulunmadığı ve saldırıya uğrayan haklar ile zarar verilen haklar arasında orantı bulunup bulunmadığı hususlarıdır. Araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denge arayan anlayış yerinde bir anlayış değildir. Saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunmasından, savunma araçlarının saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılması gerekliliği anlaşılmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunması demek ise, bu haklar arasında aşırı bir dengesizliğin söz konusu olmaması demektir.

Anahtar Kelimeler:

Meşru Savunma, Saldırı, Savunma, Orantılılık, İntikam Duygusu.

Abstract:

The condition of proportionality constitutes the carotid artery of the institution of self-defense. Because self-defense does not serve to satisfy one's sense of revenge, but it serves the instinct of protecting oneself or others. In order for self-defense to be justified, this defense to be made against an unjust attack must be proportionate to the attack in question. In order to determine whether there is proportionality between the unjust attack and the defense, it is necessary to focus on two issues. These are the issues of proportionality between the means used in the attack and the means used in the defense, and between the rights attacked and the rights damaged. The understanding of proportionality that seeks absolute equality or balance between means and rights is not an appropriate understanding. The proportionality between the means used in the attack and the means used in the defense should be understood as the necessity of using the means of defense to the extent that eliminate the attack. The proportionality between the right attacked and the right damaged during defense means that there should not be an excessive imbalance between these rights.

Keywords:

Self-Defense, Attack, Defense, Proportionality, Feeling of Revenge.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 30.06.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 21.07.2022.

^(**) E-posta: berkayozgenc@hotmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/000-001-9573-5904>.

GİRİŞ

Meşru savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan haksız bir saldırıyı engellemek veya ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirdiği savunma niteliğindeki davranışları ifade etmektedir.¹

Meşru savunma hâlinde; gerçekleşmekte olan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı defetmek amacıyla işlenen fiil, dış görünüşü itibarıyla tipik bir fiili oluşturmaktadır. Ancak, bu fiil; gerçekleşmekte olan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir tecavüzü uzaklaştırmak ve başka şekilde korunması mümkün bulunmayan bir hakkı korumak amacıyla işlenmektedir.²

Belirtmek gerekir ki, meşru savunma kurumu bir hukuka uygunluk sebebidir. Meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde her canlının kendisine yönelecek saldırılara, tabiatı gereği, tepki göstereceği anlayışı yatmaktadır. Ceza hukuku meşru savunmayı hukuka uygunluk sebebi olarak düzenleyerek bu gerçeği tanımış ve adı geçen kurumu da bu gerçeğin felsefesiyle beslemiştir. Ayrıca meşru savunma, suçla mücadelede kullanılacak önemli enstrümanlardan biridir. Meşru savunma, aynı zamanda saldırı karşısında kalan kişiye hukuk düzeninin sağlamadığı korumayı saldırı karşısında kalan kişinin bizzat kendisinin sağlaması şeklinde de izah edilebilir.³

26.03.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.25/1'de "*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" denilmek suretiyle meşru savunma kurumuna yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, meşru savunma, haksız bir saldırı ve bu saldırıya karşı gösterilen meşru bir tepki veya bu saldırıya karşı gerçekleştirilen meşru bir savunma sütunları üzerine inşa edilmiştir.⁴ Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı bulunması şarttır. Savunma, haksız saldırıyı engelleyebilecek veya ortadan kaldıracabilecek ölçüde bulunduğu takdirde orantılı ola-

¹ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021, s. 267.

² Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021, s. 357; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 279.

³ Öztürk/Erdem, s. 267.

⁴ Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 163.

rak kabul edilir. Meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet eder.

I. ORANTILILIK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Orantılılık ilkesi, tüm hukuk alanlarında egemen bir ilke olan ölçülülük ilkesinin⁵ unsurlarından biridir. Dolayısıyla orantılılık ilkesinin açıklanabilmesi için ölçülülük ilkesinin esaslı bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi; bir özgürlüğü ya da hakkı sınırlamak için başvurulacak aracın sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı hayata geçirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması⁶ şeklinde izah edilebilir. Ölçülülük ilkesi Danıştay ve İdare Mahkemesi kararlarında ise; “adil denge”,⁷ “gerekli denge”,⁸ “adil bir oran”,⁹ “fiil ile ceza arasında uyum”¹⁰ gibi kavramlarla ifade edilmiştir.¹¹

Ölçülülük ilkesi, Anayasa’da düzenlenmeden önce de Anayasa Mahkemesi kararlarına istikamet vermektedir. Bunun temelinde ise Türkiye’nin de imzacıları arasında bulunduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) yatmaktaydı. Ölçülülük ilkesi, 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13 üncü maddesinin bünyesine dâhil edilerek hukuki bir zemine kavuşturulmuştur. Böylelikle söz konusu ilke, sınırlamanın sınırını teşkil eden anayasal prensipler arasında yerini almıştır.¹²

⁵ Yıldırım, M. Kamil: “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: LV, S.: 1-3, 1989, s. 103.

⁶ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 114.

⁷ Dan. 5. D., T.: 26.01.1971, E.: 1969/5398, K.: 1971/380 (Hatipoğlu, Mehmet: “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 143, Temmuz-Ağustos 2019, s. 200 ve dn. 80).

⁸ Dan. 5. D., T.: 18.01.1971, E.: 1968/5769, K.: 1971/220 (Oğurlu, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 497 ve dn. 67).

⁹ Dan. 11. D., T.: 04.11.1976, E.: 1976/17, K.: 1976/3958 (Erdem, Jülide Gül: “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 62, S.: 4, Aralık 2013, s. 997).

¹⁰ Ankara 5. İdare Mahkemesi, T.: 16.09.1998, E.: 1998/297, K.: 1998/743 (Oğurlu, s. 496).

¹¹ Kaya, Cemil: “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C.: XXXVIII, S.: 2, Haziran 2005, s. 71.

¹² Uçar, Onur/Yereli, Ahmet Burçin: “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, S.: 176, Ocak-Haziran 2019, s. 578.

Ölçülülük ilkesinin üç temel unsuru mevcuttur. Bunlar; elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır.¹³ Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1989 yılında bu konuyla ilgili verdiği bir kararda ölçülülük ilkesinin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsurdan meydana geldiği hususunun altını çizmiştir.¹⁴

Elverişlilik unsuru, sınırlamada kullanılan aracın sınırlama amacını hayata geçirmek için uygun olmasını ifade eder.¹⁵

Gereklilik unsuru, sınırlamanın taşıdığı amacı hayata geçirebilmek için temel hakkın ve özgürlüğün sınırlandırılmasında en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğini vurgular.¹⁶

Orantılılık unsuru ise, bir aracın hayata geçirilmek istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmaması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷ Ölçülülük ilkesinin sonuncu unsurunu oluşturan ve ölçülülük ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında irtibat kuran bu unsur, hukukun genel prensiplerinden biri olarak vasıflandırılmakta ve hâliyle hukuk devleti sisteminin olmazsa olmaz sonucu olarak değerlendirilmektedir.¹⁸ Alman Anayasa Mahkemesi de orantılılık unsurunu, “amaçla araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır” biçiminde anlamlandırmaktadır.¹⁹ Dikkat edilirse; burada amaçla aracın ölçülü olması değil, amaçla aracın arasında bir ölçsüzlüğün bulunmaması aranmaktadır.²⁰

Orantılılık unsuru, amaçla amaca ulaşmada kullanılacak aracın açık bir ölçsüzlük içinde bulunmamasını gerektirir. Buradan yola çıkarak orantılılık

¹³ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 155; Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2018, s. 370 vd.; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 13. Baskı, Bursa 2021, s. 421.

¹⁴ Söz konusu karar; “... *itiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük ilkesinin’ alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenle yerinde bulunmamıştır.*” biçimindedir. AYM., T.: 23.06.1989, E.: 1988/50, K.: 1989/27 (R.G.: 04.10.1989, S.: 20302).

¹⁵ Gözler, Anayasa, s. 421; Sungurtekin Özkan, Meral: “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 179; Yüzer, Dilara: “Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 16, Özel Sayı, 2014, s. 4847.

¹⁶ Gözler, Anayasa, s. 421; Sungurtekin Özkan, s. 179; Yüzer, s. 4848.

¹⁷ Gözler, Anayasa, s. 422.

¹⁸ Fendoğlu, Hasan Tahsin: “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.: 17, S.: 1, 2000, s. 369.

¹⁹ Grabitz, E.: “Der Grundsatz Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, AöR 98 (1973), s. 575, dn. 33’te belirtilmiş kararlar (Nakleden: Sungurtekin Özkan, s. 179, dn. 9).

²⁰ Sungurtekin Özkan, s. 179.

unsurunu; alınan bir tedbirin, ilgililere ölçsüz bir yükümlülük yüklememesi, onlar için tahammül edilemez mahiyette bulunmaması biçiminde formüle etmek mümkündür.²¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında; orantılılık unsurunu, taşınan amaçla bu amaca ulaşmada kullanılacak aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığının ve kişiye yüklenen yükümlülüklerin ölçsüz bulunup bulunmadığının belirleyicisi olarak nitelendirmiştir.²²

Ölçülülük ilkesinin ihtiva ettiği üç temel unsurdan en zor saptananı orantılılıktır. Zira hâkim, orantılılık unsurunu normatif ve ampirik kriterlere dayanarak tespit edemez. Orantılılığın tespitinde hâkimin toplumsal ve fikri konumu, adalet hissi ve vicdanı etkili olur.²³

Orantılılık değerlendirmesi yapılırken, amaçla araç arasındaki ilişkinin dinamiklerine bakılır. Dolayısıyla bu aşamada somut olayın kendisine has şartlarının göz ardı edilmemesi hususunda özenli davranılmalıdır.

“Dar anlamda ölçülülük” hatta “ölçülülük” olarak da tabir edilen orantılılık kavramının, teoride ve uygulamada, kimi zaman unsuru olduğu ölçülülük ilkesinden ayrıştırılamaz biçimde kimi zaman ise doğrudan ölçülülük ilkesinin yerine, onu bütünüyle temsil eder nitelikte kullanıldığı gözlemlenmektedir.²⁴

Belirtmek gerekir ki; ölçülülük ilkesi, adaletin mihenk taşıını oluşturmaktadır. Hukukta ölçülülüğün matematiksel ya da somut değişkenlere bağlı olarak açıklanması mümkün bulunmadığından ölçülülük belirli bir değerlendirme kıstası olarak kabul edilir. Bu perspektifte ölçülülük ilkesi, temel hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir sınırlama sınırı olmanın ötesinde aynı zamanda yorum ölçütü olarak da fonksiyon icra etmektedir. Dolayısıyla uygulayıcıların belirli konulardaki öznel görüşlerine göre de biçimlenmektedir.²⁵

II. MEŞRU SAVUNMADA SALDIRI İLE SAVUNMA ARASINDA ORANTI BULUNMASI

A. Genel Olarak

Meşru savunma kurumu, saldırı ve savunma sütunları üzerine inşa edilmiştir. Saldırı, hukukça korunan haklara zarar verecek veya onlar üzerinde

²¹ Uçar/Yereli, s. 582.

²² AYM., T.: 23.06.1989, E.: 1988/50, K.: 1989/27 (R.G.: 04.10.1989, S.: 20302).

²³ Yüzer, s. 4849, 4850 ve dn. 39.

²⁴ Uçar/Yereli, s. 589, dn. 21.

²⁵ Yüzer, s. 4847.

tehlike oluşturacak icrai ya da ihmali insan davranışı olarak tanımlanabilir.²⁶ Saldırıda kötülük maksadı ön planda bulunmaktadır.²⁷ Ortada saldırı mahiyetinde bir hareket yoksa, buna karşı savunma yapma mecburiyetinden, dolayısıyla meşru savunmadan bahsedilemez.²⁸ Savunma ise, saldırıyı gerçekleştiren kişiye yönelen ve saldırının uzaklaştırılması maksadıyla icra edilen her türlü hareketler olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan savunma yalnızca saldırıyı uzaklaştırmak gayesiyle ve saldırıda bulunan kişiye karşı gerçekleştirildiğinde, yani yalnızca saldıran kişinin hakkının ihlal edilmesi neticesini doğurduğunda meşru bir savunma olur ve hukuka uygunluk vasfı taşır.²⁹

Yukarıda da değişik vesilelerle belirtildiği üzere, meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı bulunması şarttır. Zira meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet eder.

Mülga 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki meşru savunma düzenlemesinde açıkça yer verilmemiş bulunan orantılılık şartı, söz konusu kanunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması kurumunu düzenleyen 50. maddesinden hareketle öğretilerde ve uygulamada meşru savunmanın bir şartı olarak kabul edilmekteydi. Mülga 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi, meşru savunmada zorunluluğun (zaruretin) gerektirdiği sınırın aşılması hâlinde, kişilerin cezalandırılacağı hükmünü ihtiva ediyordu. Buna göre de; meşru savunma açısından zorunluluk sınırının ihlal edilmemesi, yani saldırı ile savunma arasında bir orantı bulunması gerekiyordu.³⁰

Haksız saldırı ile savunma arasında orantı bulunması şartı, 5237 sayılı TCK'da ise açıkça düzenlenmiştir. TCK'da bu şart "*saldırısı o andaki hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetme*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre savunma, o andaki hâle ve şartlara göre haksız saldırıyı defedecek ölçüde olmalıdır.³¹ Madde gerekçesinde de "... Savunmanın "*saldırısı ile orantılı*

²⁶ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 301; Koca/Üzülmez, s. 279.

²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 301.

²⁸ Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 75.

²⁹ Koca/Üzülmez, s. 282.

³⁰ Dönmezer, Sulhi/Sahir, Erman: Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.: II, 4. Bası, İstanbul 1969, s. 134; Özen, s. 121.

³¹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2021, s. 515; Özgenç, s. 363.

biçimde” olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır...”³² ibarelerine yer verilmek suretiyle, saldırı ile savunma arasındaki orantılılığın meşru savunma için taşıdığı önem vurgulanmıştır. Şayet savunmanın saldırıyı defetmeye, bir diğer ifadeyle uzaklaştırmaya yönelik ölçüsüzlüğü sebebiyle orantılılıktan söz etmek mümkün değilse, bu hâlde savunmada sınır aşılmış olacak ve şartlar uygunsa meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.³³

Belirtmek gerekir ki; StGB’de (Alman Ceza Kanunu’nda), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki meşru savunma kurumunda olduğu gibi, saldırı ile savunma arasında orantı bulunması gerektiği şeklinde bir ibareye yer verilmemiştir. Alman öğretisinde; saldırı ile savunma arasındaki orantılılık konusuyla ilgili olabilecek hususlar, StGB’deki ‘savunmanın gerekliliği’ başlığı ile de bağlantılı olarak, daha ziyade ‘savunmanın uygunluğu’ başlığı altında ele alınmaktadır. Oysa ki; savunmanın gerekliliği ile savunmanın uygunluğu, birbiriyle tam anlamıyla örtüşen kavramlar değildir.³⁴

Alman öğretisinde, savunmanın uygunluğu açısından meşru savunma hakkının sosyal etik nedenlerle sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği hususu da önemli bir konu başlığı oluşturmaktadır. Bu, saldırıyı gerçekleştiren kişide mey-

³² TCK’nın 25. maddesinin gerekçesi için bkz. Yurtcan, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), C.: 1, 2. Bası, Ankara 2015, s. 451.

³³ Kocalı, s. 284. “Oluşa, dosya içeriğine ve tanık anlatımlarına göre, olay günü maktulün, kendisini hayvan otlattığı yer yüzünden şikâyet ettiğini düşündüğü sanıkla önce tartışmaya girdiği, orada bulunanlarca ayrıldıkları, bu aşamada maktulün, saniğe “bu burada kalmaz, seninle görüşeceğiz” dediği, aynı gün içinde aynı mevkide koyun otlatmaya çıkan maktulün ve saniğin karşılaştıkları, olay yerinde maktulün, saniğin üzerine yürüdüğü, saniğin gelmemesi için uyarmasına rağmen, gelip saniğe bastonuyla vurduğu, daha sonra silahını çeken maktulün 4 metre mesafede saniğe doğru iki el ateş ettiği, nitekim, maktulün tabancasıyla uyumlu olduğu ekspertiz raporuyla sabit olan bir kovanın olay yerinde, diğer bir kovanın da maktulün tabancasında sıkışmış vaziyette bulunduğu; öldürüleceği korkusuna kapılan saniğin, üzerinde taşıdığı ruhsatsız tabancasını çıkararak, silahlı saldırının devamı sırasında maktule ateş ettiği, maktulün biri sağ bacak diz üzerinden, diğeri göbek sağ taraftan olmak üzere iki yerinden yaralandığı ve batındaki büyük damar parçalanması sonucu öldüğü, öldürme eyleminin meşru savunma koşullarında gerçekleştirildiği ve meşru savunmada aşırıya kaçılmadığı anlaşıldığı hâlde, 5237 sayılı TCK’nın 25. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi yerine, 765 sayılı TCK’nın 448., 50. ve 59. maddeleri uyarınca karar verilmesi yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmele, hükmün tebliğnameeki düşünce gibi (BOZULMASINA), 05.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yarg. 1. CD., T.: 15.12.2007, 6258/9115 (Yargıtay Kararları Dergisi, C.: 34, S.: 5, 2008, s. 975).

³⁴ Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013, s. 44.

dana getirilen zarar ile tehdit altında bulunan yarar arasında bir dengenin söz konusu olmadığı bazı istisnai durumlarda savunmanın orantılı bulunmayacağı felsefesine dayanmaktadır. Bunun için de meşru savunma hakkının sınırlandırılması gereken olay grupları kurulmaktadır. Bu olay gruplarını; saldırı ile savunma arasında tahammül edilemez şekilde orantısızlık bulunan durumlar, kusur yeteneği olmayanlara ya da kusur yeteneği azalmış olanlara karşı savunmanın gerçekleştirildiği durumlar, failerin bizzat saldırıları provoke ettiği durumlar ve saldırıyı gerçekleştiren kişiler ile savunmada bulunan kişiler arasında sıkı kişisel ilişkilerin bulunduğu durumlar olarak sıralamak mümkündür.³⁵

Saldırı ile savunma arasında orantı bulunması şartı, savunmanın zorunluluğu şartı ile yakın bir ilişki içerisinde. Savunma zorunlu olduğu sürece, orantılılık için de ön şart gerçekleşmiş demektir. Savunmanın zorunlu olması, maruz kalınan saldırının başka şekilde defedilmesi imkânının bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu itibarla savunmanın zorunlu olması kriteri, savunmanın o andaki duruma ve şartlara göre saldırı ile orantılı bulunması mecburiyetini de beraberinde getirmektedir. Meşru savunmada savunmanın zorunluluk arz etmesi gerekmekte ve savunma fiilinin de bu zorunluluğun gerekleriyle orantılı bulunması aranmaktadır.³⁶

Saldırı ile savunma arasında orantı bulunup bulunmadığı meselesi, doktrinde iki açıdan ele alınmaktadır. İlk aşamada, kullanılan araçlar arasında bir orantının söz konusu olup olmadığı ele alınmaktadır. İkinci aşamada ise, saldırıya uğrayan hak ile savunma dolayısıyla zarar verilen hak arasında bir orantının bulunup bulunmadığı ele alınmaktadır.³⁷

B. Saldırıda Kullanılan Araç ile Savunmada Kullanılan Araç Arasında Oran

Saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunması demek, söz konusu araçlar arasında mutlak anlamda bir eşitliğin ya da dengenin mevcut olması demek değildir.³⁸ Saldırıda kullanılan araçlar ile

³⁵ Öztürk/Erdem, s. 274-275.

³⁶ Ersan, s. 45.

³⁷ Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 331; Özen, s. 123-133; Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 301; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 312; Ersan, s. 44; Apaydın, Cengiz: Meşru Savunma, İstanbul 2016, s. 114-116; Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artaç, Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.: 1, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 712-715.

³⁸ Demirbaş, s. 301; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 313; Zafer, s. 331; Özen, s. 123; Ersan, s. 45; Apaydın, s. 116, 117; Kartal, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 58.

savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunmasından, savunma araçlarının saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılması gerekliliği anlaşılmalıdır.³⁹

Belirtmek gerekir ki, bir hakka yönelen saldırıda saldırganın kullandığı araçlar ile savunmayı gerçekleştiren kişinin kullandığı araçlar aynı olmak mecburiyetinde değildir. Savunmayı gerçekleştiren kişi o esnada elinde bulunan bir aracı bu faaliyette kullanacaktır. Savunmayı gerçekleştiren kişinin elinde bulunan araç niteliksel açıdan daha etkin olmakla birlikte, saldırıyı derhâl bertaraf edecek ölçüde kullanılmış ise, dengenin aşıldığı söylenemez.⁴⁰ Örneğin;

³⁹ Öztürk/Erdem, s. 276; İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2021, s. 357-358; Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019, s. 337; Koca/Üzülmüş, s. 286; Ersan, s. 45; Apaydın, s. 116; Kartal, s. 58.

⁴⁰ Ersan, s. 44; Hakeri, s. 336 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517-518; Şare, Ersin: "Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma", İzmir Barosu Dergisi, Y.: 83, S.: 1, Ocak 2018, s. 36. "... Maktulün bıçakla sanığın masasına yürüdüğü, diğer maktulünde sandalye ile sanığa vurup onu yere düşürdüğü, sanığın yerden kalkmak isterken darbelerin devam etmesi sonucu silahı ile ateş etmeye başladığı, maktul ve arkadaşlarının saldırgan kişilikleri, sanığın birden çok kişinin aynı anda birçok ve sandalyeli saldırısı ile muhatap olması ve saldırının yoğunluğu sebebi ile silahını hedef seçerek ateş ettiğinin belirlenememesi, ateş etmesine rağmen maktullerin saldırısına devam etmesi hususları göz önünde bulundurulduğunda sanığın savunmada aşırılığa kaçmadığının kabulü ..." denilmek suretiyle failin saldırganına karşı gerçekleştirdiği savunmanın kullanılan araç bakımından orantılı olduğu ifade edilerek, sanığın fiilinin meşru savunma kapsamında olduğuna karar verilmiştir. Yarg. 1. CD., T.: 23.12.1992, 2807/2996 (Güler, Dilek: Meşru Savunma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 78-79, dn. 373). "İlk haksız hareketin maktulden kaynaklanmasıyla başlayan, devam eden ve artarak devam etmesi de muhakkak olan haksız saldırıyı sanığın o andaki hal ve şartlara göre önce maktul ve yeğenin saldırıda kullandıkları sopaların benzeri olan bir sopayla, sopanın elinden alınması üzerine ise içerisinde çok sayıda mermi bulunmasına rağmen tabancayla yalnızca yakın mesafeden ve hedef gözetme imkanı olmadan iki kez ateş etmek suretiyle defetmeye çalıştığı anlaşılan olayda ... meşru müdafaa şartları gerçekleşmiştir.". Yarg. CGK., T.: 10.12.2013, E.: 2013/1-60, K.: 2013/603 (Özen, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 567-568). "Mağdur sanık ... ile mağdur sanık ... ve mağdur suçta sürüklenen çocuk ... arasında önceye dayalı husumet olduğu, olay günü ...'in, kendisine ait olmayan araç ile ...'in geçiş yolları üzerinde beklemeye başladığı, yanında kalaşnikof marka silah ve 2 adet dolu şarjör bulunduğu, ...'in sürücü olduğu ...'in ön yolcu koltuğunda oturduğu aracın, ...'in aracının 20 metre yakınına geldiğinde, ...'in kalaşnikof marka silahıyla ...'ye doğru ateş ettiği, ...'in buldukları aracın kapılarını açarak kendilerini yere atıp, ...'in av tüfeğiyle, ...'nin ruhsatsız silahıyla ...'e doğru ateş ettikleri, ...'in bu ateşler sonucunda yaralandığı, ...'nin ...'i hareketsiz gördüklerinde ateş etmeyi bıraktıklarının anlaşıldığı olayda; Sanık ... ve suçta sürüklenen çocuğun ...'e karşı gerçekleştirdikleri eylemlerinin meşru müdafaa niteliğinde olduğu ve haklarında TCK'nin 25. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden". Yarg. 1. CD., T.: 04.11.2019, E.: 2018/4117, K.: 2019/4625 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 518, dn. 1017). "Agresif şekilde kapıyı yumruklayan katılan sanık ile ölenin metrobüs içinde katılan sanığı elleriyle ve metal çantayla darp ettikleri, yere düşmesi sonucu olaydan duyduğu korku, kaygı, panik, heyecan ve telaşla daha önce silahını kılıfına koyarken kılıfının kapağını kilitlemeyi unutan katılan sanığa ait görev silahının savrulduğu, bunu ele geçiren katılan sanığın silahla katılan sanığın başına vurarak darp etmeye devam ettiği, metrobüs içindeki vatandaşların araya girmesiyle darp etmeyi bırakan katılan sanığın sağ eli tetikte olacak şekilde ve "beni psikopata bağlatmayın" diyerek metrobüsten indiğinin tanık anlatımlarıyla da sabit olduğu, şuru iyice bulanıklaşan ve başından kanlar akmakta olan katılan sanığın ısrarla silahını istemesine rağmen vermeyen sanıktan sanığın silahını almak ve görevi nedeniyle kendisine zimmeli olan

somut olayda ateşli silaha karşı kesici delici alet kullanılması durumunda da, baltaya karşı ateşli silah kullanılması durumunda da meşru savunma gündeme gelebilecektir. Burada önemli olan husus, aracın saldırıyı defedecek ölçüde kullanılmasıdır.⁴¹

Meşru savunma kurumunda kullanılan aracın niteliği değil, aracın ne şekilde kullanıldığı önem taşır. Zira aynı araç çok değişik zarar potansiyellerini bünyesinde barındırabilir. Örneğin; tabanca birini tehdit etmek, yaralamak veya öldürmek için kullanılabilir.⁴² Dolayısıyla kişinin; aracı savunmaya yetecek ölçüde, bir diğer ifadeyle saldırıyı defedecek ölçüde kullanıp kullanmadığına odaklanılır.

Meşru savunma kurumunda savunma faaliyeti esnasında ateşli silahların ne ölçüde kullanılacağı ve bunun sınırlarının hangi kriterlere dayanılarak çizilmesi gerektiği meselesi de önemli bir gündem maddesi oluşturmaktadır. Zira ateşli silahlar, meşru savunma kurumunun uygulama alanı kapsamında en çok kullanılan araçlardır ve kişinin en önemli hakkı olan yaşam hakkını tehdit etmektedir. Söz konusu araçların savunma faaliyeti esnasında kullanılabilmesi için öncelikli kural, mevcut savunma imkânları arasında bu araçlardan daha hafif bir aracın bulunmamasıdır. Dolayısıyla herhangi bir tehlikeli silah kullanmaksızın, özellikle bedensel kuvvetine ve kabiliyetine dayanarak saldırıyı defedebilecek bir kişinin, savunmasında bu silahları kullanmasına onay verilmemektedir. Bununla birlikte; şayet saldırganı karşı gerçekleştirecek daha özenli bir savunma, sonuç açısından yetersiz kalacaksa ve diğer araçlar da güvenilir değilse, işte bu durumda silah kullanma -saldırgan üzerinde son derece ağır etkiler ortaya çıkarsa da- meşru savunma hakkının son çaresi olarak karşımıza çıkacaktır.⁴³

silahına yönelik gerçekleşmekte olan saldırıyı ve bu silahla katılan sanığın etraflıklarına de zarar vermesini engellemek amacıyla o anki hâlin koşullarının gerektirdiği ölçülerde hareketlerde bulunarak katılan sanığa kafa attığı ve bileğini tuttuğu, halen direnmeye devam eden katılan sanığın elinin de tetikte bulunması dolayısıyla patlayan silahtan çıkan merminin yakın mesafede bulunan katılan sanığın arkadaşına isabet ettiği, başından beri katılan sanığın kendisini koruma kastıyla hareket ettiği ve ölçülü olarak başka biçimlerde saldırıyı defetmeye çalıştığı; ancak katılan sanık ile ölenin eylemlerine ve saldırılarına devam ettikleri de gözetildiğinde katılan sanığın hareketlerinin bir bütünlük içerisinde tek eylem olarak kabul edilerek meşru savunma sınırları kapsamında kaldığının kabulüyle TCK 25/1. maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın eylemi bölünerek silahla tehdit ve taksirle öldürme suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi". Yarg. 12. CD., T.: 04.02.2020, E.: 2017/10647, K.: 2020/1085 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 518, dn. 1017).

⁴¹ Güler, s. 78.

⁴² Toroslu/Toroslu, s. 169.

⁴³ Kartal, s. 103, 104.

Her ne kadar kanuni bir karşılığı olmasa da, söz konusu nitelikteki silahların kullanımı açısından orantılılık prensibinin ışığı altında bazı kriterler geliştirilmiştir. Buna göre; meşru savunma kapsamında hareket eden kişi saldırganın ağır bir saldırısına karşı örneğin bir tabanca kullanacaksa, onun öncelikle saldırganı bu tabancayı göstererek tehdit etmesi gerekmektedir. Ancak bu tehdidin yetersiz kaldığı/kalacağı hâllerde uyarı ateşinde bulunması, bunun da yetersiz kaldığı/kalacağı hâllerde saldırganın ayağına doğru ateş etmesi ve son çare olarak da hedef gözetmeksizin ateş etmesi gibi bir sıralamaya uyması kendisinden beklenmektedir.⁴⁴ Bazı istisnai durumlar haricinde bu sıralamaya uyulmaması, orantılılık prensibinin zedelenmesine yol açabilir.

Hâkim, somut olayın kendine has şartlarını göz önünde bulundurarak meşru savunmayı gerçekleştiren kişinin aracı hangi amaçla kullandığını tespit etmeli ve orantı kriterini de burada ulaştığı sonuca göre değerlendirmelidir. Orantılılık değerlendirmesi esnasında, saldırıyı ve savunmayı gerçekleştiren kişilerin fiziksel özellikleri de dikkate alınmalıdır.⁴⁵ Zira güçlü kuvvetli bir erkeğin bıçaklı saldırısına karşı, bir kadının ateşli silahla karşılık vermesi; bir tekvando ustasının tekmelerine maruz kalan bir kimsenin kendisini baltayla savunması; sağlıklı ve orta yaşlı bir kişinin bıçaklı saldırısına karşı, yaşlı veya engelli bir kişinin ateşli silahla savunma yapması olaylarında saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunduğu kabul edilmelidir. Silahın fiziki açıdan güçsüzlüğü gidermek için icat edildiğini göz ardı etmemek gerekir.⁴⁶ Burada dikkat edilmesi gereken konu; meşru savunma konumunda

⁴⁴ Kartal, s. 104, 105; Hakeri, s. 339; Ersan, s. 45. Yargıtay'ın da bu hususları dikkate aldığı görülmektedir. "*Mağdur tarafın kalabalık bir grup hâlinde ellerinde sopa, demir boru ve taşlarla muhtarlık odası önüne gelip sanığın üzerine yürüdükleri, tanıkların bir olay olmaması için engel olmaya çalışıp sanığı içeriye aldıkları, buna rağmen, mağdur tarafın ellerindeki demir, sopa ve taşlarla köy odasına saldırdıkları, camları ve kapıyı kırıp içeri girdikleri sırada sanığın tabancasını çıkarıp uyardığı, içlerinde mağdur ve müdahilin de bulunduğu grubun eylemlerine devam etmesi üzerine ilk önce havaya ateş ettiği, saldırının sürdürülmesiyle yere ateş ettiği ve mağdurları hayatı tehlike geçirmeyecek şekilde yaraladığı olayda, sanığın kendisine yönelmiş, gerçekleşen haksız saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlediği fiilden yasal savunma nedeniyle TCK m.25/1 gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması". Yarg. 1. CD., T.: 15.05.2008, 1007/1774 (Şen, Ersan/Aksüt, Ertekin: "Öldürmeye Teşebbüs ile Kasten Yaralama Mukayesesi ve Uygulama Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 109, Kasım-Aralık 2013, s. 349).*

⁴⁵ Ersan, s. 45; Şare, s. 36.

⁴⁶ Apaydın, s. 122. "*Sanık elinde bulunan bıçak ile müştekinin kalçasına tek darbe vurmuştur. Saldıran kişinin güçlü bir erkek, sanığın ise kadın olduğu gözetildiğinde saldırı ile savunma arasında oran vardır. Çünkü bıçak darbesinin hayatı önem taşıyan organlara yönelik olmaması nedeni ile savunmada aşırılığa kaçılmadığı açıktır". Yarg. CGK., T.: 10.03.1998, 2-370/75 (Ermeýdan, İdris: "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.: 3, Bahar 2014, s. 145).*

bulunan daha az güçlü kişinin, saldırganın elindeki araca göre daha güçlü olan bir araçla gerçekleştireceği savunmada bu aracı saldırıyı defedecek ölçüde kullanması gerektiği hususudur. Zira örneğin meşru savunma durumunda bulunan kadın; karşısındaki güçlü kuvvetli erkeğin saldırısından, havaya ateş etmek suretiyle veya onun ayağına ateş etmek suretiyle kurtulabilecekken doğrudan onun hayati organlarına ateş ederse meşru savunmadan faydalanamayacaktır. Burada hâkim, sınırın aşıp aşılmadığını somut olayın kendine has özelliklerini dikkate alarak tespit edecektir.⁴⁷

C. Saldırıya Uğrayan Hak ile Zarar Verilen Hak Arasında Oran

5237 sayılı TCK-sadece “ırza veya nefse yönelik” saldırılara karşı meşru savunma imkânı tanımış bulunan mülga 765 sayılı TCK’dan farklı olarak - “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırı*”dan bahsetmek suretiyle, her türlü hakka yönelik saldırılara karşı ve bu arada mal varlığına yönelik saldırılara da karşı meşru savunmayı kabul etmiştir. 5237 sayılı TCK meşru savunmaya konu olan hakkın niteliği bakımından herhangi bir ayırıma gitmediğinden yaşam, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, şeref, özgürlük, mülkiyet, özel hayat gibi ceza hukuku korumasından faydalanan hukuksal yararlaraya yönelik saldırıların yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi şahsi nitelikteki tüm hukuksal yararlaraya yönelik saldırılar açısından da meşru savunmayı mümkün hâle getirmiştir.⁴⁸

Savunmanın meşru bir savunma olarak nitelendirilebilmesi için, saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında da orantı bulunmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunmasından anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda doktrinde hararetli tartışmalar yaşanmaktadır. Doktrindeki birçok yazar orantılılık şartının haklar arasında mutlak bir eşitliğin ya da denkleğin bulunmasını gerektirmediğini, sadece haklar arasında aşırı bir dengesizliğin bulunmaması-

⁴⁷ Güler, s. 79. “*Sanık, kız kardeşinin ırzına yönelik bir saldırının mevcut olduğu düşüncesi ile hayati öneme haiz bölgelerini hedef alıp silahı ile önce bir el sonrada 3 el ateş etmek sureti ile, sırtından ve ensesinden S’yi öldürmüştür. Maktulün üzerinden bir adet kasatura elde edilmiş ise de maktulün bu bıçağı çekmek için herhangi bir davranışta bulunduğu belirlenememiştir. Sanık ise, daha etkin nitelikteki av tüfeği ile maktulün öldürücü olmayan bölgelerine ateş ederek saldırganı etkisiz duruma getirmek imkânına sahip olduğu ve saldırının bundan sonraki boyutunun ne olabileceğini, diğer bir deyişle ilk atıştan sonra maktulün saldırısına devam edip edemeyeceğini öngörebilecek durumda bulunduğu halde atışlarına devam etmek sureti ile yasal savunmada zaruret sınırını aşmıştır.*”. Yarg. CGK., T.: 04.01.1997, 215 (Hakeri, s. 338).

⁴⁸ Erdem, Mustafa Ruhan: “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 9, Özel Sayı, 2007, s. 989.

nı gerektirdiğini ileri sürmektedir.⁴⁹ Buna karşılık, doktrindeki bazı yazarlar ise orantılılık şartını daha katı bir şekilde yorumlamakta ve bu şartın haklar arasında bir dengenin bulunmasını gerektirdiğini ileri sürmektedirler.⁵⁰ Bütün bunların yanı sıra, doktrindeki diğer bazı yazarlar ise meşru savunmanın kendine has yapısı nedeniyle haklar arasında bir oranın aranmayacağını ileri sürmektedirler.⁵¹ Kanaatimizce meşru savunma kurumundaki orantılılık şartının katı bir şekilde yorumlanması kurumda aşınmalara yol açar. Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için saldırıya uğrayan hakkın savunma esnasında zarara uğratılan haktan daha değerli olmasını aramak, kurumun temeline dinamit koymak anlamına gelir. Böyle bir şartın kabul edilmesi hâlinde; ırzına geçmek isteyen saldırganı başka bir savunma imkânı bulamayıp öldüren kişiyi, cinsel özgürlük hakkı karşılığında yaşama hakkının feda edilmesinde oran bulunmadığı gerekçesiyle, meşru savunmadan yararlandırma imkânsızlaşacaktır.⁵² Sadece bu örnek bile, orantılılık şartının katı bir şekilde yorumlanmasının ne gibi tutarsız sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğini gözler önüne sermektedir. Yine belirtmek

⁴⁹ Dönmezer/Erman, s. 135; Demirbaş, s. 302; Özen, s. 127; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2020, s. 324; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 714; Apaydın, s. 114. Bkz. benzer yönde Ersan, s. 46.

⁵⁰ Zafer, s. 331; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 315; Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020, s. 394.

⁵¹ Özgenç, s. 363, dn. 501; Hakeri, s. 340. Doktrinde Koca/Üzülmez; bir yandan orantılılık bakımından yapılacak değerlendirmede saldırının ve savunmanın yöneldiği hukuksal değerlerin de göz önünde bulundurulacağını ifade etmekte, ancak diğer yandan böyle bir oran bulunmamasının her zaman savunmanın meşru olmadığı neticesini doğurmayacağını da vurgulamaktadırlar (Koca/Üzülmez, s. 284).

⁵² Saldırıya uğrayan bir hakkın korunması için saldırganı ait daha değerli bir hakkın zarara maruz bırakılması hususu, tek başına savunmanın orantılı olmadığını ortaya koymaz. Bunun aksinin kabul edilmesi birçok olayda meşru savunma kurumunun gündeme gelememesine yol açacaktır. Bu bakımdan karşı karşıya gelen değerler arasındaki derecelendirmenin nispi nitelikte olduğu ifade edilmelidir (Kartal, s. 58-59). "(...) *Yasal savunmanın uygulanması için savunmanın saldırı ile orantılı biçimde olması, daha doğrusu saldırının ölçülü bir savunma ile uzaklaştırılması veya etkisizleştirilmesi gerekmektedir. Fail saldırıyı etkisiz hale getirirken, saldırı veya tecavüze karşı ölçülü bir savunma gerçekleştirdiği takdirde, hukuka uygunluk nedeni olan yasal savunma hakkından yararlanacaktır. aa) Araçların bakımından orantılılık, saldırganın saldırıda kullandığı araç ile savunma yapanın savunmada kullandığı araç arasında bir oran veya ölçü bulunmalıdır. Bu kural, saldırıyı yapanın elindeki aracın aynısının, kendini savunmak zorunda bulunan kişide bulunması olarak anlaşılmamalıdır. Kendisine bıçakla saldıran kişiye karşı savunma yapanın tüfekle ve sopa ile kendini koruması mümkündür. Araçlar arasındaki oran durumu, özellikle aracın ölçülü olarak kullanılması bakımından göz önünde tutulmalıdır. bb) Hak ve korunun yararlar bakımından orantılılık, hakların veya değerlerin bir derecelendirmeye tabi tutulması halinde, birçok durumda yasal savunma halinin uygulanması mümkün olmaz. Burada önemli olan, yasal savunma konusu hakkın veya faydanın var olup olmadığıdır. Bir hakkın korunması için, ondan daha değerli bir hakka veya yarara zarar verilebilir. Irza geçmek isteyen saldırganı başka türlü uzaklaştırma olanağı bulamayıp öldüren kişinin yasal savunma kapsamında hareket ettiği kabul edilir. Burada cinsel dokunulmazlık hakkı karşılığında hayat hakkının feda edilemeyeceği, dolayısıyla fayda ve yarar bakımından oran bulunmadığı söylenemez.*" Yarg. CGK., T.: 31.10.2017, 841/440 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 516-520, dn. 1019).

gerekir ki, meşru savunma kurumundaki orantılılık şartının rafa kaldırılması da kurumda aşınmalara yol açar. Meşru savunmanın kendine has yapısı nedeniyle saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında bir oranın aranmayacağını ileri sürmek, kurumun ruhunu zedeler. Böyle bir tabloda basit bir oyuncağı, çok az miktardaki bir parayı veya az miktardaki meyveyi çalan bir kimsenin meşru savunma amacıyla silahla ağır yaralanması veya öldürülmesi gündeme gelebilecektir.⁵³ Sadece bu örnekler bile, orantılılık şartının rafa kaldırılmasının ne gibi katlanılmaz sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğini gözler önüne sermektedir. Unutulmamalıdır ki; meşru savunma kurumu, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma güdüsüne hizmet eder. Bu kurumdaki orantılılık şartını rafa kaldırmak ise, onu tehlikeli bir intikam aracı hâline dönüştürür. Dolayısıyla meşru savunma kurumu, hassas bir teraziye andırmaktadır. Temeline katı olmayan bir orantılılık ilkesini yerleştirmedeği takdirde iflas etmeye mahkûmdur. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunması demek, bu haklar arasında aşırı bir dengesizliğin söz konusu olmaması demektir.

Belirtmek gerekir ki, saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunup bulunmadığını belirlemeye hizmet edecek genel geçer bir formül ortaya koyabilmek mümkün değildir.⁵⁴ Hâkim, orantılılığın bulunup bulunmadığını sağlıklı bir şekilde belirleyebilmek için önündeki somut olayın kendisine özgü özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmalıdır.⁵⁵ Orantılılık tespiti oldukça hassas bir süreçtir. Özellikle mal varlığına ilişkin haklara yönelik saldırılara karşı savunma gerçekleştirilirken, savunmanın hangi sınırlarda kalması gerektiği meselesi önemli bir problem olarak gündeme gelmektedir.⁵⁶

Yukarıda da vurgulandığı üzere, 5237 sayılı TCK mal varlığına yönelik saldırılara karşı da meşru savunmayı kabul etmiştir. Dolayısıyla kişinin mal varlığına veya mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilen bir saldırıyı o andaki duruma ve şartlara göre saldırı ile orantılı şekilde defetmek zorunluluğu ile yapılan savunmalar vücut dokunulmazlığına veya yaşam hakkına da yönelik olabilecektir.⁵⁷

⁵³ Örnekler için bkz. Hakeri, s. 341.

⁵⁴ Ersan, s. 46.

⁵⁵ Özen, s. 131.

⁵⁶ Güler, s. 82.

⁵⁷ Bkz. benzer yönde Özgenç, s. 363, dn. 501; Ersan, s. 47. Bu konuda doktrinde savunulan farklı bir görüş ise; miktarı ve kıymeti her ne olursa olsun mal varlığı değerinin, bir kişinin hayatı pahasına korunacak bir değer olmadığı gerekçesinden yola çıkarak malını koruduğu iddiasıyla saldırganı öldüren kimsenin meşru savunmadan yararlanmasının mümkün olmaması gerektiğini ileri sürmektedir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 520; Koca/Üzülmez, s. 285; Zafer, s. 332; Erdem, s. 987 vd.; Şare, s. 35).

Nitekim Yargıtay da mal varlığını korumak maksadıyla gerçekleştirilen savunma esnasında saldırganın ölümüne sebebiyet verilen bir olayda meşru savunma kurumunun varlığını kabul etmiştir.⁵⁸

Mal varlığına yönelik saldırılarda meşru savunma ile ilgili değerlendirmelerde bulunulurken muhakkak değinilmesi gereken hususlardan biri de İHAS'ın 2. maddesi düzenlemesidir. İHAS'ın "Yaşama Hakkı" başlıklı 2. maddesi; "1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. 2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk hâline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâli suretiyle yapılmış sayılmaz: a. Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için; b. Hukuka uygun olarak bir kişiyi yakalamak veya hukuka uygun olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kaçmasını önlemek için; c. Ayaklanma veya isyanın hukuka uygun olarak bastırılması için." hükmünü ihtiva etmektedir. Görüldüğü üzere, İHAS'ın 2/2. maddesinde yaşam hakkının ihlal edilebileceği hâller sayılmıştır. Bunlar; bir insanın haksız bir şiddet karşısında savunulması için saldırganın öldürülmesi, hukuka uygun bir yakalama işleminin icrası için söz konusu kişinin öldürülmesi veya hukuka uygun olarak yakalanmış bir kişinin kaçmasının engellenmesi amacıyla öldürülmesi, ayaklanmanın veya isyanın hukuka uygun olarak bastırılması için ilgili kişilerin öldürülmesi durumlarıdır. Mal varlığına yönelik saldırıların ortadan kaldırılması zorunluluğu içerisinde saldırganların öldürülmesinin meşru savunma kurumu çerçevesinde iç hukuka uygun sayılmasının, İHAS'ın 2. maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesi öğretilerde hararetli tartışmaların yaşanmasına sebebiyet vermektedir.

Öğretilerde bu konuda savunulan bir görüşe göre; İHAS m.2, TCK m.25/1 üzerinde doğrudan tesire sahip olup, mal varlığına yönelik bir saldırının bertaraf edilmesi amacıyla bir kişinin öldürülmesini yasaklamakta ve dolayısıyla da mal varlığına yönelik bir saldırının bertaraf edilmesi zorunluluğu içerisinde saldırganın öldürülmesini meşru savunma kapsamında değerlendirmemekte-

⁵⁸ "Sanık (İ.H.)'in maktul (C) ve arkadaşlarının hırsızlık suçunu işlemek amacıyla marketin kepenginin açılmasından itibaren, bu suçun gerçekleşmemesi ve vazgeçmeleri için çabalamasına rağmen saldırıyı defedememesi karşısında ve kendisine ait malları korumak amacıyla, olay yerinden malları ile kaçan maktulün bulunduğu araca ateş etmesinde yasal savunma koşullarının gerçekleştiği ve yasal savunmada aşırıya kaçmadığı, maktul (C)'nin yaralanarak ölmesinin yasal savunma kapsamında kaldığı ve sanığın bu suçtan sorumlu tutulamayacağı anlaşılmakla, TCK'nın 25/1 ve CMK'nın 223/2-d maddeleri uyarınca sanık (İ.H.) hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken..." Yarg. 1. CD., T.: 10.10.2013, E.: 2013/2791, K.: 2013/5664 (Koca/Üzülmöz, s. 285, dn. 805).

dir. Altını çizmek gerekir ki; bu görüş, mal varlığına ilişkin bir yararı savunma zorunluluğu içerisinde saldırganı öldüren kişinin kasten öldürme suçundan ötürü cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵⁹

Öğretide bu konuda savunulan diğer bir görüş ise; İHAS'ın 2. maddesinin yalnızca devlet-birey ilişkisinde önem taşıdığına, buna karşılık kişilerin kendi aralarındaki ilişkiler üzerinde herhangi bir tesirinin bulunmadığına altını çizmektedir. Bahsedilen görüş, bu noktadan hareket etmek suretiyle, İHAS'ın kişinin mal varlığına yönelik bir hakkı savunmak için saldırganı öldürmesini yasaklamadığı neticesine ulaşmaktadır.⁶⁰

Öğretide bu konuda savunulan değişik görüşlerle ilgili sağlıklı değerlendirme yapılabilmesi için kanaatimizce bazı hususların net bir şekilde ortaya konulması lazım gelmektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki; meşru savunma, mal varlıklarına karşı saldırı gerçekleştirilen bütün insanların bu saldırıları durdurabilmek için saldırganları anında öldürmelerine cevaz veren bir kurum değildir. Meşru savunma kurumunun gündeme gelebilmesi için haksız saldırı ile savunma arasında orantı bulunması gerekmektedir. Mal varlığına yönelik saldırılarda da meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırı ile savunma arasında orantı bulunması şarttır. Böyle bir tabloda 5237 sayılı TCK'nın belirli durumlarda mal varlığına yönelik saldırılar gerçekleştiren saldırganların da öldürülmesini meşru savunma kapsamında değerlendirmesi, tek başına, İHAS'ı ihlal eden bir durum değildir. Ayrıca unutulmamalıdır ki; milletlerarası nitelikte bir sözleşme olan İHAS, 2. maddesinde getirdiği düzenlemeyle, kendisini imzalayan devletlerin meşru savunma hakkını sınırlandırmaktadır. İHAS'ı imzalayan devletlerin vatandaşları olan kişilerin meşru savunmaya ilişkin hakları, sözleşmenin konusu dışında kalmaktadır. Dolayısıyla da mal varlığına yönelik saldırıların ortadan kaldırılması zorunluluğu içerisinde saldırganların öldürülmesinin meşru savunma kurumu çerçevesinde iç hukuka uygun sayılmasının, İHAS'ın 2. maddesine aykırılık teşkil ettiği istikametindeki görüş bünyesinde bazı isabetsizlikler barındırmaktadır. İHAS'ın 2. maddesi yalnızca devlet-birey ilişkilerinde önem taşır; söz konusu hükmün kişilerin kendi aralarındaki ilişkileri üzerinde herhangi bir tesiri bulunmamaktadır.

⁵⁹ Erdem, s. 992; Durmuş, Tezcan/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, Ankara 2004, s. 216; Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005, s. 164; Kaymaz, Seydi/Bozbayındır, Ali Emrah: "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: LXVIII, S.: 1-2, Aralık 2010, s. 108.

⁶⁰ Hakeri, s. 347; Taner, Fahri Gökçen: "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", Ceza Hukuku Dergisi, C.: 5, S.: 12, Nisan 2010, s. 231; Ersan, s. 49; Güler, s. 84.

Meşru savunma kurumunun düzenlendiği TCK m.25/1’de her türlü hakka yönelik saldırılara karşı ve bu arada mal varlığına yönelik saldırılara da karşı meşru savunmaya imkân tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda -bahsedilen düzenlemenin haricinde- mala yönelmiş saldırılar açısından meşru savunma imkânı getiren başka düzenlemeler de mevcuttur.⁶¹ Bu düzenlemeler 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) ve 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) yer almaktadır.

TMK’ya göre; zilyet, malına karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı bertaraf edebilmek için kuvvet kullanma yetkisine sahiptir. Hakikaten, “Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.” hükmünü getiren TMK m.981’de,⁶² buna imkân tanınmış olmaktadır. TMK m.981, zilyetliğin korunmasına hizmet eden bir hükümdür.⁶³

TMK’nın 981. maddesinde yer alan “Savunma hakkı” başlıklı düzenlemenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretideki bazı yazarlar, bu düzenlemeyi hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirmektedirler.⁶⁴ Görüşlerine bizim de katıldığımız öğretideki diğer bazı yazarlar ise, bu düzenlemeyi meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele almaktadırlar.⁶⁵

TMK m.981, saldırı altında olan bir hakkın kuvvet kullanılması suretiyle savunulmasını düzenlediği için meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu düzenleme, mahiyeti itibarıyla özel bir meşru savunma hükmüdür.

TMK m.981’den faydalanabilmek için, zilyetliğe karşı gerçekleştirilen saldırının haksız bir saldırı olması gerekir. Öte yandan; maddede sadece zilyede meşru savunma hakkı tanındığı için, zilyedin malike karşı da malını koruma

⁶¹ Öztürk/Erdem, s. 285.

⁶² TMK’nın “Savunma hakkı” başlıklı 981. maddesine göre; “Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. / Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.”

⁶³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 343.

⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 343; Demirbaş, s. 323-324; Zafer, s. 343; Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020, s. 372.

⁶⁵ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay: Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 81; Otacı, Cengiz: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.: 3, S.: 10, Temmuz 2012, s. 542.

yetkisi mevcuttur. Haksız saldırıyı gerçekleştiren kişi malın maliki bile olsa, zilyedin ona karşı kuvvet kullanmak suretiyle malı savunma yetkisi mevcuttur.⁶⁶

Belirtmek gerekir ki, zilyedin malını korumak maksadıyla gerçekleştirebileceği hareketler TMK'da sınırlı olarak gösterilmiştir.⁶⁷ Buna göre; zilyet, rızası dışında kendisinden alınan malı taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir (TMK m.981/2).

Türk Medeni Kanunu gibi Türk Borçlar Kanunu da zilyede ve malike malını koruma hakkı tanımıştır (TBK m.64).⁶⁸ TBK m.64/1'e göre; meşru savunmada bulunan, saldıranın kişiliğine veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. Keza hakkını kendi kuvvetiyle koruma durumunda kalan kişi, hâl ve şartlara göre o esnada kolluk kuvvetinin yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını engelleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.⁶⁹

Görüldüğü üzere; TMK ve TBK, mala yönelik olarak gerçekleştirilen haksız saldırılara karşı meşru savunmada bulunulabileceğini kesin bir dille ortaya koymaktadır.⁷⁰

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; orantılılık ilkesinin izlerine, TCK m.25'de olduğu gibi, TMK m.981'de ve TBK m.64'de de rastlanmaktadır. TCK m.25'de "*saldırılı o andaki hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğundan*", TMK m.981'de "*durumun haklı gösterdiği derecede kuvvet kullanılmaktan*", TBK m.64'de ise "*durum ve koşullara göre hakkını kendi gücüyle korumaktan*" bahsedilmektedir. Orantılılık ilkesiyle ilgili kanunların getirdiği bu düzenlemeler birbirinden farklıdır. TCK, orantılılığı "*saldırı*" kavramına dayandırmaktadır. TMK, orantılılığı "*haklılık*" kavramına dayandırmakta-

⁶⁶ Erem, Faruk: "Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa", Adalet Dergisi, C.: 34, S.: 8, 1943, S. 620; Centel/Zafer/Çakmut, s. 343.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 344.

⁶⁸ TBK'nın "Sorumluluk" başlıklı 64. maddesine göre; "*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. / Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler. / Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*"

⁶⁹ Öztürk/Erdem, s. 286; Centel/Zafer/Çakmut, s. 344.

⁷⁰ Öztürk/Erdem, s. 286.

dır. TBK ise, orantılılığı “zorunluluk” kavramına dayandırmaktadır. TMK’nın ve TBK’nın kullandığı ölçütler-orantılılık ilkesini ihtiva etse bile-ceza hukuku düzenindeki saldırı-savunma orantılılığını değil, zilyetlik ve mülkiyet gibi daha üstün bir hakka dayanmayla irtibatlı orantılılığı vurgulamaktadır. Zilyetliğe yönelmiş haksız saldırılara karşı gerçekleştirilen savunmaların orantılı olup olmadığını tespit edebilmek için TCK’nın 25. maddesindeki orantı formülasyonunun kullanılmasında hiçbir mahzur yoktur.⁷¹

Görüldüğü üzere; TCK ve TBK, el altında bulunan bir malı saldırıya karşı kuvvet kullanmak suretiyle koruma hakkını kişilere vermiştir. Ancak, zilyedin saldırılara karşı malını korumak ve önleyici olmak üzere önceden aldığı tedbirlerle de (offendicula) saldırgana zarar vermesi mümkündür.⁷² Bu noktada malın korunabilmesi amacıyla henüz saldırı gerçekleştirilmeden önce, bu tür tedbirler alınmasının hukuka uygun olup olmadığı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Offendicula; zilyetliğin/mülkiyetin korunması için, saldırı ya da ihlal olasılığına dayalı olarak, önceden hazırlanan, saldırı esnasında kendiliğinden harekete geçen ya da hazırlanmış biçimi itibarıyla saldırı anında saldırgana zarar veren veya saldırgana zarar vermesi mümkün olan önlemlerle malın korunmasıdır.⁷³ Evin çevresindeki duvarların üzerine keskin jiletli teller konulması, duvarların üzerine cam kırıkları yerleştirilmesi, korunmak istenen sahayı çeviren tellere elektrik akımı verilmesi, evin bahçesine saldırgana zarar verecek tehlikeli hayvanların salınması, evin duvarının kenarına çukurlar kazılması, kapıların açılması ile birlikte silahları ateşleyen düzeneklerin kurulması; saldırıda veya ihlalde bulunan kişilere zarar veren ya da zarar verme olasılığı olan önlemlere misal olarak gösterilebilir.⁷⁴

Offendicula sistemiyle özel veya tüzel kişilerin mallarının korunması, faillerin saldırıları gerçekleştirdikleri anda yakalanabilmeleri veya faillerin saldırılarına devam etmelerinin önlenmesi hedeflenmektedir.⁷⁵

Offendiculanın da hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretideki bazı yazarlar, bu kurumu meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirir-

⁷¹ Otacı, s. 554.

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s. 344.

⁷³ Hakeri, Hakan/Gülşen, Recep: “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: IX, S.: 1-2, Haziran 2005, s. 41.

⁷⁴ Otacı, s. 558.

⁷⁵ Dönmezer/Erman, s. 47; Hakeri/Gülşen, s. 41.

mektedirler.⁷⁶ Görüşlerine bizim de katıldığımız öğretilerdeki diğer bazı yazarlar ise, bu kurumu hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele almaktadırlar.⁷⁷

Offendicula, ileride gerçekleşme olasılığı bulunan bir hak ihlaline/haksız saldırıya karşı alınmış bir önlemdir. Dolayısıyla bu kurumun meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Meşru savunma; gerçekleşmekte olan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan saldırılar için gündeme gelebilir. İleride gerçekleşme olasılığı bulunan soyut saldırılara karşı meşru savunma mümkün değildir. Bu sebeple offendicula kurumunun, TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. TMK'nın ziyede zilyetliğini koruma hakkı tanımış olması ve ileride gerçekleşme olasılığı bulunan saldırılara karşı önlem alınmasının kanun tarafından açıkça yasaklanmış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, offendicula kurumunun bazı şartlarda hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁸

Offendicula kurumu ilk defa 1820 yılında Almanya'da, hukuki bir problem olarak gündeme gelmiştir. Samanlığından kuru ot ve bazı eşyalarının çalındığını fark eden Lepold isimli bir şahıs; hırsız yakalamak amacıyla samanlık kapısına, kapı açıldığında kendiliğinden ateş edecek şekilde bir tüfek yerleştirmiştir. Geceleyin samanlığa tekrar gelen hırsız, düzeneğin ateş alması üzerine ölmüştür. Yerel mahkeme bu olaydan ötürü sanık Lepold'u mahkûm etmişse de, istinaf mahkemesi bu kararı bozmak suretiyle kendisini beraat ettirmiştir.⁷⁹

Konunun Fransa'da ilk defa yargı önüne geldiği bir olayda ise sanık, arazisi içindeki nehirden geceleri başkalarının balık tutmalarını önlemek amacıyla otomatik düzenek kurmuş; bu düzenekten ötürü ağır şekilde yaralanan birinin bacağı kesilmiş ve mahkeme burada meşru savunmanın bulunduğu gerekçesiyle sanığı beraat ettirmiştir. Ancak; hukuk mahkemesi meşru savunma

⁷⁶ Erem, s. 622, dn. 6; Hakeri/Gülşen, s. 51; Hakeri, s. 343; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517; Şen, Ersan/Şahin, Buğra: "Önleyici Meşru Savunma", Yorumluyorum-22, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 119 vd.

⁷⁷ Dönmezer/Erman, s. 47; Centel/Zafer/Çakmut, s. 344-345; Demirbaş, s. 324; Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: II-III, İstanbul 1991, s. 168; İçel, s. 374-375; Öztürk/Erdem, s. 286-287; Zafer, s. 343; Soyaslan, s. 371-372; Otacı, s. 558-559.

⁷⁸ Dönmezer/Erman, s. 47.

⁷⁹ Demirbaş, s. 324; Önder, s. 168; Hakeri/Gülşen, s. 41-42; Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 492.

olamayacağı gerekçesi ile tazminata hükmetmiş, Fransız Yargıtay'ı ise meşru savunma hâlini kabul etmiştir.⁸⁰

Günümüzün modern dünyasında bilim ve teknoloji alanında yaşanan baş döndürücü gelişmeler, mal varlığına karşı işlenen suçların sayısında son derece önemli bir artışa yol açmıştır. Bu durum da, *offendicula* kurumunu gündelik hayatın vazgeçilmez bir unsuru hâline getirmiştir. Hukuk da bu gerçeği dikkate alarak bugün *offendicula* kurumuna bünyesinde geniş bir yer ayırmaktadır. Hatta *offendiculanın* hukuki niteliği ile ilgili keskin görüş ayrılıkları öğretilerde hararetle tartışmaların yaşanmasına da neden olmaktadır. Öyleyse buradaki en can alıcı nokta, *offendiculanın* hukuki konumunu doğru bir şekilde tespit edebilmektedir. *Offendiculanın* hukuki niteliğinin doğru bir şekilde tespit edilememesi, hukuk düzleminde bununla ilgili meşruiyet krizlerinin yaşanmasına yol açmaktadır. Bu krizlerin önüne geçilebilmesi için *offendicula* kurumunun “meşru savunma” başlığı altında mı, yoksa “hakkın kullanılması” başlığı altında mı ele alınması gerektiği meselesi açıklığa kavuşturulmalıdır. *Offendicula*; ileride gerçekleşme olasılığı bulunan bir hak ihaline/haksız saldırıya karşı alınmış bir önlem olduğundan, onun “hakkın kullanılması” başlığı altında ele alınması gerekir.

Ne var ki kişilerin, gerçekte neyi hedef aldığı ve nasıl neticeleneceği tam anlamıyla bilinemeyen olası bir saldırıdan korunabilmek için önceden hazırladıkları zarar verici özel düzenekleri, hakkın kullanılması çerçevesinde tümüyle hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.⁸¹ Düzeneklerin ileride saldırıların gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle kurulması, bazı durumlarda saldırılar ile savunmalar arasında orantı bulunmaması, saldırılarla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin zarar görme ihtimallerinin bulunması, düzeneklerin harekete geçme zamanında aksamalar yaşanabilmesi, kurulacak düzeneklerin şekil ve içerik itibarıyla ağır neticeler doğurabilmesi gibi hususlar; konuyu oldukça hassas bir hâle getirmektedir.⁸²

Yargıtay, adını açıkça koymasa da ve gerekçesini izah etmese de, *offendicula* kapsamında değerlendirilebilecek bazı olaylarda hukuka uygunluk nedeni görmemiştir.⁸³

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 1989 yılında çiçeklerin korunması amacıyla elektrik akımı bağlanan bahçe tellerine dokunarak yaralanan üç yaşındaki ço-

⁸⁰ Fransız Yargıtay'ı, T.: 25.03.1902 (Erem, s. 622, dn. 6; Centel/Zafer/Çakmut, s. 345, dn. 161; Hakeri/Gülşen, s. 42).

⁸¹ Otacı, s. 560.

⁸² Önder, s. 169.

⁸³ Otacı, s. 560.

cukla ilgili bir olayı karara bağlamıştır. Yüksek Mahkeme, çiçeklerini korumak maksadı ile dahi olsa bahçesindeki tellere bilerek ve neticelerini öngörüp isteyerek elektrik akımı bağlayan sanığın meydana gelen bu olaydaki fiilini kasten yaralama olarak kabul etmiş, bu fiili taksirle yaralama biçiminde değerlendiren yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁸⁴

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2011 yılında buğday ekili araziye yabancı hayvanların girmesinin engellenmesi amacıyla komşu arazi sınırına konan zehirli yiyeceği yiyerek zarar gören hayvanlarla ilgili bir olayı karara bağlamıştır. Bu olayda -zehirli yiyecekten ötürü- katılanın hayvanlarından biri ölmüş, diğerleri ise hastalanmıştır. Yüksek Mahkeme, buğday ekili arazisine yabancı hayvanların girmesini engellemek amacıyla, komşu arazi sınırına kepekten yapılmış zehirli yiyecek koyan sanığın meydana gelen bu olayda mala zarar verme suçundan ötürü sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁵

Önceden hazırlanan zarar verici özel düzeneklerin hakkın kullanılması çerçevesinde hukuka uygun sayılabilmesi için bunlar saldırı anında derhal harekete geçmeli,⁸⁶ saldırı ile orantılı bulunmalı⁸⁷ ve masum üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyecek sistemler içermelidir.⁸⁸

SONUÇ

Meşru savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin kendisine veya başkasına yönelik olan haksız bir saldırıyı engellemek veya ortadan kaldırmak maksadıyla gerçekleştirdiği savunma niteliğindeki davranışları ifade etmektedir.

⁸⁴ Yarg. 2. CD., T.: 11.10.1989, 7613/8764 (Otacı, s. 560-561).

⁸⁵ Yarg. 9. CD., T.: 11.07.2011, 14192/9259 (Otacı, s. 559).

⁸⁶ Dönmezer/Erman, s. 47; İçel, s. 375; Demirbaş, s. 324. "*Offendicula'da zamansal bakımdan saldırıdan önce ayarlanan, ancak saldırı ile eş zamanlı olarak faaliyete geçen, etkili olan bir mekanizma söz konusudur.*" (Hakeri/Gülşen, s. 42).

⁸⁷ Dönmezer/Erman, s. 48; İçel, s. 375; Demirbaş, s. 324. Orantının bulunup bulunmadığı ortak hayat tecrübelerine, somut olayın kendine has özelliklerine ve mevcut delillere göre değerlendirilecektir. Örneğin; tavuk hırsızlığını engellemek için, kümeste, insan vücudu ısısına göre ayarlanabilen otomatik silah tertibatı kurmakta orantı bulunmamaktadır. Buna karşılık; kimseye zarar vermeyecek şekilde bağlı tutulan bir köpeğin geceleri, dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı bahçede serbest bırakılması ve bahçede köpek bulunduğunu bildiren tabelanın herkesçe görülebilecek bir vaziyette kapağa ve bahçe duvarına asılması durumunda orantı vardır (Öztürk/Erдем, s. 287).

⁸⁸ Dönmezer/Erman, s. 48; İçel, s. 375; Demirbaş, s. 324. Kurulan sistemin saldırgan ile masum üçüncü kişi arasında bir ayırım yapması kabil olmalıdır. Örneğin; bir fabrikanın güvenliği için hazırlanan düzeneğin yoldan geçen herkese ateş etmesi hâlinde, sınır aşılıymış olur (Demirbaş, s. 324). Yine; herkesin gelip geçtiği bir yolun yanında meyve bahçesi bulunan şahsın bahçe duvarına elektrikli tel çekmesi, masum üçüncü kişilere zarar vereceğinden meşru bir savunma olmaz (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517).

Meşru savunma kurumu, saldırı ve savunma sütunları üzerine inşa edilmiştir. Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı olması şarttır.

Saldırı ile savunma arasında orantı bulunup bulunmadığı meselesi, öğretilerde iki açıdan ele alınmaktadır. İlk aşamada, kullanılan araçlar arasında bir orantı söz konusu olup olmadığı ele alınmaktadır. İkinci aşamada ise, saldırıya uğrayan hak ile savunma dolayısıyla zarar verilen hak arasında bir orantının bulunup bulunmadığı ele alınmaktadır.

Türk doktrininin, meşru savunma kurumunun belkemiğini oluşturan “orantılılık” kavramına yaklaşımı değerlendirildiğinde, hakikaten de doktrinin büyük çoğunluğunun, katı bir orantılılık anlayışından uzak olduğu görülmektedir. Doktrinin ezici bir çoğunluğu, araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denge arayan orantılılık anlayışını kabul etmemektedir.⁸⁹

Bizim kanaatimize göre de, araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denge arayan orantılılık anlayışı yerinde bir anlayış değildir. Saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunmasından, savunma araçlarının saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılması gerekliliği anlaşılmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunması demek ise, bu haklar arasında aşırı bir dengesizliğin söz konusu olmaması demektir.

Orantılılık koşulu, meşru savunma kurumunun şah damarını oluşturmaktadır. Zira meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet etmektedir. Hukuk sistemlerini meşru savunmayı hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemeye sevk eden saikler de onun insanların kendilerini veya başkalarını koruma felsefesine dayanması ve intikam ruhunu dışlamasıdır.

⁸⁹ Kartal, s. 61.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019.
- Apaydın, Cengiz: Meşru Savunma, İstanbul 2016.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2021.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2020.
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020.
- Dönmezer, Sulhi/Sahir, Erman: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.: II, 4. Bası, İstanbul 1969.
- Durmuş, Tezcan/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, Ankara 2004.
- Erdem, Jülide Gül: "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 62, S.: 4, Aralık 2013, s. 971-1005.
- Erdem, Mustafa Ruhan: "Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 9, Özel Sayı, 2007, s. 987-998.
- Erem, Faruk: "Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa", Adalet Dergisi, C.: 34, S.: 8, 1943.
- Ermeydan, İdris: "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.: 3, Bahar 2014, s. 131-170.
- Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin: "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, C.: 17, S.: 1, 2000, s. 363-384.
- Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 13. Baskı, Ankara 2021 (Anayasa).
- Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2018.
- Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005.
- Güler, Dilek: Meşru Savunma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Hakeri, Hakan/Gülşen, Recep: "Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: IX, S.: 1-2, Haziran 2005, s. 41-71.

- Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019.
- Hatipoğlu, Mehmet: “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 143, Temmuz Ağustos 2019, s. 181-220.
- İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2021.
- Kartal, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- Kaya, Cemil: “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C.: XXXVIII, S.: 2, Haziran 2005, s. 61-87.
- Kaymaz, Seydi/Bozbayındır, Ali Emrah: “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: LXVIII, S.: 1-2, Aralık 2010, s. 77-119.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Oğurlu, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 485-522.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay: Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.
- Otacı, Cengiz: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.: 3, S.: 10, Temmuz 2012, s. 537-567.
- Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: II-III, İstanbul 1991.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011.
- Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- Özen, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2021.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021.
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020.

- Sungurtekin Özkan, Meral: "İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203.
- Şare, Ersin: "Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma", İzmir Barosu Dergisi, Y.: 83, S.: 1, Ocak 2018, s. 13-58.
- Şen, Ersan/Aksüt, Ertekin: "Öldürmeye Teşebbüs ile Kasten Yaralama Mukayesesini ve Uygulama Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 109, Kasım-Aralık 2013, s. 335-352.
- Şen, Ersan/Şahin, Buğra: "Önleyici Meşru Savunma", Yorumluyorum-22, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 119-129.
- Taner, Fahri Gökçen: "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", Ceza Hukuku Dergisi, C.: 5, S.: 12, Nisan 2010, s. 219-253.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018.
- Uçar, Onur/Yereli, Ahmet Burçin: "Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak "Ölçülülük" İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi", Maliye Dergisi, S.: 176, Ocak-Haziran 2019, s. 575-598.
- Yargıtay Kararları Dergisi, C.: 34, S.: 5, 2008.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.: 1, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Yıldırım, M. Kamil: "İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: LV, S.: 1-3, 1989, s. 98-115.
- Yurtcan, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), C.: 1, 2. Bası, Ankara 2015.
- Yüzer, Dilara: "Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 16, Özel Sayı, 2014, s. 4843-4898.
- Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul 2016.

ÇEVİRİ
TRANSLATION

“Tasarım Bilimleri” ve Anayasal “Başarı”(*)

Ran HIRSCHL(**)

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Duygu ŞİMŞEK DÜLGER(***)

*“Hepimiz şemsiye kuralını biliyoruz.
Şemsiyenizi eğer yanınıza alırsanız yağmur yağmaz;
eğer almazsanız yağacaktır.”*

Ralph Waldo Emerson (Amerikalı düşünür)¹

*“Tasarım, sanat olabilir.
Tasarım, estetik olabilir. Tasarım çok basittir.
Bu denli karmaşık olması bu yüzdendir.”*

Paul Rand (Amerikalı grafik tasarımcı)²

Anayasal tasarım üzerine literatür geniştir. Konunun ana hatları, uzmanların bir araya geldiği bu forumun katılımcılarının malumu olduğundan bunları burada bir kez daha ortaya koymaya lüzum yoktur.³ Kavram, özet olarak, arzu edilen sosyal ve siyasi çıktılara elverişli kurumsal planlama ve uygulamalar ile ulaşılabileceğini ifade etmektedir. Tasarım, sıklıkla, verili bir yönetim biçiminde en iyi uygulamayı veya belirli rejim için kuralların ve kurumların elverişli kombinasyonunu gösterecek kültürler arası “en iyi” veya en elverişli anayasal kuralı bulma arayışına girer. Demokratik yapılarda, bu tür bir tasarımın sözde

(*) Bu makale, ilk olarak, 29-31 Ocak 2009 tarihlerinde toplanan Texas Law Review Sempozyumu'nda sunulmuştur. “Design Sciences” and Constitutional “Success” başlıklı İngilizce orijinalinden Dr. Öğr. Üyesi Duygu ŞİMŞEK DÜLGER tarafından tercüme edilmiştir.

Çeviri Hakem denetiminden geçmiştir.

Çevirinin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 29.07.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 17.08.2022.

(**) Siyaset Bilimi ve Hukuk Profesörü, Toronto Üniversitesi.

(***) Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-posta: duygu.simsek@ibu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0224-1417>.

¹ Ralph Waldo Emerson, Journal Entry (1873), in 16 THE JOURNALS AND MISCELLANEOUS NOTEBOOKS OF RALPH WALDO EMERSON 293 (Ronald A. Bosco et al. eds., 1982).

² FRANK W. LIOU, RAPID PROTOTYPING AND ENGINEERING APPLICATIONS 48 (2007).

³ Son dönemde alana yapılmış bazı katkılar arasında DONALD S. LUTZ, PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL DESIGN (2006); WALTER F. MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (2007); EDWARD SCHNEIER, CRAFTING CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES (2006); and ADRIAN VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY (2007).

normatif hedefi, siyasi sistemin demokratik yeterliliklerinin (örneğin katılım ve temsil) güçlendirilmesi, hesap veriliğinin ve şeffaflığın artırılması; ve çoğunluğun tahakkümüne ilişkin ilkeler ile demokrasinin yalnızca bu ilkelere bağlı kalmaktan daha fazlası olabileceği fikrinin dengelenmesi olabilir. Uygulama düzeyinde ise bu tür tasarım, kamu politikalarının oluşturulmasında kaliteyi ve etkinliğini artırmayı; ve bunun bir uzantısı olarak belirli bir rejimdeki siyasi, kültürel, ve ekonomik gelişmeyi hedefleyebilir. Etkili anayasal tasarımın ayrıca ekonomik büyümeyi de, özellikle verili rejimdeki uluslararası güvenilirliği yabancı yatırımcılar nezdinde artırmak sureti ile, olumlu yönde etkilediği ifade edilmektedir.⁴ Geçiş ortamlarında (genellikle de otoriter bir rejimden demokratik veya en azından yarı-demokratik bir rejime geçişte) anayasal tasarım, geçiş paktını sürdürme ve belirtilen hedeflerine ulaşma yönünde büyük paydaşların teşviklerini korurken etkili geçişi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, anayasal tasarımın kısa ve orta vadeli hedefi, şiddet düzeyini düşürmek, ilgili paydaşlar, koalisyonlar ve muhalefetler arasında güvenilirliği ve güveni artırmak ve en nihayetinde uzun vadeli birlik, barış ve istikrarı sağlayacak bir siyasi kurumlar ve usüller irtibatının temellerini oluşturmaktır. Bu kapsamda, bu tür anayasal tasarımla ilgili literatür sıklıkla “eştoplumlaştırmacılık/eştoplumsalcılık” olarak anılır ve ortak yönetim kurumlarının, karşılıklı veto noktalarının, güç paylaşım mekanizmalarının ve benzerlerinin önemini vurgular.⁵ Daha sofistike “bütünleştirici” görünümüyle bu bilim dalı, siyasi süreci inatçı paydaşlar için daha çekici hale getirecek, ılımlılığı teşvik edecek ve grup çizgileri arasında oy kullanma teşvikleri sağlayarak çekişme nedenlerini dağıtacak kurumların benimsenmesini savunur.⁶

Anayasal tasarıma yönelik tüm bu yaklaşımlar, anayasal hükümlerin, kurumların ve düzenlemelerin sosyal ve politik değişimi teşvik edecek, destekleyecek veya buna izin verecek şekilde optimize edilebileceği ve olması gerektiğine dair ortak bir inancı paylaşır. İdealist açıklamalara göre anayasalar organik

⁴ Burada literatür oldukça geniştir. Bkz. Alvaro A. Montenegro, *Constitutional Design and Economic Performance*, 6 CONST. POL. ECON. s. 161, 169 (1995) (Anayasal tasarımın ekonomik açıdan öngörü sağlayabileceğini ileri sürer; buna göre daha uzun anayasalar daha düşük düzeyde tutarlılığa işaret ederken daha kısa anayasalar ise daha iyi ekonomik performansa önyak olacaktır); Douglass C. North & Barry R. Weingast, *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, 49 J. ECON. HIST. s. 803, 806, 805-06 (1989) (Anayasaların “uzun vadede büyümeyi besleyen kurallar”ı belirlemede kritik bir rol üstlendiğini ileri sürer); alt notlar s. 129-31 ve ekli metin.

⁵ E.g., Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, J. DEMOCRACY, Apr. 2004, at 97, 99-107.

⁶ *Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies*, in *CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* 3 (Sujit Choudhry ed., 2008).

olarak gelişirken ve gerçek halkın iradesini veya bir yönetimin kalıcı değerlerini yansıttığı söylenirken, anayasal tasarım, somut sorunlara ve zorluklara yanıt olarak ikinci dereceden, pragmatik bir anayasa yapma vizyonunu savunur. Bu hedeflere ulaşmak için anayasalar tasarlanabilir. Bu bağlamda, anayasal tasarım girişimi, “modernist anlatı” olarak adlandırılabilir temel unsurları paylaşır. İnsan, rasyonel, hedefe yönelik veri toplama, planlama ve uygulama yoluyla doğayı evcilleştirme ve gerçekliği yeniden şekillendirme yeteneğine sahip olduğundan, kader önlenemez ve tutkular kontrol edilebilir. Doğa korkutucu ve muhtemelen kaotik olsa da, dikkatli kurumsal mühendislik, düzeni getirebilir, zorlukların üstesinden gelmeye yardımcı olabilir, sorunları çözebilir ve nihayetinde kamu yararına hizmet etmek için daha iyi fırsatlar yaratabilir.

Bu makalede, anayasal tasarım teorisinin iki önemli -ancak sıkça değinilmeyen- yönüne ilişkin kısa bir düşünce deneyine katılacağım. İlk olarak, anayasal tasarımı, büyük, asil hedeflere ulaşmak için tasarıma dayanan, kentsel planlamadan uzay araştırmalarına kadar pek çok disiplin, alan ve faaliyet olan “tasarım bilimleri” dediğim daha geniş bağlamda ele alacağım. İkinci olarak, anayasal tasarımda “başarı” sorusuna, yani anayasal yapıların istenen hedeflere ulaşmada gerçek etkisinin nasıl tanımlanıp değerlendirileceğine değineceğim. İncelediğim olası kriterler arasında zaman ufku ve dayanıklılık; anayasal amaçların fiilen uygulanması; anayasal tasarımın demokrasi, refah ve insani gelişme gibi önemli hedeflere ulaşmadaki katkısı; anayasaların çatışma veya çatışma sonrası ortamlarda varoluşsal gerilimleri azaltmadaki gerçek başarı oranı; ve anayasaların sağlık salgınları veya iklim değişikliğinden genişleyen sosyal ve ekonomik boşluklara, zorunlu göçe, kitle imha silahlarının çoğalmasına veya insanlığa karşı büyük çaplı suçların devam etmesine kadar dünyanın en büyük zorluklarından bazılarına ele alma becerisi - bunların tamamı, küresel işbirliğini gerektiren ve bu nedenle büyük ölçüde anayasaların ulaşamayacağı yerdedir.

I. “TASARIM BİLİMLERİ”

Anayasal tasarımın yanı sıra, son iki yüzyılda çeşitli diğer tasarım bilimleri ortaya çıkmıştır. Bentham’ın panoptikonundan Marx’ın proletarya devletine kadar modern siyaset teorisi, sık sık makropolitik tasarımla ilgilenmektedir.⁷ Yirminci yüzyıl, Batı’da modern zamanların tüm makropolitik planlama uygulamalarının tartış-

⁷ Bkz., e.g., SHLOMO AVINERI, HEGEL’S THEORY OF THE MODERN STATE 176-93 (1974); KARL MARX & FREDERICK ENGELS, THE MANIFESTO OF THE COMMUNIST PARTY 12 (Frederick Engels ed. & trans., Charles H. Kerr & Co. 1906) (1848); NIKOLAS S. ROSE, POWERS OF FREEDOM 187 (1999).

masız en büyüğü olan, kapitalist demokrasinin yayılmasına tanık olmuştur. Genel oy hakkı, kurumsal kontroller ve dengeler, bireysel özgürlükler ve piyasa ekonomisinin birleşiminin uzun vadeli siyasi istikrar ve ekonomik refah sağladığı söylenmektedir. Eski Sovyetler Birliği'ndeki komünizm, en azından ilk birkaç on yılında, sosyal tasarımda mega bir uygulama olmuştur. Bu deneyin temellerinin kırılmaya başlaması çok uzun sürmemiş, ancak merkezi planlama yoluyla herkese eşitlikçi bir sosyal adalet nosyonu geliştirme arzusu, onu kesinlikle yakın tarihin en iddialı siyasi tasarımlarından biri olarak nitelendirmiştir. Çin gibi geleneksel olarak az gelişmiş yerlerde insani gelişme açısından merkezileştirilmiş mega planlamanın başarıları hafife alınamaz. Bu arada, planlamanın arzu edilen hedeflere ulaşmak için etkili bir yol olduğu varsayımıyla birlikte daha özelleşmiş kamu politikası alanı ortaya çıkmıştır. Günümüzde, sağlık hizmetlerinden ormancılığa kadar kamu politikasının neredeyse her yönü, en azından kısmi olarak uzman planlamasına dayanmaktadır (örneğin, bütçeleme, hedef belirleme, performans izleme vb.). Makroekonomik planlama belki de bu eğilimin en bariz tezahürüdür. Halk eğitim sistemi de aynı şekilde yarının vatandaşlarını üretken bir yaşam için eğitmeyi ve hazırlamayı hedeflemektedir. Muhtemelen tüm zamanların en hırslı devasa sosyalleşme ve beyin yıkama mekanizmalarından biridir. Özel sektörde gelişmiş kapitalizmin yükselişi, büyük ölçekli iş planlaması ve strateji gibi alanları ön plana çıkarmıştır.

Ve modern devletin yükselişi ve kitlesel insan hareketleri ile mekânsal tasarım ön plana çıktı. Bölgesel ve kentsel planlama, bölgesel kalkınmayı ve kentsel yaşamı (Kuzey ve Güney) düşünceli ve akılcı bir şekilde tasarlama girişiminde akademik ve pratik bir alan olarak ortaya çıktı.⁸ Büyük ölçekte gerekli hizmetlerin sağlanması (ör. altyapı ve ulaşım, ticaret, temizlik, eğitim ve kültür), bölge ve mahalle gelişimi, hatta şehirlerin belirli endüstrilere nasıl hitap edebileceği ve belirli sosyal tabakalar ve profesyoneller için nasıl etkili miktatıslar haline gelebileceği gibi konular planlama ve tasarım meseleleri haline geldi.⁹ Brasilia, Abuja ve İslamabad gibi yeni başkentler sıfırdan tasarlandı ve inşa edildi. Tokyo'dan Dubai'ye, denizde inşa edilen yapay adalar artık tüm havalimanlarını veya birinci sınıf turizm merkezlerini taşımakta. Bu arada uzay keşfi, bazen büyük başarı ile bazen de mutlak fiyaskoyla sona ererken, inanılmaz teknolojik beceri ve bilinmeyi fethetmek için harcanan sonsuz finansal kaynaklarla yirminci yüzyılın en büyük tasarım alanlarından biri haline geldi.¹⁰

⁸ John Friedmann, *The Future of Comprehensive Urban Planning: A Critique*, 31 PUB. ADMIN. REV. s. 315, 315-16 (1971).

⁹ Id. s. 316.

¹⁰ Bkz. s. 28-32 alt notlar ekinde yer alan metin.

Plânlama ve tasarım da mikro düzeyde yaygın hale geldi. Plânlama ve tasarım mikro düzeyde de yaygın hale geldi. Mimarlar ve inşaat mühendisleri; iç mekan, peyzaj veya özel tasarımcılar; pazarlama uzmanları ve bilgisayar programcıları; beslenme uzmanları ve plastik cerrahlar; film yönetmenleri ve askeri müfreze memurları; vergi kaçırıcılar ve banka soyguncuları; ve seyahat acenteleri ve düğün planlamacılarının hepsi ayrıntılı, mikro düzeyde planlamayı kullanır ve bunlara güvenir. Tarımsal ürünler, raf ömürlerini uzatacak, şekil ve renklerini değiştirecek ve mahsullerin doğal ortamlarının veya mevsimlerinin dışında yetişmesine izin verecek şekilde tasarlandı. Ve evet, biz amatör aşçılar, Yahudi ya da İtalyan büyükanne olmayanlar, iyi bir akşam yemeği veya sofistike bir tatlı yapabilmek için genellikle yemek tarifleri kitaplarından yararlanırsınız. Aslında, bir dakika durup bunu düşündüğümüzde, hayatımızın birçok yönünü değişken derecelerde başarı ile planlarız. Yani plânlama ve tasarım her yerdedir - modern yaşamın kesinlikle vazgeçilmez unsurlarıdır. Aslında, tüm çeşitlilikleriyle - en büyük girişim ölçeğinden nanoteknolojinin atomik veya moleküler ölçeğine, en asil ve hırslı sosyal deneylerden günlük yaşamın en önemsiz ve dünyevi yönlerine kadar, modernitenin kendisinin özüdür. İyi tasarlayın, dikkatli uygulayın ve başarı size daha yakın.

Kabul edelim, gerçeklik geri tepebilir. Muhtemelen şimdiye kadarki en büyük sosyal deneylerden biri olan komünizmin çöktüğünü ve Casa Hirsch’deki en iyi meyveli turta tariflerinden bağımsız olarak fırını çalışmaz halde bırakan beklenmedik elektrik kesintisini de unutmamak gerekir. Dahası, 11 Eylül’ün muazzam başarısızlıklarının, yavaş Katrina yardım operasyonlarının ve ipotek piyasasındaki çöküşün öne sürdüğü gibi, planlama eksiklikleri ve yanlış risk değerlendirmeleri en güçlü ülkeleri bile batırabilir. Ancak tasarım bilimlerinin genel tonu son derece iyimserdir. Kadere ve kaderciliğe kızar. Teknoloji ve bilim dönüştürücü güçlerdir. Ve böylelikle, kötü genlerin veya kötü şansın üstesinden gelinebilir. Yapısal, organik süreçler kontrol edilebilir. Ve göz kamaştırıcı politik gerçekliklerin (mikro veya makro) daha azının etkileri hafifletilebilir ve hatta dikkatli, rasyonel kurumsal planlama yoluyla tersine çevrilebilir.

Tasarım bilimleri, planlama ve uygulama arasındaki boşluğa ilişkin sorular ortaya çıkarır. Hangisi “başarı” olarak kabul edilir; planın fiili uygulanması mı veya belirtilen hedeflerine ulaşılması mı? Tasarım süreci ne kadar “rasyoneldir” ve ne ölçüde değerler, fikirler, kurumlar ve çıkarlar tarafından yönlendirilir (veya bunlardan izole edilir)? Araya giren faktörlerin ve beklenmedik durumların uygulama üzerindeki etkisi nedir? Programa entegre edilmiş, hareket halin-

deyken öğrenmeye, değiştirmeye ve ayarlamalara izin veren uyarlama tekniklerimiz veya kendi kendine öğrenme mekanizmalarımız var mıdır? Planlama sırasında genellikle olumsuz, öngörülemeyen, ancak plan çizim tahtasından gerçekliğe hareket ettiğinde büyük görünen istenmeyen sonuçlar ne olacak? Burada gevşek bir şekilde ifade edilebilecek olan tasarım bilimleri, bunları ve anayasal tasarımla ilgili diğer ilgili sorunları değerlendirmek için zengin, disiplinler arası karşılaştırmalı bir bağlam sağlar.

Peki tasarım bilimleri bize anayasal tasarım hakkında ne söylüyor? Birincisi, boyut ve kapsam önemlidir. Küçük ölçekli, odaklanmış ve sıkı bir şekilde tasarlanmış bir planın başarılı olma şansı, anayasa mühendisliği gibi büyük ölçekli, mega tasarım işletmelerinden belirgin şekilde daha yüksektir. Böylesine geniş bir tasarım uygulamasındaki olası müdahale faktörlerinin ve öngörülemeyen engellerin sayısı ölçülemez. İstatistiksel olarak konuşursak, diğer değişkenler eşit olduğunda, böylesine büyük ölçekli bir tasarımın başarılı olma olasılığı düşüktür. Kibbutz'un küçük ölçekli eşitlikçi deneyi, sert telkinler, gizli servisler, vitrin davaları veya gulaglar olmaksızın yıllarca oldukça iyi işlerken, komünist dünyada çok daha büyük ölçekte aynı sosyal deneyin sürdürülmesi çok daha zor olmuştur.¹¹ Yani küçük, daha iyidir.

Başarılı bir küçük ölçekli tasarımın nihai örneği, Polgár kız kardeşler deneyidir. Polgár kız kardeşler, Macaristan'dan dünya çapında üç satranç oyuncusudur, çocukların çok erken yaşlardan itibaren uzman bir konuda eğitilirse olağanüstü başarılar sergileyebileceklerini kanıtlamak için, sıkı bir satranç meraklısı ve evde eğitim savunucusu olan babaları tarafından benzersiz ve dikkatlice düşünülmüş bir girişiminin ürünleridir.¹² Polgár kardeşler, küçük yaşlardan itibaren ağırlıklı olarak satranç ve Esperanto alanında, evde eğitim görüyorlardı.¹³ Sloganları "Dahiler yaratılır, doğmaz" idi.¹⁴ Kardeşlerden en büyüğü Susan, on beş yaşında dünyanın en iyi kadın oyuncusu oldu.¹⁵ Düzenli yarışmada Büyük Usta unvanını kazanan ilk kadındı ve 1996'dan 1999'a kadar Kadınlar Dünya Satranç Şampiyonu oldu.¹⁶ Ortanca kardeş Sofia, satranç tarihinde "Roma'nın yağmalanması" olarak bilinen 1989 yılında Roma'da bir

¹¹ Bkz. DANIEL GAVRON, THE KIBBUTZ 152 (2000).

¹² CATHY FORBES, THE POLGAR SISTERS 14, 24 (1992).

¹³ Id. s. 24-25.

¹⁴ Id. s. 13.

¹⁵ Id. s. 49.

¹⁶ Tex. Tech Univ., Susan Polgar Inst. for Chess Excellence, Grandmaster Susan Polgar, http://www.depts.ttu.edu/spice/Susan_Polgar.php.

turnuvadaki muhteşem performansı ile on dört yaşında satranç dünyasını şaşkına çevirdi.¹⁷ En küçük kız kardeş Judit Polgár, tarihteki en güçlü kadın satranç oyuncusudur.¹⁸ 1991’de, on beş yıl dört aylıkken Büyük Usta unvanını elde etti ve o dönemde bunu başaran en genç kişi oldu.¹⁹ Şu anda En İyi 100 Oyuncu listesinde yer alan tek kadın ve 8. sırada yer alıyor.²⁰ Polgár kız kardeşler deneyinin başarısını anlamak için, Michael Phelps’in iki varsayımsal kardeşi John ve Jane Phelps’in yüzmede ünlü gerçek erkek kardeşleriyle aynı düzeyde uluslararası başarılar ulaştığı düşünülebilir. İnanılmaz!

Yelpazenin diğer ucunda, uygulamanın çeşitli aşamalarında yanlış gidebilecek şeylerin sayısı çok daha fazladır. Bu, kamu politikası çalışmalarında geniş ölçüde belgelenmiştir. Klasik parçalar, federal düzeydeki iyi niyetlerin sahadaki fiili uygulamaları sırasında ne kadar batağa saplandığına bakmaktadır.²¹ 1970’lerden bu yana, konuya çeşitli merceklerle bakan başka birçok çalışma yapılmıştır: nicel, nitel, aşağıdan yukarıya, yukarıdan aşağıya, vb.²² Hepsi aynı sonuca varıyor: Uygulama zinciri boyunca veto noktalarının sayısı, genellikle tam uygulamaya giden yolda, bazen aşılamaz, önemli engeller yaratacak kadar büyüktür.²³ Benzer bir argüman, dönüm noktası niteliğindeki mahkeme kararlarının etkisi sorusundaki en etkili çalışmalardan biri olan Gerald Rosenberg’in *The Hollow Hope*²⁴ adlı eserinde ileri sürülür.

Tasarım bilimlerinden öğrenilecek ikinci bir içgörü, dikkatli tasarımlar gevşek olanlardan daha iyi olsa da, en dar tasarımların bile (ve şimdilik tarif kitabı

¹⁷ Bkz. FORBES, supra note 12, at 120-21.

¹⁸ Robert Byrne, A Spirited Polgar Pushes a Fist Through Chess’s Glass Ceiling, N.Y. TIMES, Nov. 2, 2003, at N34.

¹⁹ Bkz. FORBES, supra note 12, s. 162, 171.

²⁰ Byrne, supra note 18 (recording Judit’s ascendance to the number 8 ranking); FIDE World Chess Federation, Top 100 Players April 2009, <http://ratings.fide.com/top.phtml?list=men>.

²¹ E.g., EUGENE BARDACH, THE IMPLEMENTATION GAME: WHAT HAPPENS AFTER A BILL BECOMES A LAW? 3 (1978) (kamusal politikalarda gerçekleşen çok sayıda başarısızlığı irdelemektedir); JEFFREY L. PRESSMAN & AARON WILDAVSKY, IMPLEMENTATION: HOW GREAT EXPECTATIONS IN WASHINGTON ARE DASHED IN OAKLAND, at xx-xxiv, 69 (3d ed., 1984).

²² E.g., Marie-Louise Bemelmans-Videc, Introduction: Policy Instrument Choice and Evaluation, in CARROTS, STICKS AND SERMONS 1 (Marie-Louise Bemelmans-Videc et al. eds., 1998); Paul A. Sabatier, Top-Down and Bottom-Up Approaches to Implementation Research: A Critical Analysis and Suggested Synthesis, 6 J. PUB. POL’Y 21, 21 (1986); Malcolm Gladwell, Wrong Turn: How the Fight to Make America’s Highways Safer Went Off Course, NEW YORKER, June 11, 2001, s. 50, 52-54.

²³ Bkz., e.g., Richard F. Elmore, Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions, 94 POL. SCI. Q. 601, 607 (1979).

²⁴ Bkz. GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 35-36, 420-22 (2d ed. 2008).

ile yemek pişirmeyi hariç tatalım) yoldan çıkabileceğidir. Muhtemelen Amerika Birleşik Devletleri'ndeki modern inşaat mühendisliğinin en önde gelen projelerinden biri olan Boston'daki Big Dig, çok sayıda sorun, uzun gecikmeler, sayısız sızıntı, standart altı malzemeler ve ölümcül bir çöküşle gölgelenmiştir.²⁵ Robert F. Scott, Antarktika fethini mükemmel bir şekilde planladığına inanmasına rağmen, Güney Kutbu'na yarısı kaybetmiştir.²⁶ Hollywood'un tarihi, tam bir iflase dönüşen multi-milyon dolarlık megastar filmlerle doludur; ancak bu başarısızlıkların yanı sıra uluslararası gişe rekorları kıran pek çok mütevazı prodüksiyon da bulunmaktadır.²⁷ NASA'nın uzay araştırmalarındaki sayısız başarısı iyi belgelenmiştir.²⁸ Ancak kayıtlar, 1986'daki Challenger mekik görev kazasını ve 2003 Columbia mekik kazasını da içermektedir.²⁹ Daha genel olarak, örneğin NASA'nın (veya Rus muadilinin) Mars'a ulaşmak için planladığı girişimlerin birçoğu başarısız olmuştur.³⁰ Pathfinder (1997), Spirit (2004) ve Opportunity (2004) üzerlerine düşen görevi³¹ yerine getirirken, diğer mega projelerin çok daha az başarılı olduğu kanıtlanmıştır.³² Londra'nın Docklands finans bölgesi projesi, ivme kazanmadan ve on yıl sonra dönüştüğü parlak, modaya uygun bir yer olmadan önce tam bir çöküş olarak başlamıştır.³³ Efsanevi mimar Oscar Niemeyer tarafından tasarlanan Brasilia, birkaç anıtsal hükümet binası dışında, belirtilen hedeflerinin çoğuna ulaşamamış, megalomana yakın kentsel planlamanın paradigmatik bir örneğidir.³⁴ Aslında, bir alan olarak kentsel planlama, sahadaki gerçek başarı söz konusu olduğunda karışık sonuçlarla karakterize edilmiştir. Her ikisi de hedeflenen, somut alanlar olan inşaat mühendisliği ve mimaride uygulama oranı çok yüksekken, makro-kentsel veya bölgesel planlamada tasarım başına uygulama oranı kaçınılmaz olarak daha düşüktür.

²⁵ Bkz. Pam Belluck & Katie Zezima, 4 Ceiling Panels in Boston's Big Dig Fall, Killing Woman in Car, N.Y. TIMES, July 12, 2006, at A16.

²⁶ ROBERT FALCON SCOTT, SCOTT'S LAST JOURNEY 114 (Peter King ed., 2000).

²⁷ Bkz. A.O. Scott, A Territory Alexander Couldn't Conquer, N.Y. TIMES, Dec. 26, 2004, § 2.

²⁸ Bkz. ROGER E. BILSTEIN, TESTING AIRCRAFT, EXPLORING SPACE: AN ILLUSTRATED HISTORY OF NACA AND NASA 37-40, 98-102, 128-31 (4th ed., Johns Hopkins Univ. Press 2003) (1965).

²⁹ William J. Broad, The Shuttle Explodes: 6 in Crew and High-School Teacher Are Killed 74 Seconds After Liftoff, N.Y. TIMES, Jan. 29, 1986, at A1; David E. Sanger, Loss of the Shuttle: The Overview; Shuttle Breaks Up, 7 Dead, N.Y. TIMES, Feb. 2, 2003, § 1, at 1.

³⁰ Bkz., e.g., R. Cowen, Reviewers Bkz. Red over Recent Mars Programs, 157 SCI. NEWS 212, 215 (2000).

³¹ Bkz. H.R. Res. 67, 111th Cong. (2009); Richard A. Kerr, Pathfinder Strikes a Rocky Bonanza, 277 SCI. 173, 173-74 (1997).

³² William J. Broad, Experts Warn of Mars on the Cheap, N.Y. TIMES, Dec. 8, 1999.

³³ Bkz. JANET FOSTER, DOCKLANDS: CULTURES IN CONFLICT, WORLDS IN COLLISION 152-57, 209-11 (1999).

³⁴ Bkz. JAMES HOLSTON, THE MODERNIST CITY: AN ANTHROPOLOGIST CRITIQUE OF BRASILIA 14-23, 89 (1989); JAMES C. SCOTT, SEEING LIKE A STATE 117-28 (1999).

Üçüncü bir ders, kurumsal tasarım söz konusu olduğunda Lamarckçılık'ın Darwinizm'den daha güçlü bir fikir olabileceğidir.³⁵ Darwinizm'in hüküm sürdüğü doğanın aksine, Lamarckçılık çoğu kez daha iyi kentsel tasarım yapar. Darwin'in evrim teorisi, dışsal şokların üstesinden gelmede rastgele mutasyonların değerini vurgularken (bu faydalı özelliklerden yoksun türlerin nesli tükenir),³⁶ Lamarck'ın “edinilmiş karakterlerin kalıtımı” teorisi, öğrenilen deneyimin organik özelliklere dahil edilebileceğini ve dönüştürülebileceğini öne sürer.³⁷ Etkili, yerleşik kendi kendine ayarlama ve otomatik öğrenme mekanizmalarına sahip dönüşlü tasarımlar, bu tür adaptasyon mekanizmaları olmayan katı tasarımlardan daha iyi çalışır. Muhtemelen nihai modernist alan olan bilimin kendisi, kendi kendini düzeltme ve sürekli gelişim için yerleşik bir bağlılığa sahip dinamik bir girişimdir, bazen bu gelişim doğrusaldır ve bazen kuantum sıçramaları gerektirir. Aksine, sabitleme ve katılık - kurumsal veya ideolojik - hafıza kaybına, geri kalmışlığa ve nihayetinde sorunları tahmin edememe veya etkili bir şekilde yanıt verememeye yol açar. Pearl Harbor'dan Yom Kippur Savaşı'na kadar yirminci yüzyılın askeri tarihi, bu tür fiyaskoların örnekleriyle doludur. Dolayısıyla, katılık ve değişememe genellikle kötü şeylerdir. Dolayısıyla, katılık ve değişememe genellikle kötü şeylerdir. Öyleyse konu anayasacılık söz konusu olduğunda, bunlar neden iyi şeyler olarak kabul edilmeli?

Bununla ilgili bir sorun, uygulamalı tasarım biliminin bugünün ve hatta dünün sorunlarını, ancak nadiren yarının sorunlarını ele alma eğilimidir. Bu, kısmen günün yakıcı sorunlarını çözmek için siyasi baskı ve kısmen de ilgili gelecekteki eğilimleri tahmin etmedeki gerçek zorluktan kaynaklanmaktadır. Her halükarda, pek çok hırslı kamu işleri projelerinin ve yüksek teknoloji girişimlerinin mücadele ettiği bir yakalama çemberine yol açar: trafik sıkışıklığını hafifletmek için yeni bir metro hattını veya yeni bir otoyolu tamamlamak için geçen sürede, trafik hacmi, genellikle yepyeni ulaşım sisteminin baş edemeyeceği yeni boyutlara ulaşmıştır. Uzay keşif anekdotlarımızla devam edelim, New Horizons, Ocak 2006'da fırlatılan hipersonik bir robotik uzay aracıdır.³⁸ Hedefine, yani Pluto cüce gezegeni ve onun uyduları Charon, Nix ve Hydra'ya, fırlatıldığından yaklaşık on yıl sonra, Temmuz 2015'te ulaşması planlanıyor.³⁹

³⁵ RICHARD W. BURKHARDT, THE SPIRIT OF SYSTEM 1 (2d ed. 1995).

³⁶ Bkz. CHARLES DARWIN, THE ORIGIN OF SPECIES 93-94 (Collector's Library 2004) (1859).

³⁷ BURKHARDT, üst notlar 36, at 1-2.

³⁸ S. Alan Stern, The New Horizons Pluto Kuiper Belt Mission: An Overview with Historical Context, 140 SPACE SCI. REV. 3, 3 (2008).

³⁹ Id.

Ve bu, saatte 36.000 milin üzerinde (saniyede 10 mil veya yaklaşık 50 Mach) hızla şimdiki kadar yaratılmış en hızlı insan yapımı nesne.⁴⁰ Ancak son teknoloji söz konusu olduğunda on yıl sonsuzluğa yakın. Hız bir yana, 2015 yılında Plüton ve çevresini keşfetmek için New Horizons tarafından kullanılacak teknolojilerin bir kısmı veya çoğu, 2005 teknolojileri olacaktır.

Bu sorunun anayasal tasarımıdaki birçok tezahüründen biri, kentleşme ve megakentin ortaya çıkışı açısından yirminci yüzyıl öncesi anayasaların çoğunun sessizliğidir. İki katmanlı bir sistemde federalizmin ilkeleri genellikle ortaya konulurken, yerel yönetim genellikle anayasal çerçeveçiler tarafından göz ardı edilmiştir. Metropolis fenomeni, ABD Anayasası'nı hazırlayanlar veya 1867'de Britanya Kuzey Amerika Yasası'nı (Kanada'nın konfederasyon belgesi) kabul eden sadıklar tarafından bilinmiyordu. Bu, Los Angeles, New York veya Toronto gibi mega şehirlerin, bağımsız vergilendirme ve yasama yetkileri çok sınırlıyken, sakinlerine çok çeşitli hizmetler sunmaları gerektiği anlamına gelmektedir.⁴¹ Bunun yanı sıra sorun vergilendirmenin ötesine geçmektedir. Şehir özerk anayasal varlık olarak tanınmadığından, genellikle ilgili kamu politikası pazarlık forumlarında (örneğin, refah, çocuk nafakası, barınma, sağlık bakımı ve iş gücü ile ilgili forumlarda) temsil edilmemektedir.⁴² Aynı zamanda, megalopolis pek çok insana ev sahipliği yaptığı için, kaçınılmaz olarak, suç, yoksulluk, evsizlik vb. ile ilgili olarak hükümetin eylemlerinin, ya da eylemsizliğinin, yükünü taşımaktadır. Daha da vahimi, gelişmekte olan dünyada, şehre göçün ve kentsel yayılmanın makul kapasiteyi çoktan aştığı mega şehirlerin durumudur.

Bu konuları ele almaya en yakın anayasal tasarımlar, formülleri değiştirmek, yeni oluşturulan boşlukları doldurmak için belirlenmiş artık yetkiler ve "yaşayan anayasa" yorumlayıcı yaklaşımlar gibi kendi kendini ayarlama mekanizmalarına sahip olmaktır. İyi bilindiği üzere, bazı anayasaların (örneğin Amerika Birleşik Devletleri) değişiklik usulleri belirgin bir şekilde katıdır ve bu nedenle kendi kendini düzenlemeye izin vermede oldukça etkisizdir.⁴³ Başka yerlerde (örneğin Almanya) değişiklik formülleri daha esnek, bu neden-

⁴⁰ Bkz. Basın Açıklaması, Dwayne Brown et al., NASA's Pluto Mission Launched Toward New Horizons, Jan. 19, 2006, available at http://www.nasa.gov/mission_pages/newhorizons/news/ release-20060119.html.

⁴¹ Bkz. Gerald E. Frug, The City as a Legal Concept, 93 HARV. L. REV. 1059, 1064 (1980).

⁴² Bkz. id. at 1062-63.

⁴³ Bkz. U.S. CONST. art. V; see SANFORD LEVINSON, OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW WE THE PEOPLE CAN CORRECT IT) 21 (2006).

le politik oyunun temel kurallarını sağlamlaştırırken ayarlamalara izin verir.⁴⁴ ABD örneğinin gösterdiği gibi, aşırı sert anayasalar, ana anayasal düzenleme mekanizması değişiklik değil yorumlama haline geldiğinden, yorumlayıcı yaklaşımlarla ilgili şiddetli tartışmalara yol açabilir (örneğin, yaşayan anayasa ve özgünlük).⁴⁵ Aslına bakıldığında, örneğin din alanının yüzyıllar boyunca bu kadar çok içsel yorumlama savaşına tanık olmasının ana nedeninin, kutsal metinlerin yorumlanması veya çarpıtılması kolay, ancak değiştirilmesinin imkansız olmasından kaynaklandığı iddia edilebilir.

Katı anayasal tasarımların değişime izin vermedeki organik zorluğu, belki de en iyi Jacobsohn tarafından “anayasal uyumsuzluktan” muzdarip olarak tanımlanan ortamlarda gösterilebilir.⁴⁶ Bu, bir yönetimin görünüşte çelişen değerlere olan bağlılığından kaynaklanıyor olabilir.⁴⁷ İrlanda’nın Katolikliğini ve AB üyeliğini düşünün. İsrail’in kendini Yahudi ve demokratik bir devlet olarak tanımlaması da organik olarak uyumsuz bir anayasa oluşturuyor gibi görünmektedir.⁴⁸ Bir ülkenin anayasasında korunan değerler ile halkı arasında yaygın olan değerler arasında bir uyumsuzluk da olabilir. Türklerin büyük çoğunluğunun kendilerini dindar Müslümanlar olarak tanımlamalarına rağmen, Türkiye’nin din ve devlet arasındaki katı ayrımını bir düşünün.⁴⁹ Oldukça ironik bir şekilde, belirli bir yönetimin anayasal uyumsuzluğu ne kadar keskin olursa, o ülkede yüksek siyaset ile adli karmaşa olasılığı o kadar artar. Uyumsuzluğun bir sonucu olarak, mahkemenin otoritesine ve yorumlama becerilerine sistemik güven ortaya çıkabilir. Ve böylece, uyumsuz bir anayasa, bunu çözmek için anayasal yaratıma - mahkemelere - güvenmeye yol açar.

Son olarak, (anayasal) tasarımda gerçek yardımseverlik sorunu tartışmaya değer. Çoğu tasarım bilimi, zorlukların üstesinden gelmek ve hayatı iyileştirmek, küçük veya büyük ilam için gerçek bir girişim tarafından yönlendirilir.

⁴⁴ Bkz. GG Madde. 79.

⁴⁵ Bkz. Doni Gewirtzman, Our Founding Feelings: Emotion, Commitment, and Imagination in Constitutional Culture, 43 U. RICH. L. REV. 623, 630 (2009).

⁴⁶ Gary J. Jacobsohn, The Permeability of Constitutional Borders, 82 TEXAS L. REV. 1763, 1773 (2004).

⁴⁷ Bkz. id.; ayrıca bkz. also Gary J. Jacobsohn, Constitutional Identity, 68 REV. POL. 362, 380 (2006).

⁴⁸ Bkz. Walter F. Murphy, Designing a Constitution: Of Architects and Builders, 87 TEXAS L. REV. 1303, 1327-30 (2009).

⁴⁹ Bkz. Gerrit Steunebrink, Liberalism and Nationalism in Europe and Turkey: On the Reception and Application of Modern European Ideas in a New Historical and Cultural Context, in CIVIL SOCIETY, RELIGION, AND THE NATION 153, 168 (Gerrit Steunebrink & Evert van der Zweerde eds., 2004).

Ancak bazı anayasalar aynı şekilde kamu yararını yansıtmak, korumak veya geliştirmek anlamına gelirken, bazı anayasal tasarımlar azınlığın gücünü korumayı veya belirli dünya görüşlerini ve politika tercihlerini demokratik siyasetin değişimlerine karşı yalıtmayı amaçlamaktadır. Kanonik anayasa teorisi, insanlar ve hükümetler, kalın bir demokraside çoğunluk yönetiminin diğer eşit derecede önemli değerlerle, en önemlisi azınlık haklarıyla dengelenmesi gerektiği fikrini kabul ederken, asil, belki de tartışmaya açık şekilde safça, birinci dereceden anayasallaştırma hikayelerini ilerletmektedir.⁵⁰ Anayasacılığın taahhüt öncesi hesapları, bunu kendi kendini bağlayıcı bir sözleşme veya rasyonel insanların belirsizlik koşulları altında seçeceği Pareto-optimal, kamu tercihi çözümü olarak tasvir eder.⁵¹ Anayasa mühendisliği, anayasaların etnik, dinsel veya dilsel hatlar boyunca bölünmüş devletlerdeki gerilimleri hafifletmeyi amaçlayan, rakip partiler arasında müzakere edilmiş anlaşmalar olarak daha pragmatik, daha az idealist bir açıklamasını önermektedir.

Ancak anayasal tasarım aynı zamanda siyasal vücut içindeki güç mücadelelerini ve siyasi manevraları da yansıtabilir. Robert McCloskey, Robert Dahl ve Martin Shapiro'nun (ve diğerlerinin) ufuk açıcı çalışmalarının ortaya koyduğu gibi, anayasa mahkemeleri ve bunların içtihatları (anayasal düzenin yalnızca bir yönünü seçmek için) daha geniş bir siyasi ortamın ayrılmaz unsurlarıdır ve tek başına anlaşılabilir.⁵² Siyasi kurumlar olarak mahkemeler kavramını daha da ileriye götüren son siyaset bilimi araştırması, yargı incelemesinin genellikle siyasi olarak inşa edildiğini ve seçilmiş yetkililerin anayasallaştırma ve yargı yetkilendirilmesi için siyasi ve politik nedenlere sahip olabileceğini öne sürmektedir.⁵³

⁵⁰ Bkz., e.g., BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 172 (1992); CASS SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO 114 (2001); John Ferejohn et al., Editors' Introduction to CONSTITUTIONAL CULTURE AND DEMOCRATIC RULE 25, 25 (John Ferejohn et al. eds., 2001).

⁵¹ E.g., JON ELSTER, ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY 93 (1988); STEPHEN HOLMES, PASSIONS AND CONSTRAINT 272 (1995).

⁵² Bkz. ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS 187-88 (1991) (discussing the judiciary's role in providing quasi-guardianship within the democratic process); ROBERT G. MCCLOSKEY, THE AMERICAN SUPREME COURT 10-11 (Sanford Levinson ed., 4th ed. 2005); MARTIN M. SHAPIRO, LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT 6 (1964).

⁵³ Bkz., e.g., Howard Gillman, Courts and the Politics of Partisan Coalitions, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW & POLITICS 644, 645-47 (Keith Whittington et al. eds., 2008); Tom Ginsburg, The Global Spread of Constitutional Review, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW & POLITICS, supra, at 81, 90-91; Mark A. Graber, Constructing Judicial Review, 8 ANN. REV. POL. SCI. 425, 427 (2005); Georg Vanberg, Establishing and Maintaining Judicial Independence, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW & POLITICS, supra, at 99, 114; Keith E. Whittington, "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court, 99 AM. POL. SCI. REV. 583, 583 (2005).

Nispeten açık siyasi ortamlarda, yargı yetkisi, bir yönetimin seçim piyasasının veya yöneten politikacıların zaman ufkunun rekabet gücünü yansıtabilir. “Parti değiştirme” modeline göre, örneğin iktidar partisi defalarca seçimleri kazanmayı beklediğinde, bağımsız ve güçlü bir yargı olasılığı düşüktür.⁵⁴ Bir iktidar partisinin iktidarda kalma beklentisi düşük olduğunda, bir sonraki iktidar partisinin politika hedeflerine ulaşmak için yargıyı kullanamamasını sağlamak için güçlü yargıyı desteklemesi daha olasıdır.⁵⁵ Araştırmacılar, Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki;⁵⁶ on dokuzuncu yüzyılın sonlarındaki Amerika Birleşik Devletleri’ndeki⁵⁷ farklı dönemler arasındaki; üç post-otoriter Asya ülkesi (Güney Kore, Moğolistan ve Tayvan) arasındaki;⁵⁸ Doğu Avrupa’da ki birkaç yönetim arasındaki ve Güney Avrupa’daki yeni demokrasiler arasındaki (İspanya ve Portekiz);⁵⁹ ve iki Arjantin eyaleti arasındaki yargı gücündeki farklılıkları açıklamak için bu “sigorta” mantığından yararlanır.⁶⁰

Daha genel olarak, başka bir yerde “hegemonik koruma” mantığı olarak adlandırdığım şey burada geçerli olabilir.⁶¹ İlgili politika oluşturma süreçleri ve sonuçları üzerindeki kontrolü kaybetme tehdidi, anayasallaşmanın arkasındaki önemli bir itici güç olabilir. Siyasetçilerin, siyasi sistemde mevcut veya olası dönüşümler kendi siyasi statülerini ve politika tercihlerini tehdit ediyor gibi görüldüğünde, politika oluşturma sorumluluğunu görece destekleyici bir yargıya çevirme olasılığı daha yüksektir. Siyasi iktidarı kaybetmekten korkan etkili sosyopolitik gruplar, megapolitikanın yargılaşmasını, yargı denetiminin kurulmasını ve daha genel olarak hegemonya koruyan manevra olarak anayasa mahkemelerinin güçlendirilmesini destekleyebilir. Bu tür grupların ve onların siyasi temsilcilerinin, çoğunlukçu karar alma arenasında hegemonyaları, dünya görüşleri ve orantısız avantajlara ve çıkarlara sahip olma hakları giderek

⁵⁴ Bkz. Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 *FORDHAM L. REV.* 721, 746 (2006).

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Bkz. J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 *J. LEGAL STUD.* 721, 722, 722-23 (1994).

⁵⁷ Bkz. Howard Gillman, *How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*, 96 *AM. POL. SCI. REV.* 511, 512, 511-12 (2002).

⁵⁸ Bkz. TOM GINSBURG, *JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 90-91* (2003).

⁵⁹ Bkz. Pedro C. Magalhães, *The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe*, 32 *COMP. POL.* 43, 45 (1999).

⁶⁰ Bkz. Rebecca B. Chavez, *The Construction of Rule of Law in Argentina: A Tale of Two Provinces*, 35 *COMP. POL.* 417, 418 (2003).

⁶¹ RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 11-12* (2004).

daha fazla sorgulanırken, biçimlendirici ulus inşası ve kolektif kimlik sorularının yargıya dönüştürülmesini destekleme olasılıkları daha yüksektir.⁶² Kısacası, tehdit altındaki seçkinleri anayasal korumaların ve yargı denetiminin cazibesini keşfetmeye sevk eden, güvenilir siyasi rekabet potansiyeli veya fiili gelişimi veya yeni seçmenlerin veya iktidar gruplarının ortaya çıkmasıdır. Böylelikle, aşağıdan yukarıya “Biz Halkız” anayasacılığı, yukarıdan aşağıya “değiştir[] ... her şeyi böylece her şey aynı kalsın” kendi çıkarını gözeten anayasal revizyonlarla birlikte yaşarken, anayasallaşmayı en başta yönlendiren şeyin gerçekliği ve yardımseverliği çoğu kez sorgulanabilir.⁶³

II. ANAYASAL TASARIMDA NE “BAŞARI” SAYILIR?

“Başarı” sorusu ve bunun nasıl tanımlanacağı ve ölçüleceği, herhangi bir tasarım girişiminin merkezinde yer alır. Ne yazık ki, kanonik anayasal tasarım literatüründe tam olarak ele alınmamıştır. Dayanıklılık, belirli bir anayasanın göreceli başarısını ölçmek için sezgisel bir kriter olabilir.⁶⁴ Güvenilir bir araca benzer şekilde, belirli bir anayasa zaman testine ne kadar uzun süre dayanabilirse, gösterge o kadar güçlüdür, bu nedenle argüman, iyi veya uygun bir anayasa olabilir. Dolayısıyla bu kritere göre, ABD Anayasası çarpıcı bir başarı öyküsüdür. Ancak bir anayasanın devam eden varlığı, yola bağlı faktörlerin yanı sıra, egemen ideolojik ortamı ve onun dayanıklılığına yardımcı olan güç takımı yıldızlarını yansıtabilir. En uzun süredir devam eden anayasa, ABD Anayasasıdır ve diğer bazı anayasalar da ilk yüzüncü yıl dönümlerini geride bırakmakta veya yaklaşmaktadır. Elkins, Ginsburg ve Melton, dünya çapındaki anayasaların yaşam süresine ilişkin deneysel çalışmalarında, tüm anayasaların yalnızca yarısının dokuz yıldan fazla sürdüğünü bildirir.⁶⁵ Bu nedenle, Ginsburg’a göre, “Kuzey Amerika dışındaki ortalama bir vatandaş, ülkesinin yaşamı boyunca altı veya yedi anayasadan geçmeyi beklemelidir”.⁶⁶ Kalıcı anayasalar nispeten açık bir süreç altında ortaya çıkar, spesifik ve esnek

⁶² Bkz. Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, 11 ANN. REV. POL. SCI. 93, 107 (2008).

⁶³ Michael Mandel, *A Brief History of the New Constitutionalism, or ‘How We Changed Everything So that Everything Would Remain the Same,’* 32 ISR. L. REV. 250, 251 (1998).

⁶⁴ Bkz. genel olarak ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* (forthcoming 2009 *Texas Law Review*; Tom Ginsburg, *The Lifespan of Written Constitutions* (Univ. of Cal., Berkeley Law & Economics Workshop, Paper No. 3, 2008) available at http://repositories.cdlib.org/berkeley_law_econ/Spring2008/3/ (offering other initial observations on the interaction between constitutional design and constitutional lifespan).

⁶⁵ ELKINS, GINSBURG & MELTON, üst not 66.

⁶⁶ Ginsburg, üst not 66.

olma eğilimindedir.⁶⁷ Ancak bir anayasanın asli hedeflere ulaşmayı başarması veya en azından kolaylaştırması beklenir. Başarısının kanıtı, ömründe değil, kullanımındadır. Dolayısıyla oyuncaklar, arabalar veya evlerden farklı olarak, dayanıklılık anayasal bağlamda mutlaka bir başarı göstergesi değildir.

Belirli bir anayasal tasarımın “başarısını” tanımlamanın ve ölçmenin ikinci, daha esaslı bir yolu, geliştirmeyi amaçladığı maddi malları bağımsız olarak veya diğer faktörlerle bağlantılı olarak teslim etme kabiliyetidir. Buradaki bariz metodolojik zorluk, çoklu nedensellik sorunudur: anayasal bir düzenin katkısını diğer toplumsal, politik ve kurumsal faktörlerden ayırmak neredeyse imkansız bir görevdir. Belirli bir anayasal paktın önemli etkiye sahipmiş gibi görüldüğü durumlarda bile, müdahale eden değişkenlerin herhangi bir ölçülebilir etkiyi ne kadar çarpıttığını söylemek zordur. Bununla birlikte, ölçümün karmaşıklığına işaret etmek, anayasal tasarımın politika sonuçları veya sosyal değişim üzerindeki etkisinin ampirik ölçümünün hiçbir değeri olmadığı anlamına gelmez. Anayasal tasarım savunucularının öne sürdüğü gibi, örneğin anayasal haklar kataloğunun benimsenmesi, bir yönetimdeki dezavantajlı azınlıklar için önemli avantaj sağlıyorsa, bu avantaj tespit edilebilir olmalıdır. Tersine, bu tür bağlantıların bulunduğu alan sayısı ne kadar azsa, anayasal tasarımın etkilerinin geleneksel görüşün önerdiği kadar önemli olma olasılığı o kadar azdır.

Anayasal tasarımın sosyal değişim üzerindeki gerçek etkisine dair şüpheli görüşler ABD Anayasasının kabulünden önceki tartışmalara kadar uzanabilir. ABD kurucusu Alexander Hamilton, *Federalist Makaleler (Federalist Papers)*'deki haklar bildirgesi eleştirisinde, ifade özgürlüğünün güvence altına alınmasının, “ona saygı duyan herhangi bir anayasaya her ne olursa olsun, tümüyle kamuoyuna ve halkın ve hükümetin genel ruhuna bağlı olması gerektiğini” savunmuştur.⁶⁸ Aynı anlayışla, ABD İkinci Dairesi Yargıcı Learned Hand şunu söylemiştir:

I Umudumuzu anayasalara, yasalara ve mahkemelere çok fazla bağlayıp bağlamadığımızı sık sık merak ediyorum. Bunlar yanlış umutlar; inanın bana, bunlar sahte umutlar. Özgürlük, erkeklerin ve kadınların kalbindedir; orada öldüğünde, hiçbir anayasa, hiçbir hukuk, hiçbir mahkeme onu kurtarmaz; hiçbir anayasa, hiçbir hukuk, hiçbir mahkeme ona yardım etmek için pek bir şey yapamaz. Oradayken, onu kurtarmak için hiçbir anayasaya,

⁶⁷ Bkz. ELKINS, GINSBURG & MELTON, üst not 66.

⁶⁸ THE FEDERALIST NO. 84, at 514 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

*hukuka, mahkemeye ihtiyacı yoktur.*⁶⁹ Başka bir deyişle, ABD Anayasasının ilk kurucularından bazıları, aynı zamanda Haklar Bildirgesinin daha güncel yorumlayıcılarından birkaçı, yazılı haklar bildirgesine ek olarak hakları destekleyen bir kültürün sivil özgürlüklerin fiilen korunması için gerekli bir koşul olduğuna inanmaktaydı.

Robert Dahl, demokratik siyasi kurumların sürdürülmesinde anayasal düzenlemelerin - ve özellikle haklar bildirgesinin - elverişli sosyokültürel koşulların varlığından daha az önemli olduğunu öne sürmektedir.⁷⁰ Riker'ın anayasa merkezli yaklaşımına yanıt veren Dahl, "anayasal kuralların demokrasiyi sürdürmede hayati, bağımsız faktörler olmadığını" iddia etmiştir.⁷¹ "[Birleşik Devletlerin] Anayasası nedeniyle demokratik kaldığını varsaymak, bana ilişkinin açık bir şekilde tersine çevrilmesi gibi görünüyor; toplumumuz özünde demokratik olduğu için Anayasanın kaldığını varsaymak çok daha makul."⁷²

Aynı doğrultuda Charles Epp, anayasal haklar kataloglarının etkisinin, bireylerin stratejik dava yoluyla bu haklara başvurma konusundaki yetersizlikleriyle sınırlı olabileceğini öne sürmüştür.⁷³ Bu nedenle, haklar bildirgesi, yasal seferberlik için destek yapısının (hak savunuculuğu örgütleri, hakları destekleyen avukatlar ve hukuk okulları, devlet haklarını uygulama kurumları ve hukuki yardım programlarından oluşan bir bağlantı noktası) iyi gelişmiş olduğu ölçüde önemlidir.⁷⁴ Diğer bir deyişle, yazılı anayasa hükümlerinin varlığı hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması için gerekli bir koşul iken, kesinlikle yeterli bir koşul değildir. Hak hükümlerinin belirli bir yönetimde toplumsal değişim tohumlarını ekmedeki etkinliği, büyük ölçüde yasal seferberlik için bir destek yapısının ve daha genel olarak misafirperver sosyokültürel koşulların varlığına bağlıdır.

⁶⁹ Learned Hand, The Spirit of Liberty, Address at the "I Am an American Day" Ceremony in New York City's Central Park (Mayıs 21, 1944), in THE SPIRIT OF LIBERTY: PAPERS AND ADDRESSES OF LEARNED HAND 189, 189-90 (Irving Dilliard ed., 3d ed. 1960).

⁷⁰ Bkz. Robert A. Dahl, Thinking About Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience, in 38 NOMOS: POLITICAL ORDER 175, 178 (Ian Shapiro & Russell Hardin eds., 1998). Bkz. generally DAHL, üst not 54, s. 220-64.

⁷¹ ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY 137 (expanded 50th anniversary ed., 2006).

⁷² Id. at 143.

⁷³ Bkz. CHARLES R. EPP, THE RIGHTS REVOLUTION 14 (1998); Charles R. Epp, Do Bills of Rights Matter? The Canadian Charter of Rights and Freedoms, 90 AM. POL. SCI. REV. 765, 766 (1996).

⁷⁴ Bkz. Epp, üst not 76, s. 767.

Hakları destekleyici kültür argümanı da daha genel “sosyal sermaye” argümanı ile tamamlanmaktadır. Robert Putnam ve diğerlerine göre, demokrasinin neden belirli yerlerde daha iyi çalıştığını anlamada kurumsal faktörlerden ziyade sosyokültürel faktörler (örneğin, canlı bir sivil toplum ve demokratik bir yurttaşlık geleneğinin varlığı) en önemli değişkendir.⁷⁵ Dahl-Putnam tezinin, otoriterlik sonrası ortamlarda demokrasiyi yaymak ve geliştirmek için hangi anayasal tasarımın en uygun olduğuna dair “geçiş bilimi” tartışması için çıkarımları açıktır. Bir demokrasinin belirli bir yönetimde varlığını sürdürebilmesi için, o yönetimdeki kurumsal ortamı doğru bir şekilde yapılandırmaktan çok canlı bir sivil toplum ve yönetimde hakları destekleyen bir kültür geliştirmek daha önemlidir.⁷⁶ Resmi kurumsal ortamlar değil, misafirperver yurttaşlık gelenekleri ve sosyokültürel koşullar, anayasal demokrasinin işlemlerini sağlayan önemli faktörlerdir.

Anayasaların genellikle demokrasiyi ileriye taşıdığı söylenir. Bu hedefe ne kadar iyi ulaşıyorlar? Bu sorunun kapsamlı ampirik çalışması bu Makalenin kapsamı dışında olsa da, bazı değerli bilgiler kolayca elde edilebilir. *The Economist* tarafından yürütülen *Demokrasi Endeksi*, beş genel demokrasi kategorisine odaklanıyor: seçim süreci ve çoğulculuk, sivil özgürlükler, hükümetin işleyişi, siyasi katılım ve siyasi kültür.⁷⁷ Rejimlere, bir ülkenin tam demokrasiye ulaşabileceği en yakın noktanın 10 olduğu, 0-10 ölçeğinde bir puan verilir.⁷⁸ 2008 *Demokrasi Endeksi*'ne göre, Kuzey Kore 0,86 ile en düşük puanı alırken, İsveç toplamda 9,88 (en yüksek sonuç) puan almıştır.⁷⁹ İlk on iki ülkenin geri kalanı Norveç, İzlanda, Hollanda, Danimarka, Finlandiya, Yeni Zelanda, İsviçre, Lüksemburg, Avustralya, Kanada ve İrlanda'dır.⁸⁰ Amerika Birleşik Devletleri 8.22 puanla on sekizinci sırada yer almıştır.⁸¹ Ülkeler, “Tam Demokrasi” (8-10 arası puan); “Kusurlu Demokrasi” (6-7.9 arası puan); “Hibrit Rejim” (4-5.9 arası puan); ve “Otoriter Rejim” (4'ten düşük puan) olarak kategorize edilmiştir.⁸² İncelenen 167 ülkeden 30'u Demokra-

⁷⁵ Bkz. ROBERT D. PUTNAM ET AL., MAKING DEMOCRACY WORK 99, 91-99 (1993).

⁷⁶ Bkz. id. s. 181-85.

⁷⁷ LAZA KEKIC, THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, INDEX OF DEMOCRACY 16 (2008), <http://a330.g.akamai.net/7/330/25828/20081021195552/graphics.eiu.com/PDF/Democracy%20Index%202008.pdf>.

⁷⁸ Id. s. 18.

⁷⁹ Id. s. 8 tablo 2.

⁸⁰ Id. s. 4.

⁸¹ Id.

⁸² Id. s. 4-8.

si, 50'si Kusurlu Demokrasi, 36'sı Hibrit Rejim ve 51'i Otoriter Rejim olarak belirlenmiştir.⁸³ Bu araştırmaya göre, nispeten küçük nüfusa (30 milyona kadar), gelişmiş piyasa ekonomilerine, çoğu temel politika alanındaki (ör. eğitim, sağlık hizmetleri, ulaşım, bankacılık vb.) merkezi düzenlemeye ve nispeten cömert bir Keynesçi-refah devleti geleneğe sahip Batı ülkelerinin (özellikle Kuzey Avrupa'ya ek olarak Kanada, Yeni Zelanda ve Avustralya) tamamı, açıkça dünyadaki en demokratik ülkelerdir. Yine de, listedeki ilk on iki ülkeden hiçbiri, Amerikan tarzı yazılı anayasacılık, aktif yargı denetimi veya kültürel olarak yerleşik bir anayasal kutsallık gibi uzun bir geleneğe sahip değildir. Diğer bir deyişle, Amerikan tarzı anayasal inanç, demokrasi için gerekli bir ön koşul değildir.

ABD Anayasası ile ilgili daha ayrıntılı araştırmalar (örneğin, Robert Dahl veya Sanford Levinson tarafından), demokratik yeterliliğini sorgulama konusunda daha da ileri gidiyor.⁸⁴ Levinson, okuyuculara bu eksiklikleri açıklamayı amaçlayan iki soru sunar. Birincisi: "Temsilciler Meclisine ek olarak bir Senato olmasını destekliyorsunuz bile, Wyoming'e nüfusunun yaklaşık yetmiş katı olan Kaliforniya ile aynı sayıda oyu vermeyi de destekliyorsunuz musunuz?"⁸⁵ Ve ikincisi: "Diğerlerinin yanı sıra, Beyaz Saray'a düzenli olarak halk oylarının çoğunluğunu almayan ve son elli yıl içinde en az iki durumda, bu oylamada birinci gelmeyen adayları yerleştiren bir Seçim Kurulundan memnun musunuz?"⁸⁶ Levinson, bunun bugünün Amerikalılarının ihtiyaç ve isteklerini yansıtan bir cumhuriyetin tarifi olmadığını savunuyor. Anayasa hükümlerinin çoğu, adaletsiz veya etkisiz hükümeti teşvik ediyor. Mevcut plana göre, ne kendimizi liyakatsiz başkanlardan kurtarabiliriz ne de felaket saldırıları sonrasında hükümetin devamlılığını garanti edebiliriz.

Buna ek olarak, ABD Anayasasının özgürlüğü artırıcı yönüyle ilgili olarak bile, kanıtlar tamamen açık değildir. Amerika Birleşik Devletleri, devletin temel siyasi ve ekonomik organizasyonunu bozmayan, özgürlüklerin uzun ve yerleşik bir anayasal koruma geleneğinin ve aktif yargı denetiminin belki de en açık çağdaş örneğidir. Gelişmiş sanayi toplumları arasında en eşitsiz gelir dağılımlarından birine sahiptir, geniş sosyal ve ekonomik eşitsizliğe sahiptir ve büyük ölçüde kurumsal sermayenin katıksız gücü tarafından kontrol edil-

⁸³ Id.

⁸⁴ Bkz. genel olarak ROBERT A. DAHL, HOW DEMOCRATIC IS THE AMERICAN CONSTITUTION? (2001); LEVINSON, üst not 45.

⁸⁵ LEVINSON, üst not 45, s. 6.

⁸⁶ Id.

mektedir.⁸⁷ Dünyanın en gelişmiş ve müreffeh iki ülkesi olan Norveç ve İsveç, uzun zamandır görece eşitlikçi bir demokrasi anlayışına bağlı kalırken (en hafif tabirle) Amerikan haklar kavramına ve yargı denetimine pek de sıcak bakmamaktadır.⁸⁸ Bu, bu ülkelerdeki bireysel özgürlükleri göz ardı etme pahasına mı geldi? Pek sayılmaz. Yakın zamana kadar yargı denetimi fikrine ve uygulamasına şiddetle karşı çıkan birkaç Avrupa ülkesinden biri olan Hollanda’da bireysel özgürlüklerin statüsü,⁸⁹ iki yüz yıldan fazla süredir geniş çapta tanınan bir Haklar Bildirgesi’ni kullanan ve iki yüzyıldır aktif adli incelemeden geçen Birleşik Devletlerdekinden kesinlikle daha düşük olmamıştır.⁹⁰ Robert Dahl’ın kuşkuyla gözlemllediği gibi: “Hiç kimse, yargı denetiminden yoksun Hollanda ve Yeni Zelanda gibi, nadiren ve son derece kısıtlı şekilde uygulandığı Norveç ve İsveç gibi, ya da sadece kanton mevzuatına uygulanabileceği İsviçre gibi ülkelerin, ABD’den daha az demokratik olduğunu kanıtlamadı ve bence kimse makul bir şekilde bunu yapamaz.”⁹¹

Anayasal tasarımın “başarısını” değerlendirmenin başka yolu da insani gelişmeye olan katkısını test etmektir. Bu kavramın ortak bir tanımı, yeterli yaşam standardına, temel ihtiyaçlara, hizmetlere, korumalara ve anlamlı yaşam fırsatlarına erişimi vurgular. İlk etapta sağlıklı ve nezih bir yaşamın temellerinden yoksunsa, hiç kimsenin herhangi bir klasik, negatif kişisel özgürlüğü, anlamlı şekilde tam olarak kullanamayacağı veya bundan faydalanamayacağı fikrine dayanmaktadır.⁹² Bu anlayışa göre, gıda ve güvenli suya erişim, barınma, eğitim ve sağlık hizmetleri gibi temel ihtiyaçlar, herhangi bir klasik, negatif haktan hem ahlaki hem de pratik olarak daha temeldir. Kişinin düzgün yaşam sürmesi, yeterince beslenebilmesi ve temel sağlık hizmetlerine, eğitime ve barınağa erişebilmesi, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için temel ön koşuldur.

⁸⁷ Bkz. ROBERT PERRUCCI & EARL WYSONG, THE NEW CLASS SOCIETY 147 (2007); U.N. DEV. PROGRAMME [UNDP], HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2007/2008 at 281-84 tbl.15, U.N. Sales No. 07.III.B.1 (2007), http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_EN_Complete.pdf.

⁸⁸ Bkz. Louis Favoreu, Constitutional Review in Europe, in CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS 38, 48 (Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds., 1990); Nina Witoszek, Moral Community and the Crisis of the Enlightenment: Sweden and Germany in the 1920s and 1930s, in CULTURE AND CRISIS: THE CASE OF GERMANY AND SWEDEN 48, 62 (Nina Witoszek & Lars Trägårdh eds., 2002).

⁸⁹ Martin Shapiro & Alec Stone, The New Constitutional Politics of Europe, in 2 COMPARATIVE POLITICS: CRITICAL CONCEPTS IN POLITICAL SCIENCE 83, 96 (Howard J. Wiarda et al. eds., 2005).

⁹⁰ Bkz. KEKIC, üst not 80; bkz. Ran Hirschl, The Political Origins of the New Constitutionalism, 11 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 71, 76 (2004).

⁹¹ DAHL, üst not 54, s. 189.

⁹² Bkz. ALAN G. SMITH, HUMAN RIGHTS AND CHOICE IN POVERTY 21 (1997).

Nobel ödüllü Amartya Sen, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (UDHR), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICESCR) ve Birleşmiş Milletler İnsani Gelişme Programı (UNDP) gibi pek çok kaynağa göre, insani gelişmeyi insana yakışır yaşam koşulları, esaslı eşitlik ve eğitim, sağlık hizmetleri, gelir, istihdam vb. için gerçek fırsatlara erişim açısından değerlendirmek oldukça önemlidir.⁹³ Aslında, bu otoritelerin gösterdiği şey, anayasallaşmanın insani gelişme üzerindeki etkilerini incelemenin, usûlî adalet, biçimsel eşitlik ve klasik sivil özgürlüklerin (genellikle mülkiyet haklarının özgürlükçü eklenmesi ile birlikte) yaygın liberal karışımı da dahil olmak üzere, insani gelişmenin nihai göstergelerinin herhangi bir diğer tanımı kadar analitik olarak gerekçelendirilebilir olduğudur.

İnsani Gelişme Endeksi (İGE), dünya genelindeki ülkeler için normalleştirilmiş yaşam beklentisi, okuryazarlık, eğitimsel kazanım ve kişi başına GSYİH ölçümlerini birleştiren, yaygın olarak tanınan bir endekstir.⁹⁴ İGE'nin temel kullanımı, ülkeleri, genellikle bir ülkenin gelişmiş, gelişmekte olan veya az gelişmiş bir ülke olup olmadığını da ifade eden, 0'dan 1'e kadar (karmaşık ama güvenilir bir formüle dayalı) bir ölçekte "insani gelişme" düzeyine göre sıralamaktır.⁹⁵ En son İnsani Gelişme Raporunda (Aralık 2008), her ikisi de 0,968 puanla İzlanda ve Norveç ilk sırada yer alırken, onları Kanada, Avustralya, İrlanda, Hollanda, İsveç, Japonya, Lüksemburg, İsviçre, Fransa, Finlandiya, Danimarka, Avusturya ve on beşinci sırada 0.950 puan ile ABD izlemektedir.⁹⁶

İlk otuzda yer alan diğer ülkeler arasında, Yunanistan, Portekiz, Belçika, Kıbrıs, Slovenya, İsrail, Singapur, Yeni Zelanda ve Hong Kong gibi daha küçük devletlerin yanı sıra Avrupa'daki güç merkezleri (Almanya, İspanya, İtalya ve İngiltere) bulunmaktadır.⁹⁷ Japonya (mütevazı anayasacılık ve sınırlı yargı denetimi)⁹⁸ ve Amerika Birleşik Devletleri (aşırı anayasacılık ve büyük yargı görünürlüğü)

⁹³ Bkz. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (Dec. 16, 1966); Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, art. 25, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948); Sudhir Anand & Amartya Sen, Concepts of Human Development and Poverty: A Multidimensional Perspective, in READINGS IN HUMAN DEVELOPMENT 228.

⁹⁴ Bkz. UNDP, üst not 90, s. 225-27.

⁹⁵ Id. s. 222.

⁹⁶ UNDP, HUMAN DEVELOPMENT INDICES: A STATISTICAL UPDATE 2008, at 29 tbl.2 (2008), http://origin-hdr.undp.org/en/media/HDI_2008_EN_Tables.pdf.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Bkz. David S. Law, The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan, 87 TEXAS L. REV. 1545, 1574-87 (2009); Jun ichi Satoh, Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight, 41 LOY. L.A. L. REV. 603, 603-06 (2008).

haricinde, dünyanın en kalabalık ülkelerinin hiçbiri insani gelişme açısından dünya liderleri arasında yer almamaktadır.⁹⁹ Hindistan ve Çin bir yana, Meksika, Nijerya, Brezilya, Endonezya, Bangladeş ve Pakistan gibi yüksek nüfuslu ülkeler ilerleme kaydediyor ancak İGE açısından mükemmel değiller.¹⁰⁰ Nüfus büyüklüğü ve istikrarlı seçim süreçlerinin yanı sıra, bilim, eğitim ve sağlık hizmetleri alanlarında kamu yatırıma değer veren merkezi planlama ile birleşen gelişmiş bir piyasa ekonomisinin varlığı, burada kazanan formül gibi görünmektedir.¹⁰¹ Büyük orta sınıf ve iyi gelişmiş sivil toplum, temel toplumsal faktörlerdir.¹⁰² Ve değişimin anayasacılık eksenine etkisi nedir? Açıkçası oldukça ihmâl edilebilir.

İnsani gelişme söz konusu olduğunda haklar tek başına kesinlikle işe yaramaz. Negatif özgürlükler olarak hakim hak kavramı, özerk ve kendi kendine yeten özel bir alanda faaliyet gösteren engelsiz bireylerden oluşan basit bir toplum görüşüne dayanmaktadır.¹⁰³ Böyle bir haklar söylemi bireysel özgürlükler üzerinde büyük olsa da, esaslı eşitliğe veya sonuç eşitliğine, maddi kaynakların yeniden dağıtımına veya yeterli yaşam standardına, temel ihtiyaçlara, hizmetlere, korumalara ve anlamlı yaşam fırsatlarına erişime öncelik vermez. Aslında, “yeni anayasacılık” düzeninin potansiyel olarak daha zengin çerçevesi içinde hakların kanonik yorumu, siyasetlerin içinde ve arasında temel yaşam koşullarındaki genişleyen eşitsizlikleri engellemek için çok az şey yapmıştır.¹⁰⁴ İlk etapta sağlıklı ve düzgün bir yaşam için temel gerekliliklerden yoksunlarsa, hiçbir erkeğin, kadının veya çocuğun klasik sivil özgürlüklerden tam olarak yararlanamayacağı veya bu özgürlükleri anlamlı bir şekilde kullanamayacağı fikrini destekleyememiştir. Örneğin, komünizm sonrası ülkelerin çoğunda, hakların anayasallaştırılması, özel mülkiyet ve diğer ekonomik özgürlükleri çoğunluk siyasetinin ve devlet düzenlemesinin erişiminin ötesine yerleştirerek, tam tersi bir ethos ile ilişkilendirilmiştir. Bu durum, temel yaşam koşullarında daha az yerine daha büyük bir eşitsizlik tohumlarına sahiptir.¹⁰⁵

⁹⁹ UNDP, üst not 99, s. 29-32 tablo.2.

¹⁰⁰ Id. s. 25-28 tbl.1.

¹⁰¹ Bkz. Christoph F. Beuchtemann & Eric Verdier, Education and Training Regimes: Macro Institutional Evidence, 108 REVUE D'ECONOMIE POLITIQUE 291, 299-300 (1998) (Fr.).

¹⁰² Bkz. William Easterly, The Middle Class Consensus and Economic Development, 6 J. ECON. GROWTH 317, 317 (2001); Osman Mohamed Osman, Preface to UNDP, EGYPT HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2008: EGYPT'S SOCIAL CONTRACT: THE ROLE OF CIVIL SOCIETY, s. ix (2008) http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/arabstates/egypt/2008_Egypt_nhdr_en.pdf.

¹⁰³ Bkz. SMITH, üst not 95, s. 21.

¹⁰⁴ HIRSCHL, üst not 63, s. 100-48; bkz. ayrıca Marius Pieterse, Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited, 29 HUM. RTS. Q. 796, 797 (2007).

¹⁰⁵ HIRSCHL, üst not 63, s. 151.

Teorik olarak pozitif sosyal hakların resmi anayasal korumasının gerçek statülerini geliştirmesi beklenirken, anayasal statü ile bu tür hakların fiili olarak korunması arasında basit bir korelasyon yok gibi görünmektedir. Brezilya gibi bazı ülkeler anayasalarında nitelsiz geçim hakları hükümlerine sahipken,¹⁰⁶ Güney Afrika gibi diğer ülkeler, mevcut kaynaklara bağlı olarak aşamalı gerçekleştirme, vb. nitelikli hükümlere sahiptir.¹⁰⁷ Hindistan gibi başka ülkelerde, bu tür haklar, insan onuru ve kişinin güvenliği gibi daha genel hükümler altında korunmaktadır.¹⁰⁸ Bu farklılıklara rağmen, gelir ve servet eşitsizliği ölçümleri Brezilya, Güney Afrika ve Hindistan'da kabaca benzer.¹⁰⁹ Ve bu fark aralığı, hiçbir geçim hakkının anayasal statü verilmediği Meksika gibi diğer gelişmekte olan dünya ülkelerinden daha küçük değildir.¹¹⁰

Devletin Keynesçi-refah devleti modelinin nispeten cömert versiyonuna uzun süredir devam eden bağlılığı ile geçimlik sosyal hakların haklar hükümlerinin kapsamından tamamen dışlanması arasında açıklanamaz bir uçurumun olduğu Kanada'yı düşünün. Bu anormallik, anayasal tasarım açısından oldukça belirgindir. Ulusal ve il seçim kampanyaları sırasında Kanadalılar, sürekli olarak sağlık hizmetlerine en çok önem verdikleri kamu politikası sorunlarından biri olarak atıfta bulunur.¹¹¹ Dahası, uygulanabilir, kamu tarafından finanse edilen sağlık hizmetleri sistemi, Kanada'nın güney komşusunda böyle bir sistemin yokluğuyla karşılaştırıldığında, Kanadalılar tarafından defalarca Kanada kolektif kimliğinin en önemli ve ayırt edici belirteçlerinden biri olarak gösterilmektedir.¹¹² Kanada Sağlık Yasası, kamusal söylemde neredeyse kutsal bir

¹⁰⁶ Bkz., e.g., C.F. madde. 6.

¹⁰⁷ Bkz., e.g., S. AFR. CONST. 1996 § 25(5).

¹⁰⁸ Bkz., e.g., INDIA CONST. arts. 38-39: amended by the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976 and the Constitution.

¹⁰⁹ UNDP, üst not 90, s. 281-84 tablo 15.

¹¹⁰ CONST. MEX.

¹¹¹ Bkz. Ran Hirschl & Christopher L. Eisgruber, Prologue: North American Constitutionalism?, 4 INT'L J. CONST. L. 203, 210 (2006) (providing a more extensive discussion of the role of healthcare in the Canadian collective consciousness). For polling data that reflects healthcare's primacy to Canadians, bkz. for example THE STRATEGIC COUNSEL, 2008 FEDERAL PRE ELECTION: WHAT ARE THE PERCEPTIONS OF CANADIANS ON THE EVE OF A POSSIBLE OCTOBER ELECTION? 17 (2008), [http://www.thestrategiccounsel.com/our_news/polls/Pre-Election%20Baseline%20-%20Sep%201%20\(with%20second%20choice\).pdf](http://www.thestrategiccounsel.com/our_news/polls/Pre-Election%20Baseline%20-%20Sep%201%20(with%20second%20choice).pdf) and Press Release, Ipsos, Environment Tops the List of Priorities for Canadians-First Time Since July 1990 (Nov. 6, 2006), (on file at <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=3252>).

¹¹² Bkz. Robert Steinbrook, Private Health Care in Canada, 354 NEW ENG. J. MED. 1661, 1661 (2006).

konuma sahiptir.¹¹³ Bu statü, Quebec’te özel sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin *Chaoulli - Quebec (Başsavcı)* davasındaki¹¹⁴ dönüm noktası olan Kanada Yüksek Mahkemesine verilen ezici tepki ile yinelenmiştir.¹¹⁵

Yine de, bu konunun Kanada’nın kamu gündemindeki merkezîyetine ve Kanada’nın Keynesçi refah devletinin nispeten cömert versiyonuna uzun vadeli bağlılığına rağmen, geçimlik sosyal haklar, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı¹¹⁶ tarafından korunmamaktadır ve ilgili Kanada Yüksek Mahkemesi içtihadı tarafından tamamen kapsam dışında bırakılmıştır. Yüksek Mahkeme, devletin hak sahiplerine doğrudan sosyal program yoluyla (örneğin sağlık hizmetleri ve işsizlik yardımları) veya dolaylı olarak özel aktörlere yükümlülükler getiren sosyal mevzuat yoluyla (örneğin asgari ücret, ücret eşitliği ve kira kontrolü) fayda sağlamasını gerektiren iddiaları defalarca reddetmiştir.¹¹⁷ Mahkeme, Haziran 2007’ye kadar, yani konuyla ilgili olarak yirmi yıllık belirgin neoliberal yaklaşımın ardından, toplu sözleşme hakkını Bildirge tarafından korunduğu şekilde kabul etmiştir.¹¹⁸

Daha da şaşırtıcı olan, resmi anayasal koruma veya adli incelemenin kurumsal özelliklerinin değil, yargı denetiminin yarattığı farktır. Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı’nın 7. Bölümü şu şekildedir: “Herkesin yaşama, kişinin özgürlüğü hakkı ve güvenliğine ve temel adalet ilkelerine uygun olmadıkça bunlardan yoksun bırakılmama hakkı vardır.”¹¹⁹ Hindistan Anayasasının 21. Maddesi şu şekildedir: “Hiç kimse, yasayla belirlenen prosedürler dışında yaşamından veya kişisel özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.” Bu hükümle-

¹¹³ Canada Health Act, R.S.C., ch. C 6 (1985); bkz. ayrıca Hon. Monique Bégin, Professor Emeritus, Univ. of Ottawa, *Revisiting the Canada Health Act (1984): What Are the Impediments to Change?*, Address at the Institute for Research on Public Policy 30th Anniversary Conference 3 (Feb. 20, 2002) (<http://www.irpp.org/events/archive/020218e.pdf>).

¹¹⁴ [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35 (Can.).

¹¹⁵ The Court ruled that limits on the delivery of private health care in Quebec violated Quebec’s Charter of Human Rights and Freedoms. *Id.* at 860. Three of the judges also ruled that the limits on private health care violated Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Id.* The decision could have significant ramifications on health care policy in Canada and may be interpreted as paving the way to a “two-tier” health care system.

¹¹⁶ Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11 (U.K.).

¹¹⁷ *Bkz.*, e.g., *British Columbia (A.G.) v. Christie*, [2007] 1 S.C.R. 873, 2007 SCC 21 (Can); *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (A.G.)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 659, 2004 SCC 78 (Can.); *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.* [2004] 3 S.C.R. 381, 382, 2004 SCC 66 (Can); *Gosselin v. Quebec (A.G.)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 430, 2002 SCC 84 (Can.).

¹¹⁸ *Bkz. Health Servs. & Support-Facilities Subsector Bargaining Ass’n v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, 392, 2007 SCC 27 (Can.).

¹¹⁹ Anayasa, 1. Kısım, § 7.

rin neredeyse özdeş ifadelerine rağmen, yorumlarında geçim haklarının anayasal olarak korunmasına ilişkin çok farklı iki yol izlenmiştir. Bu tür haklar Kanada kamuoyunda takdir edilmektedir, ancak Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından sürekli olarak Bölüm 7'nin kapsamının dışına itilmiştir.¹²⁰ Hindistan ise tam tersine, büyük sosyoekonomik boşluklara sahiptir; yine de, Yüksek Mahkemesi, tutarlı bir şekilde, 21. maddeye dayanan anayasal davalar yoluyla, geçimlik sosyal hak taleplerinin hukuka uygun ve icra edilebilir olduğunu beyan etmiştir.¹²¹ Belirli bir yönetimde geçim haklarının anayasal korumasının kapsamı, söz konusu devletin kamusal söyleminde bu tür hakların yaygınlığını yansıtmamaktadır. Buna ek olarak, anayasal tasarımın insani gelişmeye gerçek bağımsız katkısı konusundaki tartışma, Tushnet'in başka bir kitabında "sıfır civarında gürültü" olarak tanımladığı olguya çok iyi ulaşabilir.¹²²

Anayasal tasarımın "başarısını" değerlendirmek için dördüncü olası kriter, insanlığın karşılaştığı en yakıcı zorluklardan bazılarıyla başa çıkma becerisidir. Anayasaların net katkısı, kirlilik ve küresel ısınma; sağlık salgınları ve antibiyotige dirençli hastalıkların yayılması; doğal afetler; kitle imha silahlarının çoğalması veya bunların dünyanın süper güçleri tarafından kontrol edilmeyen birikimi; kitlesel zulümler ve insanlığa karşı suçlar; yaşam koşulları ve yaşam fırsatlarındaki küresel boşlukları genişletmek; nüfus artışı ve gıda arzı; büyük ölçekli zorunlu göç; yaşam bilimlerinde genetik devrimin riskleri ve fırsatları; ya da iç içe geçmiş finansal piyasalar ve küresel ekonomik krizler gibi çekirdek küresel sorunları çözmek bir yana, hafifletmede oldukça mütevazı görünmekte; ki bunların tamamı, kaçınmak ya da üstesinden gelmek için ciddi uluslararası işbirliği gerektirmektedir. Artan sayıda sorunun tam olarak bu türden olduğu düşünüldüğünde, örneğin yirmi ikinci veya yirmi üçüncü yüzyılda, ulusal düzeyde anayasal tasarımın önemi çok az görünecektir. Bu bakımdan, anayasalar ve anayasal tasarım, yirminci yüzyılın ortasındaki koşullara ve ihtiyaçlara (örneğin, İkinci Dünya Savaşı dönemi ve sonrasına) duyarlı, modası geçmiş bir araç olabilir; 21. yüzyılın başlarındaki küresel zorlukları ele alma kapasiteleri sınırlı olabilir.

Anayasal tasarım, ulusal zorluklarla ilgili olarak daha güçlü niteliğe sahip gibi görünmektedir: hükümetleri bir dereceye kadar sınırlamak, seçim süreçleri oluşturmak, haklar ve özgürlükler konusunda farkındalığı artırmak ve

¹²⁰ Gosselin, 4 S.C.R. at 437 (Can.).

¹²¹ Bkz., e.g., Unni Krishnan, JP v. Andhra Pradesh (1993) 1 S.C.R. 594, 706 (India); Olga Tellis v. Bombay Mun. Corp. (1985) 2 S.C.R. 51, 55 (India).

¹²² MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS 153 (1999).

muhtemelen bir miktar kurumsal öngörülebilirlik sağlamak ekonomik büyümeyi teşvik edebilir. Kurumların ve anayasaların ekonomik kalkınmayı anlamının ve ilerletmenin anahtarı olduğu fikri, “tarihçiler, siyaset bilimciler ve iktisatçılar arasında uzun ve onurlu bir geleneğe” sahiptir.¹²³ Max Weber’in ünlü bir şekilde belirttiği üzere, her başarılı kapitalist piyasanın temel yapı taşı, öngörülebilir kuralların (keyfi, geçici normların aksine) yanı sıra, rasyonel (geleneksel veya karizmatik olanın aksine) siyasi otoriteye dayanan resmi, açık ve güvenilir bir hukuk sistemine dayanan güvenli öngörülebilirlik çıkarıdır.¹²⁴

Benzer bir şekilde, Douglass North ve Robert Thomas *The Rise of the Western World*’de “[v]erimli ekonomik organizasyonun büyümenin anahtarı olduğunu, Batı Avrupa’da verimli bir ekonomik organizasyonun gelişmesinin Batı’nın yükselişinden sorumlu olduğunu” öne sürmüştür.¹²⁵ “Etkili organizasyon, bireysel ekonomik çabayı özel getiri oranını sosyal getiri oranına yaklaştıran faaliyetlere yönlendirmek için teşvik yaratan kurumsal düzenlemelerin ve mülkiyet haklarının oluşturulmasını gerektirir.”¹²⁶ Bu temele dayanarak, “bir toplum büyümese, bunun nedeni ekonomik inisiyatif için hiçbir teşvik sağlanmamasıdır” sonucuna varmıştır.¹²⁷ Batı’nın rasyonalitesi ve verimliliği, esas olarak mülkiyet haklarının anayasal olarak korunması yoluyla yatırımcıların güvenini artıran yasal mekanizmaları benimsemesine yol açmış ve bunun karşılığında, bunlar da çeşitli tarihsel bağlamlarda ekonomik büyümeye yol açmıştır. Örneğin Douglass North, erken kapitalist Avrupa’da yöneticilerin, keyfi iktidarı üzerindeki yasal sınırlamaların, sermayelerinin ele geçirilmesinden kanunla korunan dış borç verenler için yasal güvenliği ve öngörülebilirliği nasıl artırdığını göstermiştir.¹²⁸ Bu durum, devletlerin, sermayeyi ödünç almak için bu tür sınırlamaların var olduğu ve yöneticinin keyfi gücünün (Weber’in terminolojisinde “irrasyonel sistemler”) kanunla sınırlandırılmadığı rakip devletlere karşı konumlarını iyileştirmelerine izin vermiştir. Daha yakın tarihli ampirik çalışmalar, hükümetin eylemleri üzerindeki kurumsal sınırlamaların varlığı (ör-

¹²³ TORSTEN PERSSON & GUIDO TABELLINI, THE ECONOMIC EFFECTS OF CONSTITUTIONS 63 n.7 (2003).

¹²⁴ Bkz. 2 MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 1094-96.

¹²⁵ DOUGLASS C. NORTH & ROBERT PAUL THOMAS, THE RISE OF THE WESTERN WORLD 1 (1973).

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Id. s. 1-2.

¹²⁸ Douglass C. North & Barry R. Weingast, Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England, 49 J. ECON. HIST. 803, 804- 05 (1989); bkz. ayrıca Barry Weingast, Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets, 149 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 286, 293-94 (1993).

neğin anayasa hükümleri ve yargı denetimi) ile ekonomik büyüme arasında pozitif bir korelasyon kurmuştur.¹²⁹

Anayasal tasarım da etkili düzenlemeye katkıda bulunabilir. Dış ekonomik şokların önlenmesinde veya hafifletilmesinde merkezi düzenleme rolünü ele alın. Kanada, 2008 ekonomik krizine Amerika Birleşik Devletleri'nden çok daha iyi dayanmıştır.¹³⁰ İki ülkenin bu kadar çok ortak noktası olduğu düşünüldüğünde, bu oldukça dikkat çekicidir. Ancak Kanada'daki menkul kıymetler düzenlemesi eyalet düzeyinde iken, bankacılık sektörünün düzenlenmesi federal bir kaledir.¹³¹ Yakın izlemenin eşlik ettiği katı kurallar ve düzenlemeler, yüksek riskli yatırımları veya vahşi mortgage piyasalarını engeller. Kanada'nın finansal fırtınayı daha iyi atlatmasının sıkça belirtilen nedeni, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki açgözlü, çıkarıcı bankacılar tarafından yönlendirilen ve Washington'daki pervasız ekonomik özgürlükçüler tarafından desteklenen mortgage piyasasının deregülasyonuna kıyasla, bankacılık endüstrisinin katı hükümet düzenlemesidir.¹³²

Anayasal tasarımın "başarısını" değerlendirmek için son bir kriter, genel olarak etnik entegrasyona katkısını veya çatışma veya çatışma sonrası ortamlarda gerçek barışçı etkisini ölçmektir. Muhtemelen anayasalara ilişkin en takdire şayan işlevselci veya sonuç odaklı bakış açılarından biri, anayasal tasarımı demokratik müzakere için kurumsal bir çerçeve oluşturmak ve dolayısıyla ulus inşası için etkili bir mekanizma olarak görmektedir.¹³³ Bruce Ackerman'ın otantik halkın iradesiyle şekillenen ve onu yansıtan idealist anayasa yapma anlayışının aksine, pragmatik anayasa yapma vizyonu,¹³⁴ anayasa yapımının demoları oluşturduğunu ve kurulması ve evrimi için bir çerçeve sağladığını görür. (Bu anayasacılık görüşünün, AB anayasası savunucuları arasında popüler olması

¹²⁹ Bkz., e.g., Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, Legal Origins, Q.J. ECON. 1193, 1224 (2002); Rafael La Porta et al., Law and Finance, 106 J. POL. ECON. 1113, 1116-17 (1998); Rafael La Porta et al., The Quality of Government, 15 J.L. ECON. & ORG. 222, 222 (1999); Paul Mahoney, The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, 30 J. LEGAL STUD. 503, 503-04 (2001).

¹³⁰ Bkz. Erik Heinrich, Why Canada's Banks Don't Need Help (But Got It Anyway), TIME, Nov. 10, 2008, <http://www.time.com/time/business/article/0,8599,1855317,00.html>.

¹³¹ Bkz. Constitution Act §§ 91-92 (denoting that banking falls exclusively under the legislative authority of the Canadian Parliament while securities regulation is encompassed within the provisions of the provincial legislatures).

¹³² Bkz. Vincent DiLorenzo, Mortgage Market Deregulation and Equity Stripping Under Sanction of Law 2-3 (St. John's Sch. of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 08- 0146, 2008); Heinrich, üst not 136.

¹³³ Bkz. JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS 127-28 (William Rehg trans., MIT Press 1996) (1992).

¹³⁴ Bkz. ACKERMAN, üst not 52, s. 4-5.

şaşırtıcı değildir.)¹³⁵ Daha pratik görünümünde, anayasal tasarım ve mühendislik üzerine büyük bir literatür gelişmiştir. Kanonik eğilim, anayasallaşmanın pragmatik ikinci derece önlem (daha ilkeli, birinci derece “Biz Halkız” bakış açısını içeren anayasallaştırma örneklerinin aksine) olarak görüldüğünde, federalizm, güvenli temsil ve diğer güven inşa etme, güç paylaşım mekanizmalarının benimsenmesi yoluyla etnik olarak bölünmüş devletlerdeki gerilimleri azaltma girişimlerinin kurumsallaştırılmasına yardımcı olabileceğini öne sürmektedir.¹³⁶ Burada, anayasalar uzlaşmayı teşvik ettikleri ve şimdiye kadar çekişmeli yönetimde yerleşik ve icra edilebilir iki veya çok partili bir siyasi anlaşma oluşturdukları ölçüde “iyi bir şey” olarak kabul edilir. Anayasa mühendisleri bize, anlaşmazlıkları anayasacılık yoluyla çözenin anahtarının ya uzlaşma (şaka yapmıyorum) ve güç paylaşım mekanizmaları (ör. Lijphart modeli eştoplumlaştırmacılık)¹³⁷ ya da işbirliği yapmak ve farklılıkları çözmek için teşvikler yaratmak (ör. Horowitz)¹³⁸ olduğunu söyledi. Amaç, tüm taraflara hitap eden, zamanla dağılmayan ve böylece etnik grup çıkarlarının uyumlu hale getirilmesi için kalıcı temel sunan kurumsal teşvikler yaratmaktır.

Anayasaların ve anayasal düzenlemelerin etnik entegrasyonu teşvik etme konusundaki bağımsız katkısını değerlendirmek zordur. Ancak çoğu cömert değerlendirmeye göre bile, anayasal tasarımın sicili burada da pek iyi değildir; kutuplaşmış ortamlarda, zorunlu bir anayasa tek başına farklı grupları bir araya getirmeyecektir. Tabii, anayasal bilgelik Kanada’daki dilsel gerilimleri hafifletmekle övülür, ancak kendi önsezim, Kanadalıların iyi huy ve nezaketinin en azından Quebec meselesinin başarılı bir şekilde kontrol altına alınmasında çok önemli olduğu yönündedir.¹³⁹ İrlanda’da, anayasal tasarım şöhret listesinde onursal üye olan Hayırlı Cuma Anlaşması¹⁴⁰ (Belfast Anlaşması) (1998), her iki taraftaki siyasi elitler tarafından imzalanmış ve kısmen uygulanmasına rağmen iki tarafı bir araya getirememiştir.¹⁴¹ Federalizm, şimdiye kadar anayasal tasarım literatürünün diğer iki eski destekçisi olan

¹³⁵ Bkz. PHILIPP KLIVER, THE NATIONAL PARLIAMENTS IN THE EUROPEAN UNION: A CRITICAL VIEW ON EU CONSTITUTION-BUILDING 5-6 (2006).

¹³⁶ Bkz., e.g., AREND LIJPHART, DEMOCRACY IN PLURAL SOCIETIES 1 (1977); DONALD L. HOROWITZ, ETHNIC GROUPS IN CONFLICT 573 (2000).

¹³⁷ LIJPHART, üst not 142, s. 5.

¹³⁸ HOROWITZ, üst not 142, s. 573-78.

¹³⁹ Bkz. Sujit Choudhry, Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?, üst not 6, s. 141, 145.

¹⁴⁰ Agreement Reached in the Multi-Party Negotiations, U.K.-Ir., Apr. 10, 1998, 37 I.L.M. 751 (1998).

¹⁴¹ Bkz. John MacGarry & Brandon O’Leary, Consociation and Its Critics: Northern Ireland After the Belfast Agreement, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?, üst not 6, s. 69, 407-08.

Malezya ve Nijerya’da teokratik yönetim ilkelerine yönelik sürekli artan desteği içerebilmiştir.¹⁴² Ancak işler başka yerlerde daha da kötüye gitmiştir. Belçika’daki Valon-Flaman entegrasyonu (eştoplumlaştırmacılığın 1970’lerdeki altın çocuklarından biri) çöküyor.¹⁴³ Eştoplumlaştırmacı literatürün bir başka eski poster çocuğu olan Lübnan’da, Hizbullah (“Tanrı’nın partisi”) şimdi devletin kırılğan çok partili koalisyonunu devirmekle tehdit ediyor.¹⁴⁴ Milliyetçi El Fetih hareketi ile dini Hamas hareketi arasındaki mücadele, Filistin halkını etkili bir şekilde ikiye böldü.¹⁴⁵ Fildişi Sahili bilfiil iki ülkeye bölündü.¹⁴⁶ Afganistan ve Irak’taki durumlar,¹⁴⁷ son anayasal yenilemelerine (2004’te Afganistan; 2005’te Irak) rağmen, çözülmekten çok uzak.¹⁴⁸ Ruanda, Kongo ve Darfur’daki kitlesel zulmü çok az şey (ki bunların arasına kesinlikle anayasacılık dahil değil) önleyebilir veya durdurabilirdi.¹⁴⁹ Sri Lanka’da on yıllardır süren Sinhalese-Tamil anlaşmazlığının çözümünde tek başına anayasal tasarımlar neredeyse hiç bir faktör değildi.¹⁵⁰ Sömürgecilik sonrası dünyada anayasacılığın daha başarılı örneklerinden biri olan Hindistan’da bile, Hindutva (“Hinduluk”) kavramı büyük bir siyasi güç olarak yeniden tesis edilirken,¹⁵¹ Müslüman-Hindu halk şiddeti kısır döngüsü önemli ölçüde arttı.¹⁵²

¹⁴² Bkz., e.g., Ran Hirschl, *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-conflict States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1179, 1209 (2008).

¹⁴³ Bkz. *The BHV Question: Belgium’s Governmentlessness*, ECONOMIST, Nov. 10, 2007, s. 38.

¹⁴⁴ Bkz. *Lebanon: Peace for a While*, ECONOMIST, May 24, 2008, s. 67.

¹⁴⁵ Bkz. *Lift the Siege of Gaza: Israel and the Palestinians*, ECONOMIST, Dec. 20, 2008, s. 16.

¹⁴⁶ Bkz. *Cote d’Ivoire: Country Outlook*, EIU VIEWSWIRE, Mar. 1, 2009, at 2, available at 2009 WLNR 4572534.

¹⁴⁷ Bkz. Johanna Mendelson Forman, *Striking Out in Baghdad: How Postconflict Reconstruction Went Awry*, in *NATION-BUILDING: BEYOND AFGHANISTAN AND IRAQ* 196, 208-09 (Francis Fukuyama ed., 2006); Margin G. Weinbaum, *Rebuilding Afghanistan: Impediments, Lessons, and Prospects*, in *NATION-BUILDING: BEYOND AFGHANISTAN AND IRAQ*, s. 125.

¹⁴⁸ Bkz. Barnett R. Rubin, *Crafting a Constitution for Afghanistan*, J. DEMOCRACY, July 2004, s. 5, 5, 10; Edward Wong, *Iraqi Officials Declare Charter Has Been Passed*, N.Y. TIMES, Oct. 26, 2005, at A1.

¹⁴⁹ Bkz. John F. Clark, *The Collapse of the Democratic Experiment in the Republic of Congo: A Thick Description*, in *THE FATE OF AFRICA’S DEMOCRATIC EXPERIMENTS*, 96, 99-100 (Leonardo Alfonso Villalón & Peter Von Doepp eds., 2005); Filip Reyntjens, *Constitution-Making in Situations of Extreme Crisis: The Case of Rwanda and Burundi*, 40 J. AFR. L. 234, 235-36 (1996). Christina Murray & Catherine Maywald, *Subnational Constitution-Making in Southern Sudan*, 37 RUTGERS L.J. 1203, 1207-08 (2006). Samantha Power, *Dying in Darfur: Can Ethnic Cleansing in Sudan Be Stopped?*, NEW YORKER, Aug. 30, 2004, at 56, 60-61.

¹⁵⁰ Bkz. *Sri Lanka Says Leader of Rebels Has Died*, N.Y. TIMES, May 18, 2009, at A4.

¹⁵¹ Bkz., e.g., Dibyesh Anand, *The Violence of Security: Hindu Nationalism and the Politics of Representing ‘the Muslim’ as a Danger*, 94 THE ROUND TABLE 203, 203-04 (2005).

¹⁵² Celia W. Dugger, *Hindu Justifies Mass Killings of Muslims in Reprisal Riots*, N.Y. TIMES, Mar. 5 2002, s. A4..

Aslında, başka bir yerde tartıştığım gibi, teokratik zorluk, dünya siyasetinde ve anayasa hukukunda önemli bir faktör haline geldi.¹⁵³ İran, Irak ve Afganistan gibi mevcut medyanın odak noktalarını da aştı ve çatışma sonrası ortamlarda her zamankinden daha ilişkili olan seküler/evrensel ile dini/tikelci ayrıma yakından dikkat etmeksizin anayasa taslağı hazırlamanın karmaşıklıklarını incelemeye yönelik herhangi bir girişim sonuçsuz kalmaya mahkûmdur. Dinin siyasi manzara üzerinde yeniden ortaya çıkışı, ortak güç paylaşım mekanizmalarının teokratik zorluğu yeterince ele almadaki etkinliğini (ve aslında uygulanabilirliğini) sorgular. Kanonik eştoplumlaştırmacı literatür, olgusal geçerliliği sorgulanabilir ideal tipte beş ana varsayıma dayanmaktadır: grupların bölgesel yoğunlaşması ve sınırlarının belirlenmesi; belirli bir grubun üyeleri arasında sosyal ve demografik uyum; sabit, gerçek, araçsal olmayan kimlikler; grup üyeleri arasında birleşik çıkarlar, dünya görüşleri ve politika tercihleri; ve uygulanabilir bir uzlaşma forumu olarak anayasacılığın altında yatan bir vizyon.¹⁵⁴ Bu varsayımlar milliyet, etnik köken veya dil gibi bölücü faktörlere ilişkin makul bir çalışma hipotezleri dizisi sağlasa da, seküler-dinsel ayrımın gerçeklerini yakalama ile daha az ilişkilidir. Burada özellikle önemli olan, bir yanda modern anayasacılığın ilkeleri ile hukukun üstünlüğü ve diğer yanda teokratik yönetişimin temelleri arasındaki içsel gerilimlerdir.

Bu bağlamda görece iyi çalışmış gibi görünen ana uzlaşma yanlısı ve işbirliği vektörleri, karşılıklı çıkarları için birlikte çalışmalarını (ör. karlı üretim süreçlerinde karşılıklı bağımlılık) ve şiddeti onaylayan ve işbirliğini ödüllendiren etkili dış teşvik yapısının varlığı için rakip tarafların ortak çıkarlarıdır. İnançlar arası işbirliği, örneğin, ortak bir rakibin varlığından kaynaklanabilir (örneğin, Güney Sudan’da hegemonik Kuzey’e karşı dinler arası işbirliği). Benzer şekilde, inanç-üstü ortak ilişki, işbirliğini destekleyebilir; ortak etnik kimliğin dini bağlılıktan daha güçlü olarak algılanmasından ötürü, Nijerya’daki Yoruba halkı arasında Hristiyanlık ve İslam, cemaati bölmeden eşzamanlı olarak gelişmiştir.¹⁵⁵ Ya da, inanç içi sınıf tabakalaşmasının inançlar arası gerilimlerden daha güçlü olduğu bir durum olabilir. Hindistan’daki Hindu milliyetçileri genellikle Müslümanlara saldırıları kışkırtmaya çalışır, ancak Hindular arasındaki kast ilişkilerinin Hindu-Müslüman kutupluluğuna kıyasla daha etkili olduğu güney

¹⁵³ Hirschl, üst not 148, s. 1179-81, 1184-85.

¹⁵⁴ RAN HIRSCHL, SACRED JUDGMENTS: THE CHALLENGE OF CONSTITUTIONAL THEOCRACY ve RAN HIRSCHL, Constitutional Theocracy, in THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (Stephen Macedo & Jeffrey Tulis, eds.).

¹⁵⁵ Bkz. DAVID LAITIN, HEGEMONY AND CULTURE: POLITICS AND CHANGE AMONG THE YORUBA, s. x-xi (1986).

eyaletleri Kerala ve Tamil Nadu'da nadiren başarılı olur.¹⁵⁶ Ve dinler arası işbirliği hesabı daha da doğrudan ekonomik olabilir. Seçim siyaseti, bazı partilerin seçmen desteğini en üst düzeye çıkarmak için dini veya etnik farklılıkları vurgulamasına yol açabilir. Bununla birlikte, aksi takdirde rakip olacak tarafların ortak ekonomik çıkarları, onları karşılıklı çıkarları için birlikte çalışmaya yönlendirdiği durumlarda, inançlar arası veya mezhepsel şiddetin önemli ölçüde azaldığı gösterilmiştir (örneğin, her bir grubun üretim sürecinin en az bir temel yönünü kontrol ettiği karlı üretim süreçlerinde karşılıklı bağımlılık).¹⁵⁷ Hindu- lar ve Müslümanların işbirliğinin karşılıklı fayda sağlayan bir ekonomik girişim veya endüstriyi sürdürmek için gerekli olduğu Hindistan bölgelerinde mezhepsel şiddet, pazarın daha az birbiriyle ilişkili olduğu bölgelere göre belirgin bir şekilde daha düşük olmuştur.

Avrupa Birliği'ne katılmanın olası büyük ödülü veya Avrupa Birliği'nin güç merkezi üyelerinin ekonomik ve siyasi gazabından kaçınma tercihi, post-komünist dünyadaki rakip tarafların işbirliği yapması veya en azından gerilimlerini düşük ateşte tutması için güçlü bir dışsal teşvik sağlamaktadır.

İyi ama nadiren atıfta bulunulan bir örnek, etnik olarak Makedonlar ve Arnavutlar arasında bölünmüş olan Makedonya'dır.¹⁵⁸ İki toplum, Kosova ihtilafı sırasında çok sayıda etnik Arnavut'un Makedonya'ya kaçmasının ardından şiddetli bir iç savaşın içine girdi ve daha sonra Makedonya'da Kosova ve Arnavutluk'u kapsayacak bir "daha büyük Arnavutluk" çağırısı ortaya çıktı.¹⁵⁹ Makedonlar bu plana şiddetle karşı çıktı.¹⁶⁰ Acımasız bir iç savaş patlak verdi ve ancak yoğun uluslararası baskı altında 2001'de Ohri Anlaşması'nın imzalanmasıyla sona erdi.¹⁶¹ Anlaşma, birkaç önemli güç paylaşım mekanizmasını, gücün alt ulusal birimlere devredilmesini içermekle beraber, Arnavutça'ya Makedoncanın yanı sıra resmi dil statüsü verdi.¹⁶² Ancak her iki toplum için de ana teşvik, iki toplumun Ohri Anlaşmasını sürdürebilmesi ve istikrarlı, ortak bir yönetim kurması

¹⁵⁶ STEVEN I. WILKINSON, VOTES AND VIOLENCE: ELECTORAL COMPETITION AND ETHNIC RIOTS IN INDIA 17-18 (2006).

¹⁵⁷ Bkz., e.g., ASHUTOSH VARSHNEY, ETHNIC CONFLICT AND CIVIC LIFE: HINDUS AND MUSLIMS IN INDIA 14-15, 173-80 (2002); id. s. 259.

¹⁵⁸ Gaurav Toshniwal'a buradaki örneklere dikkatimi çektiği için teşekkür ederim.

¹⁵⁹ Bkz. John R. Schindler, Europe's Unstable Southeast, 14 NAVAL WAR C. REV. 15, 29.

¹⁶⁰ Bkz. id.

¹⁶¹ Bkz. Ian Fisher, Macedonia Peace Signed, but Soon After, Artillery Booms, N.Y. TIMES, Aug. 14, 2001, s. A3.

¹⁶² Bkz. Ohrid Framework Agreement §§ 3.1-3.3, Aug. 13, 2001, [://faq.macedonia.org/politics/framework_agreement.pdf](http://faq.macedonia.org/politics/framework_agreement.pdf); id. § 6.5.

halinde nihai AB üyeliği olasılığıydı. Ve böylece "2001 yılındaki topyekün bir iç savaşın eşliğinden itibaren, etnik Arnavutlar ve Makedonlar büyük ölçüde AB'ye katılma konusundaki ortak umutları nedeniyle hükümette birlikte çalıştılar."¹⁶³

Bunun tersine, Yunanlılar ve Türklerin uzun zamandır acı bir tartışmaya hapsediği Kıbrıs'ta, uluslararası toplumun çoğu Kıbrıslı Türklerin otonomi haklarını tanımadığı için böyle bir işbirliği teşviki mevcut değildir.¹⁶⁴ Ayrıca, belki daha da önemlisi, Kıbrıslı Rumlara, Kıbrıslı Türklerle anayasal pazarlıklarının sonuçlanmasından önce AB üyeliği verilmiş olmasıdır.¹⁶⁵ Beklendiği gibi, BM destekli anayasal çözüm referandumu (2004), anavatanı Türkiye ile birlikte Avrupa Birliği dışında kalan bir topluluk olan Kıbrıslı Türkler tarafından kabul edilirken (%65 ila %35), AB üyeliğini halihazırda elde etmiş bir topluluk olan Kıbrıslı Rumlar tarafından reddedildi (%76 ila %24).

III. SONUÇ

Anayasal tasarım, modernist bir uygulamadır. Diğer tasarım bilimlerinin çoğunda olduğu gibi, kaos yerine düzene, tutku yerine mantığa ve doğaçlama ve içgüdüler yerine kanıta dayalı planlamaya yönelik, her zaman ampirik olarak doğrulanmamış olsa da, tamamen optimistik eğilimlere dayanır. Aynı zamanda, oldukça Hobbescu bir insan doğası varsayar. İnsanlar esasen çıkarıcıdır ve bu nedenle, esasen kendi çıkarlarına hizmet etmesi halinde bir sınırlama anlaşmasına katılabilirler. Belirli bir yönetimin üyeleri, gönüllü olarak bir sosyal sözleşmeyi imzalamaya uygun olmayabilir ve bu nedenle kendilerini düzensizlik, şiddet ve çürüme kısır döngüsünün içinde bulabilir. Bu durum, insan davranışını değiştirebileceği varsayılan dikkatli kurumsal tasarımla, aydınlanma ve eğitim yoluyla, caydırıcılık ve yaptırım yoluyla veya insanların (veya grupların) arzu edilen şekilde davranması için anlamlı teşvikler yaratarak önlenabilir. Anayasacılığın kamusal yaşamı organize etmenin rasyonel ve etkili bir yolunu sağladığı söyleniyor. Bu, ortak fayda ve bireysel özgürlükleri, temel demokratik yönetim ilkelerini çok sayıda katılımcı ve girdinin gerçekleri ile dengelemeyi, katılımcılar arasında değerler, dünya görüşleri, kimlikler, politika hedefleri ve yöntemler konusunda ciddi anlaşmazlıkları ve amaçlar ile gerçekler arasındaki kaçınılmaz boşlukları içerir.

¹⁶³ Approaching Europe: The Balkans, ECONOMIST, Nov. 5, 2005, s. 55.

¹⁶⁴ Bkz. S.C. Res. 541, ¶¶ 1-2, U.N. Doc. S/RES/541 (Nov. 18, 1983); S.C. Res. 550, ¶ 2, U.N. Doc. S/RES/550 (May 11, 1984).

¹⁶⁵ VAN COUFOUDAKIS, CYPRUS: A CONTEMPORARY PROBLEM IN HISTORICAL PERSPECTIVE 36, 57 (2006).

Makro ve mikro diğer tasarım alanlarına hızlı bir bakış, ayrıntılı planlar, yönetilebilir boyut ve kapsam, az sayıda müdahale eden faktör, etkili kontrol mekanizmaları, yerleşik kendi kendine öğrenme ve ayarlama mekanizmaları ve hepsinden önemlisi, katıksız bağlılık ve gerçek yardımseverlik gibi faktörlerin birçok planlama deneyinin başarı şansını artırabileceğini göstermektedir. Ancak anayasal tasarım söz konusu olduğunda, ticaretin bu derslerinin çoğu ya göz ardı ediliyor ya da başarılması zor gibi görülüyor. Hatta daha da temelde, yönetilebilir nüfus büyüklüğü, yüksek eğitim ve beşeri sermaye, işlevsel sosyal güvenlik ağının yanı sıra gelişmiş piyasa ekonomisi ve güçlü devlet kapasitesi gibi faktörler, genellikle anayasa mühendislerinin kelime dağarcığını işgal eden kurumsal faktörlere kıyasla, demokrasi, refah ve insani kalkınmadan daha çok sorumludur.

Anayasal tasarımın öyküsü iyimser ya da kötümser bir hikaye olarak anlatılabilir. Mühendislik ustalığının yanı sıra büyük amaçlar, eski Mısır piramitleri ve Hannibal'in Alpler boyunca yürüyüşü gibi olağanüstü başarılarla yol açmıştır. Son iki yüzyılın bilimsel ve teknolojik ilerlemeleri akıl almaz derecededir. Doğumda küresel ortalama yaşam beklentisi, yirminci yüzyılın başlarından (yaklaşık 35 yıl) yirmi birinci yüzyılın başlarına (66 yıldan fazla) neredeyse iki katına çıkmıştır.¹⁶⁶ Eğer insan tüm engellerin üstesinden gelebilirse ve Mars'a (yaklaşık 300 milyon mil uzaklıkta) kendi kendine yön belirleyebilen keşif aracı gönderip, aracı tam olarak inmesi gereken noktaya indirip (bunun gerçekleşme olasılığı, Los Angeles'tan atılan bir basketbol topunun, New York'taki Madison Square Garden'da bulunan bir potanın çemberine değmeden içine girmesinden oldukça daha düşüktür) ve bu uzak gezegenden, inişinin üzerine on dakikadan kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen canlı, yüksek çözünürlüklü fotoğraflar aldıysa, insanın yapamayacağı çok az şey vardır.¹⁶⁷ Son iki yüzyılın siyasi ilerlemeleri, en önemlisi, mülk sahipliği ile siyasi ses arasındaki bağların bozulması ve ardından gelen genel oy hakkının zaferi, daha az gösterişli olsa bile, aynı derecede etkileyicidir. Bu yüzden, yalnız gezegenimizdeki bazı karanlık noktaları aydınlatmadaki başarısının yerinde kanıtları en iyi ihtimalle karışık olsa bile, anayasa mühendisliği üst anlatisinde bir şeyler vardır.

¹⁶⁶ Thomson Prentice, World Health Org., Health, History and Hard Choices: Funding Dilemmas in a Fast-Changing World, Presentation at the Center on Philanthropy at Indiana University Symposium: Health and Philanthropy: Leveraging Change 7 (Aug. 24-25, 2006), http://www.who.int/global_health_histories/seminars/presentation07.pdf.

¹⁶⁷ ROVING MARS (Walt Disney Pictures 2006).

Kudüs'teki Hebrew Üniversitesi'nde önemli bir şehir planlama profesörü olan merhum kayınpederimle ilk tanıştığım da, ona kentsel gelişim planları ile bu planların gerçek uygulaması arasındaki ilişkinin ne olduğunu sordum. Kısa bir süre durakladı ve şöyle dedi:

"Sıfırdan büyük olma olasılığı olan her şey olabilir ve olacaktır. istisnası yoktur. Yani Murphy "Her ne ters gidebilirse, ters gidecektir." dediğinde, şehir planlaması hakkında düşünmüş olmalı. Toplamda en iyi ihtimalle yaklaşık %40 uygulamaya ulaşabiliriz; uzun vadeli asıl başarıyı ölçtüğümüzde çok daha azına ulaşabiliriz. Ancak şehirlerin gerçekte nasıl geliştiğinin %5 veya %10'unu kontrol etsek bile, bu sonsuz bir şekilde hiç yoktan fazlasıdır."

Elbette anayasal tasarım için de aynı şey söylenebilir. Aynı zamanda, herhangi bir ön planlamaya atfedilemeyecek tam anlamıyla şans eseri gerçekleşen penisilin keşfi, insanlığa anayasal tasarımdan daha fazla fayda sağlamış gibi görünüyor. Geleneksel anayasa mühendisliğinin yirmi birinci yüzyılda karşılaştığımız bazı temel zorlukları ele alma yeteneği oldukça sınırlı görünüyor, bunun başlıca nedeni, bu zorlukların doğası gereği küresel olması ve çözmek için büyük ölçekli kolektif eylem ve küresel işbirliği gerektirmesidir. Dünya çapında genişleyen ekonomik ve yaşam fırsatları boşlukları, küresel tatlı su rezervuarları ve gıda üretim modelleri, büyük zorunlu göçler, küresel iklim değişikliği, sağlık salgınları ve antibiyotiğe dirençli hastalıklara ek olarak kitle imha silahlarının çoğalması; bunların tamamı tek bir devletin sınırlarının çok ötesine geçiyor, bu nedenle, kendimizi anayasacılık yoluyla bu meseleleri başarıyla çözemeyecek durumda buluyoruz. Bunun yanı sıra, bu, öngörülemeyen dönüşümler hakkında tek bir söz bile söylemeden - başka bir gezegendeki zeki yaşamın ani keşfini düşünün. Hiçbir başkanlık, orantılı temsil, yargı denetimi, yetki paylaşımı veya veto noktaları bu konuyu ele alamaz veya almaz. Böylelikle, bunun bile çok şey istemek olabileceğini keşfetmeden önce, bu zayıf %5 veya %10'u kabul etsek iyi olacaktır.