

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 79 Sayı Number 2 Yıl Year 2021 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 79, Sayı 2, 2021

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting
Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)
ULAKBIM TR Dizin
Ulusal Hukuk Veritabanı



Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aozsoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- shelvaci@marmara.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenç@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcantez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajacic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

**Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klozuna Başvuru
Hakkının Kötüye Kullanılması**

Abuse of the Escape Clause in the Transfer of Joint-Stock Non-Quoted

Registered Shares 379

Esra Cenkci

Araştırma makalesi/Research article

**Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla İleriye Dönük Hasta Direktifleri ve
Türk Hukuku İçin Öneriler**

Advanced Healthcare Directives From a Comparative Perspective and

Proposals for Turkish Law 409

Gökçe Kurtulan Güner

Araştırma makalesi/Research article

Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar

Superior Interests as a Limitation on the Right to Refuse a Medical Treatment 441

Özge Yücel

Araştırma makalesi/Research article

**Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda
Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi**

The Impact of the Agency's Authority to Represent their Clients Stipulated in Turkish

Commercial Code No 6102 on Jurisdiction Agreements in favor of Foreign Courts 485

Cemre Tüysüz

Araştırma makalesi/Research article

**Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Karıştıkları Kazalardan Dolayı Yeşil Kart Sigortası
Kapsamında Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna Dava Açılması**

Filing a Law Suit Against the Turkish Motor Insurers' Bureau based on Green Card

Insurance, due to the Accidents Caused by Vehicles with Foreign Licence Plates 519

Musa Aygül

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

**Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde
Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği**

Invocation of Responsibility by a State on the Basis of Diplomatic Protection:

The Applicability of the Requirement of Exhaustion of Local Remedies 543

Ali Bal



Araştırma makalesi/Research article

- Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık**
Constitutionalism in the Context of Popular Sovereignty and National
Sovereignty Theories..... 599
Sabahattin Nal, Furkan Çirkin

Araştırma makalesi/Research article

- Sokağa Çıkma Yasağına İlişkin Emirnameler: KKTC'de Salgın Hastalıkla**
Mücadelede Olağan Hukuk ile Olağanüstü Tedbirler
Orders for Curfew: Extraordinary Measures with Ordinary Law in Struggle
Against Epidemic Disease 637
Demet Çelik Ulusoy, Emine Uzuner

Araştırma makalesi/Research article

- Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler**
Digital Political Parties as a New Type of Political Party 673
Sezen Kama Işık, Alper Işık

ÇEVİRİ TRANSLATION

Çeviri makalesi/Translation Article

- Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku**
Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law..... 699
Florian Mösllein, Çeviren: Sevdâ Bora Çınar

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2021/2 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Küresel salgının hayatlarımıza etkisi sonucunda çalışmayı ve üretimi zorlaştırdığı inkar edilemez bir gerçektir. Sosyal hayattan bağımsız bir şekilde değerlendirilemeyen hukuk da, bahsedilen küresel salgından etkilenmiş, çeşitli kanunlar ve sair mevzuatla bu salgının etkilediği alanlar düzenlenmeye çalışılmıştır. İstanbul Hukuk Mecmuası olarak, hukuk-sosyal toplum ilişkisini objektif bir şekilde yansıtabilmek amacıyla hareket etmek ve bu amaç uyarınca modern dünya ile entegrasyonu en üst düzeyde sağlamak adına uluslararası geçerliliği olan bilimsel çalışmaları yayımlamak, öncelikli hedefimiz olacaktır. İşte bu hedef doğrultusunda, Mecmuamızın her geçen gün güçlenen adımlarla bir asra yaklaşan tarihinde ilk defa geçtiğimiz sene, bir yıl içerisinde dört sayı olarak yayına çıkmıştır. Yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma uygulamasına devam edeceğimizi belirterek, gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacağını müjdelemek isteriz.

Dergimizin bu sayısı da -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş birbirinden değerli on makale içermektedir. Özel hukuk – kamu hukuku ayrımında dikkat etmeye özen gösterdiğimiz dengeli dağılıma bu alanların kendi içerisinde de dikkat edilmeye çalışılmıştır. Kamu hukukun alanında; anayasa hukuku, idare hukuku, milletlerarası hukuk, genel kamu hukuku gibi alanlarda makalelere yer verilmiştir. Özel hukuk alanında da; medeni hukuk, ticaret hukuku, milletlerarası özel hukuk gibi hukukun temel alanlarına yönelik çalışmalarla birlikte, güncel tartışmalardan biri olan zorunlu aşı kapsamında hastanın rızası hilafına üstün yarar nedeniyle tedavi yapılıp yapılamayacağına ilişkin bir çalışma ile yapay zeka ve şirketler hukuku ile ilgili bir adet çeviri çalışmaya yer verilmiştir.

Dergimizde yalnızca İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş, ayrıca OSCOLA atıf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir.

Akademik çalışmaların değerini ortaya koyan kriterlerden birinin çalışmanın güncelliği olduğu, günümüzün bilinen gerçeklerindedir. Bu nedenle dergimize yollanarak editöryel inceleme ve hakem değerlendirmesi aşamalarını geçen ve yayımlanma kararı alınan makalelerin güncelliklerini korumak amacıyla “Online first” (erken erişim) yoluyla okuyucuya ulaştırılması usulüne bu sayımızda da devam edilmiştir. Bu kapsamda işbu sayımızda online olarak daha önce yayına sunduğumuz yedi makalenin yazılı basısı da sağlanmış olmaktadır. Bu kapsamda hemen bu sayımızı yayınlanmasını takiben en kısa sürede 2021/3 nolu sayımızdan da bazı yayınların erken online erişimi temin edilecektir.

Yayın kurallarımızın bir önceki sayıda güncellenmiş versiyonunun tüm ilgililerce takibinin öneminin altını çizerek, işbu kurallar ile dergimizin uluslararası niteliğinin de giderek kuvvetlendiğini belirtmek isteriz.

Mecmua'nın yayımlanması noktasında ötürü editör ekibinin dikkate değer meğfi ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Hakemlerimiz ve yazarlarımız, bu işin asli yapı taşıdır. Onlara ne kadar teşekkür etsek azdır.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI



Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klotuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

Esra Cenkcı*

Öz

Anonim ortaklıklarda nama yazılı payların devrinde devir serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu payların devrinin sınırlandırılması istisnai olup sınırlandırma ancak kanunun izin verdiği takdirde ve kanunda izin verilen ölçüde mümkündür. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri açısından öngörülen sınırlamalardan biri de Türk Ticaret Kanunu'nun 493/1. maddesinde düzenlenmiş olan ortaklığın kaçış klotuna başvuru hakkıdır. Bu hak ortaklığa, devredene, devre konu paylarını başvurma anındaki gerçek değeriyle kendisi, diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın almayı önererek onay istemini reddetme imkanı tanımaktadır. Kaçış klotuna başvurmak ortaklığın takdir yetkisi kapsamındadır; ancak, ortaklığın bu yetkisi sınırsız değildir. Yetkinin sınırlarından birini de hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur (Türk Medeni Kanunu 2/2). Bu çalışmada öncelikle, İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuyla ilgili 31.7.2019 tarihli 145 III 351 nolu kararı da dikkate alınarak, kaçış klotuna başvuru hakkının hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali niteliğinde olacağı belirlenecektir. Bu amaçla, kaçış klotuna başvuru hakkının amacı ve ortaklık tarafından bu yola hangi sebeple ya da sebeplerle başvurulabileceği ortaya konulacaktır. Ardından, kaçış klotuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasının sonuçları, yaptırımın türü ve açılacak davanın niteliği ayrımı ile incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Nama yazılı pay, Pay devri, Sınırlama, Kaçış klotu, Escape clause, Hakkın kötüye kullanılması

Abuse of the Escape Clause in the Transfer of Joint-Stock Non-Quoted Registered Shares

Abstract

Joint-stock companies usually honor the principle of freedom in transferring registered shares. The restriction on the transfer of these shares is rare and only possible if permitted by law and to the extent permitted by law. One of the restrictions to transferring non-quoted registered shares is the right to apply for the escape clause of the company, regulated in article 493/1 of the Turkish Commercial Code. This right provides the company the ability to reject the approval request by proposing the transferor purchase the shares subject to their real value and transfer them to the account of itself, other shareholders, or third parties at the time of application. Applying for the escape clause is at the discretion of the company; however, this authority is not unlimited. One limit on the authority is the prohibition of abuse of this right (Turkish Civil Code 2/2). This study determines which cases using the right to apply for the escape clause violate the abuse prohibition considering the decision of the Swiss Federal Court, dated 31.7.2019 and numbered 145 III 351. The purpose of the right to apply for the escape clause and the reasons it can be used by a company will be revealed. Then, the consequences of abusing the right to apply for the escape clause are examined by the type of sanction and the nature of the case to be filed.

Keywords

Registered share, Share transfer, Restriction, Escape clause, Abuse of the right

* **Sorumlu Yazar:** Esra Cenkcı (Doç. Dr.), Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye.
E-posta: esracenkcı@akdeniz.edu.tr ORCID: 0000-0001-5396-1591

Atf: Cenkcı E, "Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klotuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 379. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0001>



Extended Summary

This study covers the conditions of abuse of the right to apply for the escape clause, which is a restriction of share transfer regulated in article 493/1 of the Turkish Commercial Code¹, and the consequences of abuse. The study does not examine the elements of the right to apply for the escape clause in detail. The components of the right and restrictions of share transfer are mentioned in general as needed.

The Swiss Federal Court decision, numbered 145 III 351 and dated 31.7.2019, which was effective in handling such a study, indicates what should be taken into account when determining whether the right to apply for the escape clause has been abused or not. Therefore, this study determines the kind of cases wherein the right to apply for the escape clause is considered abuse. For this purpose, the meaning of the prohibition of abuse as a general rule is clarified. Further, the consequences of violating the prohibition of abuse are examined.

According to the TCC 493/1, a company may reject approving share transfer in terms of non-quoted registered shares by citing a significant reason in the articles of association or by proposing that the transferor purchase shares at their real value to the account of itself, other shareholders, or third parties at the time of application. According to the second paragraph of the same article, the provisions of the articles of association regarding the composition of the shareholders' circle constitutes a significant reason if it justifies the approval rejection in terms of the business function of the company or the economic independence of the enterprise. For the company to reject the approval request based on the significant reason indicated in the articles of association, it is not required to make a purchase proposal for the shares subject to transfer (dry rejection). The fact that the significant reason has been made public with the articles of association constitutes the justification for the company application for dry rejection.

The company's rejection of the request for approval by proposing to purchase the shares subject to the transfer is called an escape clause in doctrine and practice. The prohibition of abuse of a right (Turkish Civil Code² 2/2), a general rule of law to prevent the use of a right contrary to its purpose, constitutes a limit on the right to apply for the escape clause. To determine in which situations the right to apply for the escape clause is abused, the purpose of the clause must be determined first. The doctrine alleges that it is unnecessary to have a significant reason for the company to apply for the escape clause. They can apply for it for any reason provided they comply with the duty of care and loyalty, the principle of equality, and the prohibition of abuse of the right. The Swiss Federal Court, in its decision, numbered 145 III 351

¹ Turkish Commercial Code, Code Number: 6102, Acceptance Date: 13.1.2011, Official Gazette 14.2.2011/27846 (TCC).

² Turkish Civil Code, Code Number: 4721, Acceptance Date: 22.11.2001, Official Gazette 8.12.2001/24607.

dated 31.7.2019, stated that it is unnecessary to have a significant reason to apply for this method; however, the application decision for the escape clause “must be based on a reasonable economic reason”. There is no decision of the Turkish Supreme Court of Appeals directly related to the abuse of the right to apply for the escape clause. Meanwhile, the Eleventh Civil Department of the Court, in its decision numbered 3863/5475 dated 17.9.2019, decided that the approval request could not be rejected without a justified reason, handling the TCC 493/1 without exception between the dry rejection or the escape clause.

The acceptance that the escape clause can be applied without any significant reason is contrary to the spirit of the provisions of Turkish Commercial Code 492. This acceptance makes the share transfer restrictions a rule rather than an exception and forces the joint-stock company to become a “limited liability company.” Although it is impossible to apply for the escape clause without a significant reason, it is unnecessary to indicate why in the articles of association. The reason the escape clause is applied by making a purchase proposal is that the significant reason has not been made public by the articles of association.

When the right to apply for the escape clause is abused, the principle of freedom of share transfer is violated. In this case, the decision to apply for the escape clause is null, and a declaratory action can be filed against the decision under TCC 494/3. The person encumbered by the share transfer to him/her can claim that the right to apply for the escape clause has been abused by applying for the escape clause. However, the transferor who accepts the company’s purchase proposal of the company does not have the right to sue. The decision of the court as a result of this action is retroactive (*ex tunc*). It is not able to apply the provision of the TCC 497/4 using the method of analogy. Acceptance of the contrary encourages the abuse of the right to apply for the escape clause and is contrary to the TCC 494/3.

I. Nama Yazılı Payların Devrine Genel Bakış

Anonim ortaklığın payları için nama veya hamiline yazılı pay senetleri çıkarılabilmektedir. Özellikleri gereği hamiline yazılı pay senetlerinin devri sınırlandırılmaz. Nama yazılı pay senetleri ile senede bağlanmamış paylar³ açısından da kural olarak devir serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın devredilebilir (TTK 490/1). Pay sahibine sözleşme yapacağı kişiyi, devir bedelini ve zamanını kısacası sözleşme koşullarını serbestçe belirleme olanağı veren bu ilke, ortaklığın temel yapısına ilişkin “anonim” özelliğinin zorunlu bir sonucudur.

Öte yandan, pay sahiplerinin kişisel özelliklerinin ön planda olduğu az pay sahipli ortaklıklarda, pay sahipleri çevresini sınırlandırmaya ve istenmeyen kişilerin ortaklığa girişini engellemeye ihtiyaç duyulur. Halka açık anonim ortaklıklarda bile belirli kişiler elinde güç yoğunlaşmasını engellemek amacıyla pay sahipliği yapısına etki edilmek istenebilir⁴. İşte, bu ihtiyaç nedeniyle nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile belirli koşullarda sınırlandırılmasına izin verilerek pay devir serbestisine istisna getirilmiştir. Devri esas sözleşme ile sınırlandırılmış olan paylara “bağlı nama yazılı pay”; esas sözleşmedeki sınırlama hükmüne ise “esas sözleşmesel bağlam” (*Vinkulierung*) denir⁵.

Esas sözleşmesel bağlamın oluşturulmasına ilişkin esaslar TTK 492 ve devamı hükümlerinde “Esas sözleşmeyle sınırlama” başlığı altında düzenlenmektedir. TTK 492/1 uyarınca, esas sözleşmede nama yazılı payların ancak ortaklığın onayıyla devredilebileceği öngörülebilir. Hükümde bağlam oluşturulmasında iki temel ilkeye yer verilmiştir. Bunlardan ilki, bağlamın ancak esas sözleşme ile öngörülebileceği; diğeri, esas sözleşmedeki bu hükmün pay devrinin ortaklık onayına tabi tutulması şeklide olabileceğidir. Onay istemi hakkında karar vermeye hangi organın yetkili olduğuyula ilgili hükümde bir açıklık bulunmasa da TTK 374 uyarınca bu konuda

³ TTK 490 ve devamı hükümlerinde “nama yazılı pay” terimi, nama yazılı pay senedini ve senede bağlanmamış payları kapsar şekilde kullanılmaktadır.

⁴ Matthias Hirsche ve Hans Caspar von der Crone, ‘Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften [Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)]’ (2008) (1) SZW/RSDA 103, 105; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018) 272 vd; Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları -Pay Defteri Hukuku ile-* (Vedat 2012) N 1-28; Necdet Uzel, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha 2013) 93 vd.

⁵ Sevi (n 4) 270; Tekinalp (n 4) 35; Uzel (4) 93 vd. Nama yazılı payların devri için kanunda öngörülen sınırlama “kanuni bağlam” olarak adlandırılır. “Kanuni sınırlama” başlıklı TTK’nin 491. maddesine göre, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar ancak ortaklığın onayı ile devrolunabilir; ortaklık yalnızca devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve ortaklıkça istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir. Kanuni bağlam ile ortaklığın sermayesinin; dolayısıyla ortaklık alacaklılarını, çalışanları ve üçüncü kişileri kapsayan menfaat sahiplerinin korunması amaçlanmaktadır (Hande Gizem Deyneklı, ‘Anonim Ortaklıklarda Pay Devrine İlişkin Kanuni Sınırlamalar’ (*Ulusal Tez Merkezi*, 2018) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2020 42-43; Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1997) 293-295; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996) § 44 N 118; Tekinalp (n 4) N 3-2; Uzel (n 4) 106).

yönetim kurulu yetkilidir⁶. Öte yandan, esas sözleşme ile bu konuda genel kurul yetkili kılınabilir⁷. Hatta az sayıda pay sahibi bulunan ortaklıklarda, aile ortaklıklarında bu konuda genel kurulun yetkilendirilmesi daha isabetli olabilir⁸.

TTK 493 ve devamı maddelerinde ise bağlama ilişkin kurallar borsaya kote edilmemiş (493-494) ve borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar (495-498) açısından ayrı ayrı düzenlenmektedir. Esas sözleşmesel bağlama ilişkin anılan hükümlerden, ortaklığın amacını gerçekleştirmeye ilişkin menfaati ile pay sahibinin ortaklıktan ayrılmaya ilişkin menfaati arasında denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır⁹.

Mehazı 1991 yılındaki reformla İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)'na dercedilen 685-685g hükümleri olan konuyla ilgili TTK hükümleri 6762 sayılı TTK'den önemli ölçüde ayrılmaktadır. 6762 sayılı TTK 418/1 ve 2 hükmünde ortaklığın esas sözleşmede gösterilen sebepleri ileri sürerek onay isteminden kaçınabileceği; esas sözleşmeye sebep göstermeden dahi pay defterine kayıttan imtina edilebileceği şeklinde hükümler konulabileceği düzenlenmişti. Bu hüküm, esas sözleşme ile pay devrinin yasaklanmasına dahi izin verir nitelikteydi¹⁰. TTK ile birlikte bu düzenden uzaklaşarak esas sözleşmede öngörülebilir ret sebepleri sınırlandırılmış; pay devri serbestisi ilkesinin ağırlığı artırılmıştır¹¹. Ortaklığın anonimlik özelliğiyle uyumlu olan bu tercih, azınlık pay sahiplerinin haklarını koruyucu bir işlev üstlenmesi¹² itibarıyla pay sahipleri demokrasisine de uygundur.

⁶ Matthias Oertle ve Shelby Du Pasquier, iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (edr), *Basler Kommentar (Obligationenrecht II: Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, (4. Bası, Helbing Lichtenhahn 2012) Art 658a N 8; Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, (2. Bası, Vedat 2014) 46 vd; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts* (4. Bası, Schulthess 2009) § 6 N 292; Roland von Büren, Walter A. Stoffel ve Rolf H. Weber, *Grundriss des Aktienrechts Mit Berücksichtigung der laufenden Revision* (3. Bası, Schulthess 2011) N 336; Tekinalp, (n 4) N 2-11,12. Yönetim kurulu kendisine bıraktığı hallerde bu yetkiyi devredebilir (Akın ibid 48; Böckli ibid § 6 N 31, 33; Oertle ve Du Pasquier ibid Art 685d N 16). Böckli'ye göre, burada ortaklıkla pay sahipleri arasındaki ilişkiye yönelik kurumsal bir karar söz konusu olduğundan, yönetimin devrine ilişkin İBK 716b/1 (TTK 367/1) burada uygulanmaz. Bu nedenle esas sözleşmede buna yönelik açık bir düzenleme olmasa dahi yetki devri geçerlidir (Böckli ibid § 6 N 34; aksi yönde bk Oertle ve Du Pasquier ibid Art 685a N 8).

⁷ TTK 339/2,d ve 408/1; Böckli (n 6) § 6 N 292; Max Meyer, 'Vinkulierte Aktien in der Zwangsverwertung' (1997) (93) SZJ 22, 22; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 658a N 9. Esas sözleşmedeki hükmün, kaçış klokuna özgü olması gerekli değildir; genel olarak pay devirlerinin onaylanmasına ya da onay istemi hakkında karar vermeye ilişkin genel kurula yetki veren esas sözleşme hükümleri, onay isteminin kabulü, esas sözleşmede öngörülen haklı sebebe dayanarak reddi veya kaçış klokuna başvurarak reddi konusunda genel kurulu yetkili hale getirir. Genel kurulun bu konuda genel olarak yetkilendirilmesinin yeterli olmadığı; genel kurulun kaçış klokunu da kullanabileceğinin esas sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerektiği yönünde bk Akın (n 6) 48-49.

⁸ Böckli (n 6) § 6 N 292; Forstmoser, Meier - Hayoz ve Nobel (n 5) § 44 N 129; Hirschle ve von der Crone (n 4) 105; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 658a N 9; von Büren, Stoffel ve Weber (n 6) N 336.

⁹ Kläy (n 5) 294; Hirschle ve von der Crone (n 4) 106.

¹⁰ Halil Arslanlı, 'Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği' (*Halil Arslanlı Bilim Arşivi*) <<https://docplayer.biz.tr/17991302-Anonim-sirkette-pay-ve-pay-sahipligi-ord-prof-dr-halil-arslanli.html>> Erişim Tarihi 3 Mart 2020 254.

¹¹ Beat Messerli, 'Die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685 revOR - Verfahrenstechnische Aspekte' (1993) (89) SJZ 241, 241; Lerzan Yılmaz, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlanması Sorunu' (2007) 81(4) İBD 1571, 1591.

¹² Rolf Watter, 'Minderheitenschutz in neuen Aktienrecht' (1993) (2) AJP 117, 123; von Büren, Stoffel ve Weber (n 6) N 319. Kaçış klokunun çoğunluk pay sahiplerini koruyucu bir mekanizma olduğu, yönetim kurulunun bu imkanı çoğunluk pay sahiplerine karşı kullanmayacağı, azınlık pay sahiplerinin azlık gücünü böylece kaybedeceği şeklinde aksi görüş için bk Dieter Gericke ve Valentin Jentsch, 'Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären' (2017) (5) SZW 618, 624.

II. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Ret Sebepleri

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay devirlerinde onay isteminin ortaklık tarafından hangi sebeplerle reddedilebileceği TTK'nin 493. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, ortaklık, onay istemini ya esas sözleşmesinde öngörülen önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene devre konu payları başvurma anındaki gerçek değeriyle kendisi, diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın almayı önererek reddedebilir. Hükümde iradi devirler bakımından ilki esas sözleşmede öngörülen önemli sebebe dayanarak; diğeri, kaçış klozu olarak da adlandırılan satın alma önerisinde bulunarak ret üzere iki ret sebebine yer verilmiştir¹³.

A. Esas Sözleşmede Öngörülen Önemli Sebebe Dayanarak Ret (Kuru Ret)

TTK'nin 493. maddesinin birinci fıkrasında, ortaklık tarafından onay isteminin esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebep ileri sürülerek reddedilebileceği düzenlendikten sonra ikinci fıkrada önemli sebebin özelliklerine yer verilmektedir. Buna göre, “pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur”. Ortaklığın işletme konusu esas alınarak belirlenen bu özelliklerden ilkinde göre, payın devralana devri halinde ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi imkansız hale gelecek ya da güçleşecekse ortaklık pay devrine onay isteminin reddinde haklıdır. Örneğin, işletme konusu bazı mesleki yeterlilikler olmaksızın gerçekleştirilemeyecekse bu yeterliliğe sahip olmayan kişilere payın devrini engellemeye yönelik sebep önemli sebeptir. Önemli sebep olarak kabul edilen diğer halde ise, işletmenin ekonomik bağımsızlığının korunması hedeflenir. Bu amaçla, rakiplerin veya rakiplerle ilişkili olan kişilerin pay sahibi olamayacağına ilişkin bir sınırlama getirilebileceği gibi, ortaklık üzerindeki kontrol değişikliğini önlemek üzere devrine izin verilecek paylar açısından sermayeyi esas alan bir oran da öngörülebilir¹⁴.

Hükümün ikinci fıkrasında sayılan özellikler, aynı zamanda önemli sebeple reddin amacını ortaya koymaktadır. Ortaklığın işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı bakımından onayın reddini haklı gösterecek özellikte olması, önemli sebebin ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi veya işletmenin ekonomik

¹³ Maddenin üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkrada öngörülen ret sebeplerinin dolanılmasına engel olmak amacıyla devralanın payları kendi adına ve hesabına aldığı açıkça beyan etmemesi halinde ortaklık tarafından pay devrini onay isteminin reddedilebileceği şeklinde ret sebebi düzenlenmektedir. Son ret sebebi ise, kanuni devirlere ilişkin olup payların kanuni (miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği) devri halinde ortaklığın payları edinen kişiye paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebileceği yönündedir (TTK 493/4).

¹⁴ BGE 4C.35/2007, 18.4.2007. “Önemli sebep” hakkında ayrıntılı bilgi için bk Böckli (n 6) § 6 N 257 vd; Kläy (n 5) 157 vd; Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) - Die Vinkulierung* (On İki Levha 2016) 73 vd.; Thomas Nagel, ‘Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien’ (2015) (1) AJP/PJA 190, 196-201; Sevi (n 4) 285-293; Uzel (n 4) 251- 272. Özellikle işletmenin ekonomik bağımsızlığı hakkında bk Hirschele ve von der Crone (n 4) 106 vd.

bağımsızlığının korunması amaçlarına hizmet ettiğini gösterir. Bu itibarla, pay devir sınırlandırmalarının istenmeyen kişilerin pay sahibi olmasını önleme ya da uygun görülmeyen devirlere engel olma şeklindeki genel amacı, önemli sebeple ret bakımından daralmaktadır; ret, anılan ikisi dışında bir amaca hizmet edemez.

Önemli sebepler esas sözleşmede açıkça (*ausdrücklich*) ve somut bir şekilde belirtilmelidir¹⁵. Bu konuda yalnızca TTK 493/2 hükmüne atıf yapılması ya da ret sebeplerinin genel ve belirsiz bir şekilde ifade edilmesi hukuka uygun bir ret için yeterli değildir¹⁶. Buradaki amaç, pay devrini onay isteminin ortaklık tarafından hangi hallerde reddedebileceğini devreden ve devralan açısından öngörülebilir kılmaktır¹⁷.

Kuru ret yoluna başvurabilmek için, devre konu paylar için ayrıca satın alma önerisinde bulunmak gerekmez. Ortaklığın esas sözleşme ile aleni hale getirdiği önemli sebebe dayanarak pay devrini onay istemini reddi ile devreden pay sahibi olarak kalmaya devam eder (TTK 494/1).

B. Kaçış Klotuna Başvurarak Ret (Satın Alma Önerisinde Bulunarak Ret)

1. Hukuki Niteliği

Ortaklık devredene, devre konu payları, bu payların başvurma anındaki gerçek değeri üzerinden kendisi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına satın alma önerisinde bulunarak da onay istemini reddedebilir¹⁸. TTK 493/1 hükmünde hukukumuzda ilk kez düzenlenen ve kaçış klotu, kurtulma kaydı, kurtulma koşulu (yabancı hukuklarda *escape clause*, *Ausnahmeklausel*, *Ablehnung mit Ankauf*, *clause échappatoire*) gibi adlarla anılan bu yetki ile ortaklığa, onay istemini kuru ret yoluna başvurarak reddedebilmenin dışında, uygun görmediği devirlerden kurtulma imkanı tanınmıştır¹⁹.

¹⁵ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 44 N 137, 139; Kläy (n 5) 143; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685b N 3; Sevi (n 4) 284.

¹⁶ Hirschle ve von der Crone (n 4) 106.

¹⁷ Hirschle ve von der Crone (n 4) 106.

¹⁸ 6762 sayılı TTK'nin 418/4. maddesinde gerçek değerden satın alma hakkı, bağlı nama yazılı payların yalnızca kanunda sayılan nedenlerden (miras, karı-koca mallarının idaresine ait hükümler veya cebri icra yoluyla iktisap edilme) dolayı kazanılması haline özgü olarak tanınmıştır. Bu imkana TTK'nin 493. maddesinin 4. fıkrasında da yer verilmiştir. TTK'nin 493/1. maddesindeki gerçek değerden satın alma hakkı ise iradi devir söz konusu olduğunda kullanılabilir.

¹⁹ Christoph Schmid, iç Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung - Art. 530-771 OR – VegüV* (3. Bası, Schulthess 2016) Art 685b N 5; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat 2019) N 1152; Sinan H. Yüksel, 'Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klotu)' (2013) (2) GÜHFD (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu) 159, 161; Stephan Dekker, iç Jeannette K. Wibmer (ed), *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBiv. VASR* (Orell Füssli 2016) Art 685b N 5; BGE 4C.202/2006, 29.9.2006, I.4.5.1; Yargıtay 11 HD, 17122/2152, 18.2.2015: "Bu maddeyle anonim şirkete, devre konu olan pay senetlerini gerçek değer üzerinden devralma önerisinde bulunabilme olanağı tanınması, şirkete haklı sebepler yanında sağlanmış, uygun görmediği devirlerden kurtulabilme olanağıdır" < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 9 Ocak 2020.

Kaçış klotuna başvuru hakkının, kuru ret imkanı ile aynı hükümde ve “veya” bağlacından da anlaşıldığı üzere alternatifli bir imkan olarak düzenlenmesinin nedeni her ikisinin de aynı amaca hizmet etmesidir. Öte yandan, esas sözleşmede öngörülen önemli sebep ortaklığa herhangi bir bedel ödemediği onay istemini reddetme imkanı tanırken, kaçış klotuna başvurarak ret için ortaklık gerçek değeri karşılığında payları satın alma önerisinde bulunmalıdır.

Kaçış klotuna başvuru, ortaklık açısından yenilik doğuran hak niteliğinde değildir. Zira ortaklığın devre konu payları satın alabilmesi, devredenin ortaklığın satın alma önerisini kabul etmesiyle mümkündür²⁰. Devreden, ortaklığın satın alma önerisini kabul etmediği takdirde pay devri gerek pay sahibinin payını devretmek istediği kişi gerekse ortaklığın hesabına pay satın almayı önerdiği kişi açısından gerçekleşmemekte; paylar devredenin malvarlığının bir unsuru olarak kalmaya devam etmektedir²¹. Bu itibarla, kaçış klotu ortaklığa, her halükarda payın devreden devir sözleşmesi yaptığı kişiye devrini engelleyici etkiye sahip bir satın alma önerisinde bulunma hakkı (kanundan doğan icap) tanır.

Ortaklığın satın alma önerisini kabul eden devredenle ortaklık arasında payların devrine yönelik bir sözleşme ilişkisi kurulur²². Paylar diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişi hesabına satın alındığında da bu sözleşmenin taraflarını devredenle ortaklık oluşturur. TTK 493/1 hükmünde ortaklığın payları diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler *hesabına* satın alacağına vurgu yapılmasının anlamı budur. Bu sözleşmeye ortaklığın taraf edilmesinin altında, kendi belirlediği kişi ile kendi belirlediği bedel üzerinden yapacağı pay devir sözleşmesine müdahale edilen devreden bu nedenle korunmaya ihtiyacı olduğu düşüncesi yatmaktadır. Pay bedelinin gerçek değer üzerinden ödenmesine ilişkin menfaatinin kanun hükümleriyle (TTK 493/1, 5, 7) güvence altına alınmasında olduğu gibi devreden böylece ortaklık tarafından önerilen kişi tarafından pay bedelinin ödenmemesi riski ile baş başa bırakılmamış olmaktadır. Bu itibarla, devre konu payların diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın alınması söz konusu olduğunda ortaklık ile devreden arasında yapılan bu sözleşme, kanun gereği üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir (TBK 129).

²⁰ Akın (n 6) 110; BGE 4C.242/2001, 5.3.2003, E.2.2.; Bozkurt (n 14) 163; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 44 N 166; Kläy (n 5) 193; Messerli (n 11) 246; Meyer (n 7) 22; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685b N 14; Uzel (n 4) 324 vd; von Büren, Stoffel ve Weber (n 6) N 340; Yüksel (n 19) 211-212. Hatta bu özelliği nedeniyle hak İsviçre hukukunda şarta bağlı satın alma hakkı (*das bedingte Ankaufsrecht*) olarak nitelendirilmektedir (BGE 4C.242/2001, 5.3.2003, E.2.2.). Aksi yönde bk Ercüment Erdem, ‘Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nin Çözümleri’ in XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (17 Aralık 2011) (BTHAE 2012) 97, 122; Hayri Bozgeyik, ‘Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar’ (2009) 25(2) BATİDER 211, 224; Rauf Karasu, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlanması’ (2008) 12(1-2) GÜHFD 127, 137; Sıtkı Anlam Altay, ‘Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam’ iç Hamdi Yasaman, H. Ercüment Erdem, Sinan H. Yüksel, H. Ali Dural, Tolga Ayoğlu, Fülürüya Yusufoglu (edr), *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri* (Vedat 2009) 563, 610.

²¹ Meyer (n 7) 22.

²² Uzel (n 4) 327.

2. Ortaklığın Takdir Yetkisinin Kapsamı

Kaçış klokuna başvurmak ortaklığın takdirindedir; ancak, ortaklık bu konuda keyfi davranamaz. Keyfi kullanma yasağı (*Willkürverbot*), kaçış klokuna başvurup başvurmama kararının alınmasının yanı sıra yetkinin uygulanma koşullarını da kapsar. Bu bağlamda, ortaklık, kaçış klokuna başvurup başvurmama kararını alırken; başvurma kararı aldıktan sonra da bu kararın uygulanmasına yönelik olarak örneğin devre konu payları kendisi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına satın almayı önerirken de keyfi davranamaz.

Yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığının denetiminde başvurulacak araçlar, kararı veren organın genel kurul ya da yönetim kurulu olmasına göre değişmekle birlikte denetimin özü aynıdır. Şöyle ki, yönetim kurulu veya yönetimle görevli kişilerin takdir yetkisini hukuka uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığının belirlenmesine yönelik bazı kurallar söz konusu olup TTK 369 hükmünde düzenlenen özen ve sadakat yükümlülüğü bunlardan birisidir²³. Özen borcu, yönetime ilişkin kararların iş adamı kararı ölçüsünde alınmasını gerektirir. Bu ölçüye göre karar, makul ölçüde bilgilenecek ve ortaklığın menfaatine olduğuna iyi niyetle inanılarak alınırsa özen borcuna aykırılık söz konusu olmaz ve bu kararlar yerindelik denetimine tabi tutularak olumsuz sonuçlarından yönetim kurulu üyelerinin ya da yönetimle görevli kişilerin sorumluluğuna gidilemez²⁴. Sadakat borcu ise, yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerinde ortaklığın menfaatini, kişisel menfaatlerinden veya ortaklık içinden veya dışından üçüncü kişilerin menfaatlerinden üstün tutmalarını zorunlu kılar²⁵. Her

²³ Federal Mahkeme, pay defterine kayıt işleminin yönetim kurulu açısından sadece bir kontrol ve organizasyon görevinden ibaret olduğuna; ortada bir şirket kararı bulunmadığından pay defterine kayıt işlemi bakımından iş adamı kararı ilkesinin uygulanmayacağına karar vermiştir (BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.3.2.1; Beat Denzler ve Michael Hochstrasser, 'Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019, A. AG gegen B., Zustimmung zur Übertragung von Aktien und Eintragung im Aktienbuch (zur Publikation vorgesehen)' (2019) AJP 1077, 1079; Dominique Müller ve Flavio Delli Colli, 'Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien [Besprechung von BGE 145 III 351 (Urteil 4A_623/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Juli 2019)]' (2020) GesKR 140, 141; Rolf Sethe ve Meltem Cetinkaya, 'Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs' (2019) (115) SJZ 649, 652). Öte yandan Federal Mahkeme her ne kadar iş adamı kararı ilkesinin bu konuda uygulanmayacağını ifade etmişse de anılan kararın denetiminde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bir davada (BGE 139 III 24) iş adamı kararı ilkesine uyulup uyulmadığını tespit etmek için başvurduğu kriterleri uygulamıştır (Müller ve Delli Colli (İbid) 145). Öğretide de yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümlülüğünün kaçış klokuna başvuru kararı alınırken de geçerli olduğu kabul edilmektedir [Akın (n 6) 78; Kläy (n 5) 181; Müller ve Delli Colli (İbid) 145; Yüksel (n 19) 193]. İş adamı kararı ilkesinin, üyelerin işletme konusu içindeki karar ve davranışlarının yanı sıra ortaklığın sermayesi, malvarlığının korunması, iştiraklerle ilişkiler ve sır saklama gibi ortaklığın bütün faaliyet alanını kapsadığı yönünde bk Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019) N 582.

²⁴ Sevgi Bozkurt Yaşar, *Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması* (Beta 2015) 6. Yöneticilerin kararları açısından bu ölçü objektif niteliktedir; ortaklık menfaatinin dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilip gözetilmediğinin tespitinde, ilgili yöneticinin subjektif nitelikleri dikkate alınmaz. Objektif ölçü, aynı konumdaki diğer bir yöneticinin kararları esas alınarak bir değerlendirme yapmayı gerekli kılar (Bozkurt Yaşar (İbid) 121).

²⁵ Gerekçe, TTK 369.

iki yükümlülüğün de amacı ortaklık menfaatinin korunmasıdır²⁶. Korunan menfaat, kaçış klozuna başvurma konusunda karar almaya yetkili organ genel kurul olduğunda da değişmeyecektir.

Kaçış klozuna başvurma yetkisini kullanırken ortaklığın eşitlik ilkesine (TTK 357) de riayet etmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁷. Eşitlik ilkesinin uygulanmasının ilki, payların diğer pay sahipleri hesabına satın alınmasında; diğeri, ortaklık hesabına satın alınan payların elden çıkarılmasında olmak üzere iki halde gündeme geleceği belirtilmektedir²⁸. Ortaklığın payları kural olarak tüm pay sahiplerine teklif etmesi gerektiği; ortaklığın elinde oransal olarak tüm pay sahiplerine verilebilecek miktarda pay bulunmadığı takdirde bu tekliften imtina edebileceği ifade edilmektedir²⁹. Ne var ki, ortaklıkla pay sahipleri arasındaki ortaksal ilişkiden doğan eşitlik ilkesi, herhangi bir pay sahibi ile ortaklık arasında söz konusu olabilecek borçlar hukuku kaynaklı sözleşmesel bir ilişkide uygulama alanını haiz değildir³⁰. Ortaklığın elinde bulundurduğu kendi paylarının tamamını iki pay sahibi grubuna satması üzerine İsviçre Federal Mahkemesi, payların devredildiği kişi pay sahibi sıfatını haiz olmasaydı dahi ortaklıkla bu kişi arasındaki hukuki ilişkide bir değişiklik olmayacak idiye eşitlik ilkesinin uygulanmayacağına karar vermiştir³¹. Gerek kaçış klozuna payların diğer pay sahipleri hesabına satın alınarak başvurulmasında gerekse ortaklık hesabına satın alınan payların pay sahiplerine satılmasında, ortaklıkla pay sahibi arasında ortaklık temelli bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu durum, TTK'nin 493/1. maddesinde devre konu payların hesabına satın alınacağı kişiler (ortaklık, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler) arasında herhangi bir farklılık görülmemesinden de anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, gerek payların diğer pay sahipleri hesabına satın alınmasında gerekse ortaklık hesabına satın alınan payların elden çıkarılmasında eşitlik ilkesi uygulanmaz.

Diğer yandan, devre konu payların belirli pay sahibi / sahipleri hesabına satın alınması (ya da ortaklık hesabına satın alınan payların belirli pay sahibine / sahiplerine

²⁶ TTK'nin bazı maddelerinde ve madde gerekçelerinde yer verilen ortaklık menfaati kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Bir anonim ortaklık bünyesinde pay sahiplerinin, yöneticilerin, işçilerin, alacaklıların, muhtemel yatırımcıların ve hatta devletin olmak üzere değişik menfaatleri barındırır. Kanunlarda anılan menfaat sahiplerinin her birinin özel menfaatlerini koruyucu hükümlere yer verilebilir. Bu hükümler ancak ortaklık, amacını gerçekleştirebildiği ve devamlılık arz ettiği ölçüde anlam ifade edeceğinden arka planda ortaklık menfaatinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu açıdan, ortaklık menfaati, bir yönüyle, münferit menfaat sahiplerinin menfaatinin korunmasından beslenen; diğer yönüyle, ortaklık kavramının özüne uygun olarak tüm katılanların menfaatlerini ortak bir düzlemde buluşturarak korumayı amaçlayan temel bir kavramdır. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bk Bozkurt Yaşar (n 24) 117 vd.; Mehmet Helvacı, Emin Çamurcu ve İsmail Türkyılmaz, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı" iç Ercüment Erdem, Tolga Ayoğlu, S. Anlam Altay, Ali Dural, Fülurya Yusufoglu, Sinan H. Yüksel (edr), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 311 vd; Mehmet Helvacı ve Rifat Cankat, "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı" iç İsmail Kırcı, Başak Şit İmamoglu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş, Merve İrem Yener (edr), *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 521 vd; Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı* (On İki Levha 2019) 29 vd.

²⁷ Akın (n 6) 78; Bozkurt (n 14) 152 vd; Böckli (n 6) § 6 N 203; Kläy (n 5) 181-182; Sevi (n 4) 298; Yüksel (n 19) 193.

²⁸ Akın (n 6) 78, 92-94; Kläy (n 5) 181-182.

²⁹ Akın (n 6) 92.

³⁰ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 39 N 42 vd; Georg Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat* (Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze) (2. Bası, Stämpfli 2005) N 1935.

³¹ BGE 88 II 98 vd.

satılması), azınlık pay sahiplerinin haklarının zarar görmesine neden oluyorsa, işte bu halde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir³². Örneğin, ortaklık menfaati gerektirmediği halde ya da kaçış klokuna her başvuruda belirli pay sahibi / sahipleri hesabına pay satın alınarak azınlık pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesinde durum böyledir. Burada ihlal edilenin esasında eşitlik ilkesinden ziyade dürüstlük kuralı olduğu belirtilmelidir.

III. Kaçış Klokuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

A. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağıyla İlgili Kısa Bilgi

TMK'nin 2. maddesinde düzenlenen iki temel hukuk kaidesi hukukun neredeyse bütün alanlarında uygulanma kabiliyetini haizdir. Bunlardan ilki, hükmün birinci fıkrasında "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" ifadesiyle yer bulan dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı bir kimsenin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken namuslu, dürüst ve makul bir insandan beklenen davranışı ifade eder³³. Dürüstlük kuralının ihlali halinde TMK 2/2 hükmünde "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" şeklinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı (*Missbrauchsverbot*) devreye girer. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olup bu durumda hak kötüye kullanılmış olmaktadır³⁴.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın yaptırımı TMK 2/2 hükmünde şöyle ifade edilmektedir: "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Söz konusu genel yaptırımın anlamı, hakkı kötüye kullananın, bu surette elde etmek istediği menfaati elde edememesidir³⁵; yani, kötüye kullanılan taleplerin veya savunmaların dikkate alınmamasıdır³⁶ (*exceptio doli generalis*). Bu kapsamda hakkı kötüye kullanılan, kötüye kullanımın neden olduğu zararının önlenmesini (men

³² Bk BGE 95 II 157 S. 164.

³³ Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler - Genel Kavramlar)* (4. Baskı, Der 1995) 416 vd; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, (22. Baskı, Filiz 2016) N 853.

³⁴ Ataay (n 33) 420; BGE 128 II 145, E.2.2 S. 151; Oğuzman ve Barlas (n 33) N 86; Yargıtay 11 HD, 9709/18811, 2.12.2014; Yargıtay HGK, 2743/275, 12.3.2019; Yargıtay HGK, 1501/2044, 27.12.2018 < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 3 Şubat 2020.

³⁵ Demet Çelikaş, "Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (1987) 3(1-4) DEÜHFD (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı) 593, 613; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Sevinç Matbaası 1979) 322 vd; Yargıtay İBK, 2/2, 30.9.1988: "...Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşikâr olan hallerde hakların istimali kanuni mayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr.21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürebilir, gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder. Öte yandan Medeni Kanununun 4. maddesi hükmüyle de hâkim, adalete uygun karar vermeye çağrılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır..." (RG 21.12.1988/20026).

³⁶ Oğuzman ve Barlas (n 33) N 897; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Baskı, Vedat 2006) 120 vd.

/ içtinap davası), haksız durumun tespitini, giderilmesini, ortadan kaldırılmasını ve dolayısıyla haksız müdahaleden önceki durumun tesisini (izale davası) ve ayrıca zararının giderilmesini talep edebilir³⁷.

Hakkın kötüye kullanıldığı, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir; hakim de taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi hakkın kötüye kullanılması halini dikkate almak zorundadır³⁸.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali için özel yaptırımlar da öngörülmüştür. Yetkilerini kötüye kullanan vasinin vesayet makamı tarafından görevden alınacağına ilişkin TMK 483/1 hükmü; evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması nedeniyle açılan boşanma davasında davalı kendisine TMK 166/2 uyarınca tanınmış olan itiraz hakkını kötüye kullanırsa (evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar da kalmamışsa) boşanmaya karar verilebileceğine ilişkin TMK 166/2 hükmü bu türdendir.

Diğer yandan bu yasak, genel bir hukuk kaidesi olmakla tali bir yoldur³⁹. Bunun anlamı ise şudur: Şayet hakkın kötüye kullanılması yasağının unsurlarını içeren bir davranışa kanunda başka bir sonuç bağlanmışsa, bu sonuç somut olaya öncelikli uygulanma kabiliyetini haizdir. Hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin TMK 2/2 hükmüne, kanunun bu şekilde doğrudan doğruya uygulanmasının mümkün olduğu hallerde başvurulmamalıdır.

B. Kaçış Klotuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılmasının Koşulları

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, her hakkın olduğu gibi kaçış klotuna başvuru hakkının da bir sınırını oluşturur. Kaçış klotuna başvuru hakkının hangi hallerde kötüye kullanıldığı belirlenirken de hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin genel prensiplere başvurulur. Buna göre kaçış klotuna başvuru hakkının amacına aykırı olarak kullanılması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Şu durumda kaçış klotuna başvuru hakkının amacı, hakkın kötüye kullanılma koşullarının belirlenmesinde önemli bir işlev üstlenmektedir. Acaba, istenmeyen kişilerin pay sahibi olmasına ya da uygun görülmeyen devirlere engel olma şeklindeki bağlam hükümlerinin genel amacının bu konuda esas alınması yeterli olacak mıdır?

³⁷ Akyol (n 36) 122 vd; Ferit H. Saymen, 'Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi' (1945) 11(1-2) İÜHF 311, 318 vd; Oğuzman ve Barlas (n 33) N 898.

³⁸ Akyol (n 36) 10, 121; Çeliktaş (n 35) 613; Oğuzman ve Barlas (n 33) N 899; Yargıtay HGK, 2801/86, 24.1.2018; Yargıtay HGK, 2743/275, 12.3.2019 < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020).

³⁹ Çeliktaş (n 35) 613.

1. Öğreti

Öğretide, kaçış klotuna başvuru hakkının kötüye kullanılması, örnekler üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır. Buna göre, onay isteminin reddi gerekçesi olarak ortaklık menfaatine hizmet eden bir sebep ileri sürülememesinin, onay istemine konu paylar açısından diğer pay sahiplerine satın alma hakkı tanınmamasının⁴⁰ ya da kaçış klotu bir zenginleşme aracı olmadığından payların gerçek değerinden fazlasına üçüncü kişiye satılması niyetiyle bu yola başvurunun hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı ileri sürülmektedir⁴¹. Kaçış klotuna başvuru hakkının kötüye kullanılması koşulu olarak genel geçer bir kriter ortaya konulamamasında, kaçış klotuna başvuru için ortada önemli bir sebep bulunmasının gerekli olmadığı şeklindeki hakim görüşü⁴² etkili olmuştur. Bu görüşe göre, kaçış klotuna başvuru olarak reddi, kuru reddden ayıran en önemli özellik kaçış klotuna istenmeyen kişilerin pay sahibi olmasına engel olmak amacıyla “herhangi bir sebeple” başvurulabilmesidir.

Bu görüşü savunanlardan biri olan *Akın*'ın gerekçesi şu şekildedir⁴³: “...pay devrinin reddini gerektirecek, ana sözleşmede yer alan haklı bir sebep olmadığı hallerde kaçış klotu aslında aynı zamanda hissedarların şirket hisselerini öncelikle satın alma hakkını ikame eder mahiyettedir. Bu sebeple şirketteki ortakların şirketin hissedarlık yapısının değişmemesini istemeleri ve bu nedenle de yeni üçüncü kişiyi ret ile devrolunması söz konusu hisseleri öncelikle kendilerinin almak istemesinde bir hukuka aykırılık olmamak gerekir. Bununla birlikte kaçış klotundan istifade edilmesi, ne istenmeyen bir potansiyel ortağın şirketten içeri girmesine engel olmak, ne de hissedarların şirket hisselerini öncelikle satın alma hakkını kullanmasına yönelik ise, bu noktada hakkın kötüye kullanılması gündeme gelebilecektir”. Anılan gerekçeye katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle, kaçış klotuna başvuru hakkı, diğer pay sahiplerine değil de ortaklığa ait olduğundan ve yine, bu hak, ortaklık tarafından yalnızca diğer pay sahipleri lehine değil; pay sahibi olmayan kişiler lehine veya ortaklığın bizzat kendi hesabına da kullanılabilirdiğinden hakkın diğer pay sahiplerinin öncelikle alım hakkını ya da ön alım hakkını ikame ettiği yönündeki tespit isabetli değildir. İkinci olarak, istenmeyen birinin pay sahibi olmasına engel olma saiki, kaçış klotuna başvurunun yanı sıra diğer pay devir sınırlamaları için de geçerlidir. TTK ile birlikte pay devir serbestisine üstünlük tanınarak payı devralacak kişinin istenmeme nedeni konusunda sınırlamaya gidilmiş ve bu saikin sınırsız bir şekilde gerçekleştirilme imkanı ortaklığın elinden alınmıştır. Dolayısıyla istenmeyen birinin pay sahibi olmasını engelleme düşüncesi, TTK açısından pay devrine engel olmak için tek başına yeterli değildir. Son olarak yazar, hakkın kötüye kullanılmasının

⁴⁰ Klây (n 5) 182.

⁴¹ Böckli (n 6) § 6 N 203a.

⁴² Böckli (n 6) § 6 198; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 44 161; Klây (n 5) 180; Messerli (n 11) 241; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685b N 9; von Büren, Stoffel ve Weber (n 6) N 327.

⁴³ Akın (n 6) 80.

söz konusu olacağı halleri, kaçış klozuna başvururken istenmeyen birinin pay sahibi olmasına engel olma amacı güdülmemesi ya da bu başvurunun pay sahiplerinin öncelikle satın alma hakkına yönelik olmaması şeklinde sıralasa da sayılanlar dışında bir amaçla kaçış klozuna başvurmak zaten mümkün değildir.

Konuyla ilgili diğer bir görüş ise, devralanın reddi gerekçesi olarak ortaklık menfaatine hizmet eden bir sebep bulunmadığında kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılmış olacağını belirterek bu yönetime başvurabilmek için ortada en azından ortaklık menfaatine hizmet eden bir sebep bulunması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁴. Hemen belirtelim, bu görüşü ilkinden ayıran esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. Zira ilk görüşü savunanlar da kaçış klozuna herhangi bir sebeple başvurulabileceğini ifade ettikten sonra ortaklığın yine de özen ve sadakat borcu, eşitlik ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi sınırlamalara riayet etmesi gerektiğini savunur⁴⁵. Anılan sınırlamalar kuşkusuz kaçış klozuna başvuruda ortaklığın menfaatinin gözetilmesini gerekli kılar.

2. İsviçre Federal Mahkemesi

İsviçre Federal Mahkemesi 31.7.2019 tarihli 145 III 351 nolu kararında, öğretideki hakim görüşe koşut olarak kaçış klozuna ortada önemli sebep bulunmadığında dahi başvurulabileceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre, kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı tespit edilirken kararın makul ekonomik sebeplere dayandırılıp dayandırılmadığına bakılmalıdır; karar, makul ekonomik sebeplerle haklı gösterilemiyorsa (*wenn der Entscheid sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt*) hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir⁴⁶. Kararın makul ekonomik sebeplere dayandığının tespiti için ortaklığın ve pay sahiplerinin bütününün menfaatleri dikkate alınmalı; ancak, bu yapılırken yerindelik denetiminden kaçınılmalıdır⁴⁷.

Mahkeme'nin anılan kararında, devre konu payların A. AG'nin başarılı bir yöneticisi olan H'nin hesabına satın alma teklifinde bulunularak onay isteminin reddedilmesinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Zira somut olayda H, ortaklık paylarının çoğunluğunun (devredenin payını devretmek istediği kişi olan) B tarafından devralınması halinde ortaklığın yönetimi görevinden ayrılacağını

⁴⁴ Böckli (n 6) § 6 203a.

⁴⁵ Bk dn 42'deki yazarlar.

⁴⁶ Federal Mahkeme tarafından bu kriter, yalnızca kaçış klozuna başvuru özelinde değil; çoğunluğun azınlık pay sahipleri aleyhine olacak şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde de kullanılmaktadır. Bk BGE 145 III 351, 19.8.2008, E.4.1. Federal Mahkeme'nin anılan görüşünün, onay isteminin sebep göstermeksizin reddedilmesine izin veren eski düzenleme (1991 değişikliği öncesi İBK 686/2) ile benzerlik gösterdiği yönünde bk Denzler ve Hochstrasser (n 23) 1080.

⁴⁷ BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.3.2.1; BGE 4C.242/2001, 5.3.2003, E.5. Kaçış klozuna başvuru için önemli sebep bulunmasını aramayan diğer karar için bk BGE 4C.202/2006, 29.9.2006, E.4.5.1 Ortaklık her ne kadar kaçış klozuna başvururken bir gerekçe belirtmek zorunda değilse de bu işleme karşı dava açıldığı takdirde davada kaçış klozuna başvuru gerekçelerini açıklamalıdır (BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.3.2.1; Altay (n 20) 603-604).

bildirmiştir. Federal Mahkeme, ortaklığın, başarılı bir yöneticisinin ortaklıktan ayrılma tehdidinden kaçınmasının ortaklık menfaati açısından kabul edilebilir/makul bir neden olduğuna; dolayısıyla yönetim kurulunun kaçış klokuna başvuru kararı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁸.

Kararda belirtilen “makul bir ekonomik sebebe dayanma” kriterinin, TTK 493/2 hükmündeki “önemli sebep” ya da mehaz İBK 685b/2 hükmündeki “*wichtiger Grund*” teriminden daha geniş anlamı olduğu konusunda şüphe yoktur. Zira önemli sebebin özellikleri TTK 493/2 (İBK 685b/2) hükmünde gösterilenlerle sınırlı olmasına karşın, makul ekonomik sebep kriteri kabul edilirse, bu özellikleri taşımasa da bazı ekonomik sebepler kaçış klokuna başvuru için yeterli görülecektir. Örneğin; devralanın belirli bir aileye mensup olmaması kaçış klokuna başvuru için makul ekonomik bir sebep olabilir; ancak, anılan sebep, TTK 493/2 (İBK 685b/2) uyarınca önemli sebep değildir⁴⁹. Zira pay sahiplerinin belirli bir aileye mensup olması, işletme konusunun gerçekleştirilmesi bakımından dolaylı etkiyi haizdir. TTK 493/2 (İBK 685b/2) uyarınca bir sebebin önemli sebep olarak nitelendirilebilmesi için pay sahiplerinin özellikleri işletme konusuyla doğrudan ilgili olmalı yani işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır⁵⁰. TTK’nin 493/7 hükmü ve emredici hükümler ilkesi (TTK 340) uyarınca esas sözleşme ile belirli kişiler lehine ön alım hakkı tanınmaması da payların kaçış klokuna başvurularak yalnızca aile üyeleri arasında devredilmesine engeldir⁵¹. Yine, payların pay sahibinin payını devretmek istediği A kişisine değil de ortaklığın faaliyet gösterdiği sektörde hakim olan B kişisine devri halinde ortaklığın birçok açıdan daha avantajlı hale geleceği gerekçesiyle kaçış klokuna başvurulduğunda, gösterilen sebep makul ekonomik sebep olarak nitelendirilmeye elverişli iken önemli sebebin özelliklerini taşımamaktadır.

Kararda neden böyle bir kriterin benimsendiği ya da neden önemli sebep kriterinin kabul edilmediği açıklanmamıştır. Bu kabul, öncelikle, kaçış klokuna başvuru gerekçesinin makul bir sebep olduğunun kime, neye göre tespit edileceği gibi başkaca belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. Daha da önemlisi, kararda öngörülen kriter, nama yazılı payların devri açısından öngörülen sistemle (TTK 490 vd; İBK 684 vd) bağdaşmamaktadır. Gerçekten, nama yazılı payların devrinde devir serbestisi ilkesi geçerli olup pay devrinin sınırlandırılması istisnaidir. Kaçış klokuna başvuru için

⁴⁸ BGE 145 III 351 v. 31.7.2019, E.3.2.2. Kaçış klokuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasına diğer bir örnek için bk BGE 4C.202/2006, 29.9.2006, E.4.5.2.

⁴⁹ Kläy (n 5) 172 vd; Uzel (n 4) 260 vd. Bir aileye mensubiyetin TTK 493/2 (İBK 683b/2) uyarınca önemli sebep olabileceği yönünde bk Akın (n 6) 54 vd; Böckli (n 6) § 6 N 278; Karasu (n 20) 136; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685b N 4; Tekinalp (n 4) N 6-12; von Büren, Stoffel ve Weber (n 6) N 323.

⁵⁰ Sevi (n 4) 288.

⁵¹ Esas sözleşme ile ön alım hakkı tanınmayacağı konusunda bk Peter Böckli, ‘Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht’ (1993) 129(9) ZBJV 475, 491 vd. Esas sözleşmede öngörülen bu türden hükümlere aykırılığın pay devrini hükümsüz kılmayacağı ve fakat zarar varsa tazminat isteminde bulunulabileceği yönünde bk Yargıtay 11 HD, 19169/6894, 8.4.2014 (Abuzer Kendigelen, Mehmet Tevfik Özcan, Ş. İpek Aşıkoglu, Hasan Onur Akay, Mehmet Akif Özsoy, Sergül Balsever ve M. Yasir Akteke, *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin Kararları* (2014) (On İki Levha 2018) 294-295).

aranan “makul ekonomik sebep” kriteri ise pay devir sınırlandırmaları bakımından kanunda öngörülen menfaatler dengesinin pay sahibi aleyhine bozulmasına sebebiyet verecek derecede zayıf nitelikte olup istisnaların dar yorumlanması prensibine aykırıdır⁵². Kaçış klozuna kolayca başvurulmasına ve pay sahipliği sıfatının dar bir çevreyle sınırlandırılmasına yol açacak nitelikteki bu kriter ortaklığın “anonim” niteliğiyle de bağdaşmamaktadır.

3. Yargıtay

Yargıtay’ın kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasıyla doğrudan ilgili bir kararına rastlanılmamıştır. Bununla birlikte, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.9.2019 tarihli 3863/5475 nolu kararıyla ilk derece mahkemesinin “...nama yazılı pay devrinin şirketçe reddedilebileceği haller TTK 493 üncü maddesinde belirtilmiş olup belirtilen bu haller veya haklı bir gerekçe dışında pay devrinin şirket tarafından kabul edilmemesi durumunun hukuken korunabilecek bir davranış olmayacağı ve davalı şirketin de hisse devrini pay defterine kaydetmemek için haklı neden oluşturabilecek herhangi bir durumun varlığını savunmadığı gerekçesiyle, davanın davalı şirket yönünden kabulüne...” şeklindeki kararını onamıştır. Böylece, TTK’nin 493. maddesinde düzenlenen pay devir sınırlamaları bakımından ortak bir prensibi benimsediğini; onay isteminin ortaklık tarafından ancak haklı bir sebeple reddedilebileceğini ortaya koymuştur⁵³. Başka bir anlatımla karar, TTK’nin 493. maddesine kuru ret veya kaçış klozuna başvurarak ret ayrımı yapmaksızın bütünsel olarak yaklaşarak pay devrinin haklı bir sebep olmaksızın reddedilemeyeceğine işaret eden yönü itibariyle önemlidir.

4. Görüşümüz

TTK 493/2 uyarınca, ortaklık pay devrine ancak işletme konusunu gerçekleştirmek ve/veya işletmenin ekonomik bağımsızlığını korumak amacıyla engel olabilmektedir. Esas sözleşme ile devredilebilirlik şartlarının ağırlaştırılmasını yasaklayarak pay devir serbestisi ilkesini (TTK 490/1) koruyucu bir işlev üstlenen TTK 493/7 hükmü, TTK 493/2 hükmünde öngörülenlerin dışında başka bir amaçla ortaklığın pay devrine müdahale etmesini engellemektedir⁵⁴. Anılan hükümlerin kompozisyonu bize kuru reddin, ancak ve ancak “işletme konusunu gerçekleştirmek ve işletmenin ekonomik bağımsızlığını korumak” şeklindeki iki amaçla mümkün kılındığını göstermektedir. Kaçış klozunun düzenlendiği TTK 493/1 hükmünde bu konuda bir açıklık bulunmasa da pay devrinin kuru ret yoluyla sınırlandırılma amacı kaçış klozuna başvuru için de geçerlidir. Zira aynı amaca hizmet eden bu iki pay devir sınırlandırması arasındaki

⁵² Pay devrini sınırlandıran kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğine dair bk Klây (n 5) 135.

⁵³ Yargıtay 11 HD, 3863/5475, 17.9.2019 < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 17 Mart 2020.

⁵⁴ Yine, emredici hükümler ilkesi (TTK 340) buna engeldir.

fark, yöntemsel olup onay istemi reddedilirken devre konu paylar için satın alma önerisinde bulunulup bulunulmayacağından kaynaklanmaktadır.

Gerçekten, esas sözleşmede önemli sebeplerin somut bir şekilde ve açıkça gösterilmesi pay sahiplerine paylarını devredebileceği kişilerin nitelikleri hakkında öngörülebilirlik / aleniyet sağlayarak ortaklığın kuru ret yoluna başvurmalarının haklı dayanağını oluşturmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte, kaçış klozu, ret sebepleri bakımından esas sözleşme ile aleniyetin sağlanmadığı durumlarda devreye giren alternatif bir yoldur. Esas sözleşmede pay devrinin ortaklığın onayına tabi olduğu belirtilmiş ve fakat önemli sebepler gösterilmemişse ya da esas sözleşmede yer alan önemli sebepler somut olaya uymuyorsa ortaklık kaçış klozuna başvurabilmektedir. İşte, bu özelliği nedeniyle “kaçış klozu” olarak adlandırılan imkan, ortaklığa mevcut düzenden kaçarak onay istemini ret için bir çıkış yolu sunmaktadır. Bu çıkış yolunda, reddi öngörme imkanının pay sahiplerinin elinden alınmasının karşılığı, payın gerçek değerinin kendilerine ödenmesidir. Ne var ki, payların karşılığının ödenmesi, ortaklığa, önemli sebep yokken kaçış klozuna başvurma hakkı tanımamaktadır. Bu itibarla, pay devrine müdahale usulleri farklı olmakla beraber ortaklığa bu imkanın tanınmasındaki amaç aynıdır.

TTK'nin 493. maddesinin birinci fıkrasında her iki ret sebebinin düzenlenmesinin ardından, önemli sebebin özelliklerinin ikinci fıkrada sayılmış olması, önemli sebebin her iki ret sebebi açısından da uygulanacağını gösterir. Hükmün ikinci fıkrasında önemli sebebin özellikleri sayılırken “esas sözleşme hükümleri” ifadesinin kullanılmış olması, esas sözleşmede gösterilmenin önemli sebebin bir koşulu olduğu izlenimini uyandırır da bu izlenimin oluşmasında çeviri hatası etkili olmuştur. Öyle ki, mehaz hükümde (İBK 685/2) kullanılan “Bestimmung” kelimesi, yalnızca esas sözleşme hükmünü ifade eden bir terim değildir; bu kelime Türkçe’de “belirleme, hüküm, şart” anlamlarına gelir. Bunların yanı sıra, ortada önemli bir sebep yokken kaçış klozuna başvurulacağını kabulü, TTK'nin 492 ve devamı hükümlerinin ruhuna aykırı bir şekilde pay devri sınırlamalarını istisna olmaktan çıkarır; anonim ortaklığın bir anlamda “limitedleşmesine” neden olur.

Öte yandan, ortaklık tarafından kaçış klozuna başvurulduğunda payını gerçek değeri üzerinden devretme fırsatı bulan pay sahibi açısından bu yol bir sınırlama teşkil etmeyeceğinden pay devrine engel olmak için aranan önemli sebep koşulunun kaçış klozunun uygulanmasında aranmayacağı ileri sürülebilir. Gerçekten, kuru ret usulünde payını devretmek isteyen kişiye payını devredebilmesi için alternatif bir imkan tanınmamasına ve bu kişi pay sahibi olarak kalmaya zorlanmasına karşılık, kaçış klozunda bu kişiye payını, kanunla güvence altına alınan gerçek değer üzerinden

⁵⁵ Yargıtay 11 HD, 12044/234, 12.1.2017: “...Anılan yasal düzenleme uyarınca, anonim şirketlerde pay devri olgusunun diğer pay sahiplerini beklenmedik veya istenmeyen durumlarla karşı karşıya bırakmasını önlemek amacıyla ana sözleşmeye, nama yazılı hisse senetlerinin devrini kısıtlayan veya tamamen yasaklayan hükümler konulabilir ki bu hükümler “bağlam” meydana getirirler...” < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 4 Mart 2020.

ortaklığın önerdiği kişiye devretme önerisi sunulmaktadır. Hal böyle olmakla beraber, öncelikle kaçış klozunun düzenlendiği TTK 493 hükmünün sistematığı, kaçış klozunun bir pay devir sınırlaması olmadığı düşüncesine engeldir; “Esas sözleşmeyle sınırlama” başlığı (TTK 492) altında düzenlendiğinden kaçış klozu da bir pay devir sınırlamasıdır. Yalnızca şekli esaslar değil kaçış klozunun uygulanma koşulları da bize bu yolun bir pay devir sınırlaması olduğunu göstermektedir. Şöyle ki, pay devir serbestisi pay sahibine hem payını devredeceği kişiyi hem de devir bedelini serbestçe belirleme hakkı tanır. Ortaklık kaçış klozuna başvurduğunda pay sahibinin, ortaklığın önerdiği kişiyle ve payın gerçek değerinden aşağı olmamak kaydıyla ortaklığın önerdiği bedel üzerinden payını devretmek ya da pay devrinden vazgeçmekten başka bir imkanı kalmamaktadır. Oysa ki, yatırımcı pay sahibi açısından payın dönemsel getirilerinin yanı sıra payını gerçek değerinden fazla bir bedelle satabilmesi de önemlidir. İşte, ortaklık tarafından bu yola başvurularak pay sahibinin elinden payını dilediği kişiye ve dilediği bedelle satma hakkının alınması, kaçış klozunu payın devri açısından gerçek bir sınırlama niteliğine büründürmektedir. Ortaklığın önemli bir sebep olmaksızın bu yola başvurabileceğinin kabulü, kuru redde ilişkin hükümlerin etkisini yitirmesine, pay devir serbestisi ilkesinin kapsamının daraltılarak TTK'nin bu konudaki yaklaşımının bertaraf edilmesine yol açacaktır. Bu itibarla, ortaklığın kaçış klozuna başvuru hakkını kullanabilmesi için ortada yine TTK 493/2 anlamında önemli sebep bulunmalı ise de kuru ret yolundan farklı olarak burada önemli sebebin esas sözleşmede gösterilmesi gerekli değildir. Kaçış, önemli sebeplerin esas sözleşmede gösterilmiş olmasındandır. Ortaklık, TTK 493/2 hükmündeki tanıma uyan herhangi bir önemli sebeple kaçış klozuna başvurmaya yetkili olup aksi takdirde, kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılması gündeme gelecektir.

TTK 493/1 hükmünde ortaklığın devre konu payları kendisi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına satın almayı önererek onay istemini reddedebileceği düzenlenmektedir. Devre konu payların sayılanlardan hangisinin hesabına satın alınacağını belirlemeye yetkili olan ortaklık, bu belirlemeyi yaparken de hükmün amacını gözetmelidir. Buna göre, hesabına pay satın alınmak istenen kişi ile devreden payını devretmek istediği kişi arasında, ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının korunması bakımından bir farklılık bulunmuyorsa kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir. Örneğin, devralanın belirli bir meslek grubuna mensup olmamasının işletme konusunun gerçekleştirilmesine engel teşkil ettiği gerekçesiyle kaçış klozuna başvurulmuşsa, hesabına pay satın alınan kişi söz konusu meslek grubuna mensup olmadığına kaçış klozuna başvuru hakkı kötüye kullanılmış olur.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, kaçış klozuna başvurup başvurumama kararının yanı sıra kararın uygulanma koşullarında da kendisini gösterir. Payların diğer pay sahipleri hesabına satın alınmasına özgü olarak hakkın kötüye kullanılması hali,

azınlığın menfaatleri açıkça zarara uğratıldığında veya çoğunluğun özel menfaatleri hiçbir neden yokken üstün tutulduğunda gündeme gelebilir⁵⁶.

C. Kaçış Klotuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılmasının Sonuçları

1. Yaptırımın Türü

Öğretide daha ziyade kuru reddin hukuka aykırılığı halinde başvurulabilecek hukuki çareler üzerinde durulmaktadır. Buna göre, haklı bir sebep bulunmadığı sürece ortaklık tarafından pay devrinin onaylanmasının kanuni bir gereklilik olduğu; buna aykırılık halinde hak sahibi tarafından ortaklığa karşı dava açılacağı kabul edilmekle birlikte, hukuka aykırılığın niteliği konusunda açık bir görüş bildirilmemektedir⁵⁷. *Oertle / Du Pasquier*'in genel kurul tarafından verildiği takdirde böyle bir kararın iptal davasına konu edilebileceği (İBK 706/2); kanunda sadece batıl yönetim kurulu kararları açısından mahkeme denetiminin öngörüldüğü ve fakat pay devrinin hukuka aykırı bir şekilde reddedilmesinin butlan sebebi oluşturmayacağı (İBK 714, 706b) şeklindeki ifadelerinden burada butlan derecesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır⁵⁸. *Akın* da gerekçe belirtmeksizin, bu halde butlan yaptırımının uygulanmasının mümkün olmayacağını belirtmektedir⁵⁹.

Konu, hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ele alındığında; kaçış klotuna başvuru hakkı kötüye kullanıldığında TMK 2/2 uyarınca ortaklığın bu başvurusunun sonuç doğurmayacağı çıkarımında bulunmaktadır. Bu durumda hak sahibi, kötüye kullanılan kaçış klotuna başvuru hakkının neticelerinin ortadan kaldırılmasını ve kendi hakkının tesisini isteyebilir. Ortaklığın pay devrine kaçış klotuna haksız başvuru suretiyle müdahalesi olmasaydı payların, devreden pay devir sözleşmesi yaptığı kişiye devri gerçekleşmiş olacaktı (TTK 492/1, 494/1). Şu halde, devreden payını devretmek istediği bu kişi, ortaklığa karşı açacağı bir dava ile payın kendisine aidiyetini sağlayabileceği gibi bu sebeple uğradığı zararının tazminini de isteyebilecektir. Kötüye kullanılan kaçış klotuna başvuru hakkının sonuç doğurmaması ve hak sahibinin kendi hakkının tesisini isteyebilmesi buradaki yaptırımın türünün butlan olduğunu göstermektedir.

Öte yandan, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın istisnai ve tali bir yol oluşu, kaçış klotuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasına kanunda özel bir sonuç bağlanıp bağlanmadığının tespitini zorunlu kılar. Bu noktada belirtilmelidir ki, onay istemi hangi usulde olursa olsun haksız bir şekilde reddedildiğinde, özünde, ortaklığa anonimlik özelliğini kazandıran pay devir serbestisi ilkesi ihlal edilmektedir. Payın

⁵⁶ BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.3.2.1.

⁵⁷ Bk Akın (n 6) 49; BGE 76 II 67; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 11.

⁵⁸ Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 10. Aynı yönde bk Böckli (n 6) § 6 N 78.

⁵⁹ Akın (n 6) 50.

devrine kanunda izin verilenin dışında engel olunması, anonim ortaklığın temel yapısına ilişkin olan bu ilkeye aykırılık oluşturmaktadır. Anonim ortaklığın temel yapısına uymayan genel kurul ve yönetim kurulu kararları ise TTK 447/1,c, 391/1,b uyarınca batıldır.

Bu sonuca, “şirket, onaylamaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır” şeklindeki TTK’nin 494/3. maddesi uyarınca da ulaşılmaktadır. Onay isteminin hangi usulle reddedilmiş olduğundan bağımsız bir şekilde kaleme alınmış olan bu hükmün kaçış klozuna başvurunun haksız olması halinde de uygulanacağına şüphe yoktur. Zira “Hükümleri” başlıklı bu maddede, kaçış klozunun da yer aldığı 493. maddedeki ret sebeplerinin hükümleri düzenlenmektedir. Hükümde yer alan “haksızlık” terimi, kaçış klozuna hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilerek başvurulması dahil olmak üzere TTK 493 hükmünde düzenlenen ret sebepleriyle ilgili her türlü hukuka aykırılığı kapsar. Reddin haksız olması halinde uygulanacak olan “onay verilmiş sayılma” sonucu, haksız reddin yaptırımına ışık tutmaktadır. Böyle bir sonucun ortaya çıkması ancak haksız yani hukuka aykırı reddin geçersiz olduğu kabul edilerek bunun yerine pay devir serbestisi ilkesinin hukuki sonuçlarının doğmasıyla mümkündür. Bu ise, haksız redde uygulanacak yaptırımın butlan olduğuna işaretir.

2. Davanın Niteliği

Açılacak davanın niteliğini aslında haksız redde uygulanacak yaptırım belirlemektedir. Ne var ki konuyla ilgili görüşler daha ziyade haksız redde karşı hangi davanın açılacağı noktasında toplanmaktadır.

a. Eda Davası Açılabileceği Görüşü

6762 sayılı TTK döneminden bu yana ülkemiz ve mehzaz İsviçre hukukunda, onay isteminin haksız reddine karşı başvurulabilecek hukuki yolun kanunda düzenlenmediği; ancak, haksız ret halinde pay devrinin onaylanması ve devralanın pay sahipliği sıfatının pay defterine kaydı istemiyle ortaklık aleyhine eda davası (*Leistungsklage*) açılabileceği kabul edilmektedir⁶⁰. *Uzel*, diğerlerinin aksine, bu davanın esaslarının bağlam hükümleri arasında özel olarak düzenlendiğini ifade etmektedir. Yazara göre, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylara ilişkin olarak düzenlenen TTK’nin 497/4. maddesi, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından kıyasen uygulanmalıdır⁶¹. Hukuka aykırı genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına karşı

⁶⁰ Akın (n 6) 176; BGE 76 II 68, E.4; BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.2; Böckli (n 6) § 6 N 78; Kläy (n 5) 360; Messerli (n 11) 244; Müller ve Delli Colli (n 23) 141; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 14; Sethe ve Cetinkaya (n 23) 652; Tekinalp (n 4) N 6-38; Yargıtay 11 HD, 8960/2472, 5.4.2018 (Abuzer Kendigelen, İsmail Cem Soykan, Yasemin Aydınalp, Elif Oğuz, Onur Şanda, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2018)* (On İki Levha 2019) 263-265).

⁶¹ Aynı yönde bk Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685c N 10.

başvurulabilecek hukuki yollar anılan hükümle sınırlı olduğundan TTK'nin 391. maddesinde öngörülen sebeplerin varlığı halinde butlanın tespiti istemiyle ya da genel kurul kararının iptali amacıyla mahkemeye başvurulması mümkün değildir. Zira TTK 497/4 hükmü ile kararın ileriye etkili olduğu düzenlenmekle butlan davasına nazaran amaca daha uygun bir hüküm öngörülmüştür⁶².

Eda davasının kim tarafından açılacağı hususu ise tartışmalıdır. Ortaklık tarafından pay devri onaylanıncaya dek payın mülkiyeti devredende kalacağından (TTK 494/1) bu davanın devreden tarafından açılacağı genellikle kabul görmektedir⁶³. Devralanın davacı sıfatına ilişkin olarak ise öğretilerde bir görüş, bu aşamada ortaklıkla herhangi bir ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle devralanın dava açma hakkının bulunmadığını⁶⁴; diğer görüş ise, pay devrinde devralanın da menfaati olduğu gerekçesiyle bu davanın devralan tarafından da açılacağı savunmaktadır⁶⁵. Öte yandan, karar hangi organ tarafından verilmiş olursa olsun davalı sıfatı daima ortaklığa aittir⁶⁶.

Önemle belirtilmelidir ki, pay devrinin onaylanması ve pay defterine kayıt istemi, bünyesinde onay isteminin reddine ilişkin kararın hukuka aykırılığının tespiti istemini de barındırır. Öyle ki, mahkeme, ret kararı açısından hukuka uygunluk denetimi yapacak ve ancak kararın hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde bir eda hükmü tesis edebilecektir⁶⁷. Dolayısıyla, haksız redde karşı eda davası açılacağı ileri süren görüş her ne kadar geçersizliğin türü konusunda sessiz kalmışsa da bu dava bünyesindeki tespit hükmü haksız ret halinde uygulanacak yaptırımın bizatihi butlan olduğuna işaret eder.

⁶² Uzel (n 4) 215 vd.

⁶³ Akın (n 6) 51; BGE 76 II 69; BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.2.

⁶⁴ Akın (n 6) 51; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 13. Kanuni devir (TTK 493/4) hallerinde devralanın dava açma hakkının bulunduğu yönünde bk Akın (n 6) 51; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 12.

⁶⁵ Müller ve Delli Colli (n 23) 141-142; Messerli (n 11) 243-244; Uzel (n 4) 219-220; Yargıtay 11 HD, 5282/4588, 19.6.2019 < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 3 Haziran 2020. İsviçre Federal Mahkemesi, İBK 685b/1 (TTK 493/1) ile tanınan hakkın pay devrine yönelik sözleşmeye müdahale niteliği taşıdığından, reddin kanuna aykırı olduğu hallerde devralanın da bu davayı açabileceğine karar vermiştir (BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.2). Federal Mahkeme'nin devralanın davacı sıfatını üstü kapalı bir şekilde kabul ettiği kararı için bk BGE 4C.202/2006, 29.9.2006.

⁶⁶ BGE 76 II 68, E.4; BGE 145 III 351, 31.7.2019, E.2; Müller ve Delli Colli (n 23) 141; Messerli (n 11) 244; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 12.

⁶⁷ Yargıtay HGK, 2539/1149, 30.5.2018: "Ne var ki, çoğun içinde azı da vardır kuralı gereğince dava konusu taşınmazın ½ payının davacı adına tescil isteminin, tespit isteğini de kapsadığı kabul edilmiştir. Zira her eda davası aynı konudaki tespit talebini de içeren daha geniş kapsamlı davadır. Davacının hakkının varlığı belirlenmiş olmasına rağmen eda hükmü kurulamayan hallerde verilecek tespit kararı ile taraflar arasındaki hukuki belirsizlik giderilecek ve hukuki barış sağlanacaktır. O hâlde mahkemeye tespit kararı verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Nitekim 07.07.1965 gün ve 1965/5 E., 1965/5 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ve Hukuk Genel Kurulunun 31.01.2004 gün ve 2004/7-411E., 2004/477 K. sayılı kararlarında tespit talebinin eda davasının öncüsü olduğu ve her eda davasının bir tespit talebini de taşıdığı kabul edilmiştir" < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 3 Haziran 2020. Dava konusu, haksız olarak reddedilen pay sahipliği sıfatının tanınması ve pay defterine kaydedilmesi olduğundan davanın bir eda davası olduğu ve fakat tespit davası olmadığı yönünde bk Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 14.

b. İptal Davası Açılabileceği Görüşü

Yönetim kurulu kararları için genel mahiyette bir iptal davası öngörülmediğinden, yönetim kurulunun onay istemi hakkındaki kararı aleyhine iptal davası açılmaz. TTK 445 ve devamı hükümleri uyarınca genel kurul kararları aleyhine iptal davası açılabilirse de genel kurulun bu konudaki kararına karşı iptal davası açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, genel kurulun bu kararı (İBK 706 uyarınca) iptal davasına konu olabilir ve hatta bu davayı devredenin yanı sıra potansiyel pay sahibi olarak devralan ile diğer pay sahipleri de açabilir⁶⁸.

Diğer görüş ise, genel kurulun onay isteminin reddi kararı aleyhine açılan iptal davası sonucunda verilen kararla hukuka aykırılık tespit edilmekle yetinildiğinden bu kararın ifa davası ile aynı etkiyi yaratmayacağını; bu nedenle mahkemeden genel kurul kararının iptalinin yanı sıra pay sahipliği sıfatının tespiti ile pay defterine kaydının da talep edilmesi gerektiğini; genel kurul kararı aleyhine sadece ifa davası açılmasının ise, ortada geçerli bir genel kurul kararı varlığını devam ettireceğinden yeterli olmayacağını savunur⁶⁹.

Konuyla ilgili son görüş, iptal davası ile istenen sonucun elde edilemeyeceği, zira iptal kararı üzerine ortaklığın yeni bir karar alması gerekeceği, bu nedenle iptal davasının menfaat yokluğundan dolayı reddedilmesi gerektiği; ayrıca, TTK 497/4'ün borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği, bu hükümde hukuka aykırı ret kararları açısından özel bir dava öngörüldüğünden genel hüküm niteliğindeki TTK 445 hükmüne başvurulamayacağı yönündedir⁷⁰.

c. Görüşümüz

1. Borsaya kote edilmiş ve edilmemiş nama yazılı payların devri açısından haksız ret kararlarına karşı özel bir dava imkanı öngörülmemiştir.

TTK 497/4 hükmünde, borsaya kote edilmiş payların devrine engel olan ret kararının hukuka aykırı olduğunu tespit eden mahkeme kararının ne zamandan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı düzenlenmektedir. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylara uygulanan TTK 494/3 hükmünde de haksız ret kararına bir hukuki sonuç bağlanmaktadır. Dolayısıyla anılan hükümlerde haksız pay devirlerine karşı özel bir dava imkanı değil; haksız reddin hüküm ve sonuçları düzenlenmektedir.

⁶⁸ Böckli (n 6) § 6 N 292. Öte yandan yazar, aynı çalışmanın başka bir bölümünde, onay istemi reddedilen devredenin genel kurulun ret kararı aleyhine iptal davası açabileceğini; İBK 706 uyarınca iptal davası açma hakkı bulunmayan devralanın ancak tanınma ve pay defterine kayıt istemli eda davası açabileceğini ileri sürmektedir (Böckli (n 6) § 6 N 31). Genel kurulun pay devrini kabul veya reddeden kararına karşı iptal davası açılabilceğini savunan diğerleri için bk Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 44 N 132; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 10.

⁶⁹ Akın (n 6) 50.

⁷⁰ Uzel (n 4) 216.

2. TTK 497/4 hükmü borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından kıyasen uygulanmaya elverişli değildir.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay devirlerine özgü TTK 497/4 hükmünde, reddin mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı; bu tarihten itibaren oy hakkı ve buna bağlı hakların ortaklık tarafından tanınacağı açıkça düzenlenmektedir. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından ise mahkeme kararının etkili olacağı tarihe işaret eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, TTK 497/4 hükmünün borsaya kote edilmemiş paylar açısından da uygulama alanı bulacağı dolayısıyla TTK 494/3 uyarınca verilmiş mahkeme kararlarının da ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı ileri sürülmektedir⁷¹. Oysa ki, TTK 494/3 hükmünün gerek lafzından gerekse amacından yola çıkıldığında, borsaya kote edilmemiş paylar açısından mahkeme kararının geçmişe etkili olduğu ve devre onay verilmiş sayılma sonucunun, onay isteminin ortaklık tarafından (haksız olarak) reddedildiği tarih itibariyle doğduğu anlaşılmaktadır⁷². Gerçekten, TTK 494/3 hükmünde onay verilmiş sayılma sonucunu doğuran diğer hal, onay isteminin alındığı tarihten itibaren üç ay içinde reddedilmemesidir. Bu durumda onay verilmiş sayılma sonucu, yanıtız geçirilen üç aylık sürenin sonu itibariyle doğmaktadır. Aynı hükümde aynı sonuç bağlanan iki halden birine (onay isteminin üç aylık sürede reddedilmemiş olmasına) dayanarak dava açıldığında mahkeme kararının geçmişe etkili olacağı; diğerine (haksız redde) dayanarak dava açıldığında ise kararın ileriye etkili olacağı sonucuna ulaşamaz. Devre onay verilmiş sayılma sonucunun mahkeme kararının kesinleşmesine değin ötelenmesi, devralanın (devredenin payını ilk devretmek istediği kişinin) menfaatlerini koruma amacıyla öngörölmüş olan TTK 494/3 hükmünün bu amacıyla da örtüşmemektedir.

Ayrıca, TTK 497/4'teki gibi bir hükme TTK 494/3'te yer verilmemesi, bilinçli bir tercih olup borsaya kote edilmiş ve edilmemiş nama yazılı payların devir sürecindeki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların (iradi) devrinde geçerli olan birlik teorisi gereği, ortaklık devre onay vermediği sürece payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalmaktadır (TTK 494/1). Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların mülkiyeti ve pay sahipliği hakları ise pay devrinin ortaklık tarafından onaylanmasından önce devralana geçmektedir (TTK 497/1). Bu süreçte, malvarlığına ilişkin haklar devralan tarafından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanılabilirken (TTK 497/1, 2), genel kurula katılma ve oy hakkı ile oy hakkına bağlı haklar donmaktadır. Devralan bu süreçte oydan yoksun

⁷¹ Uzel (n 4) 216. *Messerli*'ye göre ise mahkeme hükmünün ileriye etkili olduğu bizatihi İBK 685c (TTK 494/3) hükmünden anlaşılmaktadır. Yazara göre, hükmünde onay istemine karşı üç ay içinde ortaklık tarafından onay verilmezse bu süre sonunda onay verilmiş sayılacağı düzenlenmekle kanun koyucu tarafından, başlangıçta devralanın ortaklık işlerinden uzak tutulması ve devredenin genel kurul toplantılarına katılması göze alınmış olmaktadır. Yazar buradan, ortaklığın menfaatinin, onay isteminin derhal onaylanmasına ilişkin menfaatten daha fazla korunmaya değer olduğu sonucuna ulaşmaktadır (Messerli (n 11) 244).

⁷² Aynı yönde bk Sevi (n 4) 312-313.

pay sahibi olarak pay defterine kaydedilmektedir (TTK 497/3). Dolayısıyla, ortaklığın onay istemini kabul etmesi, payın mülkiyetinin geçişinde etkili değildir; onay kararı, genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların pay sahibi tarafından kullanılabilir hale gelmesi açısından önemlidir⁷³. Görüldüğü üzere, borsaya kote edilmiş paylar açısından devralanın onay sürecindeki haklarının kapsamı ve statüsü kanunda özel olarak düzenlenmiştir ki kendisine tanınmış olan bu haklar devralanı, borsaya kote edilmemiş payı devralana nazaran daha avantajlı kılmaktadır. Hukuka aykırı ret kararına karşı dava açılması halinde verilen mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren sonuç doğuracağı düzenlenmesi ile devralanın oy hakkı ve buna bağlı hakları geçmişe yönelik olarak kullanılabilmesine engel olunması, devralanın özel hükümlerle düzenlenen anılan özel statüsüyle alakalıdır. Hal böyle olunca, TTK 497/4 hükmü, sahibine devrin onayından önce bu türden haklar tanımayan borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından kıyasen uygulanmaya elverişli değildir.

3. *TTK 497/4 hükmünün borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylara da uygulanacağını kabulü, kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasına davetiye çıkarır.*

TTK 494/3 uyarınca verilen mahkeme kararlarının ileriye etkili sonuç doğuracağını kabulü, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasını teşvik eder. Şöyle ki, kaçış klozuna başvuru hakkı kötüye kullanıldığında, hesabına pay satın alınan kişi, mahkeme kararı kesinleşinceye dek devre konu paylardan doğan genel kurula katılma hakkı, oy hakkı ve diğer yönetim haklarını kullanmaya devam edecektir. Oysa ki devralan TTK 497/3 uyarınca bu süreçte devre konu paylardan doğan yönetim haklarını kullanamadığından borsada işlem gören paylar açısından anılan riskler söz konusu değildir. İşte bu nedenle, borsada işlem görmeyen paylarda mahkeme kararının geçmişe etkili olması işin mahiyeti gereği olup bu sayede ret yetkisinin kötüye kullanılması şeklindeki kusurlu davranıştan ortaklığın ya da ortaklıkça ayrıcalık tanınanların faydalanmasının önüne geçilebilecektir.

4. *TTK 494/3 hükmü onay isteminin haksız reddi halinde açılacak davanın niteliğine ışık tutmaktadır.*

Kaçış klozuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasının TMK 2/2 hükmünün yanı sıra TTK 391, 447 ve 494/3 uyarınca da butlan yaptırımına tabi olduğu yukarıda tespit edildi. Ret kararının batıl olduğu tespit davası ile belirlenebilir (HMK 106). Butlanın tespitine ilişkin mahkeme kararı niteliği itibarıyla geçmişe etkilidir⁷⁴.

⁷³ Tekinalp (n 4) N 7-34, 7-35; Uzel (n 4) 213. Tekinalp'in, aynı eserin başka bir bölümünde ortaklığın onay vermemesi halinde pay devrinin gerçekleşmeyeceğini belirterek çelişkili bir görüş ortaya koyduğu görülmektedir (Tekinalp, (n 4) N 2-8). Anılan farklılık nedeniyle bağlamın borsaya kote edilmiş paylar açısından İBK 692/2 (TTK 434/2) hükmünde düzenlenen oy hakkı sınırlamasıyla aynı etkiyi doğurduğu; borsaya kote edilmemiş paylar açısından ise gerçek bir devir engeli olarak ortaya çıktığı yönünde bk Gericke ve Jentsch (n 12) 619.

⁷⁴ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (8. Bası, On İki Levha 2017) 182.

TTK 494/3 hükmünde yer alan “onay verilmiş sayılır” şeklindeki, haksız redde (ve onaylamaya ilişkin istemin alındığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde ortaklık tarafından reddedilmemesine) kanun tarafından bağlanmış olan sonuç, hukuki niteliği itibariyle kanuni kesin karinedir. Buna göre, reddin haksız olduğunun tespit edilmesinin ardından yetkili organ tarafından ayrıca onay kararı alınmasına lüzum yoktur; bu durumda kanuni karine kendiliğinden devreye girecektir.

Bilindiği üzere, butlan halinin varlığı, menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilmektedir⁷⁵. TTK 494/3 uyarınca haksız reddin sonucu, devre onay verilmiş sayılma olduğuna göre bu davayı devre onay verilmesinde menfaati olan kişiler açmaya yetkilidir. Kaçış klotuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasında ise bu kişiler ancak devreden ile devredenin devir sözleşmesi akdettiği (ilk) kişi olabilir⁷⁶. Diğer yandan, kaçış klotuna başvuru yoluyla payların satın alınması, ortaklığın bu paylar için sunduğu satın alma önerisinin devreden tarafından kabulüyle birlikte gerçekleştiğinden, devredenin dava açma hakkına ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Gerçekten, payın devrine rıza gösteren devreden, bu sefer hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiği iddiasıyla hak talep edememelidir. Zira bu durumda kaçış klotuna haksız başvurunun hüküm ve sonuç doğurmasında devreden de kusuru bulunmaktadır; devreden ortaklığın haksız önerisini kabul etmemiş olsaydı, sonuçlarının ortadan kaldırılmasını istediği hukuka aykırı işlem gerçekleşmeyecekti. Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak talebinde bulunamayacağından (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) ve ayrıca payın bu surette devrine, satın alma önerisini kabul ederek katıldıktan sonra bu sefer karşı çıkılması çelişkili davranış yasağıyla da bağdaşmayacağından, devreden ortaklık tarafından kaçış klotuna başvurunun hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu iddiasına dayanamayacaktır⁷⁷. Diğer yandan, devreden, ortaklığın (haksız) satın alma önerisini reddetmesi koşuluyla ortaklığın bu işlemi dava ederek payını devretmek istediği kişinin pay defterine kaydını sağlayabilir (TTK 493/1, 499).

D. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Kaçış Klotu Uygulanırken İhlal Edilmesi

Onay isteminin kuru reddinde hak ihlali ancak devir sözleşmesinin taraflarını oluşturan devreden ve devralan açısından söz konusu olabilir. Bununla birlikte, kaçış klotuna başvurarak ret halinde, devreden ve devralanın yanı sıra kaçış

⁷⁵ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Turhan 2017) 129.

⁷⁶ Denzler ve Hochstrasser (n 23) 1079; Müller ve Delli Colli (n 23) 141.

⁷⁷ Yargıtay HGK, 2566/85, 24.1.2018: “...hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken; o kişinin hakkın kullanılmasında geçerli ve haklı bir yararının varlığı, hakkın kullanılmasının sağlayacağı yarar ile başkalarına vereceği zarar arasında aşırı oransızlığın olmaması, bir kimsenin kendi ahlâka aykırı davranışına dayanmaması ve uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunmaması gibi ölçütler hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirler (OĞUZMAN, M.K.: Medeni Hukuk-Temel Kavramlar 5. B. İstanbul 1985, s. 154 vd)...”; Yargıtay 11 HD, 2736/2073, 13.3.2019 < www.sinerjimevzuat.com.tr > Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020.

klozunun uygulanma koşulları gereği diğer pay sahiplerinin haklarının zarar görmesi de gündeme gelebilir. Payların hesabına satın alınacağı pay sahipleri belirlenirken ortaklık menfaati değil de çoğunluk ya da yönetici pay sahibinin menfaatinin gözetilmesi suretiyle azınlık pay sahipleri zarara uğratılabilir. Bu durumda hukuka aykırılık, kaçış klozuna başvurma ve dolayısıyla onay isteminin reddi kararında değil de bu kararın uygulanma koşullarında meydana gelmektedir. Kararın uygulanma koşullarına ilişkin bir hukuka aykırılık söz konusu olduğunda ise ret “haksız ret” olarak nitelendirilip TTK 494/3 hükmü kapsamına dahil edilemez. Zira burada devreden ve devralan arasındaki payın devri işlemine yönelik haksız bir müdahale söz konusu değildir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın kaçış klozunun uygulanma koşullarında meydana gelmesinin, yönetim kurulu üyeleri açısından özen ve / veya sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu ya da yasağın ihlali suretiyle aynı zamanda eşitlik ilkesinin de ihlal edildiği söylenebilir⁷⁸. Özen ve sadakat borcuna ya da eşitlik ilkesine aykırılığın yönetim kurulu üyeleri açısından bir yükümlülük ihlali oluşturduğu; böylece hakları ihlal edilen pay sahiplerinin uğradıkları doğrudan zararlarının tazminini TTK 553 ve devamı hükümleri uyarınca yönetim kurulu üyelerinden talep etmeye yetkili olduğu hususunda şüphe yoktur⁷⁹.

Diğer yandan, çoğu zaman azınlık pay sahipleri açısından yöneticilerin tazminat sorumluluğu tatmin edici bir yol olmayacağı gibi, bu pay sahiplerinin zararlarının kapsamı belirlenirken de ciddi güçlüklerle karşılaşılacağı açıktır. Bu noktada, azınlık pay sahiplerinin kaçış klozuna konu paylardan nisbi eşitlik kuralı ölçüsünde kendi hesabına da satın alınmasını isteme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir⁸⁰. Azınlık pay sahipleri bu istemlerini ortaklığa karşı açacakları bir eda davası ile ileri sürebilir⁸¹.

Sonuç

TTK'nin 493/1. maddesinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların iradi devirleri bakımından hukukumuzda ilk kez düzenlenen kaçış klozuna başvuru hakkı, nama yazılı paylar açısından geçerli olan ve TTK ile etkisi kuvvetlendirilen pay devir serbestisi ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması

⁷⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni uygulamasına göre, anonim ortaklıklar hukukunda eşitlik ilkesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenlendiği ZGB 2 (TMK 2) karşısında özel hüküm (lex specialis) niteliğinde değildir; eşitlik ilkesine aykırı olmadığı halde hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiği haller olabilir. Dolayısıyla hakim in somut olay bakımından hem eşitlik ilkesine aykırılık hem de hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık bağlamında inceleme yapması gerekebilir (BGE 102 II 265 vd; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 39 N 105-107).

⁷⁹ Böckli (n 6) § 13 N 683; Eric Homburger, *Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Zürcher Kommentar)* (2. Bası, Schulthess 1997) N 1118; Kmetz (n 30) N 1939-1942; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) § 39 N 84; Oertle ve Du Pasquier (n 6) Art 685a N 13.

⁸⁰ Yönetim kurulunun eşitsizliği giderme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler için bk Setenay Yağmur, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha 2020) 262 vd.

⁸¹ Bk Yağmur (n 80) 264.

yasağı, diğer hakların olduğu gibi kaçış klotuna başvuru hakkının da bir sınırını oluşturmaktadır. Ortaklığın bu imkanı, dürüst davranmayarak amacına aykırı olarak kullanması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.

Kaçış klotuna başvuru hakkının ne zaman kötüye kullanıldığının tespit edilmesinde hakkın amacı kilit önem taşımaktadır. Öğretide ve uygulamada, kuru ret yolundan farklı olarak kaçış klotuna başvuru için önemli sebebe dayanmanın gerekli olmadığı ileri sürülmektedir. Oysa ki aynı amaca hizmet ediyor olmaları, yöntemlerindeki farklılıktan bağımsız olarak her iki ret yoluna da aynı sebeple başvurulmasını gerekli kılar. Kuru ret yolu ortaklığa esas sözleşmede açıkça gösterilmesi şart olan önemli sebebe dayanarak ve fakat devre konu paylara karşılık herhangi bir ödeme yapmaksızın pay devrine onay vermeyi reddetme imkanı tanır. Önemli sebebin esas sözleşmeyle alenileştirilmiş olması, ortaklığın kuru ret yoluna başvurusunun haklı dayanağını oluşturur. Ne var ki bu durum, önemli bir sebep olmadan kaçış klotuna başvurulabileceği anlamına gelmemektedir. Kaçış klotuna başvuruda, devre konu payların karşılığının ödenmesi önerisinde bulunmanın nedeni, esas sözleşme ile önemli sebebe aleniyet kazandırılmamış olmasıdır.

TTK'nin 493. maddesinin birinci fıkrasında iki ret sebebinin düzenlenmesinin ardından, önemli sebebin özelliklerinin ikinci fıkrada sayılmış olması, önemli sebebin her iki ret sebebi açısından da uygulanacağını gösterir. Hükümün ikinci fıkrasında önemli sebebin özellikleri sayılırken “esas sözleşme hükümleri” ifadesinin kullanılmış olması, esas sözleşmede gösterilmenin önemli sebebin bir koşulu olduğu izlenimini uyandırır da bu izlenimin oluşmasında çeviri hatası etkili olmuştur. Ortada önemli bir sebep yokken kaçış klotuna başvurulacağını kabulü, TTK'nin 492 ve devamı hükümlerinin ruhuna aykırı bir şekilde pay devir sınırlamalarını istisna olmaktan çıkarır; anonim ortaklığın bir anlamda “limited şirketleşmesine” neden olur. O halde, ortaklığın işletme konusu veya ekonomik bağımsızlığı yönünden onay isteminin reddini haklı gösteren bir neden bulunmadan kaçış klotuna başvurulması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.

Kaçış klotuna başvuru hakkı kötüye kullanıldığında anonim ortaklığın temel yapısına ilişkin bir ilke olan pay devir serbestisi ilkesi ihlal edilmiştir. Bu durumda, kaçış klotuna başvuru kararı batıl olup karara karşı TTK 494/3 uyarınca tespit davası açılmalıdır. Hakkın kötüye kullanıldığını, kaçış klotuna başvuru suretiyle payın kendisine devrine engel olunan kişi ileri sürebilir. Ortaklığın satın alma önerisini kabul eden devreden bu davayı açma hakkı bulunmamaktadır. Mahkemenin dava neticesinde vereceği karar geçmişe etkilidir (*ex tunc*); bu konuda kıyas yoluna başvurularak TTK 497/4 hükmünün uygulanması isabetli değildir. Aksinin kabulü, TTK'nin 494/3. maddesine aykırı olduğu kadar kaçış klotuna başvuru hakkının kötüye kullanılmasını da teşvik edici niteliktedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akın MY, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, (2. Baskı, Vedat 2014).
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006).
- Altay SA, 'Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam' iç Hamdi Yasaman, H. Ercüment Erdem, Sinan H. Yüksel, H. Ali Dural, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu (edr), *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat 2009) 563-637.
- Arslanlı H, 'Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği' (*Halil Arslanlı Bilim Arşivi*) <<https://docplayer.biz.tr/17991302-Anonim-sirkette-pay-ve-pay-sahipligi-ord-prof-dr-halil-arslanli.html>> Erişim Tarihi 3 Mart 2020.
- Ataay A, *Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler - Genel Kavramlar)* (4. Bası, Der 1995).
- Bozgeyik H, 'Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) BATİDER 211-226.
- Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) - Die Vinkulierung* (On İki Levha 2016).
- Bozkurt Yaşar S, *Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Jugment Rule) Uygulanması* (Beta 2015).
- Böckli P, 'Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht' (1993) 129(9) ZBJV 475-506.
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts* (4. Bası, Schulthess 2009).
- Çelikaş D, 'Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı' (1987) 3(1-4) DEÜHFD (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı) 593-461.
- Dekker S, iç Jeannette K. Wibmer (ed), *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüv, VASR* (Orell Füssli 2016).
- Denzler B ve Hochstrasser M, 'Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019, A. AG gegen B., Zustimmung zur Übertragung von Aktien und Eintragung im Aktienbuch (zur Publikation vorgesehen)' (2019) AJP 1077-180.
- Deynekli HG, 'Anonim Ortaklıklarda Pay Devrine İlişkin Kanuni Sınırlamalar' (*Ulusal Tez Merkezi*, 2018) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2020.
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Sevinç Matbaası 1979).
- Erdem E, 'Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nin Çözümleri' in XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (17 Aralık 2011) (BTHAE 2012) 97-127.

- Forstmoser P, Meier-Hayoz A ve Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996).
- Gericke D ve Jentsch, V ‘Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären’ (2017) (5) SZW 618-634.
- Helvacı M, Çamurcu E ve Türkyılmaz İ, ‘Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı’ iç Ercüment Erdem, Tolga Ayoğlu, S. Anlam Altay, Ali Dural, Fülurya Yusufoglu, Sinan H. Yüksel (edr), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (On İki Levha 2017) 309-330.
- Helvacı M ve Cankat R, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı’ iç İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş, Merve İrem Yener (edr), *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (On İki Levha 2019) 521-553.
- Hirschle M ve von der Crone HC, ‘Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften [Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)]’ (2008) (1) SZW/RSDA 103-114.
- Karasu R, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması’ (2008) 12(1-2) GÜHFD 127-147.
- Homburger E, *Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Zürcher Kommentar)* (2. Bası, Schulthess 1997).
- Kendigelen A, Özcan MT, Aşikoğlu Şİ, Akay HA, Özsoy MA, Balsever S ve Akteke MY, *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin Kararları* (2014) (On İki Levha 2018).
- Kendigelen A, Soykan İC, Aydınalp Y, Oğuz E, Şanda O, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları* (2018) (On İki Levha 2019).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Turhan 2017).
- Kläy H, *Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1997).
- Krneta G, *Praxiskommentar Verwaltungsrat (Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze)* (2. Bası, Stämpfli 2005).
- Messerli B, ‘Die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685 revOR - Verfahrenstechnische Aspekte’ (1993) (89) SJZ 241-246.
- Meyer M, ‘Vinkulierte Aktien in der Zwangsverwertung’ (1997) (93) SZJ 22-26.
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (8. Bası, On İki Levha 2017).
- Müller D ve Delli Colli F, ‘Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien [Besprechung von BGE 145 III 351 (Urteil 4A_623/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Juli 2019)]’ (2020) GesKR 140-145.
- Nagel T, ‘Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien’ (2015) (1) AJP/PJA 190-202.
- Oertle M ve Du Pasquier S, iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (edr), *Basler Kommentar (Obligationenrecht II: Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlTAG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, (4. Bası, Helbing Lichtenhahn 2012).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, (22. Bası, Filiz 2016).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat 2019).
- Saymen FH, ‘Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi’ (1945) 11(1-2) İÜHFMD 311-327.

- Schmid C, iç Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung - Art. 530-771 OR – VegüV* (3. Bası, Schulthess 2016).
- Sethe R ve Cetinkaya M, 'Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs' (2019) (115) SJZ 649-655.
- Sevi AM, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018).
- Sulu M, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı* (On İki Levha 2019).
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları -Pay Defteri Hukuku ile-* (Vedat 2012).
- Uzel N, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha 2013).
- von Büren R, Stoffel WA ve Weber RH, *Grundriss des Aktienrechts Mit Berücksichtigung der laufenden Revision* (3. Bası, Schulthess 2011).
- Watter R, 'Minderheitenschutz in neuen Aktienrecht' (1993) (2) AJP 117-125.
- Yağmur S, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha 2020).
- Yılmaz L, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu' (2007) 81(4) İBD 1571-1595.
- Yüksel SH, 'Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)' (2013) (2) GÜHFD (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu) 159-217.



Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla İleriye Dönük Hasta Direktifleri ve Türk Hukuku İçin Öneriler

Gökçe Kurtulan Güner*

Öz

Nüfusun yaşlanması ve ortalama yaşam süresinin uzaması ve bunlara paralel olarak toplumda ileride ayırt etme gücünden yoksunluğa sebep olabilecek psikiyatrik hastalıkların görünürlüğünün artması beraberinde toplumsal değişikliklerin yanı sıra birtakım hukuki gelişmeleri de getirmiştir. Bu doğrultuda kişilerin kademeli olarak karar verme yetilerini kaybetmeleri riskine karşı yasa koyucuların ve öğretinin daha geniş kapsamlı bir hukuki koruma arayışına girmesi söz konusu olmuştur. Bu çalışmanın konusunu, kişilerin karar verme yetilerini kaybettiği zaman uygulanması için hazırladıkları ve ileriye dönük hasta direktifleri (*advance healthcare directives*) olarak anılan düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, öncelikle hem yönlendirici direktifleri hem de süregelen temsil yetkisini içine alan bir çatı kavram olarak kullanılan ileriye dönük hasta direktifi kavramının ortaya çıkışı ve karşılaştırmalı hukuk alanında bu yönde yaşanan gelişmeler incelenmiştir. Ardından bu tür düzenlemelerin bağlayıcılığına ilişkin herhangi bir kurala sahip olmayan Türk hukuk sistemindeki durum değerlendirilerek *de lege feranda* önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İleriye Dönük Hasta Direktifi, Temsil, Hasta Hakları, Vesayet, Ayırt Etme Gücünün Kaybı

Advanced Healthcare Directives From a Comparative Perspective and Proposals for Turkish Law

Abstract

As a result of the aging population and the improvement in average life expectancy, the visibility of psychiatric diseases causing loss of mental competence has considerably increased. The aging population presently enjoys expanded options in social life and improved support within the legal system. These positive changes resulted from the combined effort of the academic and legislative bodies toward finding ways to support patient autonomy and self-involvement in decision-making in case of loss of mental competence. This article focuses on the regulations, known as the advance healthcare directives, prepared for application when a drafter loses mental capacity. The genesis of this concept and efforts toward its adoption are discussed and analyzed from a comparative lens. This study examines advance healthcare directives in a wider sense, including instruction directives and durable powers of attorney. As Turkish law lacks a legal rule providing for bindingness for these kinds of dispositions, certain *de lege feranda* proposals in line with the comparative findings have been proposed at the end of this paper.

Keywords

Advance Healthcare Directive, Durable Power of Attorney, Patient Rights, Guardianship, Loss of Mental Capacity

* Sorumlu Yazar: Gökçe Kurtulan Güner (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0001-6982-3820

Atf: Kurtulan Güner G, "Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla İleriye Dönük Hasta Direktifleri ve Türk Hukuku İçin Öneriler" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 409. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0002>



Extended Summary

The aging population is considered one of the most significant demographic megatrends, along with overpopulation, immigration, and urbanization. According to the United Nations Economic and Social Council report in 2019, one out of every 11 individuals is over 65 years old, and the ratio is estimated to be 1:6 by 2050. Another report highlights that Turkish people over 65 years constitute between 5–10% of the entire population. This percentage will likely increase to 25–30% by 2050. Although the aging population trend is *per se* a great success for humanity, certain problems follow this current trend.

As a result of the aging population and rise in the average life expectancy, the visibility of psychiatric diseases causing loss of mental competence has considerably increased. According to the World Health Organization, 20% of individuals over 60 years cope with some kind of mental or neurologic condition, particularly dementia or depression. As a result, adjustments were made to social life and legal support systems. These changes are attributed to a combined effort of academic and legislative bodies toward finding ways to support patient autonomy and self-involvement in decision-making in case of loss of mental competence. This article discusses and analyzes these efforts from a comparative lens.

This paper examines the concept of advance healthcare directives in a wider sense, including instruction directives and durable powers of attorney. First, we analyze the genesis and development of advance healthcare directives in the United States, as the concept was introduced in Europe more recently. In order to have a general look over the European systems, we examine the Article 9 of the Oviedo Convention and the Recommendation (2009)11 of the European Council. Next, we scrutinize recent developments in Germany, France, Austria, Switzerland, and Italy, to critically examine the commonalities and differences between the choices made in the respective legal systems.

The concept of advance healthcare directives is almost unknown in Turkish law, unlike in the previously mentioned systems. One reason is the continued dominance of the paternalistic approach toward the patient–doctor relationship. The other reason is the lack of a legal rule rendering these kinds of dispositions binding. Although it is possible to offer a validated mandate for the condition of loss of mental capacity, the content will be sensitive due to disputes on whether “highly personal” decisions can be made through a representative. The second reason is the role of the guardian. Unlike German or Austrian law, legal representation is not a subsidiary or secondary legal institution in Turkish law. Therefore, although an advance directive gets drafted, it may be revoked by the guardian if deemed necessary, even if it is related to matters that are not considered highly personal (such as asset administration). Considering

the recent developments in the United States and certain European countries, while keeping in mind Turkish ratification of the Oviedo Convention, a swift change in policy regarding the concept of advance health care directives would not be a surprise. To support this change, certain *de lege ferenda* proposals for Turkish law, in line with the comparative findings, have been proposed at the end of this paper.

Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla İleriye Dönük Hasta Direktifleri ve Türk Hukuku İçin Öneriler

I. Giriş ve Terminolojiye İlişkin Açıklama

Nüfusun yaşlanması; nüfus artışı, göç ve şehirleşmeyle birlikte küresel bağlamda en etkili dört demografik “mega trendden” biri olarak kabul edilmektedir.¹ Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal İşler Departmanı (DESA) 2019 yılında yayınladığı bir rapora göre dünyadaki her 11 kişiden 1’inin 65 yaşının üzerinde olduğu düşünülmekte ve bu oranın 2050 yılı itibariyle 6 kişide 1’e düşecek olduğu öngörülmektedir.² Yine DESA tarafından hazırlanan bir başka raporda, 2020 yılı itibariyle Türkiye’de 65 yaş üstü nüfusun toplam nüfusa oranının %5 ila 10 arasında olduğu, bununla birlikte 2050 yılı itibariyle bu oranın %25 ila 30 arasında bir seviyeye kadar yükseleceği tahmin edilmektedir.³

Aslında nüfusun yaşlanması başlı başına insanlık için bir başarı olmakla birlikte, bu gerçeği yakından takip eden birtakım önemli sorunların mevcut olduğu da unutulmamalıdır. Yaşlı nüfusun karşılaştıkları zorlukların başında gelen fiziksel ve akli bozukluklar ve bunların nasıl ele alınması gerektiği bunlardan sadece birini teşkil etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü’ne göre 60 yaşın üstündeki bireylerin %20’sinin başta demans ve depresyon olmak üzere, akli veya nörolojik bir rahatsızlığı olduğu düşünülmektedir.⁴

Nüfusun yaşlanması ve ortalama yaşam süresinin uzaması, beraberinde toplumsal değişikliklerin yanı sıra birtakım hukuki gelişmeleri de getirmiştir. Bu çalışmanın konusunu, kişilerin karar verme yetilerini kaybettikleri zaman uygulanması için hazırladıkları ve ileriye dönük hasta direktifleri (*advance healthcare directives*) olarak anılan düzenlemeler oluşturmaktadır.⁵ Bununla birlikte şimdiden ileriye dönük hasta direktiflerinin sadece yaşlı nüfus için önem taşımadığının altı çizilmelidir. Zira genç ve sağlıklı bir kimsenin de ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalini dikkate alması, böyle bir durumda bedeni ve yaşamı hakkındaki kararlarda söz sahibi olmak istemesi ve bu yönde bir düzenleme yapma ihtiyacına sahip olması da pekâlâ mümkündür.⁶

¹ Küresel ve demografik megatrendler konusunda ECOSOC tarafından hazırlanmış bir rapor için bkz <https://www.un.org/en/development/desa/population/events/pdf/expert/30/presentations/Monday/Session2/Frank_Swiaczny_UNDESA_PowerPoint_EGM%20CPD53.pdf> Erişim tarihi 15 Mart 2021

² İlgili raporun tam metni için bkz <<https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WorldPopulationAgeing2019-Highlights.pdf>> Erişim tarihi 15 Mart 2021

³ Bölgeler bazında hazırlanan bu rapor için bkz <<https://population.un.org/wpp/Maps/>> Erişim tarihi 15 Mart 2021

⁴ Bkz <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-of-older-adults>> Erişim tarihi 15 Mart 2021. 2019 yılında *Alzheimer’s Disease International* tarafından düzenlenen raporda, dünya genelinde 50 milyondan fazla kişinin demans bastısı olduğu ve bu sayının 2050 yılında 152 milyonu bulabileceği ifade edilmiştir. Bkz <<https://www.alz.co.uk/research/WorldAlzheimerReport2019.pdf>> Erişim tarihi 15 Mart 2021

⁵ İngilizce’de *advance healthcare directive* olarak ifade edilen bu kavramın Türkçe’deki çeşitli olası karşılıkları için bkz Özge Yücel, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (1. baskı, Seçkin 2018) 25.

⁶ Saibe Oktay Özdemir, ‘Tıbbi Müdahaleler Alanında Önceden Verilmiş Talimatlara (Hasta Vasiyeti) İlişkin Gelişmeler ve Türk Hukukundaki Geçerliliği’ iç Saibe Oktay Özdemir ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Galip Sermet Akman’a Armağan* (1. baskı, Filiz 2020) 615.

Aslında ileriye dönük hasta direktifi kavramı hukukumuzda tamamen yabancı bir kavram değildir. Zira bu kavram, Avrupa Konseyi çerçevesinde 1997 yılında imzaya açılan ve Türkiye tarafından 2003 yılında onaylanan *Oviedo Sözleşmesi* olarak da anılan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'yle birlikte sistemimize kısmen de olsa girmiştir.⁷ Anayasa'nın 90. maddesi doğrultusunda iç hukukumuzun bir parçası olan ilgili Sözleşme'nin "önceden açıklanmış istek" başlıklı 9. maddesinde "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*" buyrulmuştur. Ancak söz konusu Sözleşme'nin hiçbir yerinde ileriye dönük hasta direktifi ifadesinin kullanılmadığı ve bunun, direktiflerin bağlayıcı niteliğini dışlamak için bilinçli bir tercih olduğu ifade edilmelidir.⁸ Bununla birlikte, birçok hukuk sisteminde son yıllarda bağlayıcı karaktere sahip ileriye dönük hasta direktiflerine ilişkin düzenlemeler getirildiği görülmektedir.

Konuyu irdelemeye geçmeden önce, çalışmada kullanılan terminolojiye ilişkin birkaç çekincenin ortaya konması gerekmektedir. Çalışmada ileriye dönük hasta direktifi kavramı, kişilerin henüz ayırt etme gücüne sahipken ileride ortaya çıkabilecek ihtimalleri dikkate alarak yaptıkları ve karar verme yetilerini kaybettikleri durumda kendilerine uygulanacak veya uygulanmayacak tedaviyi belirledikleri yönlendirici direktiflerin yanı sıra,⁹ kişilerin ayırt etme gücünden yoksun kaldıkları ihtimalde kendi hayatları hakkındaki bu tür kararları vermek için birini temsilci olarak atadıkları süregelen temsil yetkisi (*continuing/lasting/durable power of attorney*) kurumunu da kapsayacak şekilde, yani geniş anlamda kullanılmıştır.¹⁰

Ancak, aşağıda inceleneceği üzere bazı uluslararası metinlerde ileriye dönük hasta direktifi ifadesinin sadece yönlendirici direktiflere karşılık gelecek şekilde, yani dar anlamda kullanıldığı belirtilmelidir.¹¹ Bu nedenle, bu metinler incelenirken

⁷ Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5013, Kabul Tarihi: 03.12.2003, RG 20.04.2004/25439.

⁸ Roberto Andorno, 'Regulating Advance Directives at the Council of Europe' iç Stefania Negri (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care - Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (1. bası, Brill 2012) 77. Nitekim önceden açıklanmış isteklerin bağlayıcı olmadığı, Sözleşme'nin açıklayıcı raporunda da açıkça belirtilmiştir. Bkz. Oktay Özdemir (n 6) 605; Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.5.1997, 10-11. Açıklayıcı raporun tam metni için bkz <<https://rm.coe.int/16800ccde5>> Erişim tarihi 15 Mart 2021

⁹ Bu çalışmada, karşılaştırmalı hukukta özellikle Anglo-Sakson öğretisinde yönlendirici direktifin yerine kullanılan *living will* kavramının bir tercümesi olan yaşayan vasiyetname kavramı tercih edilmemiştir. Bunun temel sebebi ilgili düzenlemenin bir ölüme bağlı tasarruf olmaması, bu nedenle söz konusu tercümenin yanıltıcı olabileceğinin düşünülmüştür. Benzer yönde bkz Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (1. bası, On İki Levha 2011) 139; Yücel (n 5) 26 ff. Ayrıca bkz İpek Sevdâ Söğüt ve Ekin Tuna, 'Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar' (2017) 12 Tıp Hukuku Dergisi 255, 258. Krş Oktay Özdemir (n 6) 615.

¹⁰ Öğretilerde bunların sırayla talimat direktifi (*instruction directive*) ve vekil direktifi (*proxy directive*) olarak da anıldığı görülmektedir. Bkz Yücel (n 5) 28; Tom Goffin, 'Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe' (2012) 19 European Journal of Health Law 121, 124-125; Jochen Taupitz ve Amina Salkić, 'Advance Directives and Legality of Euthanasia under German Law' iç Stefania Negri (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care - Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (1. bası, Brill 2012) 332.

¹¹ Yücel (n 5) 127.

geniş anlamda ileriye dönük hasta direktifi ifadesi hem yönlendirici direktifleri hem de süregelen temsil yetkisini kapsayacak şekilde, buna karşılık *dar anlamda* ileri dönük hasta direktifi ise sadece yönlendirici direktiflere karşılık gelecek şekilde kullanılacaktır.

Öte yandan, uygulamada pek çok zaman tedaviye ilişkin yönlendirici direktifler ve süregelen temsil kurumları bir arada düzenlendiği ifade edilmelidir. Böylece kişilerin, öngörebildikleri ihtimallere karşı henüz ayırt etme gücüne sahip iken kendi kararlarını vermeleri, öngöremedikleri durumlarda ise bu karar verme yetkisini güvendikleri bir kişiye devretmeleri mümkün olmaktadır.

Bu noktada, çalışmanın devamında sıkça yer verilecek olan süregelen temsil yetkisi kavramına ilişkin de bir çekincenin ortaya konması isabetli olacaktır. Zira bu kavram da hem temsil hem de vesayet kurumlarını içine alan bir çatı kavram olarak kullanılmaktadır.¹² Süregelen temsil yetkisi verilmekle kişinin ayırt etme gücüne sahipken yaptığı ve ayırt etme gücünün kaybı geciktirici şartına bağlı (diğer bir ifadeyle ileriye dönük) ve temsil kabul eden işlemlerin bu kişilerce yapılması sağlanmakta, bunun yanı sıra prensip olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı ve bu nedenle temsil düşmanı kabul edilen birtakım kararların da bu kişilerce alınması mümkün kılınarak vesayet kurumunun kapıları aralanmaktadır.¹³

İleriye dönük hasta direktifi kavramı yakın zamana kadar herhangi bir tedaviyi ya da bakımı kabul etme veya reddetmeye ilişkin kararlar için kullanılan daha dar kapsamlı bir hukuki araçken,¹⁴ bu bakış açısının zamanla değiştiğini söylemek mümkündür. Nüfusun yaşlanmasına paralel olarak toplumda ileride ayırt etme gücünden yoksunluğa sebep olabilecek hastalıkların görünürlüğünün artması, kişilerin kademeli olarak karar verme yetilerini kaybetmeleri riskine karşı daha geniş kapsamlı bir hukuki koruma arayışına girmesi sonucunu doğurmuştur. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle bu çalışmanın başlığında geçen kavramların ortaya çıkışı ve bunlara yüklenen anlamlar incelenecek, ardından karşılaştırmalı hukuk alanında bu yönde yaşanan gelişmelere değinilecektir. Bu doğrultuda Türk hukuk sistemindeki durum incelenecek ve *de lege feranda* önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

II. İleriye Dönük Hasta Direktifi Kavramının Ortaya Çıkışı: Genel Açıklamalar

Bir kimsenin vücut bütünlüğünü etkileyecek tıbbi müdahalelere onay vermesi, temel insan hakları olan yaşam ve vücut bütünlüğünü haklarına yapılan ihlallere

¹² Yücel (n 5) 283.

¹³ Yücel (n 5) 283.

¹⁴ Goffin (n 10) 122, 125.

rıza göstermesi demektir.¹⁵ Bu rıza, aksi takdirde hukuka aykırılık teşkil edecek bu tür müdahaleler açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir. Medeni hukukta karşımıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak çıkan rızanın, yani kişilerin bu tür müdahalelere onay vermek ya da bunları reddetmek yönündeki iradelerinin, kişilik hakkının ve bunun bir görünümü olan özerklik ilkesinin hayata geçirilmesiyle doğrudan ilgili olduğunu söylemek mümkündür.¹⁶ Kişinin bu doğrultudaki iradesini müdahaleyle eş zamanlı olarak ileri sürmesi hâlinde varılan bu sonucun, iradenin öncelenmiş, diğer bir deyişle geleceğe dönük bir şekilde ortaya konulması hâlinde de kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁷

Dolayısıyla kişilerin, daha sonra yaşayabilecekleri fiziksel ya da akli rahatsızlıklar için, henüz ayırt etme güçleri mevcutken hayatlarını şekillendirecek kararlar vermelerinin özerklik ilkesinin bir görünümü olduğunu söylemek mümkündür.¹⁸ Birey özerkliğinin bir alt görünümü olan hasta özerkliği, kişilerin hastalıkları süresince kendi kaderlerini tayin edebilmesi anlamına gelmektedir. Kişilerin bu özerkliği hayata geçirmeye yarayan ileriye dönük hasta direktifleri temel olarak iki farklı şekilde düzenlenmektedir.¹⁹ Bunlardan ilki, bu çalışmada tedaviye ilişkin yönlendirici direktifler olarak anılan, genellikle yazılı şekilde düzenlenen ve kişilerin, ileride karar verme yetilerini kaybetmeleri durumunda devreye girecek talimatlar düzenlenmesidir.²⁰ İkincisiyse kişilerin, bu tür kararları vermesi için güvendikleri birini sağlık durumlarıyla ilgili karar vermek üzere bir temsilci olarak atamalarıdır.²¹

Hasta özerkliği prensibi ve bunun hukuk düzlemine yansımalarını, özellikle son yıllarda hasta hekim ilişkisinde yaşanan bakış açısındaki değişiklikten bağımsız bir şekilde değerlendirmek mümkün değildir. Zira bu ilişki zaman içinde hekim odaklı

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz Yücel (n 5) 37 ff; Saibe Oktay Özdemir, 'Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan) 223, 229; Zafer Kahraman, 'Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 479 ff.

¹⁶ Benzer yönde Oktay Özdemir (n 6) 603.

¹⁷ Yücel (n 5) 124.

¹⁸ Bkz ibid 121; Manuel Trachsel, Christine Mitchell ve Nikola Biller-Andorno, 'Advance Directives Between Respect for Patient Autonomy and Paternalism' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014) 172 ff; Robert S. Olick, 'On the Scope and limits of advanced directives and prospective autonomy' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014) 55-56; Alfred Simon, 'Historical Review of Advance Directives' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014) 3. İleriye dönük hasta direktifi kavramının arkasındaki diğer felsefi temellere ilişkin bir değerlendirme için bkz Miguel A. Sanchez-Gonzalez, 'Advance Directives Outside the USA: Are They the Best Solution Everywhere?' (1997) 18 *Theoretical Medicine* 283, 286 ff.

¹⁹ Andorno (n 8) 73; Trachsel, Mitchell ve Biller-Andorno (n 18) 169. Krş Olick (n 18) 54. Olick, bu iki kategorinin yanı sıra uzun süreli bir temsilcinin atandığı ve temsilciye verilen talimatları içeren bir 'yaşayan vasiyet'in hazırlandığı bir karma kategorinin daha bulunduğunu kabul etmektedir.

²⁰ Bununla birlikte ileriye dönük hasta direktifinin bazen yaşayan vasiyet ile aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı da görülmelidir. Bu yönde örneğin Recommendation CM/Rec(2009)11. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen bu tavsiye kararı için bkz <<https://rm.coe.int/168070965f>> Erişim tarihi 15 Mart 2021. Bu çalışmada ileriye dönük hasta direktifleri hem yaşayan vasiyeti hem de uzun süreli temsilciyi kapsayacak şekilde kullanıldığının bir kere daha altı çizilmelidir.

²¹ Andorno (n 8) 73. *Healthcare proxy* kavramının Türkçe'ye "sağlık hizmeti vekili" olarak da tercüme edildiği görülmektedir. Örneğin bkz Tacir (n 9) 144.

ve paternalist bir ilişki olmaktan git gide uzaklaşmış, hastanın iradesinin ve söz hakkının önem kazandığı karşılıklı bir tedavi ilişkisine dönüşmüştür.²² Bu doğrultuda kişilerin, ileride karar verme yetilerini kaybetme riskini dikkate alarak, rıza verme özgürlüğüne sahip oldukları konularda ileriye dönük bir karar mekanizmasına sahip olmaları gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte günümüzde ileriye dönük hasta direktiflerine yönelik genelgeçer bir yaklaşıma sahip olunduğu yanlıgısına kapılmamak gerekmektedir. Zira bu direktiflere ilişkin hem etik hem de hukuki kaygıların hâlâ devam ettiği ve bu kaygılara ilişkin yaklaşımlar ile söz konusu düzenlemelere bağlanan sonuçların bir hukuk sisteminden diğerine değiştiği görülmektedir.

III. Amerika Birleşik Devletleri'nde İleriye Dönük Hasta Direktifleri

İleriye dönük hasta direktifi kavramının ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ('ABD') henüz 1960'lı yılların sonunda ortaya çıktığını söylemek mümkündür.²³ ABD'de öncelikle ileriye dönük hasta direktifinin bir türü olan tedaviye ilişkin yönlendirici direktif kavramı tartışılmaya başlanmış, uzun süreli temsilci yapısı ise ancak sonraki yıllarda kabul edilmiştir.²⁴ Bu doğrultuda yönlendirici direktiflere ilişkin ilk pozitif dayanağa 1976 yılında Kaliforniya eyaletinde kabul edilen Ölüm Yasası (*Natural Death Act*) ile kavuşulmuştur.²⁵

Bu gelişmelere paralel olarak, ABD'de çeşitli mahkemelerin verdiği yargı kararlarının da ileriye dönük hasta direktiflerine ilişkin hukuki düzenin oturmasında büyük rol oynadığı ifade edilmelidir.²⁶ Bu davalardan ilki, kişilerin tedaviyi reddetme hakkının bulunduğuna, ayırt etme gücünden yoksun kişiler içinse bu rızanın temsilcileri tarafından verilebileceğine hükmedilen 1976 tarihli *Karen Ann Quinlan*

²² Tuğrul Katoğlu, 'Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' (2006) 55(1) AÜHF 157, 164; Taupitz ve Salkić (n 9), 331; Simon (n 18) 4 ff; Barbara A. Brown, 'The History of Advance Directives - A Literature Review' (2003) 29(9) Journal of Gerontological Nursing 4, 4; Marjoire Maguire Shultz, 'From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest' (1985) 95(2) Yale Law Journal 219, 220 ff. Bu değişikliğin bir kanıtının, git gide ardan malpraktis davaları olduğu yönünde bkz Margaret Brazier, 'Patient Autonomy and Consent to Treatment: Role of Law' (1987) 7 Legal Studies 169, 169.

²³ Simon (n 18) 3-4. Bu gelişmede Amerikalı hukukçu Luis Kutner'in büyük katkısı olduğu düşünülmektedir. Bkz Andorno (n 8) 75; Simon (n 18) 4; Yücel (n 5) 19. Yönlendirici direktife karşılık gelecek şekilde kullanılan *living will* ifadesine ilk defa 1969 yılında *Luis Kutner*'in yazmış olduğu bir makalede yer verildiği düşünülmektedir. İlgili makale için bkz Luis Kutner, 'Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal' (1969) 44 Indiana Law Journal 539, özellikle 550 ff. Ayrıca bkz Andorno (n 8) 75; Simon (n 18) 4; Ayşenur Battal, *Hasta Tasarrufları ve Organ Vasıyeti* (2012) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 74. Yazar söz konusu çalışmasında, kişilerin ayırt etme gücüne sahip oldukları bir dönemde verdikleri ve ileride ortaya çıkabilecek belirli hâllerde tedavinin reddedilmesi/sonlandırılmasına ilişkin rızanın, noter ve iki şahit huzurunda verilmesi durumunda geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bunu takiben Amerika Ötanazi Derneği tarafından bir örnek rıza metni yayınlanmıştır. Bkz Simon (n 18) 4; Sanchez-Gonzalez (n 18) 284; Jennifer M. Scherer ve Rita James Simon, *Euthanasia and the Right to Die: A Comparative View* (1. bası, Rowman & Littlefield Publishing 1999) 28.

²⁴ Simon (n 18) 5. Amerikan hukukundaki gelişmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için Söğüt ve Tuna (n 9) 261 ff.

²⁵ Simon (n 18) 4; Sanchez-Gonzalez (n 18) 284-285; Scherer ve Simon (n 23) 28; Brown (n 22) 4; Yücel (n 5) 21.

²⁶ Olick (n 18) 54.

davasıdır.²⁷ Bir diğeriye 1990 yılında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* davasıdır.²⁸ Bu davada ABD Yüksek Mahkemesi, kişilerin tedaviyi reddetme haklarına sahip olduğuna ancak federe devletlerin bu iradenin ortaya konulması bakımından açık ve ikna edici kanıtlar talep etmesinin önünde de anayasal bir engel olmadığına karar vermiştir.²⁹

Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin *Cruzan* kararının ve daha önce benzer yönde verilen diğer kararların temelinde tedaviyi reddederek ölme hakkına ilişkin tartışmanın yer aldığına dikkat çekilmelidir. Bu nedenle ileriye dönük hasta talimatı kavramının da ilk olarak bu çerçevede doğduğunu, tedaviye ilişkin yönlendirici direktiflerinin temel olarak bir pasif ötanazi talebi olarak karşımıza çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.³⁰ İlerleyen yıllarda ise kişinin tedavisiyle ilgili kararlar vermek üzere uzun süreli bir temsilci atayabilmesi de mümkün kılınmıştır. Bu yönde ilk düzenleme 1983 yılında Pensilvanya eyaletinde kabul edilmiştir.³¹

ABD'de *Cruzan* kararıyla aynı yıl Hastaların Kendi Kaderini Tayin Hakkına İlişkin Yasa (*Patient Self-Determination Act*) kabul edilerek ileriye dönük hasta direktiflerinin kullanımının yaygınlaşması için önemli bir adım daha atılmıştır. Bu doğrultuda ilgili Yasa'nın kapsamına giren tüm sağlık hizmeti sunan kişilerin, hastaları ileriye dönük hasta direktifi hazırlama hakları konusunda bilgilendirmelerinin zorunlu olduğu

²⁷ *In re Quinlan* 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (NJ 1976). Karara konu olan uyuşmazlıkta *Quinlan* bir kaza sonucunda bitkisel hayata girmiş, ailesi ise kızlarının yaşam destek ünitesinden çıkarılmasını, yani tedavinin sonlandırılmasını talep etmiştir. Ailenin bu yöndeki talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş, ancak temyiz mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Karara ilişkin olarak bkz Brown (n 22) 4 ff; Olick (n 18) 54-55. Karara ilişkin Türkçe bir değerlendirme için bkz Erika Biton Serdaroğlu, 'Ötanazi - Ölme Hakkı' (2016) 22(3) MÜHFHAD (Cevdet Yavuz'a Armağan) 463, 475-476. Bu karar, diğer federe devletlerin mahkemeleri açısından bağlayıcı olmasa da, sonraki yıllarda hemen hemen tüm devletlerde aynı yönde verilen mahkeme kararları açısından bir örnek teşkil etmiş, bu nedenle ileriye dönük hasta direktifi kavramının gelişmesinde bir dönüm noktası olmuştur. Bkz Olick (n 18) 55; Simon (n 18) 4. Ayrıca bu kararın 1976 yılında Kaliforniya'da kabul edilen Doğal Ölüm Yasası'na temel hazırladığı yönünde bkz Simon (n 18) 4.

²⁸ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990). Bu davaya konu olan uyuşmazlık da *Quinlan* davasına benzer şekilde, bitkisel hayata giren *Cruzan*'ın ailesinin, bundan birkaç yıl sonra kızlarının ölümüne yol açacak olmasına rağmen beslenme tüpünün çıkarılmasını talep etmeleri ve bu talebin hastane tarafından reddedilmesi üzerine çıkmıştır. Bu uyuşmazlığa ilişkin önemli bir ayrıntı, bir araba kazası sonucunda bitkisel hayata giren *Nancy Cruzan*'ın, daha önce bir arkadaşına böyle bir durumda yaşamayı istemeyeceğine dair bir beyanda bulunmuş olmasıdır. Karara ilişkin Türkçe bir değerlendirme için bkz Yücel (n 5), 21 ff.

²⁹ Brown (n 22) 4-5; Bruce J. Winick, 'Advance Directive Instruments for Those With Mental Illness' (1996) 51(1) University of Miami Law Review 57, 59.

³⁰ Marie-Jo Thiel, 'Personal Capacity to Anticipate Future Illness and Treatment Preferences' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014) 18.

³¹ Simon (n 18) 5; Brown (n 22) 4.

hükme bağlanmıştır.³² Bu sayede kişilerin ileriye dönük hasta direktifi düzenlemeleri konusunda bilgilendirilmesi ve teşvik edilmesi amaçlanmıştır.³³

Ancak buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılabilceği üzere, ABD’de ileriye dönük hasta direktifleri bağlamında yapılan tartışmaların ve hukuki düzenlemelerin daha ziyade koma veya bitkisel hayat gibi durumlarda tedavinin sonlandırılması, diğer bir deyişle ölme hakkı çerçevesinde şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık kişilerin, söz gelimi Alzheimer’s gibi ilerleyici bir hastalıkları söz konusu olduğunda, ileride karşılaşılabilecekleri muhtelif zorlukları öngörerek bir düzenleme yapabilmeleri, yani yaşam sonuna ilişkin değil bu sürece dair karar verme hakkına sahip olup olmamaları gerektiği çok daha yeni bir tartışmadır.

Bu doğrultuda ABD’de çeşitli sivil toplum örgütleri tarafından hazırlanan ve kamuoyuna sunulan birtakım ileriye dönük hasta direktifi formlarının bulunduğu gözlemlenmektedir.³⁴ Öğretide bunlar ileriye dönük akıl sağlığı direktifi (*mental health advance directive*) olarak da anılmaktadır.³⁵ Bunların standart direktiflerden temel farkı, sadece yaşam sonu kararlarını değil, yaşamın devamı süresince, günlük işleyişe ilişkin tercihleri de kapsamıdır. Örneğin hastalığın ilerlemesi durumunda, kişinin bakımını nerede ve kim tarafından yapılmasını arzu ettiğine veya masrafların nasıl karşılanmasını istediğine ilişkin kararına bu direktiflerde yer vermesi mümkündür. Bu bağlamda ilk yasal düzenlemeyi yapan eyalet 2003 yılında Washington olmuştur.³⁶ Ancak psikiyatrik hastalıklar söz konusu olduğunda, ileriye dönük hasta direktiflerine kuşkuyla bakıldığını söylemek mümkündür.³⁷ Nitekim bu yüzden söz konusu düzenlemelerde tedaviyi yapacak kişilere hastanın talimatlarını uygun olmadıkları gerekçesiyle uygulamama konusunda geniş bir takdir yetkisi

³² Ayrıntılı bilgi için bkz Brown (n 22) 5; Edward J. Larson ve Thomas A. Eaton, ‘The Limits of Advance Directives: A History and Assessment of the Patient Self-Determination Act’ (1997) 32(2) Wake Forest Law Review 249, 250 ff.

³³ Bkz Söğüt ve Tuna (n 9) 262-263; Gail Gunter-Hunt, Jane E. Mahoney ve Carol E. Sieger, ‘A Comparison of State Advance Directive Documents’ (2002) 42(1) The Gerontologist 51, 51 ff; Simon (n 18) 5. Söz konusu Yasa’nın kabul edilmesinin arka planına ve etkilerine ilişkin bir değerlendirme için bkz Larson ve Eaton (n 32) 249-294. Bugün ABD’nin tüm eyaletlerinde kişilerin bu talimatlardan yararlanması için gerekli hukuki alt yapının bulunduğunu söylemek mümkündür. Bkz Gunter-Hunt, Mahoney ve Sieger (n 34) 51-52; Simon (n 18) 4; Andorno (n 8) 76. Daha da önemlisi, bu hukuki alt yapının etkinliğine ve yerindeliğine ilişkin hukuki tartışmaların hala devam ediyor olmasına rağmen uygulamada kişilerin bu yapıya gittikçe artan bir şekilde başvuruyor olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda 2010 yılında yapılmış ayrıntılı bir ampirik çalışma için bkz Maria J. Silveria, Scott Y. H. Kim ve Kenneth M. Langa, ‘Advance Directives and Outcomes of Surrogate Decision Making Before Death’ (2010) 362 The New England Journal of Medicine 1211. Krş Simon (n 18) 6. 2017 yılı itibarıyla her üç ABD’li yetişkinden birinin ileriye dönük hasta direktifi hazırladığı yönünde bir araştırma için bkz Kuldeep Yadav ve diğerleri, ‘Approximately One in Three US Adults Completes Any Type of Advance Directive for End-of-Life Care’ (2017) 36(1) Health Affairs 1244.

³⁴ Örneğin End of Life Washington Derneği tarafından hazırlanan direktif için bkz <<https://www.deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2019/08/End-of-Life-WA-Dementia-Advanced-Directive-2019.pdf>> Erişim tarihi 15 Mart 2021. End of Life New York Derneği tarafından hazırlanan bir başka örnek için bkz. <https://endoflifechoicesny.org/wp-content/uploads/2018/03/3_24_18-Dementia-adv-dir-w-logo-no-donation-language.pdf> Erişim tarihi 15 Mart 2021. 2017 yılında Dr. Barak Gaster tarafından hazırlanmış bir diğer seçenek için bkz <<https://static1.squarespace.com/static/5a0128cf8fd4d22ca11a405d/t/5cd9ef571c10b87cbaf4676/1557786582104/dementia-directive.pdf>> Erişim tarihi 15 Mart 2021.

³⁵ Lisa Brodoff, ‘Planning for Alzheimer’s Disease with Mental Health Advance Directives’ (2009) 17(2) Elder Law Journal 239, 239 ff.

³⁶ Revised Code of Washington, Bölüm 71.32. İlgili yasa metni için bkz <<https://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=71.32>> Erişim tarihi 27 Nisan 2020.

³⁷ Brodoff (n 35) 251.

tanındığı,³⁸ bu nedenle bu direktiflerin bağlayıcılığı konusunda soru işaretlerinin bulunduğu belirtilmelidir.³⁹

IV. Genel Olarak Kara Avrupası Sistemlerinde İleriye Dönük Hasta Direktifleri

İleriye dönük hasta direktifi kavramının Kara Avrupası sistemlerinde tartışılmaya ve hukuki bir temele oturtulmaya başlanmasının ABD'ye kıyasla daha güncel bir gelişme olduğu ifade edilmelidir.⁴⁰ Kara Avrupası sistemlerinde bu yönde hukuki gelişmelerin özellikle geçtiğimiz yirmi yılda hızlandığı gözlemlenmektedir.⁴¹ Bu gelişmelerden ilki 1997 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir. Çalışmanın başında da belirtildiği üzere söz konusu Sözleşme'nin 9. maddesiyle ileriye dönük hasta direktifi kavramı Kara Avrupası hukuk sistemlerine mütevazı bir giriş yapmıştır.⁴² Öte yandan Kara Avrupası sistemlerinde ileriye dönük hasta direktifi kavramının ve buna bağlanan hukuki sonuçların yeknesak bir şekilde geliştiğini söylemek mümkün değildir.⁴³ Tam aksine, bu ülkelerin ileriye dönük hasta direktiflerine bakış açısı ve sunduğu bağlayıcılığın önemli derecede ayrıştığı gözlemlenmektedir.⁴⁴ Bazı ülkeler İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne taraf olmamakla birlikte, ileriye dönük hasta direktifleri için hukuki bir düzenlemeye sahiptir. Örneğin Avusturya 2006'da kabul edilen bir yasayla bağlayıcı niteliğe sahip ileriye dönük hasta direktifleri mümkün kılmıştır.⁴⁵ Almanya da bu Sözleşme'ye taraf olmamakla birlikte 2009 yılında Medeni Kanunu'nda bu yönde önemli değişiklikler yapmıştır.⁴⁶ Öte yandan Türkiye gibi bazı ülkeler Sözleşme'ye taraf olmakla birlikte ileriye dönük hasta direktiflerinin bir hukuki temele oturtulması konusunda kayda değer bir adım atmamıştır.⁴⁷ Bu yönde düzenleme yapan sistemler arasında da tercih farklılıkları olduğu belirtilmelidir.⁴⁸

³⁸ Örneğin bkz Revised Code of Washington, Bölüm 71.32.150.

³⁹ Brodoff (n 35) 251.

⁴⁰ Andorno (n 8) 75-76; Simon (n 18) 6.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için Oktay Özdemir (n 6) 605 ff.

⁴² Simon (n 18) 6. Bu Sözleşme'nin Avrupa ülkeleri açısından asgari bir uzlaşma olduğu yönünde bkz Goffin (n 10) 122.

⁴³ Anne Röthel, 'Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive' (2007) FPR Heft 3 79, 79.

⁴⁴ Simon (n 18) 6-7. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz Denard Veshi ve Gerald Neitzke, 'Advance Directives in Some Western European Countries: A Legal and Ethical Comparison Between Spain, France, England and Germany' (2015) 22 European Journal of Health Law 321. Ayrıca bkz Council of Europe Steering Committee on Bioethics Report to the Council of Europe based on the 18-22 June 2008 "Exploratory Workshop on Advance Directives" organized by the Institute of Biomedical Ethics of the University of Zurich with the support of the European Science Foundation (ESF), Report prepared by Prof. Roberto Andorno, 6. İlgili raporun tam metni için bkz <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168039e8e0>> Erişim tarihi 15 Mart 2021

⁴⁵ Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG) StF: BGBl. I Nr. 55/2006.

⁴⁶ Bkz. Bürgerliches Gesetzbuch ('BGB'), § 1901a vd.

⁴⁷ Bkz. Yücel (n 5) 281. Bu bağlamda Türk hukukundaki en önemli düzenlemenin Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 2014 yılında değiştirilen ve "Hastanın Rızası ve İzin" başlıklı 24. maddesi olduğunu söylemek mümkündür. Buna ilişkin olarak bkz aşağıda Bölüm V.

⁴⁸ Simon (n 18) 7.

Aşağıda öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve buna ilişkin Avrupa Konseyi Tavsiye Kararına değinilecektir. Bunun sebebi, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türkiye iç hukukunun bir parçası olan bu düzenlemenin sunduğu hukuki çerçevenin daha iyi anlaşılmasıdır. Ardından seçilmiş Kara Avrupası sistemlerinde yönlendirici direktifler ve süregelen temsil yetkisi kurumları açısından ne tür yasal düzenlemelerle karşılaşıldığı kısaca incelenecektir. Bu karşılaştırmalı çalışmanın temel sebebi, ileriye dönük hasta direktiflerinin hukuki alt yapısına ilişkin, ileride Türk hukukunda olası bir yasal düzenleme açısından yol gösterici olabilecek tercih farklılıklarını ortaya koymaktır.

A. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve Avrupa Konseyinin 2009(11) Tavsiye Kararı

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin konumuz açısından önem taşıyan 9. maddesini kısaca incelemeye geçmeden önce, Sözleşme'nin ileriye dönük hasta direktiflerinin en azından dikkate alınmasını zorunlu kılan Avrupa düzeyindeki ilk bağlayıcı hukuki enstrüman olduğu belirtilmelidir.⁴⁹ Avrupa Konseyi'nin 2009 tarihli Ehliyetsizlik Durumları İçin Süregelen Temsil Yetkisi ve İleriye Dönük Hasta Direktiflerine ilişkin tavsiye kararı (CM/Rec(2009)11) ise Sözleşme'nin aksine bağlayıcı niteliğe sahip olmayan, bir *soft law* aracıdır.⁵⁰ Bununla birlikte söz konusu tavsiye kararın, ileriye dönük hasta direktifi kavramının Avrupa Konseyi ülkelerinde şekillenmesinde büyük rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁵¹ Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinileceği üzere, ileriye dönük hasta direktifi kavramının ilk olarak ortaya çıktığı ABD'nin aksine, Kara Avrupası sistemlerinde tedaviye ilişkin yönlendirici direktiflerinden ziyade, süregelen temsil yetkisi verilmesi yolunun tercih edildiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda aynı yaklaşımı benimseyen tavsiye kararın, Avrupa Konseyi üyeleri açısından bir uzlaşmayı simgelediği veya ileride yapılacak düzenlemeler için bir kılavuz teşkil ettiği söylenebilir.⁵²

Sözleşme'nin “önceden açıklanmış istek” başlıklı 9. maddesi şu şekildedir: “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*” Söz konusu çerçeveye hükmün sorunlu addedilebilecek ilk özelliği, önceden açıklanmış isteklerin nasıl, hangi şekilde, hangi şartlar altında açıklanabileceğini düzenlememesi ve bunların “*göz önüne alınacağını*” ifade ederek söz konusu isteklerin bağlayıcı niteliğini emredici kılmaktan imtina etmesidir.⁵³ Bununla birlikte, söz konusu hükmün en azından Sözleşme'ye taraf ülkelerde bu isteklerin tavsiye

⁴⁹ Andorno (n 8) 76.

⁵⁰ Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, Recommendation CM/Rec(2009) 11. Tam metin için bkz <<https://rm.coe.int/168070965f>> Erişim tarihi 15 Mart 2021

⁵¹ Andorno (n 8) 85.

⁵² Bkz Andorno (n 8) 85.

⁵³ Krş Goffin (n 10) 137 ff.

niteliğinin kabul edilmesi bakımından önemli bir adım olduğu itiraf edilmelidir.⁵⁴ 9. maddenin eksik kaldığı bir diğer yön ise ileriye dönük hasta direktiflerinden sadece önceden açıklanmış isteklerden, yani yönlendirici direktiflerden bahsetmesi, buna karşılık süregelen temsil yetkisi yapısını göz ardı etmesidir.⁵⁵

Avrupa Konseyi'nin 2009 yılında sunduğu tavsiye kararında bu olumsuzlukların törpülenmesine ve söz konusu hükmün somutlaştırılmasına ilişkin birtakım adımlar atıldığı görülmektedir. Söz konusu tavsiye kararın başlığından da anlaşılabilir olduğu üzere, öncelikle “önceden açıklanmış istekler” kavramı, tedaviye ilişkin yönlendirici direktifler, yani dar anlamda ileriye dönük hasta direktifleri⁵⁶ ve süregelen temsil yetkisi olarak ikiye ayrılmıştır.⁵⁷ Böylece Sözleşme'nin 9. maddesinde göz ardı edilen süregelen temsil yetkisine dikkat çekilmiştir. İlgili Karar'da, yönlendirici direktifler ve süregelen temsil yetkileri açısından toplam 17 ilke ortaya koyulmuştur. Bu doğrultuda Devletlerin kişilerin kendi kaderlerini tayin edebilmesi ve özerklik ilkelerine öncelik vermeleri gerektiği vurgulandıktan sonra (1. İlke), süregelen temsil yetkisi ve dar anlamda ileriye dönük hasta direktifi kavramları tanımlanmıştır (2. İlke).

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, yönlendirici direktiflerin bağlayıcılığı konusunda benimsenen çekimser tutumun tavsiye kararda da devam etmiş olmasıdır.⁵⁸ 15. İlke uyarınca Devletlerin bu istekleri bağlayıcı kılıp kılmamak konusunda serbest oldukları açıkça hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, yönlendirici direktiflere, bunların bağlayıcı olmadığı durumlarda dahi olabildiğince saygı duyulması gerektiği (Sözleşme'den biraz farklı bir dille) ifade edilmiştir.⁵⁹

Tavsiye kararın 3 ila 13. İlkeleri süregelen temsil yetkisine ilişkin olup, yönlendirici direktiflere ilişkin sadece dört İlkeye yer verilmiştir. Bunun temel sebebinin Kara Avrupası sistemlerinde temsil ve vekalet kurumlarının çok uzun zamandan beri kullanılan hukuki araçlar olmasına karşılık, yönlendirici direktif yapısının bu sistemlere yabancı olması olduğu düşünülmektedir.⁶⁰ Bir diğer önemli sebep ise, kişilerin fiil ehliyetine sahip oldukları dönemde kaleme aldıkları yönlendirici direktiflerin içerebileceği muğlak ifadelerin veya bu iradenin tabiri caizse yaşlanması

⁵⁴ Andorno (n 8) 76.

⁵⁵ Andorno (n 8) 77.

⁵⁶ Tavsiye kararda ileriye dönük hasta direktifi (*advance directive*) kavramı, sadece yönlendirici direktiflere (ya da *living will*) karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Bkz Andorno (n 8) 79; Yücel (n 5) 127.

⁵⁷ Yücel (n 5) 283. Sözleşme'nin 9. maddesinde ve bu maddenin şerhinde süregelen temsil yetkisi mekanizmasının tamamen göz ardı edildiği, bu boşluğun 2009 tarihli tavsiye kararla doldurulduğu belirtilmelidir. Bkz Andorno (n 8) 77.

⁵⁸ Andorno (n 8) 77.

⁵⁹ Sözleşme'nin 9. maddesinde önceden açıklanmış isteklerin göz önüne alınacağı (*shall be taken into account*) hükmüne bağlanmıştır. Buna karşılık tavsiye kararın 15. İlkesinde ise bu ifadelerle saygı duyulması gerektiği (*should be given due respect*) belirtilmiştir. İkinci ifadenin ilkinke kıyasla daha güçlü bir anlama sahip olduğu yönünde bkz Andorno (n 8) 84-85.

⁶⁰ Andorno (n 8) 80.

ve çağın gerisinde kalması riskinin, bu konularda karar vermesi için atanan süregelen temsil yetkisi kurumunda mevcut olmamasıdır.⁶¹

Bu çalışmanın konusu bakımından tavsiye kararın süregelen temsil yetkisinin ve yönlendirici direktiflerin içeriğine ilişkin 3. ve 14. İlkeleri ayrı bir önem arz etmektedir. Bu doğrultuda bu düzenlemelerin sadece tıbbi müdahaleler, söz gelimi tedavinin reddi veya sona erdirilmesi gibi kararlarla sınırlı olarak değil, bunun dışında kalan ekonomik, finansal, sosyal veya şahsi konulara da ilişkin olabileceği ifade edilmiştir.⁶² Nitekim İlkelerde süregelen temsil yetkisine ve tedaviye ilişkin yönlendirici direktiflere verilen ilgi bakımından göze çarpan bir orantısızlık bulunmasının bir nedeninin de, süregelen temsil kurumunun sağlık bakımı kararları dışında kişinin yaşamının diğer alanlarına da sirayet eden, söz gelimi finansal veya kişinin yaşam biçimine ilişkin diğer kararlar açısından da etkin bir yöntem olmasına karşılık, yönlendirici direktiflerin genellikle sadece sağlık sorunları için belirleyici bir hukuki araç olarak görülmesi, diğer bir deyişle daha dar kapsamlı olması olduğunu söylemek mümkündür.⁶³

B. Yönlendirici Direktiflere İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış

Kara Avrupası sistemlerinde ileriye dönük hasta direktiflerine ilişkin düzenlemeler değerlendirirken yukarıda açıklanan gelişmelere paralel olarak ikili bir ayırım yapılması mümkündür. Bu ayırımın ilk ayağını yönlendirici direktifler oluşturmaktadır. Kara Avrupası sistemlerinde yönlendirici direktiflere ilişkin yasama faaliyetlerinin, nüfusun yaşlanması olgusuna paralel olarak, özellikle son yirmi yılda ivme kazandığını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda söz gelimi Fransız hukukunda 2005,⁶⁴ Avusturya hukukunda 2006,⁶⁵ İsviçre hukukunda 2008,⁶⁶

⁶¹ Andorno (n 8) 80.

⁶² Andorno (n 8) 79. 3.

⁶³ Andorno (n 8) 80.

⁶⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. 2005 yılında yapılan bu düzenlemenin 2016 yılında yeniden gözden geçirildiği ve yönlendirici direktiflerin kapsamının genişletilerek bağlayıcılık gücünün artırıldığını söylemek mümkündür. Öyle ki 2005 yılında yapılan düzenlemeyle yönlendirici direktiflerin dikkate alınacağı (*consulter*) hükme bağlanmışken, 2016 yılında yapılan değişiklikte bunların hekim açısından kural olarak bağlayıcı olduğunun (*s'imposer*) açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bkz Augustin Boulanger, 'Les directives anticipées et le désir de maîtrise de sa fin de vie' (2017) 146-147 Médecine & Droit 136, 137.

⁶⁵ Bundesgesetz über Patientenverfügungen (PatVG), BGBl. I Nr. 55/2006.

⁶⁶ Loi fédérale du 19 déc. 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), RO 2011 725. İsviçre hukukunda yapılan değişikliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Oktay Özdemir (n 15) 232 ff.

Alman hukukunda 2009,⁶⁷ ve İtalyan hukukunda 2017⁶⁸ yılında önemli adımlar atıldığı görülmektedir.

Kara Avrupası sistemlerinde yönlendirici direktiflerin düzenlenmesine ilişkin farklı yolların izlendiğini ve içeriğine ilişkin değişik tercihlerin yapıldığını söylemek mümkündür. Kuşkusuz bu tercihlerin tüm boyutlarıyla incelendiği bir karşılaştırmalı hukuk araştırması bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır.⁶⁹ Ancak ilk bakışta şu çıkarımların yapılması mümkündür:

- Yönlendirici direktiflere ilişkin kuralların bazı sistemlerde özel düzenlemeler ile, bazılarında ise mevcut kanunlara yapılan eklemelerle getirildiği görülmektedir. Bu açıdan özellikle Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde olduğu gibi yönlendirici direktiflere ilişkin hükümlerin Medeni Kanun'a alınması tercihinin, kişilerin ileriye dönük hasta direktifi düzenleme hakkının kişi varlığından kaynaklanan bir özel hukuk meselesi olduğu yönündeki politik kanyaya işaret ettiğine değinmekte yarar vardır.⁷⁰

- Kara Avrupası sistemlerinde yönlendirici direktiflerin geçerliliği için aranan şekil şartlarına ilişkin de farklı tercihlere yer verildiğini söylemek mümkündür. Örneğin Alman hukukunda yönlendirici direktiflerin geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmış olmalarına bağlı iken (BGB 1901a),⁷¹ İsviçre hukukunda nitelikli bir yazılı şekil şartı arandığı görülmektedir (İsviçre Medeni Kanunu ('ZGB') Art. 371).⁷² İtalyan ve Avusturya hukuk sistemlerinde ise bunlara ek olarak birtakım şartlar daha arandığı görülmektedir. İtalyan hukukuna göre kişinin geçerli bir yönlendirici direktif düzenleyebilmesi için öncesinde bir hekim tarafından bunun sonuçlarına ilişkin

⁶⁷ Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009. İlgili Kanun'un siyasal arka planına ilişkin kısa bir değerlendirme için bkz Urban Wiesing ve diğerleri, 'A New Law on Advance Directives in Germany' (2010) 36 Law, Ethics and Medicine 779, 779-780; Uwe H. Schneider, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. bası, C. H. Beck 2020) §1901a, Nr 1. Alman hukukunda yönlendirici direktiflere (*Patientenverfügung*) ilişkin ilk yasal düzenleme, 2009 yılında Alman Medeni Kanunu'nun ('BGB') vesayete ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmasına ilişkin bu Kanun ile BGB'ye eklenen § 1901a ve devamı maddeleriyle yapılmıştır. Bununla birlikte, ilgili yasal düzenlemeden önce de Almanya'da bu kavramın tartışıldığını ve uygulamada kullanıldığını söylemek mümkündür. Bkz Thomas Diehn ve Ralf Rebhan, 'Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung' (2010) NJW Heft 6 326, 326. Benzer yönde ayrıca bkz Veshi ve Neitzke (n 44) 342. Nitekim Federal Mahkeme'nin Almanya'da düzenlenmiş bir direktife ilişkin olarak 2003 yılında vermiş olduğu tartışmalı bir kararın söz konusu yasanın hazırlanmasına zemin hazırladığı ifade edilmektedir. Bkz Schneider (n 67), §1901a Nr 1; Wiesing ve diğerleri (n 67) 779; Sascha Lanzrath, *Patientenverfügung und Demenz* (1. bası, Lit Verlag Berlin 2016) 10 ff.

⁶⁸ Legge Italiana n. 219/2017: conseguenza sul consenso informato del malato psichiatrico e sul privilegio terapeutico. Ayrıntılı bilgi için bkz Enkeleja Koka ve Denard Veshi, 'A New Law of "Living Will" in Italy: A Critical Analysis' (2019) 40 Liverpool Law Review 113.

⁶⁹ Alman hukukundaki düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Oktay Özdemir (n 6) 609 ff; Söğüt ve Tuna (n 9), 270 ff; Yener Ünver ve Suzan Kaya, *Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı* (1. bası, Seçkin 2017) 19 ff. İsviçre hukukundaki düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Oktay Özdemir (n 6) 607 ff; Oktay Özdemir (n 15) 232 ff; Söğüt ve Tuna (n 9) 284 ff. Fransız hukukuna ilişkin olarak bkz Oktay Özdemir (n 6) 611 ff.

⁷⁰ Veshi ve Neitzke (n 44) 330.

⁷¹ Ünver ve Kaya (n 69) 48.

⁷² Lukas Heckendorn Urscheler, 'Allgemeine Einleitung' iç Andrea Büchler ve diğerleri (edr) *FamKomm Erwachsenenenschutz* (1. bası, Stämpfli Verlag 2013) 75. Alman hukuku için bkz Volker Lipp ve Daniel Brauer, 'Patientenvertreter, Betreuungsgericht und Patientenwille' iç Wolfram Höfling (ed) *Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz* (1. bası, Nomos 2011) 39. İsviçre hukuku için bkz Dominique Manaï, 'Les Directives Anticipées en Droit Suisse' iç Stefania Negri (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care - Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (1. bası, Brill 2012) 273. Ayrıca bkz Oktay Özdemir (n 15) 236; S. Hülya İmamoğlu, 'Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler' (2016) 65(1) AÜHFD 199, 205.

aydınlatılmış olması gerekmektedir (Legge n. 219/2017, Art. 4(1)).⁷³ Bunun yanı sıra bu direktiflerin kural olarak resmi şekilde yapılması gerektiği öngörülmüştür (Legge n. 219/2017, Art. 4(6)).⁷⁴ Avusturya hukukunda ise yönlendirici direktifin düzenlenmesinden önce bir hekime danışılması bu direktifin sonuçlarıyla ilgili ayrıntılı bilginin alınması,⁷⁵ yönlendirici direktifin belirli bir tedavinin reddine⁷⁶ ilişkin olması ve direktifin bir avukat, noter veya Kanun'da öngörülen diğer kişilerin huzurunda düzenlenmesi gerekmektedir (PatVG § 5).⁷⁷

- Sistemlerin ayrıştığı bir diğer nokta ise yönlendirici direktiflerin belirli bir süreye bağlı olup olmadığına ilişkindir.⁷⁸ Alman ve İsviçre hukuklarında yönlendirici direktifler açısından bir geçerlilik süresi öngörülmüş değildir.⁷⁹ Buna karşılık örneğin Avusturya hukukunda yönlendirici direktifler için en fazla 8 yıllık bir geçerlilik süresi öngörülmüştür (PatVG § 7).⁸⁰ Fransız hukukunda ise yönlendirici direktiflerin ilk olarak pozitif düzenlemeye kavuşturulduğu 2005 yılında bu direktiflerin geçerliliği için 3 yıllık bir üst süre öngörülmüş olmasına rağmen 2016 yılında yapılan değişiklikle bu karardan vazgeçildiği görülmektedir.⁸¹

- Yönlendirici direktiflerin geçerliliğine ilişkin olarak aranan ehliyet şartı bakımından Alman (BGB § 1901a), Fransız (Code de la santé publique Art. L1111-11) ve İtalyan (Legge n. 219/2017, Art. 4) hukuk sistemlerinde reşit olma şartı aranırken,⁸² Avusturya (PatVG § 3) ve İsviçre hukuklarında (ZGB Art. 370) düzenleyen kişinin ayırt etme gücüne sahip olması kıstas olarak belirlenmiştir.⁸³ Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün de yönlendirici direktif düzenleyebileceği kabul edilmiştir.⁸⁴

- Bahsi geçen hukuk sistemlerinde izin verilen yönlendirici direktiflerin kapsamına hangi kararların girebileceği konusunda da bir yeknesaklık bulunduğunu söylemek güçtür. Örneğin Fransız hukukunda bir tedavinin ya da tıbbi bir müdahalenin

⁷³ Rosagemma Ciliberti ve diğerleri, 'The Italian law on informed consent and advance directives: New rules of conduct for the autonomy of doctors and patients in end-of-life care' (2018) 48 Journal of Critical Care 178, 179.

⁷⁴ ibid 179.

⁷⁵ İsviçre hukukunda bu doğrultuda açık bir düzenleme bulunmasa da aynı şartın İsviçre hukuku bağlamında düzenlenen yönlendirici direktifler açısından da aranması gerektiği yönünde bkz Manaï (n 72) 274. Alman hukuku için benzer yönde bkz Ünver ve Kaya (n 69) 58-59.

⁷⁶ Maria Kletečka-Pulker, 'Grundzüge und Zielsetzungen des Patientenverfügungs-Gesetzes' iç Ulrich Körtner, Christian Kopetzki ve Maria Kletečka-Pulker (edr) *Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz* (1. bası, Springer 2007) 83.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz ibid, 85 ff. Yönlendirici direktiflerin geçerliliğine ilişkin bu katı şartlara yönelik bir eleştiri için bkz Gerhard Aigner, 'Das Patientenverfügungs-Gesetz – Historie und Ausgangslage' iç Ulrich Körtner, Christian Kopetzki ve Maria Kletečka-Pulker (edr) *Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz* (1. bası, Springer 2007) 78-79.

⁷⁸ Heckendorn Urscheler (n 72) 74.

⁷⁹ Schneider (n 67), BGB § 1901a Nr 15; Taupitz ve Salkić (n 9) 346; Manaï (n 72) 276.

⁸⁰ İlgili Yasa'da 2019 yılında yapılan değişiklikten (BGBl. I Nr. 12/2019) önce bu sürenin 5 yıl olarak belirlendiğine işaret edilmelidir.

⁸¹ Boulanger (n 64)137; Patrick Mistretta, 'De l'art de légiférer avec tact et mesure : à propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016' (2016) 8 La Semaine Juridique - Edition Générale 417, 421.

⁸² Bu yaş sınırnın öğretilerde eleştirildiği belirtilmelidir. Bkz Ünver ve Kaya (n 69) 46; Taupitz ve Salkić (n 9) 343.

⁸³ Kletečka-Pulker (n 76) 85; Manaï (n 72) 273-274.

⁸⁴ Kletečka-Pulker (n 76) 85; Manaï (n 72) 274.

sürdürülmesine, sınırlandırılmasına, durdurulmasına ya da reddedilmesine ilişkin kararların yönlendirici direktiflerin konusunu oluşturabileceği açıkça düzenlenmişken (Code de la santé publique Art. L1111-11),⁸⁵ Avusturya hukukunda yönlendirici direktifin belirli bir tedavinin reddine ilişkin olması gerektiği hükme bağlanmıştır (PatVG § 5).⁸⁶

- Bu bağlamda kişilerin düzenledikleri yönlendirici direktiflerin kayıt altında tutulduğu bir sicilin öngörülüp öngörülmediği hususuna da değinmek gerekir.⁸⁷ Alman hukukunda Federal Noterler Birliği nezdinde tutulan merkezi bir sicil bulunduğu görülmektedir.⁸⁸ Avusturya hukukunda da kişilerin hazırladıkları yönlendirici direktifleri dilerse yine noterler birliği nezdinde tutulan yönlendirici direktif siciline kaydettirmeleri mümkündür.⁸⁹ Fransız hukukunda da benzer şekilde yönlendirici direktiflerin istenirse kişinin paylaşılan sağlık dosyasında saklanabileceği ve bunun da ulusal bir sicilde kayıt altında tutulabileceği kabul edilmiştir.⁹⁰

Yukarıda anılan tüm hukuk sistemlerinde geçerli bir şekilde düzenlenmiş olan yönlendirici direktiflerin prensip olarak bağlayıcı nitelikte olduğunun ve hekim tarafından gözetilmesinin gerekli olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte bu direktiflerin her şartta bağlayıcı olduğu yanlıgısına da kapılmamak gerekir. Zira ilgili hukuk sistemlerinde, direktiflerin uygulanması veya uygulanmaması için öngörülen çeşitli kontrol mekanizmaların da düzenlendiği görülmektedir.⁹¹

- Örneğin Alman hukukunda geçerli bir şekilde düzenlenmiş olan yönlendirici direktiflerin uygulanabilmeleri için adeta ikinci bir denetime tâbi tutulduğu görülmektedir.⁹² İlgili hüküm uyarınca vasi (veya varsa bu direktifi hayata geçirmekle yetkilendirilmiş temsilci),⁹³ bu düzenlemenin güncel yaşam ve tedavi durumuna uygun olup olmadığını denetlemek ve eğer uygun olduğuna kanaat getirirse kişinin düzenlediği bu talimatın yerine getirilmesini sağlamakla yükümlüdür.⁹⁴ Prensip

⁸⁵ İlgili hükümde 2016 yılında yapılan değişiklikten önce, yönlendirici direktiflerin sadece bir tedavinin sınırlandırılmasına ya da durdurulmasına ilişkin olabileceğinin hükme bağlandığı, 2016 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile bu kapsamın genişletildiği ifade edilmektedir. Bkz Mistretta (n 81) 421.

⁸⁶ Kletečka-Pulker (n 76) 83.

⁸⁷ Bkz Heckendorn Urscheler (n 72) 75-76.

⁸⁸ Bkz <<https://www.vorsorgeregister.de>> Erişim tarihi 23 Ekim 2020.

⁸⁹ Peter Kunz, 'Patientenverfügung aus der Sicht der anwaltlichen Praxis' iç Ulrich Körtner, Christian Kopetzki ve Maria Kletečka-Pulker (edr) *Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz* (1. bası, Springer 2007) 204.

⁹⁰ Jean-René Binet, 'Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie' (2016) 10 *Revue Droit de la Famille* 16, 16-17.

⁹¹ Heckendorn Urscheler (n 72) 74.

⁹² Andreas Spickhoff, *Medizinrecht* (3. bası, C. H. Beck 2018) BGB § 1901a, Rn. 10.

⁹³ Bkz BGB § 1901a/son.

⁹⁴ Aksi takdirde kişinin önceden sözlü olarak ifade ettiği beyan ve istekleri ile dini ve etik görüşlerini dikkate alınarak varsayılan rızasının tespit edilmesi gerekmektedir. Kişinin varsayılan iradesi tespit edilirken buna ilişkin somut emarelerin araştırılması gerekmektedir. Örneğin kişinin daha önceden sözlü olarak açıkladığı ya da kişinin yakın akrabaları veya arkadaşlarıyla paylaştığı istekler bu bağlamda yol gösterici olabilir. Şüphe hâlinde ise *in dubio pro vita* ilkesinin devreye gireceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Taupitz ve Salkić (n 9) 346 ff.

bu olmakla birlikte, hekimin bu bağlamda hiçbir rolünün olmadığı yanılığısına da kapılmamak gerekir.⁹⁵ Zira öncelikle hekim, mevcut durumu ve şartları değerlendirerek nasıl bir tedavi uygulanabileceğini tespit etmeli, daha sonra hastanın bu tedaviye ilişkin bir yönlendirici direktifi bulunup bulunmadığı (aksi takdirde kişinin varsayılan iradesi) vasisi ya da temsilcisi tarafından araştırılmalıdır (BGB §1901b). Hekim ile vasinin ya da temsilcinin yönlendirici direktifin geçerliliği ve/veya muhtevası bakımından görüş ayrılığı söz konusuysa, vesayet mahkemesinin devreye gireceği ise ayrıca hükme bağlanmıştır (BGB § 1904).⁹⁶

• Avusturya hukukunda da şekli ve maddi şartları sağlayan bir yönlendirici direktif bağlayıcı niteliktedir ve hekim tarafından gözetilmesi zorunludur.⁹⁷ Dolayısıyla hastanın ilgili direktifte kendisine uygulanmasını reddettiği tıbbi müdahalelerin yapılmaması gerekir, aksi takdirde hekimin cezai ve hukuki sorumluluğunun doğması mümkündür.⁹⁸ Bununla birlikte Avusturya hukukunda da yönlendirici direktiflerin (Alman hukukundan daha farklı bir kanal üzerinden) güncellik denetimine tâbi tutulduğu söylenebilir. Öncelikle bu direktifler için ilgili Kanun'da bir geçerlilik süresi (8 yıl) öngörüldüğü hatırlanacaktır. Bu sürenin geçmesinden sonra tekrar aynı şekli ve maddi şartlara uygun bir şekilde yenilenmeyen direktiflerin geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir.⁹⁹ Bunun yanı sıra ilgili Kanun'un 10. paragrafında, yönlendirici direktifin hazırlandığı tarihten sonra tıp alanında esaslı gelişmeler yaşanması ihtimalinde de direktifin bağlayıcılığının sona ereceği hükme bağlanarak, yönlendirici direktifler açısından kişinin üstün yararı kavramına bir açık kapı bırakıldığı ifade edilmektedir.¹⁰⁰

• İsviçre hukukunda da yönlendirici direktiflerin kanuna aykırılık teşkil ettikleri veya kişinin özgür iradesine veya varsayılan iradesine uymadığı konusunda haklı şüphelerin bulunması ihtimalinde yönlendirici direktiflerin bağlayıcı olmadığı açıkça düzenlenmiştir (ZGB Art. 372/2).¹⁰¹

• Bu doğrultuda İtalyan hukukunda da benzer bir tutumla karşılaşıldığını söylemek mümkündür. Zira İtalyan hukukunda da yönlendirici direktiflerin bağlayıcılığı kabul edilmekle birlikte, bu düzenlemelerin hastanın tıbbi durumuyla uyumsuz olması veya düzenleme tarihinden sonra ilgili tıp alanında öngörülemez gelişmelerin yaşanması ihtimallerinde bu bağlayıcılığın ortadan kalktığı hükme bağlandığı görülmektedir.¹⁰²

⁹⁵ Taupitz ve Salkić (n 9) 348.

⁹⁶ Taupitz ve Salkić (n 9) 347.

⁹⁷ Kletečka-Pulker (n 76) 93.

⁹⁸ Kletečka-Pulker (n 76) 93-94.

⁹⁹ Kletečka-Pulker (n 76) 89-90.

¹⁰⁰ Bkz Kletečka-Pulker (n 76) 91-92.

¹⁰¹ İmamoğlu (n 72) 207.

¹⁰² Ciliberti ve diğerleri (n 73) 179.

• Fransız hukukunda yönlendirici direktiflerin düzenlendiği Kamu Sağlığı Kanunu'nda (Code de la santé publique) 2016 yılında yapılan önemli değişikliklerin bir diğeri, geçerli bir şekilde hazırlanmış yönlendirici direktiflerin hekim açısından bağlayıcı olduğunun açıkça hükme bağlanmasıdır.¹⁰³ Yine aynı hükümde, bu bağlayıcılığa ilişkin iki istisna öngörülmüştür. Bunlardan ilki hekimin, yönlendirici direktifin tam bir değerlendirmesini yapmasına fırsat bırakmayacak derecede acil olan ve hayati tehlike yaratan durumların varlığıdır.¹⁰⁴ Direktiflerin bağlayıcılığının askıya alındığı ikinci istisna ise bu düzenlemelerin mevcut tıbbi duruma açık bir şekilde uygun olmamasıdır.¹⁰⁵

C. Süregelen Temsil Yetkisine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış

Süregelen temsil yetkisi ifadesinden kasıt, kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesinden sonra da geçerliliği devam eden, diğer bir deyişle ayırt etme gücünün kaybına rağmen *süregelen* temsil yetkisidir.¹⁰⁶ Kara Avrupası sistemlerinde geniş anlamda ileriye dönük direktiflerin bir diğer görünümü olan süregelen temsil yetkisi veya ileriye dönük temsil yetkisinin nasıl düzenlendiğini irdelemeye geçmeden önce bu yetkinin kapsamına ilişkin bir ayırım yapılması yol gösterici olacaktır. Bu ayırımın ilk ayağını kişilerin, belirli bir tedaviye ilişkin olumlu veya olumsuz karar verme yetkisini, ileride ayırt etme güçlerini kaybetmeleri ihtimalinde devreye girecek şekilde, belirledikleri bir temsilciye verdikleri kurgu oluşturmaktadır. Aslında kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikteki bu tür kararların iradi temsilin konusunu oluşturabilmesi ihtimali dahi ilk bakışta şaşırtıcı gelebilir. Bununla birlikte yönlendirici direktiflere ilişkin düzenlemeler içeren ve yukarıda incelenen hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde bu tür bir temsil ilişkisine izin verildiği şimdiden ifade edilmelidir. Süregelen temsil yetkisinin diğer ayağını ise, kişilerin ayırt etme gücünden yoksun kalmaları ihtimalinde, bu kişilerin hayatlarındaki finansal, ekonomik nitelikteki veya kişinin refahına ilişkin kararların kim tarafından verileceğinin belirlendiği kurgu yer almaktadır. Hatırlanacak olursa Avrupa Konseyi'nin 2009(11) Tavsiye Kararında da bu hususa dikkat çekilmiş ve Devletlerin ilgili düzenlemeleri yaparken, süregelen temsil yetkisinin kapsamının içine tıbbi kararların dışında kalan ekonomik, finansal veya başkaca nitelikteki kararların da girip girmediğini değerlendirmeleri gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁷

¹⁰³ Bkz Code de la santé publique Art. L1111-11(3). Bu değişiklikten önce ilgili hükümde kişinin istekleri (*souhaits*) ifadesine yer verilmiş, yönlendirici direktiflerin hekim açısından bağlayıcılığının düzenlenmesi konusunda bir adım atılmamıştır. Bkz Mistretta (n 81) 421; Binet (n 90) 16.

¹⁰⁴ Mistretta (n 81) 421.

¹⁰⁵ Mistretta (n 81) 421; Binet (n 90) 16.

¹⁰⁶ Volker Lipp, 'Going Private: "Vorsorgevollmacht" as an Alternative to Legal Guardianship for Adults', Leuven Üniversitesi'nde verilen dersin gözden geçirilmiş notları, 2016. Metin için bkz <https://www.bgt-ev.de/fileadmin/Mediendatenbank/Themen/Einzelbeitraege/Lipp/Lipp_Vorsorgevollmacht_as_an_Alternative.pdf> Erişim tarihi 28 Ekim 2020.

¹⁰⁷ Bkz Recommendation CM/Rec(2009)11, İlke 3.

Aşağıda, Kara Avrupası sistemlerinde süregelen temsil yetkisine ilişkin genel bir değerlendirme yapılırken öncelikle kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikteki kararlar dışındaki kararları içeren temsil yetkisinden başlanacaktır. Ardından kişiye sıkı sıkıya bağlı tıbbi kararların bir iradi temsilci aracılığıyla alınıp alınamayacağı hususu üzerinde durulacaktır.

i. Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Nitelikte Olmayan Kararlar Açısından

Kişilerin ayırt etme güçlerini kaybetmeleri ihtimalinde, bu kişilerin korunması için benimsenebilecek iki temel hukuk politikası tercihi mevcuttur. Bunlardan ilki, Türk hukukunda olduğu gibi, korumanın esas olarak yasal temsil yani vesayet kurumu üzerinden sağlanmasıdır.¹⁰⁸ Erişkinlerin vesayet kuralları üzerinden korunması, kökenini Roma hukukunun *cura* kurumunda bulan, geleneksel olarak nitelendirilebilecek yöntemdir.¹⁰⁹ Bu doğrultuda hemen hemen tüm Kara Avrupası sistemlerinde erişkinlerin vesayet kurumu üzerinden önceleri sadece malvarlığını ilgilendiren hususlarda korunduğunu, kişi varlığına ilişkin meselelerin de bu kapsamda değerlendirilmesinin 1960lı yıllardan sonra gündeme geldiğini söylemek mümkündür.¹¹⁰ Son yıllarda ise, çalışmanın başında da ifade edildiği gibi gittikçe önem kazanan nüfusun yaşlanması olgusu neticesinde, vesayet kurumunun etkinliği birçok Kara Avrupası sisteminde yeniden gözden geçirilmiştir.¹¹¹ Bu doğrultuda vesayetin karşısında kalan ve modern olarak nitelendirilebilecek hukuk politikası tercihinin, kişilerin özerkliği ilkesine vurgu yapan ve korumanın, irade özerkliğinin bir uzantısı olarak,¹¹² iradi temsil yoluyla sunulması olduğunu söylemek mümkündür.¹¹³ Bu yönde aşağıda kısaca inceleneceği üzere, birçok sistemde kişilerin ayırt etme gücünü kaybetmeleri ihtimalinde kendi hukuk alanlarında sonuç doğuracak birtakım hukuki işlemleri yapma yetkisinin bir başkasına devretmelerine izin verilmektedir. Buna öncelenmiş iradi temsil de (*Vorsorgevollmacht*) denilmektedir.

Öncelenmiş iradi temsil söz konusu olduğunda altı çizilmesi gereken bir husus, bu hâllerde yasal temsilin ikincil bir mekanizma olarak geriye çekildiğidir. Bu husus, Alman hukukunda vesayetin ikincilliği¹¹⁴ veya vesayetin gerekliliği¹¹⁵ ilkesi olarak anılmaktadır. Vesayetin ikincilliği meselesinin Alman hukukunda BGB § 1896/2’de açıkça düzenlendiği görülmektedir.¹¹⁶ İlgili hükme göre sadece gerekli olduğu zaman

¹⁰⁸ Nina Dethloff, *Familienrecht* (32. bası, C. H. Beck 2018) Nr 45; Dilşad Keskin, ‘İsviçre Hukukunda Tedbir Vekaleti’ (2015) 64(2) AÜHFD 365, 367.

¹⁰⁹ Dethloff (n 108) Nr 44. Ayrıca bkz Charles P. Sherman, ‘The Debt of the Modern Law of Guardianship to Roman Law’ (1913) 12(2) Michigan Law Review 124.

¹¹⁰ Dethloff (n 108) Nr 44.

¹¹¹ *ibid*, Nr 44; Heckendorn Urscheler (n 72) 71 ff.

¹¹² Bülent Karasu, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (1. bası, On İki Levha 2018) 50.

¹¹³ Dethloff (n 108) Nr 45; Heckendorn Urscheler (n 72) 71-72.

¹¹⁴ Bkz Gabriele Müller-Engels, *Beck’scher Online-Kommentar BGB* (56. bası, 01.11.2020) BGB § 1896 Nr 24.

¹¹⁵ Bkz Schneider (n 67), BGB § 1896 Nr 39.

¹¹⁶ Bkz Taupitz ve Salkic (n 9) 339; Renz Nico, *Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung* (1. bası, Schulthess 2020) 25.

devreye giren vesayet kurumu için gereklilik şartı, kişinin işlerinin bir iradi temsilci tarafından da yürütülebileceğinin anlaşıldığı durumlarda mevcut değildir.¹¹⁷ Diğer bir deyişle Alman hukukunda öncelenmiş iradi temsilin yasal temsil karşısında kayrıldığını söylemek mümkündür.¹¹⁸ Bu temsil yetkisinin mal varlığının yönetimi gibi sadece belirli konulara ilişkin olarak verilmesine bir engel bulunmamaktadır.¹¹⁹

Avusturya hukukunda da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi vesayetin ikincilliği ilkesi açıkça kabul edilmiştir (Avusturya Medeni Kanunu ('ABGB') § 240). Bu doğrultuda ayrı bir önem kazanan öncelenmiş iradi temsil kurumu ise AGBG § 260 ve devamı hükümlerinde hükme bağlanmıştır. Aslında öncelenmiş iradi temsil kavramının AGBG'ye ilk defa 2007 yılında giriş yaptığını söylemek mümkündür.¹²⁰ Ancak 2018 yılında Avusturya hukukunda yapılan erişkinlerin korunmasına ilişkin ikinci bir reforma ihtiyaç duyulmuştur.¹²¹ Bu reformun arkasında yatan temel sebebin, yasal temsilin uygulamada giderek artan etkisinin frenlenmesi olduğu ifade edilmektedir.¹²² Zira 2003 yılında 30.000 kişiye yasal temsilci atanmış olduğu, buna karşılık 2016 yılı itibarıyla bu sayının neredeyse ikiye katlandığı bilinmektedir.¹²³ Bu doğrultuda erişkinlerin korunması meselesinin ilk ayağı¹²⁴ olan öncelenmiş iradi temsile ilişkin hükümler gözden geçirilerek bu kuruma duyulan ilginin artması amaçlanmıştır.¹²⁵ AGBG § 260 ve devamı hükümlerine göre kişilerin, ileride ayırt etme güçlerini kaybetmeleri ihtimalinde geçerlilik kazanacak şekilde bir temsil yetkisi vermeleri veya hâli hazırda verilmiş bir temsil yetkisinin fiil ehliyetinin kaybı durumunda da geçerliliğini koruyacağına karar vermeleri mümkündür. Bu temsil yetkisinin geçerliliği belirli şekil şartlarına bağlanmış olup, bir sicile kaydı da zorunlu tutulmuştur.¹²⁶

Öncelenmiş iradi temsil yapısı Fransız hukukuna, Medeni Kanun'da yapılan ve 2009 yılında yürürlüğe giren bir değişiklikle giriş yapmıştır.¹²⁷ Fransız Medeni

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Schneider (n 67), BGB § 1896 Nr 50 ff.

¹¹⁸ Benzer yönde bkz Schneider (n 67), BGB § 1896 Nr 50 ff.

¹¹⁹ Taupitz ve Salkić (n 9) 340. Alman hukukunda öncelenmiş temsil yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Nico (n 116) 24 ff.

¹²⁰ Röthel (n 43) 80; Nico (n 116) 31; Michael Ganner, 'Das österreichische Erwachsenenschutzrecht 2018' (2019) 2 Die Praxis des Familienrechts 430.

¹²¹ Bkz BGBl. I Nr. 59/2017.

¹²² Ganner (n 120) 430.

¹²³ Bkz Federal Ministry of Constitutional Affairs, Reforms, Deregulation and Justice, The New Adult Protection Law, Ocak 2018, s. 3. İlgili rapor için bkz <<https://www.justiz.gv.at/home/service/erwachsenenschutz/das-neue-erwachsenenschutzrecht-im-ueberblick-40.de.html>> Erişim tarihi 13 Kasım 2020.

¹²⁴ Avusturya hukukunda erişkinlerin korunması bağlamında kabul edilen dört ayaklı sisteme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Ganner (n 120) 431-432; Nico (n 116) 31-32.

¹²⁵ 2018 yılında ilga edilen hüküm uyarınca (AGBG mülga § 284f) aranan temsil yetkisinin içeriğinin kesin bir şekilde belirlenmiş olması ve bazı kişilerin temsilci olarak atanamaması gibi hususlar kaldırılmış, buna karşılık öncelenmiş iradi temsile ilişkin daha sıkı bir şekil şartı öngörülmüştür. Ayrıca mülga hükümde öngörülen adi işler için öncelenmiş temsil ve önemli işler için öncelenmiş temsil ayrımı da terk edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ganner (n 120) 432 ff; Nico (n 116) 31 ff.

¹²⁶ Ganner (n 120) 432-433.

¹²⁷ Nico (n 116) 16. Bu değişikliğin temelinde, 2007 yılında kabul edilen erişkinlerin korunmasına ilişkin reform kanunu yer almaktadır. Bkz Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Kanunu'nun ('CC') 477. maddesi uyarınca tam ehliyetli bir kimsenin ya da hukuken ergin kılınan bir küçüğün, bir ya da birden fazla kişiyi, ileride yasal temsili gerektirecek bir durumun ortaya çıkmasına neden olan koşullardan birinin gerçekleşmesi hâlinde devreye girecek şekilde iradi temsilci olarak ataması (*mandat de protection future*) mümkün kılınmıştır.¹²⁸ Bu doğrultuda Fransız hukukunda da hem şahıs varlığını, hem de mal varlığını ilgilendiren kararların bu sayede öncelenmiş iradi temsilci aracılığıyla alınması fikri kabul edilmiştir.¹²⁹

İsviçre hukukunda benzer yönde bir adım, 2013 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle atılmıştır.¹³⁰ Bu doğrultuda erişkinlerin korunmasına ilişkin resmi tedbirlerin ikincilliği hususu yine açıkça hükme bağlanmıştır (ZGB m. 389).¹³¹ ZGB m. 360 ve devamı hükümleriyle getirilen yeni bir kavram olan tedbir/bakım vekaleti¹³² veya öncelenmiş vekalet kurumu (*Vorsorgeauftrag*) sayesinde, kişilerin henüz ayırt etme gücüne sahipken, ileride ayırt etme güçlerini kaybetmeleri ihtimalinde devreye girecek şekilde kişisel bakım ve korunmalarının sağlanması, hukuki işlemlerin kendisi adlarına yapılması ve mal varlıklarının yönetilmesi amacıyla bir kimseyi vekil olarak atayabilecekleri kabul edilmiştir.¹³³

İlk bakışta Türk hukukunda temsil yetkisinin kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesine rağmen devam edecek şekilde verilmesinin mümkün olduğu, bu nedenle İsviçre hukukundaki bu değişikliğin hukukumuz açısından ciddi bir katma değeri olmadığı düşüncesine kapılmak mümkündür. Zira TBK m. 43'ün lafzından açıkça anlaşıldığı üzere temsil yetkisinin, temsil olunanın ayırt etme gücünü kaybetmesine rağmen devam edeceği kararlaştırılabilir.¹³⁴ Bunun yanı sıra temsil yetkisinin doğumunun da temsil olunanın ayırt etme gücünün kaybı geciktirici koşuluna bağlanmasına da bir engel yoktur.¹³⁵ Dolayısıyla, en azından bu başlık altında incelenen ve 'temsil düşmanı' olmayan kararlar açısından kişilerin, ileride ayırt etme güçlerini kaybetme ihtimallerini dikkate alarak bir temsil yetkisi vermeleri ya da bu yönde bir temsil yetkisini içeren vekalet sözleşmesi akdetmeleri mümkündür.

¹²⁸ Nico (n 116) 17.

¹²⁹ Nico (n 116) 20.

¹³⁰ Bu reforma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Oktay Özdemir (n 15), 232 ff; Walter Boente, *Zürcher Kommentar: Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen Art. 360-387 ZGB* (1. bası, Schulthess 2015), Vorbemerkungen zu Art. 360-37 Nr 108 ff.; Peter Breitschmid, 'Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser' (2008) *Successio* 16, Nr 5 ff.

¹³¹ Boente (n 130) Vorbemerkungen zu Art. 360-373 Nr 111; Widmer Blum ve Carmen Ladina, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz* (3. bası, Schulthess 2016) ZGB Art. 360 Nr 1; Breitschmid (n 130) Nr 6.

¹³² Bakım vekaleti ifadesi için bkz İbrahim Kaplan, 'İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 137 TBB Dergisi 375, 379. Tedvir vekaleti ifadesi için bkz Keskin (n 108) 365.

¹³³ Oktay Özdemir (n 15) 233; Yvo Biderbost, 'Der neue Erwachsenenschutz im Überblick' (2010) 106 SJZ 309, 312 ff; Boente (n 130) Vorbemerkungen zu Art. 360-373 Nr 122 ff; Keskin (n 108) 368; Blum ve Ladina (n 131) ZGB Art. 360 Nr 15 ff. Bu kişinin belirlenebilir olmasının yeterli olduğu yönünde bkz Oliver Kälın, 'Das Neue Erwachsenenschutzrecht - Pflegefall, Demenz und Vermögen' (2008) 12 *Der Schweizer Treuhänder* 1048, 1049.

¹³⁴ Benzer bir düzenlemeye vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 513'te de rastlanmaktadır.

¹³⁵ Vekalet sözleşmesi açısından aynı yönde bkz Keskin (n 108) 393.

Ancak öğretilerde *Keskin*'in de ifade ettiği gibi, Türk hukukundaki bu imkân ile İsviçre hukukunda düzenlenen tedbir vekaleti kurumları arasında yine de birtakım önemli farklar mevcuttur.¹³⁶ Bunlardan belki de en önemlisi, Türk hukukunda ileriye dönük bir temsil yetkisi vermiş olan kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda vesayet kurumunun yine de devreye girmesi ve yasal temsilci ile iradi temsilci arasında bir görüş ayrılığı olması durumunda ilkinde öncelik tanınmasıdır.¹³⁷ Bu açıdan bakıldığında erişkinlerin korunması anlamında Türk hukukunun hâlâ paternalist bir yaklaşım sürdürdüğünü söylemek mümkündür. Dolayısıyla hukukumuzda her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan, söz gelimi mal varlığının yönetilmesi gibi kararlar açısından ileriye dönük bir temsil ilişkisi kurmak mümkün gözükse de vesayetin ikincilliklerinden bahsetmek mümkün olmadığı için, bu bağlamda kişinin irade özerkliğine tanınan ağırlığın yukarıda incelenen sistemlere kıyasla daha hafif olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

ii. Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Nitelikteki Kararlar Açısından

Bir kimsenin, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalinde, kendi bedeniyle ilgili tıbbi kararları bir yönlendirici direktif vasıtasıyla önceden alması seçeneğinin yanı sıra, bu kararların alınması konusunda güvendiği birini yetkilendirmesi mümkündür. Karşılaştırmalı hukukta bu kişilere tıbbi vekil/sağlık bakım vekili (*healthcare proxy*) denmektedir.¹³⁸ Kişiyi sıkı sıkıya bağlı nitelikteki kararlar söz konusu olduğunda, ayrı bir yasal düzenlemeye duyulan ihtiyaç daha da göze çarpmaktadır. Zira bu tür kararların temsilci aracılığıyla verilebilmesi fikri ilk bakışta Türk hukukunun da içinde bulunduğu pek çok sisteme yabancıdır.¹³⁹ Dolayısıyla kişilerin, henüz ayırt etme gücüne sahipken, ileride bu nitelikteki kararların bir iradi temsilci vasıtasıyla alınabileceğini sağlayacak şekilde bir temsil yetkisi vermelerinin mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.¹⁴⁰ Bununla birlikte bu tartışmanın, yukarıda incelenen sistemlerde son yıllarda yaşanan gelişmeler karşısında önemini yitirdiğini söylemek mümkündür.

Alman hukukunda 2009 yılında BGB §1901a hükmünün ilk fıkrasında kişinin düzenlediği yönlendirici direktiflerin hayata geçirilmesi konusunda ilgilinin yasal temsilcisine bir yükümlülük yüklenmiş, bununla birlikte aynı hükmün 5. fıkrasında, kişinin bir iradi temsilci (*Bevollmächtigte*) atamış olması ihtimalinde bu fıkranın iradi

¹³⁶ Keskin (n 108) 394 ff.

¹³⁷ Keskin (n 108) 394-395.

¹³⁸ Goffin (n 10) 128.

¹³⁹ Krş Yücel (n 5) 71.

¹⁴⁰ Bkz Yücel (n 5) 67 ff.

temsilciler açısından uygulanması gerektiği düzenlenmiştir.¹⁴¹ BGB'nin 1999 yılında değişikliğe uğrayan §1904. paragrafında ise, kural olarak yasal temsilci tarafından alınacağı öngörülen söz gelimi tedavinin kabulü, reddi veya kabulün geri alınmasına ilişkin kararların, bunların açıkça öngörüldüğü ve yazılı şekilde düzenlenmiş bir temsil belgesi bulunması durumunda, iradi temsilci tarafından da alınabileceği hükme bağlanmıştır.¹⁴² Dolayısıyla yukarıda Alman hukukunda vesayetin ikincilliğine ilişkin yapılan açıklamaların, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından da geçerli olduğunun belirtilmesinde yarar vardır. Daha açık bir ifadeyle, eğer kişi, sağlık durumuyla ilgili kararların verilmesi konusunda bir temsilci atanmışsa, bu durumda bu yetki alanı için bir yasal temsilci atanması söz konusu olmayacaktır.¹⁴³

İsviçre hukukunda tedbir vekaletinin şahıs varlığına ilişkin kararları da kapsayacağı ZGB m. 360'da açıkça hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra yönlendirici direktiflere ilişkin ZGB m. 370/2'de de bu hükmün kapsamına giren tıbbi kararların belirli bir kişi tarafından alınabileceğinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁴ Bununla birlikte İsviçre hukukunda bu düzenlemelerden önce de kişilerin bu tür kararların alınması konusundaki yetkiyi bir kişiye devredebileceklerinin öğretide bazı yazarlarca kabul edildiği ifade edilmelidir.¹⁴⁵

Fransız hukukunda ise CC m. 425/2 ve 477 ışığında, ileriye dönük koruma sağlayan temsilin temsil olunanın hem malvarlığını hem de kişi varlığını ilgilendiren hususları kapsayabileceği kabul edildiği anımsanacaktır. Bunun yanı sıra Fransız hukukunda 2002 yılında yapılan bir değişiklikle güvenilen kişi (*personne de confiance*) kurumuna yer verilmiştir.¹⁴⁶ Bu doğrultuda tıbbi nitelikteki kararların, hastanın rızasının alınmadığı hâllerde, atanmış güvenilen kişi tarafından alınabileceği kabul edilmiştir.¹⁴⁷

¹⁴¹ İlgili hükme göre geçerli bir şekilde düzenlenmiş bir yönlendirici direktif söz konusu olduğunda, bu düzenlemenin hastanın mevcut durumuna ve öngörülen tedaviye uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğü hastanın yasal temsilcisi veya bu iş için atanmış iradi temsilcisindedir. Bkz Taupitz ve Salkić (n 10) 341. Nitekim bu nedenle bu denetimin hem bir hak hem de bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Bkz Spickhoff (n 92) BGB § 1901a Nr 13.

¹⁴² BGB § 1901a ve § 1904 hükümlerinin, esasen kişiye sıkı sıkıya bağlı bu kararların iradi temsilci tarafından alınıp alınmayacağına ilişkin tartışmaya son verdiği yönünde bkz Lanzrath (n 67) 57, dn. 349.

¹⁴³ Taupitz ve Salkić (n 10) 340; Ünver ve Kaya (n 69) 22.

¹⁴⁴ Bkz Boente (n 130) Vorbemerkungen zu Art. 360–373 Nr 123. İki hüküm arasındaki ilişkiye dair bir değerlendirme için bkz Max Baumann, 'Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung' (2005) 2 Zeitschrift für Vormundschafswesen 58, 59 ff.; Breitschmid (n 130) Nr 9 ff.; Blum ve Ladina (n 131) ZGB Art. 360 Nr 23-24.

¹⁴⁵ Boente (n 130) Vorbemerkungen zu Art. 360–373 Nr 87; Hans Michael Riemer, 'Willensvertretung bei Betagten' (1998) 1 recht 21, 21. Bu doğrultuda Riemer, vasiyetname hazırlama, evlenme, miras sözleşmesi yapma gibi mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemler ile belirli bir tedaviyi onaylama ya da reddetme gibi nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemler arasında bir ayrıma gitmiş, ikinci kategori açısından kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalinde temsilin mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Türk hukukunda benzer yönde bkz Yücel (n 5) 39, 76.

¹⁴⁶ Bkz Code de la santé publique, Art. L1111-6. Ayrıca bkz Oktay Özdemir (n 6) 612.

¹⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Maryline Bruggeman ve Hélène Capela, 'L'expression anticipée de la volonté individuelle en droit des personnes et de la famille: analyse critique' iç Marc Nicod (ed) *De la volonté individuelle* (1. bası, LGDJ 2009) 35 ff.

V. Sonuç Yerine: Türk Hukuku İçin Öneriler

1960'lı yılların sonunda Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışılmaya başlayan ve daha sonra birçok ülkede yasal dayanağa kavuşturulan ileriye dönük hasta direktiflerine ilişkin Türk hukukunda hâli hazırda kanun düzeyinde bir düzenlemeden bahsetmek mümkün değildir.¹⁴⁸ Bu bağlamda iç hukukumuzda atılan en somut adım, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 2014 yılında değiştirilen ve "Hastanın Rızası ve İzin" başlıklı 24. maddesidir.¹⁴⁹ İlgili hükmün beşinci fıkrası şu şekildedir: "*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.*" Önceden açıklanmış isteklerin göz önüne alınacağını düzenleyen bu hüküm, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinin bir tekrarı niteliğindedir ve ilgili maddeye getirilen tüm eleştirilerin bu bakımdan yinelenmesi mümkündür.¹⁵⁰

Bu doğrultuda, Türk hukukunda bağlayıcı karakterdeki ileriye dönük hasta direktiflerine ilişkin bir düzenleme ihtiyacı bulunduğu ortadadır.¹⁵¹ Bu yönde bir düzenleme, Avusturya hukukunda olduğu gibi ayrı bir kanunla veya İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu gibi Medeni Kanun'da yapılacak bir değişikliklerle benimsenmelidir.¹⁵² Bu doğrultuda öncelikle kişilerin, ileride ayırt etme güçlerini kaybetme ihtimallerini dikkate alarak, beden bütünlüklerini ilgilendiren ve hukuken izin verilen tıbbi kararları öncelenmiş bir şekilde almasının mümkün olduğu ve bu kararların başta hekim olmak üzere herkes açısından bağlayıcılığı pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Zira hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının somut olarak hayata geçirilmesi ancak bu şekilde mümkün olabilir.¹⁵³

¹⁴⁸ Oktay Özdemir (n 6) 624.

¹⁴⁹ Hükme ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve eleştiri için ayrıca bkz Oktay Özdemir (n 15) 229, 241.

¹⁵⁰ Türkiye'de 2018 yılında 372 doktor ve hemşirenin katılımıyla yapılan bir araştırmada, bilinci kapalı, yani ayırt etme gücünden yoksun olan hastalar için kimin karar verici olduğu sorusunun yanıtı, bu hükmün yetersizliğinin ve söz konusu yasal düzenlemelerin önemini gözler önüne sermektedir. Bu soruya katılımcıların %34,8'i yasal temsilci, %29,8'i hastanın kendi doktoru, %28,3'ü ise doktorlardan oluşacak bir komisyon yanıtını vermiştir. Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bir hastayı ilgilendiren tıbbi kararlar söz konusu olduğunda en yetkili görülen mercii doktorlar, bundan sonra ise yasal temsilciler olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık hastanın ayırt etme gücüne sahipken, ileriye dönük bir şekilde hazırladığı bir direktifin belirleyici olması gerektiği yönünde görüş bildirenler katılımcıların sadece %5'ini oluşturmuştur. İlgili çalışma için bkz Lütfiye Tekpınar, *Sağlık Hizmetlerinde Genişletilmiş Özerklik İlkesine Doktor ve Hemşirelerin Bakışı: Bir Alan Araştırması* (2018) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Sağlık Yönetimi Anabilim Dalı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, özellikle 119 ff. Hâli hazırda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde "*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.*" hükmü bulunmasına rağmen, sağlık çalışanlarının sadece çok küçük bir kısmının bu isteklerin belirleyici olması gerektiği yönünde görüş bildirmesi, isteklere açıkça bağlayıcı nitelik tanınmamasının bir sonucu ve kanımca ilgili hükmün neredeyse bir ölü hüküm olarak değerlendirilebilmesinin bir sebebidir.

¹⁵¹ Aynı yönde bkz Tolga Güven ve Gürkan Sert, 'Advance Directives in Turkey's Cultural Context: Examining the Potential Benefits for the Implementation of Patient Rights' (2010) 24(3) *Bioethics* 127, 130-131; Yücel (n 5) 328. Ayrıca bkz Oktay Özdemir (n 15) 231. *Oktay Özdemir*, kişinin gelecekteki durumu bakımından isteklerini belirtme hakkına sahip olmasının ve bu isteklere bağlayıcı nitelik tanınmasının, hukukumuzda hâli hazırda mevcut olan sistemden daha iyi bir koruma sağlayacağını ifade etmektedir.

¹⁵² Aynı yönde bkz Oktay Özdemir (n 6) 626; Oktay Özdemir (n 15) 242.

¹⁵³ Aynı yönde bkz Tacir (n 9) 137.

İleride kişinin bu direktifi düzenlerken ayırt etme gücünü haiz olup olmadığına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek ispat sorunlarının bir ölçüde önüne geçilebilmesi için bu düzenlemelerin en azından yazılı şekilde yapılması aranmalıdır.¹⁵⁴ Bunun yanı sıra, yönlendirici direktiflerin yapılabilmesi için bazı sistemlerde aranan reşit olma şartına ilişkin olarak öğretide dile getirilen eleştiriler dikkate alındığında, ayırt etme gücünün ehliyet şartı için yeterli olduğunun kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Bu yönde bir tutum, ayırt etme gücüne sahip kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabileceğinin kabul edildiği hukuk düzenimizle de daha uyumludur. Öte yandan kanımca bir tedavinin reddine veya alternatif tedavi yöntemleri arasından birinin seçimine ilişkin öncelenmiş irade beyanlarının, İtalyan ve Avusturya hukuk sistemlerinde olduğu gibi, bir hekime danışıldıktan sonra, diğer bir deyişle aydınlatılmış bir şekilde verilmesi aranmalıdır.¹⁵⁵ Yönlendirici direktiflerin bağlayıcılığının bir prensip olarak kabul edilmesi gerekli olsa da bu irade beyanlarının daha sonra gözden geçirilme imkânının da mevcut olması gereklidir. Yukarıda incelenen tüm Kara Avrupası sistemlerinde olduğu gibi, özellikle yönlendirici direktifin hastanın somut durumuna uygun olmadığı yönünde bir şüphe varsa veya direktifin düzenlenmesinden sonra tıp alanında bu konuda önemli gelişmeler gerçekleşmişse, direktifin uygulanmaması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmesi mümkün olmalıdır. Son olarak özellikle acil durumlarda bu açıklamaların tespitinin kolay olabilmesi için elektronik ortamda ulusal bir sicil yaratılması yerinde olacaktır.¹⁵⁶

Bunun yanı sıra yukarıda incelenen sistemlere paralel olarak, kişilerin hem kendi bedenlerini ilgilendiren tıbbi kararların, hem de bunun dışında kalan söz gelimi mal varlığının yönetilmesine ilişkin veya kişinin bir bakım evine yerleştirilmesi gibi kararların, bir temsilci tarafından alınmasına izin verilmeli ve bu husus da açıkça düzenlenmelidir. Aslında mevcut hukuk düzenimizde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak ve nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak bir ayrıma tâbi tutulması sayesinde tıbbi kararların bir temsilci vasıtasıyla alınabileceği, bunun yanı sıra kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan kararlar açısından da ayırt etme gücünün kaybı durumunda geçerlilik kazanacak şekilde temsil yetkisinin verilebileceği, bu nedenle bu tür bir düzenlemeye aslında gerek olmadığı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, kanımca bu yapının da pozitif bir düzenlemeyle desteklenmesi zorunludur.

Bunun ilk sebebi hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Bir diğer önemli sebep ise, bu kurgunun vesayet kurumu karşısındaki kırılabilirliğidir. Yukarıda da incelendiği üzere kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda bu kişiye vasi atanması ihtimalinde, vasinin kararlarının söz konusu iradi temsilciye kıyasla öncelikli olduğunun altı çizilmelidir. Oysaki modern sistemlerdeki eğilim, yasal temsile iradi

¹⁵⁴ Bkz Oktay Özdemir (n 6) 619-620.

¹⁵⁵ Aydınlatılmış rıza kavramına ilişkin olarak Kahraman (n 15) 490 ff.

¹⁵⁶ Benzer yönde Oktay Özdemir (n 6) 622.

temsil karşısında ikincil bir konum tahsis edilmesidir. Bu eğilim, çalışmanın en başında değinilen, hasta-hekim arasındaki paternalist ilişkiden uzaklaşan ve irade özerkliği merkezi kavram olarak benimseyen tutumla da uyum içindedir.¹⁵⁷ Daha da önemlisi, bu tutumun kamunun tercihlerine de paralel olduğuna ilişkin ampirik veriler mevcuttur.¹⁵⁸

Bu doğrultuda kişilerin henüz ayırt etme gücüne sahipken, ileride tam ehliyesiz hâle gelmeleri ihtimalini göz önünde tutarak, şahıs ve mal varlıklarıyla ilgili karar verme yetkilerini bir temsilciye devretmeleri imkânı Kanun'da açıkça düzenlenmelidir. Ancak bu yönde bir düzenlemenin yapılabilmesi için öncelikle, yukarıda incelenen Kara Avrupası sistemlerine paralel olarak, resmi temsili esas alan vesayet kurumuna ilişkin kuralların yerindeliği ve güncelliği tartışmaya açılmalıdır. Bir kimsenin, ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalinde kendisinin şahıs ve mal varlığı haklarının kim tarafından korunmasını istediğine ilişkin iradesine bağlayıcılık tanınması, bu yönde vesayet kurumunun geriye çekilerek iradi temsil kurumuna öncelik verilmesi, bu yönde bir temsil yetkisinin kişi henüz ayırt etme gücüne sahipken verildiği de göz önünde tutulduğunda, kişi özerkliği ilkesinin doğal bir görünümü olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, kanımca hukuk sistemimizde bir değişikliğe gidilerek kişilerin, ayırt etme güçlerini kaybetmeleri ihtimalinde devreye girecek geniş anlamda ileriye dönük hasta direktifleri hazırlamalarına imkân verilmesi, hatta bunun uygulamada yaygınlaştırılması için çaba harcanması gerekmektedir. Bu tür bir değişiklik insan onuruna, temel hasta haklarına ve irade özerkliği ilkesine uyumun bir gereğidir. Çalışmanın başında değinildiği üzere, Türkiye'de 65 yaş üstü nüfusun oranının gösterdiği kayda değer ve ivmeli artış, bu yönde bir düzenleme ihtiyacının önemini ve aciliyetinin sinyalini vermektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Bu çalışmaya sunduğu destek ve katkıları için değerli Hocam Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül'e çok teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgements: I would like to thank Asst. Prof. Dr. İdil Işıl Gül for her support and contributions to this study.

¹⁵⁷ Hasta-hekim ilişkileri bağlamında paternalist yaklaşıma ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Tacir (n 9) 113 ff.

¹⁵⁸ Avrupa ülkeleri bağlamında bu yönde bir çalışma için bkz. Barbara A. Daveson ve diğerleri, 'To Be Involved or Not To Be Involved: A Survey of Public Preferences for Self-Involvement in Decision-Making Involving Mental Capacity (Competence) Within Europe' (2013) 27(5) Palliative Medicine 418.

Bibliyografya/Bibliography

- Aigner G, 'Das Patientenverfügungs-Gesetz – Historie und Ausgangslage' iç Ulrich Körtner, Christian Kopetzki ve Maria Kletečka-Pulker (edr) *Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz* (1. bası, Springer 2007)
- Andorno R, 'Regulating Advance Directives at the Council of Europe' iç Stefania Negri (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care-Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (1. bası, Brill 2012)
- Battal A, *Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti* (2012) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi
- Baumann M, 'Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung' (2005) 2 Zeitschrift für Vormundschafswesen 58-69
- Biton Serdaroğlu E, 'Ötanazi-Ölme Hakkı' (2016) 22(3) MÜHFHAD (Cevdet Yavuz'a Armağan) 463-491
- Biderbost Y, 'Der neue Erwachsenenschutz im Überblick' (2010) 106 SJZ 309-320
- Binet JR, 'Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie' (2016) 10 Revue Droit de la Famille 16-19
- Blum W ve Ladina C, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz* (3. bası, Schulthess 2016)
- Boente W, *Zürcher Kommentar: Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen Art. 360-387 ZGB* (1. bası, Schulthess 2015)
- Boulanger A, 'Les directives anticipées et le désir de maîtrise de sa fin de vie' (2017) 146-147 Médecine & Droit 136-140
- Brazier M, 'Patient Autonomy and Consent to Treatment: Role of Law' (1987) 7 Legal Studies 169-193
- Breitschmid P, 'Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser' (2008) Successio 16-29
- Brodoff L, 'Planning for Alzheimer's Disease with Mental Health Advance Directives' (2009) 17(2) Elder Law Journal 239-308
- Brown BA, 'The History of Advance Directives- A Literature Review' (2003) 29(9) Journal of Gerontological Nursing 4-14
- Bruggeman M ve Capela H, 'L'expression anticipée de la volonté individuelle en droit des personnes et de la famille: analyse critique' iç Marc Nicod (ed) *De la volonté individuelle* (1. bası, LGDJ 2009)
- Ciliberti R ve diğerleri, 'The Italian law on informed consent and advance directives: New rules of conduct for the autonomy of doctors and patients in end-of-life care' (2018) 48 Journal of Critical Care 178-182
- Daveson BA ve diğerleri, 'To Be Involved or Not To Be Involved: A Survey of Public Preferences for Self-Involvement in Decision-Making Involving Mental Capacity (Competence) Within Europe' (2013) 27(5) Palliative Medicine 418-427
- Dethloff N, *Familienrecht* (32. bası, C. H. Beck 2018)
- Diehn T ve Rebhan R, 'Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung' (2010) NJW Heft 6 326-330
- Ganner M, 'Das österreichische Erwachsenenschutzrecht 2018' (2019) 2 Die Praxis des Familienrechts 430-449
- Goffin T, 'Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe' (2012) 19 European Journal of Health Law 121-140

- Gunter-Hunt G, Mahoney JE ve Sieger CE, 'A Comparison of State Advance Directive Documents' (2002) 42(1) *The Gerontologist* 51-60
- Güven T ve Sert G, 'Advance Directives in Turkey's Cultural Context: Examining the Potential Benefits for the Implementation of Patient Rights' (2010) 24(3) *Bioethics* 127-133
- Heckendorn Urscheler L, 'Allgemeine Einleitung' iç Andrea Büchler ve diğerleri (edr) *FamKomm Erwachsenenschutz* (1. bası, Stämpfli Verlag 2013)
- İmamoğlu SH, 'Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler' (2016) 65(1) *AÜHFD* 199-230
- Kahraman Z, 'Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası' (2016) 7(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 479-510
- Kälin O, 'Das Neue Erwachsenenschutzrecht- Pflegefall, Demenz und Vermögen' (2008) 12 *Der Schweizer Treuhänder* 1048-1056
- Kaplan İ, 'İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 137 *TBB Dergisi* 375-404
- Karasu B, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (1. bası, On İki Levha 2018)
- Katoğlu T, 'Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' (2006) 55(1) *AÜHFD* 157-193
- Keskin D, 'İsviçre Hukukunda Tedbir Vekaleti' (2015) 64(2) *AÜHFD* 365-404
- Kletečka-Pulker M, 'Grundzüge und Zielsetzungen des Patientenverfügungs-Gesetzes' iç Ulrich Körtner, Christian Kopetzki ve Maria Kletečka-Pulker (edr) *Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz* (1. bası, Springer 2007)
- Koka E ve Veshi D, 'A New Law of "Living Will" in Italy: A Critical Analysis' (2019) 40 *Liverpool Law Review* 113-130
- Kunz P, 'Patientenverfügung aus der Sicht der anwaltlichen Praxis' iç Ulrich Körtner, Christian Kopetzki ve Maria Kletečka-Pulker (edr) *Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz* (1. bası, Springer 2007)
- Kutner L, 'Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal' (1969) 44 *Indiana Law Journal* 539-554
- Lanzrath S, *Patientenverfügung und Demenz* (1. bası, Lit Verlag Berlin 2016)
- Larson EJ ve Eaton TA, 'The Limits of Advance Directives: A History and Assessment of the Patient Self-Determination Act' (1997) 32(2) *Wake Forest Law Review* 249-293
- Lipp V ve Brauer D, 'Patientenvertreter, Betreuungsgericht und Patientenwille' iç Wolfram Höfling (ed) *Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz* (1. bası, Nomos 2011)
- Lipp V, 'Going Private: "Vorsorgevollmacht" as an Alternative to Legal Guardianship for Adults', Leuven Üniversitesi'nde verilen dersin gözden geçirilmiş notları, 2016. Metin için bkz <https://www.bgtev.de/fileadmin/Mediendatenbank/Themen/Einzelbeitraege/Lipp/Lipp_Vorsorgevollmacht_as_an_Alternative.pdf> Erişim tarihi 28 Ekim 2020
- Manai D, 'Les Directives Anticipées en Droit Suisse' iç Stefania Negri (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care-Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (1. bası, Brill 2012)
- Mistretta P, 'De l'art de légiférer avec tact et mesure: à propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016' (2016) 8 *La Semaine Juridique - Edition Générale* 417-423
- Müller-Engels G, *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (56. bası, 01.11.2020)

- Nico R, *Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung* (1. bası, Schulthess 2020)
- Oktay Özdemir S, 'Ayrıt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan) 223-243
- Oktay Özdemir S, 'Tıbbi Müdahaleler Alanında Önceden Verilmiş Talimatlara (Hasta Vasiyeti) İlişkin Gelişmeler ve Türk Hukukundaki Geçerliliği' iç Saibe Oktay Özdemir ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan* (1. bası, Filiz 2020)
- Olick RS, 'On the Scope and limits of advanced directives and prospective autonomy' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014)
- Riemer HM, 'Willensvertretung bei Betagten' (1998) 1 recht 21-24
- Röthel A, 'Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive' (2007) FPR Heft 3 79-82
- Sanchez-Gonzalez MA, 'Advance Directives Outside the USA: Are They the Best Solution Everywhere?' (1997) 18 Theoretical Medicine 283-301
- Scherer JM ve Simon RJ, *Euthanasia and the Right to Die: A Comparative View* (1. bası, Rowman & Littlefield Publishing 1999)
- Schneider UH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. bası, C. H. Beck 2020)
- Sherman CP, 'The Debt of the Modern Law of Guardianship to Roman Law' (1913) 12(2) Michigan Law Review 124-131
- Shultz MM, 'From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest' (1985) 95(2) Yale Law Journal 219-299
- Silveria MJ, Kim SYH ve Langa KM, 'Advance Directives and Outcomes of Surrogate Decision Making Before Death' (2010) 362 The New England Journal of Medicine 1211-1218
- Simon A, 'Historical Review of Advance Directives' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014)
- Söğüt İS ve Tuna E, 'Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar' (2017) 12 Tıp Hukuku Dergisi 255-295
- Spickhoff A, *Medizinrecht* (3. bası, C. H. Beck 2018)
- Tacir H, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (1. bası, On İki Levha 2011)
- Taupitz J ve Salkić A, 'Advance Directives and Legality of Euthanasia under German Law' iç Stefania Negri (ed), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care-Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (1. bası, Brill 2012)
- Tekpınar L, *Sağlık Hizmetlerinde Genişletilmiş Özerklik İlkesine Doktor ve Hemşirelerin Bakışı: Bir Alan Araştırması* (2018) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Sağlık Yönetimi Anabilim Dalı, yayınlanmamış yüksek lisans tez
- Thiel MJ, 'Personal Capacity to Anticipate Future Illness and Treatment Preferences' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014)
- Trachsel M, Mitchell C ve Biller-Andorno N, 'Advance Directives Between Respect for Patient Autonomy and Paternalism' iç Peter Lack, Nikola Biller-Andorno ve Susan Brauer (edr) *Advance Directives* (1. bası, Springer 2014)
- Ünver Y ve Kaya S, *Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı* (1. bası, Seçkin 2017)
- Veshi D ve Neitzke G, 'Advance Directives in Some Western European Countries: A Legal and Ethical Comparison Between Spain, France, England and Germany' (2015) 22 European Journal of Health Law 321-345

- Wiesing U ve diğerleri, 'A New Law on Advance Directives in Germany' (2010) 36 Law, Ethics and Medicine 779-783
- Winick BJ, 'Advance Directive Instruments for Those With Mental Illness' (1996) 51(1) University of Miami Law Review 57-95
- Yadav K ve diğerleri, 'Approximately One in Three US Adults Completes Any Type of Advance Directive for End-of-Life Care' (2017) 36(1) Health Affairs 1244-1251
- Yücel Ö, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (1. bası, Seçkin 2018)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.07.2020
Revizyon Talebi: 09.11.2020
Son Revizyon: 30.11.2020
Kabul: 26.03.2021

Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar

Özge Yücel*

Öz

Tıbbi müdahaleler niteliği bakımından kişilik hakkına müdahale oluşturmaktadır ve bu nedenle kişilik hakkını ihlal etmemesi için öncelikle ve kural olarak ilgilinin onamının alınmış olması gereklidir. Tıbbi müdahalede biyoloji ve tıbbın elde ettiği nitelikli bilginin kullanımı sebebiyle onamın hukuka uygunluğu belirli özel koşulları gerekli kılmaktadır, bu koşullardan biri de onamın meşru bir amaca yönelik olarak verilmiş olmasıdır. Öte yandan biyoloji ve tıba ilişkin özel, nitelikli bilgi toplumsal düzen açısından iktidar sahiplerine tehlikeli bir araç sunmaktadır. Onam yerine geçen hukuka uygunluk sebepleri anayasal ilkeler doğrultusunda yasallık, ölçülülük gibi kriterlere uygun olarak somutlaştırılarak kişilerin bedenleri üzerinde onam alınmaksızın müdahalede bulunulabilmektedir. Söz konusu hukuka uygunluk sebepleri, tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda üstün yarar kavramı altında özelleştirilebilmektedir. Onam alınmadan gerçekleştirilecek müdahale ilgilinin kendi yararına veya üçüncü bir kişi yararına olabileceği gibi genel olarak kamunun yararına da olabilir. Ne var ki gerçekte neyin hastalık olduğu veya hangi müdahalenin kime göre nasıl bir yarar sağlayacağı salt bilimsel değil, aynı zamanda politik bir meseledir. İlgilinin kendisiyle veya yasal temsilcisiyle çatışma içine düşülerek girilen tıbbi müdahalelerin meşruluğunun sınırları eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Özerklik, Psikososyal Varlık, Zorunlu Aşılama, Zorla Tedavi, Organ Bağışı

Superior Interests as a Limitation on the Right to Refuse a Medical Treatment

Abstract

Medical interventions constitute an intervention in personal rights in terms of the nature of medical interventions. Therefore, consent of the concerned person should be obtained as a rule to refrain from violating the right to personality. However, the lawfulness of consent requires specific conditions owing to the use of qualified information obtained by biology and medicine in medical intervention. One of such conditions is that consent should be given for a legitimate purpose. Conversely, qualified information obtained by biology and medicine offers decision-makers with a dangerous tool for structuring social order. The reasons for lawfulness replacing consent are embodied in accordance with certain criteria, such as legality and proportionality, in line with constitutional principles. However, in terms of medical interventions, the concept of superior interests may supersede the reasons for compliance with the law. The intervention to be carried out without consent can be either in the interest of a concerned person, a third person, or the public in general. However, which disease or form of intervention will benefit from whom is not only a scientific but also a political issue. Thus, the study critically evaluates the limitations of the legitimacy of medical interventions attempted by engaging in conflict with the person concerned or with a legal representative.

Keywords

Autonomy, Psychosocial Being, Mandatory Vaccination, Mandatory Treatment, Organ Donation

* Sorumlu Yazar: Özge Yücel (Doç. Dr.), Ufuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ozge.yucel@ufuk.edu.tr ORCID: 0000-0002-6472-0977

Atf: Yücel O, "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 441. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0003>



Extended Summary

The values of personality are interrelated, a person's body, mental existence, and social integrity are in constant interaction with one another; consequently, an intervention directed toward one affects the others. Similarly, medical intervention for physiological integrity exerts important effects on the psychosocial existence and integrity of a person. The nature of the method and information used are aspects that characterize intervention to personality values as medical intervention rather than the objective of the intervention or who conducts the intervention.

In general, a person exposed to an intervention using medical information is situated in a weak position owing to the lack of this information. Moreover, the fact that the relationship established with a patient or a counselee is at risk of exploitation is also based on this asymmetry. Such qualified information not only leads to the establishment of a hierarchical relationship but also is instrumentalized by the ruling owner for the continuity of order. Furthermore, obedience from individuals is transformed into a tool of social control over bodies through various arguments and medicine. Thus, the present study highlights the effects of social control motivation on the condition of usefulness in medical interventions from the viewpoint of biopolitics.

When the conditions of the lawfulness of consent are reviewed using the aforementioned approach, interventions should not be considered necessary for health or beneficial in terms of health welfare. However, they should be oriented toward a legitimate purpose. When such interventions are declared necessary or beneficial for health in line with subjective evaluations, an unjustified restriction can be imposed on the right of individuals to determine their relations, body, and future. In other words, a certain lifestyle can be imposed on individuals. Moreover, it recommendations within interventions may change over time in terms of the nature of the disease and, therefore, cases that require medical intervention. Notably, medicine is extremely political, especially in terms of mental illnesses.

Although the concept of superior interests is arguably the mainstay of all medical interventions without consent, no real conflict exists in terms of the will of the person in terms of medical interventions for personal interests based on the assumed consent. This study discusses the legitimacy of medical interventions conducted without consent of the person or their legal representative. Moreover, distinguishing the criteria regarding conflict with legal representatives as discussed herein is necessary. However, legal representatives are not entitled to evaluate and make decisions arbitrarily because they make decisions for another person's body and not theirs. The sole purpose of the powers granted to legal representatives is to protect the interests of mentally incapable persons, to allow the necessary interventions, and to prevent

unnecessary interventions. At this point, if the mentally incapable person that requires intervention does not resist, refuse, and, therefore, does not engage in conflict, then the interests of the said person have decisive importance instead of the opinion of the legal representative. In this respect, the study discusses vaccines for infants and differentiates them from mandatory vaccines intended for adults. By contrast, in a situation where a competent person who is undergoing medical intervention is engaged in a conflict with him the legal representative, whether the consequences that may occur owing to the lack of intervention will damage the state power or the fundamental rights and freedoms of others should be examined. The rationale for preserving an abstract state power frequently does not serve other interests apart from disciplining people and obtaining their obedience.

If the benefits provided by an intervention are considerably nonsignificant in the face of the burdens that the intervention creates for the individual in the case of violation of autonomy, intervention should be avoided because it cannot be regarded with proportionality as per the Constitution. One of the aspects that must change is the regulation that envisages forced examination for victims of sexual violence because the compulsion of the victims will create secondary trauma and will lead to continued violence. Alternatively, the present study emphasizes that exceptions should not be made for the avoidance of intervention without consent. This condition applies to biological substance donation and experiments for scientific purposes only owing to the lack of moral justification for expecting an individual to make sacrifices despite the fact that the conditions of the person do not create a burden for society.

Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar

Giriş

Kişilik hakkının koruma alanı içinde bulunan kişilik değerlerinin başında gelen beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler arasında tıbbi müdahaleler hukuksal sonuçları bakımından özel bir öneme sahiptir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesinin temel koşulu ilgili kişinin onamının alınmış olması veya onamın yerine geçebilen bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmasıdır. Onamın yerine geçebilen hukuka uygunluk sebebinin kişinin özerklik hakkının etkisiz hale getirilmemesi gereği dikkate alındığında istisnai bir nitelik taşıdığı açıktır. Anayasada beden bütünlüğünün dokunulmazlığı bağlamında onam yerine geçen sebeplerin açıkça öngörülmediği, buna karşılık Türk Medeni Kanunu'nda üstün yarar kavramıyla soyut bir sınırlandırma sebebi öngörüldüğü dikkat çekmektedir. İlgilinin onamı alınmaksızın girişilen tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilen üstün yarar kavramı, ilgili kişinin kendi yararıyla veya başkasının veya kamu yararıyla ilişkilendirilebilmektedir.

Çalışmada doğrudan doğruya onam vermesi gereken kişiyle çatışma içine düşülen durumlar inceleme konusu yapılmış olup onam vermesi gereken ilgili kişinin bilinci yerinde olmadığı için ve varsa yasal temsilcisine de ulaşamadığı için onun muhtemel iradesine veya objektif olarak tasavvur edilen varsayılan iradesine uygun olarak girişilen tıbbi müdahalelerde bir çatışma, çekişme ortaya çıkmadığı için bu tür tıbbi müdahalelerdeki üstün yarar kavramı incelemenin dışında bırakılmıştır. Söz konusu çatışma ile ehliyetli bir kişinin iradesine aykırı olarak girişilen müdahaleler yanında ayırt etme gücünden yoksun kişinin yasal temsilcinin iradesine aykırı olarak girişilen müdahalelerde ve ayırt etme gücünden yoksun kişinin doğal iradesine aykırı şekilde gönülsüz, zorla girişilen müdahalelerde de karşılaşılmaktadır. İlgilinin kendisiyle veya yasal temsilcisiyle çatışma, çekişme içine düşülerek girişilen tıbbi müdahalelerin meşruluğu yasal düzenlemelere biyopsikososyal yaklaşım çerçevesinde eleştirel biçimde değerlendirilecektir.

I. Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Temelleri ve Sınırları

A. Biyopsikososyal Yaklaşımla Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale kavramının öğretide çeşitli tanımları bulunmaktadır.¹ Söz konusu tanımlarda ortak olan husus insan bedenine yönelik tıbbi amaçlarla veya yöntemlerle

¹ Bakınız Ecem Kirkit, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (Adalet 2016) 13 vd; Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Seçkin 2017) 23-29; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku El Kitabı* (6. Bası, Seçkin 2013) 24; Serdar Nart, *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu* (2. Bası, Adalet 2020) 33.

müdahalede bulunulmasıdır.² Öncelikle belirtmek gerekir ki kişinin kendi bedenine yönelik eylemleri acı verici de olsa müdahale anlamına gelmeyecektir, bu nedenle bir başkasının etkisi olmaksızın kişinin kendi kararıyla kendi bedenine yönelik eylemleri, bir hukuksal işleme konu olmadıkça, kural olarak hukukun düzenleme alanında değildir.³ Dolayısıyla müdahale ile kast edilen, bir kimsenin doğrudan veya dolaylı olarak bir başkasının bütünlüğüne, varlığına etkide bulunulmasıdır.⁴ Tıbbi müdahale tanımlarında sözü edilen “insan bedeni” unsuru iki açıdan sorunludur.

Beden ile kast edilenin genellikle ruhsal yaşamı değil, organ, doku, kemik, kas gibi unsurlardan oluşan anatomik yapı olduğu anlaşılmaktadır. Oysaki kişiliğe müdahale birinin hem maddi varlığına hem de manevi varlığına etkide bulunmaya elverişli eylemleri ifade eder.⁵ Bu noktada bireyin psikolojik varlığını sosyal varlığından ayrı tutmak anlamlı değildir. Erikson’un psikososyal gelişim kuramında ileri sürüldüğü üzere insanların gelişimi çevresindekilerle ilişkilerine, sosyal dinamiklere dayanmaktadır.⁶ Bireyin psikolojik varlığının çevresindekilerle ilişkileri ile, bir başka ifadeyle sosyal varlığı ile etkileşimi yalnızca bireyin gelişimi aşamasında değil yaşamı boyunca kendini göstermektedir.⁷ Psikososyal yaklaşımın iş ortamı, yoksulluk, şiddet gibi sosyal koşullardan hareketle stres üreten ve sonuçta biyolojiyi ve böylece fiziksel ve zihinsel rahatsızlıkları etkileyen öznel deneyimlere odaklandığı belirtilmektedir.⁸ Dünya Sağlık Örgütü’nün sağlığı bedensel, ruhsal ve sosyal açıdan tam iyilik hali olarak açıklamasının temelinde de bu etkileşimin bulunduğu ileri sürülebilir. Bu açıdan tıbbi müdahalenin de kişinin hem bedenine hem de ruhsal (psiko)-sosyal varlığına yönelik müdahaleleri kapsar şekilde anlaşılması gerekmektedir.⁹ Kuşku yoktur ki bedene yönelik müdahaleler kişinin psikososyal varlığını, psikososyal varlığına

² Öğretide tıbbi müdahale kavramı ile bunun hukuka uygunluk koşullarının özdeşleştirilerek tanım yapıldığı dikkat çekmektedir. Bakınız Kirit (n 1) 15-17; Badur (n 1) 36, 41.

³ Bunun tek istisnası gebe kadının belirli bir gebelik süresinden sonra gebeliğini sonlandırmasının suç oluşturmasıdır. Bunun temelinde ceninin beklenen yaşam menfaatinin kadının bedensel özerkliği menfaatinin üstün tutulması düşüncesi vardır. Buna karşılık kişinin kendine vereceği zarar ölümcül olsa dahi herhangi bir yaptırım sebebi oluşturmaz. Fakat kişinin kendine zarar verme eğilimi onun tıbbi tanı olarak hasta sayılmasına ve böylece tıbbın normlarına göre disiplin altına alınmasına yol açabilmektedir.

⁴ Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (On İki Levha 2015) 12-13.

⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, beden bütünlüğüne kişinin hem fiziksel hem ruhsal değerlerinin dahil olduğunu belirtmektedir. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (19. Bası, Filiz 2020) 178.

⁶ Gabriel A Orenstein ve Lindsay Lewis, ‘Erikson’s Stages of Psychosocial Development’ (StatPearls, 9 March 2020) Treasure Island (FL): StatPearls Publishing <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK556096/>> Erişim Tarihi 9 Haziran 2020; Sage Rose ve Cecil Robinson, ‘Beyond Essentialist Critiques: The Co-development of Individual and Society within Erik Erikson’s Psychosocial Theory of Identity Development’ iç SA Barab, KE Hay ve DT Hickey (edr), *The International Conference of the Learning Sciences, Indiana University, Proceedings of ICLS 2006, Vol 2* (International Society of the Learning Sciences 2006) 621 vd; Lynn Froggett ve Barry Richards, ‘Exploring the Bio-Psycho-Social’ (2002) 5(3) The European Journal of Psychotherapy, Counselling & Health 321, 322-326.

⁷ Orenstein ve Lewis (n 6).

⁸ Michael Marmot, ‘Giriş’ iç Michael Marmot ve Richard G Wilkinson (edr), *Sağlığın Sosyal Belirleyicileri*, Çeviri Editörleri İlker Kayı ve Yeşim Yasin (İnsev 2009) 15-16; Michael Marmot, Johannes Siegrist ve Tores Theorell, ‘Sağlık ve İş Yeriindeki Psiko-Sosyal Ortam’ iç Michael Marmot ve Richard G Wilkinson (edr), *Sağlığın Sosyal Belirleyicileri*, Çeviri Editörleri İlker Kayı ve Yeşim Yasin (İnsev 2009) 119, 136-137. Ayrıca bakınız Mustafa Çalışkan, *Madde Bağımlılığının Btyo-Psiko-Sosyal ve Hukuksal Analizi* (Beta 2018) 16-18, 31.

⁹ Madde bağımlılığına ilişkin olarak psikososyal tedaviler hakkında bakınız Çalışkan (n 8) 189 vd

yönelik müdahaleler de kişinin bedenini etkilemektedir.¹⁰ Ancak burada doğrudan doğruya etkide bulunulması hedeflenen varlık doğrultusunda ayırım yapılmaktadır. Hakaret veya cinsel saldırı kişinin psikososyal varlığına yönelik müdahalelerdendir ve haksızdır.¹¹ Eğitim veya sanat faaliyeti de kişinin psikososyal varlığına yönelik müdahalelerdendir ve haklı ya da haksız olması amacı, onama dayanıp dayanmadığı, yöntemi gibi farklı bileşenlere bağlıdır.

Tıbbi müdahaleyi diğer müdahalelerden ayırt eden şey bunun yol açabileceği sonuçlardan ziyade hangi yöntemle gerçekleştirildiğidir.¹² Zira tıbbi müdahaleden ilgilinin zarar görmesi de yarar sağlaması da mümkündür. Öte yandan tıbbi müdahalelerin kapsamı yararlı sonucun amaçlanmasından ibaret görülemez, o kişiye zarar verme kastıyla yapılacak bir ameliyat da tıbbi müdahaledir ve hukuka aykırıdır. Öyleyse müdahaleyi “tıbbi” müdahale kılan, hangi yöntemle gerçekleştirildiğidir. Tıp ve biyoloji biliminin elde ettiği özel bilgilere dayanan yöntemler müdahaleleri nitelikli kılmaktadır. Geleneksel yaklaşım çerçevesinde tıbbi müdahale kavramının tıbbi gereklilik sebebiyle girilen müdahalelerle sınırlandırılmasının temelinde biyopolitikayı görünmez kılma saikinin etkili olduğu ileri sürülebilir. Bilimsel bilgi ve teknolojiye dayanan söz konusu nitelikli yöntemler tıp ve biyolojiyi araçsallaştırma riskini beraberinde getirmektedir.¹³ Sağlık alanında lisans eğitimi bulunmayan bir kişinin herhangi bir bitkinin tüketiminin canlı sağlığında yol açabileceği etkileri bilmesi veya bir kişinin nasıl ameliyat edileceğini bilmesi mümkün değildir, söz konusu bilgi asimetrisi tıbbın ve biyolojinin biyopolitika¹⁴ için güçlü bir silaha dönüşmesine yol açmaktadır. Foucault biyopolitikayı şöyle açıklamaktadır: “... *yönetim pratiğinin nüfusu oluşturan canlıların karşılaştığı sorunları (sağlık, hijyen, doğum oranı, yaşam süresi, ırklar...) akılsallaştırma çabası*”.¹⁵ Örnek vermek gerekirse bir kişinin ne kadar alkol kullandığı salt genel gözlemlerle belirlenemez, tahmin edilebilir, oysaki tıbbi teknoloji sayesinde yüzdeyle ifade edilecek kadar

¹⁰ Bakınız Marmot, Siegrist ve Theorell (n 8) 136-137.

¹¹ Psikososyal varlığa yönelen ani saldırılar veya müdahaleler yanında kronikleşen müdahaleler de sağlığı etkilemektedir. Bu bağlamda farklı sebeplerle damgalanma ve ötekileştirme suretiyle toplumsal dışlanmanın etkilerine değinilmektedir. Bakınız Mary Shaw, Danny Dorling ve George Davey Smith, ‘Yoksulluk, Toplumsal Dışlanma ve Azınlıklar’ iç Michael Marmot ve Richard G Wilkinson (edr), *Sağlığın Sosyal Belirleyicileri*, Çeviri Editörleri İlker Kayı ve Yeşim Yasin (İnsiv 2009) 239.

¹² Aynı yönde bakınız Burcu Ertem, *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015) 25-27.

¹³ Aynı yönde bakınız Ertem (n 12) 25-27. Öğretide Foucault’nun tıbbi (ilaçları) biyopolitik bir strateji olarak nitelendirdiği belirtilmektedir. Bakınız Altuğ Koç, ‘Michel Foucault’nun ‘Biyopolitika’ Kavramının Teorik Çerçevesi’ (2018) 2(2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 193, 195; Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk* (2. Bası, Betim 2019) 471 vd; Nagehan Gürbüz, *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru* (On İki Levha 2014) 359. Biyoteknoloji kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız Burcu Kalkan Oğuztürk, *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar* (Vedat 2011) 88 vd

¹⁴ Bedenin iktidarın nesnesi ve hedefi olduğu teziyle açıklanan biyopolitika kavramı Foucault’ya dayanmaktadır. Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* Çeviren Mehmet Ali Kılıçbay (8. Bası, İmge 2019) 209-211. Foucault’nun Hapishanenin Doğuşu ve Biyopolitikanın Doğuşu, Deliliğin Tarihi adlı eserlerinde açıklandığı üzere okullar, asker kıışalrı, hapishaneler, akıl hastaneleri gibi etrafı çevrilen, kişilerin kapatıldıkları kurumlar insanları disiplin altına almaya yöneliktir. Bakınız Michel Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu Collège de France Dersleri 1978-1979* Çeviren Alican Tayla (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015) 31-32, 57-58; Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 14) 207-224, 303, 309-311.

¹⁵ Foucault, Biyopolitikanın Doğuşu (n 14) 263.

kesinlikte olmak üzere kişinin kanındaki alkol tespit edilebilmektedir.¹⁶ Bir başka örnek vermek gerekirse uyuşturucu madde satıcısının yakalanmamak için bunu yutması halinde uyuşturucunun bedenden çıkarılması veya bedendeki varlığının tespiti için başvurulmuş nazogastrik yöntemler buna işarettir.¹⁷ Bir başka açıdan genetik tanı yöntemleriyle istenilen özellikleri taşımak üzere üremeye başvurulması veya isteğe bağlı kürtaja izin verilmeyen ülkelerde genetik anomalinin varlığı halinde kürtaja izin verilmesi de biyopolitikayla doğrudan ilişkilidir. Nazi döneminde engelli olduğu tespit edilen kişilerin yaşamına toplu şekilde son verilerek hasta olmayan ırk yaratma hedefi yönünden de tıbbi bilginin araçsallaştırıldığı açıktır.¹⁸ Benzer şekilde cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi, sosyoekonomik statüsü (dilencilik yapan yoksullar gibi) veya muhalif görüşleri sebebiyle “öteki” görülen ve damgalanan insanların geçmişte psikiyatri tarafından hastalık tanısıyla hastanelere kapatılması halinde de tıp araçsallaştırılmaktadır.¹⁹ Bu tür müdahalelerin pek çoğunun tıbbi müdahale kavramının dışında tutulmaya çalışılması anlamlıdır, bu yaklaşım aracılığıyla tıbbi müdahalelere özgü hukuka uygunluk koşullarının bu müdahalelerde aranmasının gerekli olmadığı izlenimi uyandırılabilir. Oysaki ister tıbbi gereklilik nedeniyle ister başka amaçlarla olsun tüm tıbbi müdahaleler için hukuka uygunluk koşullarının varlığının tartışılması gereklidir.

Tıbbi müdahalenin salt insan ile ilişkilendirilmesi ve diğer canlılar üzerinde biyoloji ve tıbbin uygulanmasının tıbbi müdahale literatürüne dahil edilmemesi dikkate değerdir. Oysaki insanlar üzerinde uygulanan tedavi yöntemleri çoğu kez öncelikle insan dışı deney ortamında, özellikle hayvanlar üzerinde denenmektedir. Çünkü tıbbi yöntemlerin hayvanlar üzerinde de etkili olduğu, hayvanların da hem bedenini hem de psikolojisini etkilediği bilinmektedir. Ne var ki biyopolitikanın hayvanları bugünkü normatif düzende özne saymaktan uzak olması ile hayvanların bedensel ve psikolojik varlığını etkileyen müdahalelerin ve veteriner hekimliğin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda hiçbir şekilde yer almaması rastlantı değildir. Hayvan üzerindeki deneyler ile insan üzerinde deneylerin hukuka uygunluk koşulları arasında önemli farklılıklar vardır, bu farklılıklar salt hayvanın kendi iradesini yönetebilen ve ifade edemeyen bir varlık

¹⁶ Hakan Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücut Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama)* (Kızıllarslan 2007) 160-161.

¹⁷ Bakınız *Jalloh v Germany* App no 54810/00 (ECHR, 11 July 2006) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-76307>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2020.

¹⁸ Nazi döneminde deneyler aracılığıyla tıbbin politik bir araç olarak kullanımı hakkında Bakınız Gökberk Dumancı, *İnsan Konulu Klinik Araştırmalar ve Hukuki Boyutu* (Legal 2020) 11-15.

¹⁹ Bakınız Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu* (n 14) 31; Thomas Szasz, *Deliliğin İmalatı* Çeviren Gözde Genç (Yerdeniz 2007) 319; Michel Foucault, *Akıl ve Akıl Bozukluğu Klasik Çağda Deliliğin Tarihi* Çeviren Mehmet Ali Kılıçbay (2. Bası, İmge 1995) 723 vd. Foucault, tıbbin zihinsel patolojisi bulunan kişiler yönünden sosyal bir tedbir amacıyla stratejik biçimde kullanıldığına, bugün eziyet olarak nitelendirilebilecek bazı yöntemlere o kişileri kontrol altında tutabilmek ve ıslah edebilmek amacıyla başvurulduğuna işaret etmektedir. Bakınız Michel Foucault, *Akıl Hastalığı ve Psikoloji* Çeviren Emre Bayoğlu (5. Bası, Ayrıntı 2019) 90-91. Aynı yönde bakınız Thomas Szasz, *Yalanlar Bilimi Psikiyatri* Çeviren Nur Küçük (Aylak Kitap 2013) 35, 39. Lemke, biyopolitika kavramını irdedeği eserinde bunun politikadan dışlanan “öteki”yi yeniden içerdiğini belirterek dolaylı olarak bu hususa değinmektedir. Thomas Lemke, *Biyopolitika* Çeviren Utku Özmaças (4. Bası, İletişim 2017) 153.

olmamasıyla açıklanamayacak düzeydedir.²⁰ Zira çok küçük yaştaki çocuklar veya zihinsel engelli bireyler de benzer bir durumdadır.²¹ İnsanın sırf insan olmasından ötürü araçsallaştırılmayacağı kabulünün temelinde irade sahibi bir varlık olması değil, araçsallaştıran öznenin bizzat insan olmasından ötürü kendi türünü araçsallaştırmasının mantıksal tutarsızlığının bulunduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla etiği ve buna bağlı olarak hukuku biçimlendiren, varlıkları disiplin altına sokan ve hegemonya kuran iktidarın biyopolitikasından başka bir şey değildir.²² Öyle ki neyin hastalık olup olmadığı dahi sosyokültürel²³ ve politik bir meseledir.²⁴ Sonuç itibariyle tıbbi müdahaleden anlaşılması gereken, psikososyal tabiatı olan canlı bir varlığa onu fizyolojik olarak veya psikolojik veya sosyal olarak etkileyebilen ve biyoloji ve tıbbın elde ettiği bilgiler kullanılarak tıbbi yöntemlerle gerçekleştirilen her tür girişimdir.

B. Onam Hakkının Temelleri: Özerklik Hakkının ve Kişiliğin Korunması

Bir kimseye yönelik müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için kendisinden önceden onam alınmış olması koşulunun²⁵ temelinde bireyin kendi yaşamını, geleceğini kendisinin yönetme hakkına sahip olması bulunmaktadır.²⁶ Bireyin özerk varlık sayılmasının sebebi insanların özgür olması, başka birinin egemenliğine tabi olmaması yönündeki kabuldür. Öyle ki bazı bireyler muhakeme ve irade oluşturma kabiliyetinden yoksun olsa dahi özgürdür ve her koşulda özne konumundadır. İnsanın birey olarak, özgür bir özne olarak kabulü liberalizme dayanmaktadır. Liberalizm öncesinde patriyarkal toplum düzeninde köleler, kadınlar ve çocukların özgür olmadığı, Roma hukukunda pater familias olarak adlandırılan aile babasının kendisine tabi olan insanların yaşamı, özgürlüğü ve bedenleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabildiği bilinen bir gerçektir.²⁷

İnsan Hakları Bildirileri ve Sözleşmeleri ile birlikte kendisine hukuksal zemin bulan tabii haklar doktrini giderek insan hakları hukukunun gelişimini sağlamıştır.²⁸ Böylece

²⁰ İnsan onuru kavramının türcülüğe varan bir boyutu olduğu ve hayvanların insan yararı için araçsallaştırılmasının olağan görülmesine yönelik eleştiriler için bakınız Metin (n 13) 473-474; Gürbüz (n 13) 41 vd

²¹ Türel tutarlılık ilkesi olarak belirtilen Gewirth tarafından savunulan görüş çerçevesinde çocuklar, zihinsel engelliler ve hayvanlar türel haklara sahip olmak için aranan en az müstakbel özne statüsünün dışında kalmaktadır. Bu görüş için bakınız Gürbüz (n 13) 51.

²² Bakınız Utku Özmağas, *Biyopolitika: İktidar ve Direniş Foucault, Agamben, Hardt-Negri* (2. Bası, İletişim 2019) 59-60.

²³ Foucault, hastalığın hastalık gerçekliğine ve değerine sahip olmasının bu şekilde tanımlandığı bir kültür içinde mümkün olduğuna vurgu yapmaktadır. Bakınız Foucault, *Akıl Hastalığı ve Psikoloji* (n 19) 78.

²⁴ Foucault, zihinsel tıp ve organik tıp ayrımı yapmakta ve organik tıpta patolojik olanla normal olanın birbirinden ayrılmasında organizmanın fizyolojik belirtilerinin tutarlı olduğuna, buna karşılık zihinsel tıp yani psikiyatride kişilik olgusunun normal ile patolojik olanı birbirinden ayırmayı güçleştirdiğine işaret etmektedir. Bakınız Foucault, *Akıl Hastalığı ve Psikoloji* (n 19) 11, 20-21. Aynı yönde bakınız Szasz, *Yalanlar Bilimi Psikiyatrisi* (n 19) 34-35. Buradan yola çıkıldığında fizyolojik bir patolojiye müdahalede bulunulmadığında kişinin yaşamını veya yaşamsal organlarını kaybetme riskiyle karşı karşıya kalmasına rağmen zihinsel patolojide müdahale edilmediğinde genel olarak ve doğrudan doğruya böyle bir risk söz konusu olmamaktadır. Söz konusu risk zihinsel hastalıklarda daha dolaylı şekilde gerçekleşmektedir.

²⁵ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz 2019) 106; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Turhan 2016) 353; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 5) 180.

²⁶ Zariye Şenocak, 'Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası' (2001) 50(4) AÜHF 65.

²⁷ Gökçe Serim, *Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler* (Lykeion 2018) 14-16, 20-21.

²⁸ Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. Bası, Yetkin 1993) 30-33.

ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın her insanın doğuştan sahip olduğu haklar güvence altına alınmıştır. Söz konusu tabii hakların başında özgürlük ve dolayısıyla özel yaşama saygı hakkı gelmektedir. Kendi bedeni, ilişkileri, yaşamı konusunda tek başına karar verebilmek, bu hususta kendisine yönelecek müdahalelerden korunmak ve seçimlerinin sonuçlarına katlanmak özerklik hakkının kapsamını oluşturmaktadır.²⁹ Söz konusu kararları alabilme özgürlüğü ile müdahalelerden korunma hakkı özel hukukta düzenlenen kişilik hakkının da temelini oluşturur.

Her insanın özgür olması gereği insanlar kendi seçimlerini yapmaya yeterli bir varlık olarak tasavvur edilmekle birlikte bu tasavvur ve varsayım her durumda gerçeklerle örtüşmemektedir. Olan biteni idrak etme, meydana gelen olayların sebep ve sonuçları arasında muhakeme yapabilme, ortaya çıkan ihtimalleri ve seçenekleri değerlendirerek seçim yapma ve irade oluşturabilme yeterliğinin yani ayırt etme gücünün olmadığı hallerde kişilerin özerklik hakkını bizzat kendi eylemleriyle koruması güçleşmektedir.³⁰ Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin muhakeme yapabilme yeterliğinden yoksun olması sebebiyle iradeleri gerçek değil doğal niteliktedir, canlı bir varlık olmayla ilişkili nitelikte verilen tepkiler kişinin doğal iradesini oluşturur. Ancak söz konusu doğal iradeye gerçek irade ölçüsünde bağlayıcılık atfedilmemiş olması sebebiyle ayırt etme gücünden yoksun kişilerin özerklik hakkının korunabilmesi hukuksal güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyacının giderilmesiyle mümkün olur.³¹ Çocuklar veya ayırt etme gücünden yoksun diğer kişiler adına alınacak kararların her defasında farklı bir kişi tarafından veya rastlantısal biçimde farklı kişilerce alınması söz konusu kişilerin özel yaşamına müdahale anlamına gelir. Buna karşılık ilgili kişiler için tayin edilmiş sürekli yasal temsilciye yetki ve sorumluluk yüklenmesi ayırt etme gücünden yoksun kişilerin üçüncü kişilere karşı özgür ve müdahalelerden uzak şekilde yaşamını düzenleyebilmesine olanak sağlar.³²

C. Onamın Tıbbi Müdahaleye Özgü Geçerlilik Koşulları

1. İlgilinin veya Yasal Temsilcisinin Aydınlatılması

Herhangi bir müdahaleye onam vermek için kişinin özel olarak aydınlatılmasına genellikle ihtiyaç olmaz, ilgili kişi ortalama zekaya sahip olduğu takdirde müdahalenin kendisine verebileceği zararları öngörebilecek, bilebilecek durumdadır. Ancak tıbbi müdahalelerde tıbbın ve biyoloji biliminin elde ettiği özel bilgiler kullanıldığı için

²⁹ Biyoetik ve biyotıp hukukunda özerklikle ilgili yapılan değerlendirmeler genellikle Kant'ın görüşlerine dayandırılmaktadır. Kant, insanın doğal belirlem alanında olmakla birlikte ahlaki eylemleri yönünden özerk olduğunu ileri sürmektedir. Bakınız Kalkan Oğuztürk (n 13) 25-26.

³⁰ Ayrıca bakınız Kalkan Oğuztürk (n 13) 25-26.

³¹ Bakınız Ertem (n 12) 662.

³² Aynı yönde bakınız Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler* (Vedat 2011) 285-286.

söz konusu özel bilgiler kendisine müdahale yapılacak kişide eksiktir.³³ Kendisine ne kadar bilgilendirme yapılırsa yapılsın müdahaleyi yapacak tabip kadar konuya vakıf olması ve müdahalenin olası etkilerini onun kadar kavraması da mümkün değildir.³⁴ Bununla birlikte ilgilinin kendi bedeni, yaşamı hakkında karar verebilmesini sağlamak için asgari ölçüde aydınlatma bir zorunluluktur.³⁵ Bu noktada kişinin müdahalenin olası yararları ile olası zararları hakkında anlayabileceği şekilde bilgilendirilerek kendi doğrularına göre seçim yapmasına yardımcı olmak, yol göstermek, yolunu aydınlatmak hedeftir.³⁶ Öyle ki aydınlatmadan alınmış onama dayanarak müdahalede bulunulduğunda görünüşte müdahalenin yapılıp yapılmayacağına karar veren ilgili kişi olmakla birlikte gerçekte buna karar veren ilgiliden bu bilgileri esirgeyerek müdahaleyi yapan kişidir.³⁷ Bu nedenle aydınlatmadan alınan onama dayanan müdahale özerklik hakkını açıkça ihlal eder ve hukuka aykırı düşer. Aydınlatmanın diğer amacı da hastanın güvenliğini sağlayabilmektir, hastanın bilmeden, sonuçlarını öngöremediği için kendisine zarar verecek davranışlardan kaçınması amacıyla da ilgilinin durumu ve önerilen tıbbi müdahalenin kapsamı, niteliği ve sonuçları hakkında ilgilinin aydınlatılması gereklidir.³⁸ Aydınlatmanın diğer bir işlevi de meydana gelebilecek risklerin gerçekleşmesi halinde müdahalede bulunanın sorumluluktan kurtulmasıdır. Aydınlatmanın tüm amaçları ve işlevleri yönünden ortak olan husus sürecin hastanın/danışanın kendi kontrolünde, hâkimiyetinde ilerlemesini temin etmektedir.

Özerklik hakkı gereği aydınlatılması gereken kişi, müdahaleye onam verme hakkı olan kişidir.³⁹ Zira aydınlatmanın amacı bireyin özerklik hakkına saygı göstermek, kişinin kendi yaşamını, bedenini, ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda düzenleyebilmesini temin etmektir.⁴⁰ Bu bakımdan kişi küçük veya kısıtlı olsa dahi kendi iradesi belirleyicidir, kişinin kişilik değerlerine yönelen müdahalelere ilişkin vereceği onam hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı niteliktedir.⁴¹ Dolayısıyla hastanın/danışanın üzülmemesi için veya başka bir sebeple hasta/danışan yerine herhangi bir yakınının bilgilendirilmesi hastanın özerklik hakkının açık bir ihlalidir. Bununla birlikte hasta kendisi yanında başkasının da bilgilendirilmesini isterse bu onam çerçevesinde ve sınırları içinde olmak üzere söz konusu kişi de bilgilendirilebilecektir. Hastanın

³³ Zihinsel patolojilerde fizyolojik olanlardan farklı olarak hastanın hastalığa ilişkin özgün bir bilince sahip olduğu, hastanın kendisiyle ilgili hiçbir şey bilmeyen konumda olmadığı, hekimin de tüm bilgileri elinde tutan konumda olmadığı ileri sürülmektedir. Bakınız Foucault, *Akıl Hastalığı ve Psikoloji* (n 19) 61.

³⁴ Bakınız Özbilen (n 32) 288.

³⁵ Ertem (n 12) 389-390. Aynı yönde bakınız Özbilen (n 32) 293-294; Kirkit (n 1) 69.

³⁶ Şenocak (n 26) 68; Kirkit (n 1) 76 vd

³⁷ Bakınız Gürkan Sert, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları* (2. Bası, Seçkin 2019) 138-139.

³⁸ Kirkit (n 1) 71 vd

³⁹ Şenocak (n 26) 80.

⁴⁰ Özge Yücel, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (Seçkin 2018) 120; Şenocak (n 26) 68; Serdar Nart, 'Endikasyon Dışı İlaç Tedavisinde Hekimin ve İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu'. (2017) 19 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) 729, 747-748.

⁴¹ Dural ve Ögüz (n 25) 106; Şenocak (n 26) 73.

onam verme yeterliği yani ayırt etme gücü bulunduğu halde aydınlatılmaktan vazgeçip vazgeçemeyeceği tartışma konusu olmuştur.⁴² Öğretide bunu mümkün gören yazarlar bulunmakla birlikte kanaatimizce aydınlatılmaktan tümüyle vazgeçmek ve mutlak bilgisizliği seçmek müdahalenin reddedildiği anlamına gelir.⁴³ Mutlak bilgisizlik içinde tıbbi müdahaleye verilen onam geçerli olamaz, buna karşılık müdahalenin anlamı, amacı ve riskleri hakkında genel olarak asgari ölçüde bilgilendirme onam vermek için yeterli sayılabilir.⁴⁴ Öte yandan Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi gereğince hasta/danışanın ehliyetli olmaması yani ayırt etme gücünden yoksun olması ya da küçük veya kısıtlı olması halinde -tek başına veya ilgilinin onamıyla birlikte- yasal temsilcinin onamı gerekli olduğu için Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinin ilk fıkrasına göre yasal temsilcinin de bizzat müdahalede bulunacak kişi tarafından aydınlatılması gerekir.⁴⁵

2. Yetkili Kişiye Onam Verilmesi

Tıbbi müdahalenin biyoloji, psikoloji ve tıp biliminin ulaştığı bilimsel bilgiler doğrultusunda niteliği, kapsamı ve sonuçları yalnızca uzman olan kişilerce bilinen bir müdahale olması gereği diğer müdahalelerden farklı olarak herhangi bir kişiye verilecek onam geçerli olamaz.⁴⁶ Bu bağlamda bilimsel bilginin kötüye kullanılmasını önleme amacının söz konusu olduğu açıktır. Zira bilgi tehlikeli bir araçtır, iyi ve meşru amaçlar için kullanılabilir gibi kötü amaçlar için de kullanılabilir. Bilginin kötüye kullanılmasının yolu tıbbi uygulamaya yetkili olan kişilerin doğru belirlenmesi ve mesleki özerklik korunarak bağımsız kurullar tarafından denetlenmesidir. Bunun yanında bilimsel bilgi veya teknoloji yanlış şekilde kullanıldığında hem birey hem halk sağlığı için zararlı sonuçlar doğması kuvvetle muhtemel olduğu için kişinin kendisinden, yaşamından, sağlığından vazgeçmesi anlamına gelebilecek bir onam kişilik hakkıyla bağdaşmaz ve hukuka uygun sayılamaz, bu nedenle müdahaleyi meşru kılamaz.

Dolayısıyla yalnızca diploması onaylanmış olan, kanunla yetki sınırları çizilmiş sağlık meslek mensuplarının tıbbi müdahaleler uygulamasına izin vermek hukuka

⁴² Aydınlatma yükümlülüğünün daraldığı veya ortadan kalktığı durumlara ilişkin olarak Bakınız Nart (n 40) 755-756; Sert (n 37) 161 vd

⁴³ Bu konudaki tartışma için bakınız Nart (n 40) 755-756; Nart (n 1) 279, 292-293; Yücel (n 40) 120-121.

⁴⁴ Aynı yönde bakınız Özbilen (n 32) 294-295; Kirkit (n 1) 94; Nart (n 40) 755. Nart, aydınlatmanın temel hatlarıyla mı kapsamlı, ayrıntılı şekilde mi yapılması gerektiği şeklinde iki seçenek üzerinde durarak amacın hastanın kendi geleceği hakkında karar verme olanağını sağlamak olduğuna işaret etmektedir.

⁴⁵ 1219 sayılı yasanın 70. maddesinde tamamlayıcı olarak onam arayan hükme karşın öğretilerde bazı yazarlara göre her tıbbi müdahale için değil TMK madde 16 gereği ciddi ve önemli tıbbi müdahaleler için yasal temsilcinin onamı aranır. Bakınız Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (7. Bası, Vedat 2017) 469-470; Şenocak (n 26) 73-79. Buna karşılık 1219 sayılı yasayı TMK hükümlerinden bağımsız şekilde yorumlayarak hastanın ayırt etme gücüne bakılmaksızın salt yasal temsilcinin onamının aranacağını belirten görüş için bakınız Dural ve Ögüz (n 25) 107. Buna karşılık her durumda salt sınırlı ehliyetsiz onamının yeterli olduğunu belirten görüş için bakınız Nart (n 1) 39.

⁴⁶ Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olma koşulu için bakınız Kirkit (n 1) 18 vd

uygun olacaktır.⁴⁷ Tıbbi uygulamaya yetkili olan kişilerin yalnız tıp fakültesi mezunları olmayıp Hemşirelik Kanunu'na göre hemşirelerin, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'a göre eczacıların, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasında Dair Kanun'un 29. maddesine göre diş hekimlerinin, Ek 13. maddesine göre klinik psikologlar, fizyoterapistler gibi sağlık meslek mensuplarının da yetkili olduklarına dikkat çekmek gerekir. Elbette bir kimse kendi bedenine tıbbi müdahalede bulunurken yetkili olup olmadığı sorgulanmayacaktır. Burada önemli olan bir başkasının bedenine dolayısıyla kişiliğine yönelen müdahalenin hangi koşullarda meşru sayılabileceğidir.

3. Meşru Amaç İçin Onam Verilmesi

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesinin koşulu olarak sıklıkla tıbbi gerekliliğin varlığı ileri sürülse⁴⁸ de bu kavram onam hakkının sınırlarını yeterli ölçüde açıklamaya elverişli olmaktan uzaktır. Öğretide bu kavrama dayanılmasının bir nedeni Anayasa madde 17'de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında beden bütünlüğüne dokunulamayacağını öngörülmesidir. Fakat esasında burada öngörülen anayasal hüküm kişinin iradesine aykırı olarak hangi durumlarda tıbbi müdahalede bulunulacağını açıklamaya yöneliktir.

Onam hakkının sınırları yönünden tıbbi gereklilik iddiasının temelinde tıp etiğinin en temel ilkelerinden yararlılık ilkesi olduğunu ileri sürmek daha gerçekçi olacaktır. Bir başka ifadeyle kişilere yarar sağlamayacak bir tıbbi müdahalenin yapılması ahlaki ve dolayısıyla meşru karşılanmamaktadır. Çünkü tıbbi gereklilik kriterine dayanıldığında, tıbbi gereklilik hastalığı önleme, teşhis, tedavi ve rehabilitasyonla sınırlı olarak değerlendirildiği için, herhangi bir hastalıkla ilgisi bulunmayan kürtaj, sünnet, üremeye yardımcı tıbbi müdahaleler gibi müdahalelerin meşruluğunu tıbbi gereklilik kavramı açıklayamamaktadır. Neyin hastalık olup olmadığı konusunda yapılan tıbbi değerlendirmeler nasıl ki salt bilimsel olmayıp psikososyal görüş ve yaklaşımlardan bağımsız değilse tıbbi müdahalenin hangi durumda gerekli olup olmadığına ilişkin verilecek kararlar da farklı değildir. Bu bağlamda insan onuru kavramına sığınarak paternalist bir yaklaşımla herhangi bir tıbbi müdahalenin gerekli olmadığı, dolayısıyla hukuka uygun olmadığı ileri sürülebilecektir.⁴⁹

İlgilinin özerklik hakkına saygı duyulabilmesi bakımından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için onamın meşru bir amaca, en geniş anlamıyla “yarar sağlamaya”⁵⁰ yönelik olması koşulu aranmalıdır. Böyle bir yaklaşım Türk Medeni

⁴⁷ Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (2. Bası, Anıkan 2007) 77.

⁴⁸ Bakınız Dural ve Ögüt (n 25) 106. Badur, “sağlık refahının sağlanması, korunması veya artırılması” amacına yönelik olmasını aramaktadır. Bakınız Badur (n 1) 39. Kirkit ise “hukuken öngörülmüş amaçlara yönelme” ifadesini kullanmış ve tıbbi gereklilik yanında nüfus planlamasını da bu amaçlara dahil etmiştir. Bakınız Kirkit (n 1) 35 vd

⁴⁹ Bakınız Gürbüz (n 13) 23-26.

⁵⁰ Yarar sağlama ilkesinin onam alınmadığı hallerde kişinin muhtemel iradesiyle çatışabileceği açıktır. Bakınız Hilal Yüksel, *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2017) 37.

Kanunu'nun 23. maddesine de uygun düşecektir.⁵¹ Dolayısıyla tıbbi müdahaleler açısından zarar vermeme ilkesi üstün tutularak kişinin biyoloji ve tıbbın bilgi ve yöntemlerinden yararlanma hakkı olduğu kabul edilmelidir.⁵² Böylece tıbbi gereklilik olduğu kabul edilen haller dışındaki tıbbi müdahaleler için psikolojik, sosyal endikasyon gibi zorlama gerekçeler bulmaktan vazgeçilebilir.⁵³ Bu doğrultuda teşhis, tedavi, rehabilitasyon, önleme veya hastalığın etkilerinin hafifletilmesi amacıyla tıbbi müdahaleler kadar kişinin istediği zaman ve istediği çoklukta üreme hakkını kullanabilmek için gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon, üremeye yardımcı tekniklere başvurulması veya bedenini cinsiyet kimliğine uyumlu hale getirmek amacıyla cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek istemesi de meşru bir amaca yöneliktir. Bu kapsamda bireyin hiçbir üreme organına sahip olmak istememesi, feminen veya maskülen gösterecek fiziksel özelliklerinden kurtulmak istemesi de mümkündür. Ancak kişilerin her isteğinin meşru olmayabileceği açıktır. Dural ve Ögüz'ün belirttiği gibi yapılacak müdahale kişiliğin tahribine değil, idamesine yönelmiş olmalıdır.⁵⁴ Örnek vermek gerekirse gözlerinden birinin görme yetisine son verilmesini istemesi ya da sebep olmadığı halde bacağının kesilmesini istemesi durumunda kişinin hayatta kalabilmek için temel becerilerden kendisini yoksun bırakacak müdahalelerin meşru olduğu ileri sürülemez. Böyle bir müdahalenin yapılması halinde kişinin onamına dayansa dahi tıp etiği ve tıp hukuku için geçerli olan “zarar vermeme” ilkesinin⁵⁵ ihlal edileceğinde kuşku yoktur. Aktif ötanaziye izin verilen ülkelerde aktif ötanaziye onamın hukuka uygun olması için de aynı şekilde meşru amaç koşulu aranmaktadır, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış olma ve çekilen acılardan kurtulma amacının varlığı tespit edildiğinde bir kimsenin yaşamına son verecek bir müdahaleye onam geçerli sayılabilmektedir.⁵⁶ Böylece müdahaleden beklenen sakıncaların beklenen yarardan ağır basmaması beklenmektedir.⁵⁷ Benzer şekilde salt bilimsel amaçlı deneylere veya organ transplantasyonuna verilecek onamın geçerliliği de meşru amacın yani üstün kamu yararının veya başkasının üstün yararının beklenen risklere göre baskın gelmesine bağlıdır.⁵⁸

⁵¹ TMK madde 23'te öngörülen koruyucu hükmün özgün yorumu için bakınız Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 458-459. Serozan tıpkı temel hak ve özgürlüklere doğrudan doğruya getirilen kısıtlamalarda olduğu gibi birbiriyile çatışan menfaatler arasında denge ve ölçülülük kriterinden yola çıkarak TMK madde 23 hükmünü somutlaştırmaktadır. Yazara göre ahlaka aykırılık belirlenirken kavramcı ayrımcılıktan kaçınılmalı, özveri ve ödünün kişi için ağırlığı, sağlayabileceği yararlar, başkalarının sağlayabileceği menfaatin ağırlığı ve ödün verenin ekonomik, sosyal, zihinsel güçsüzlüğünün birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bakınız Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 458, 463.

⁵² Verilen örnekler dikkate alındığında aynı yönde bakınız Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 461.

⁵³ Aynı yönde bakınız Ertem (n 12) 54.

⁵⁴ Dural ve Ögüz (n 25) 108.

⁵⁵ Zarar vermeme ilkesi ve diğer ilkeler için bakınız Kalkan Oğuztürk (n 13) 119 vd; Yüksel (n 50) 34 vd; Dumancı (n 18) 57-63.

⁵⁶ Bakınız Gürbüz (n 13) 100-101, 107.

⁵⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 5) 180.

⁵⁸ Öğretilerde “daha üstün yarar” hukuka uygunluk sebebinin onama dayalı deneylerde bir gerekçe olarak kullanılması fikrine katılmak mümkün değildir. Bu görüş için bakınız Kirkit (n 1) 152. Kanaatimizce “daha üstün yarar” kavramı onam dışı saldırıları meşru kılabılır, onama dayalı müdahalelerde ise toplumun yararının aranması onamın geçerliliği için aranan meşru amaç ölçütüyle açıklanabilir.

D. Onam Hakkının Kategorik Sınırlandırılma Sebepleri ve Usulü

1. Anayasal ve Yasal Sınırlandırma Sebepleri

Kişinin bedenine dışarıdan ve onun iradesi dışında olmak üzere yönelecek her tür müdahale yönünden, bir başka ifadeyle kişinin geçerli bir onamı olmadığı halde müdahalede bulunulabilmesi için müdahalede bulunanın yasanın verdiği bir yetkiye dayanması gerekmektedir. Bedenin müdahalelere karşı korunması en temel hak ve özgürlükler arasında olduğu içindir ki insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve Anayasa hükümleri doğrultusunda öngörülen yasal düzenlemelere dayanarak böyle bir müdahalede bulunulması meşru sayılabilir.⁵⁹ Bu noktada kişinin iradesi dışında ifadesiyle kast edilen, yalnızca onun açık reddine rağmen müdahale bulunulması değil, aynı zamanda onun bilgisi olmaksızın, ona sorulmaksızın, yani açıkça onamı alınmaksızın müdahalede bulunulmasıdır. Anayasanın ve uluslararası sözleşme hükümlerinin özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanmasını gerektiren durumların başında kişilik hakkına yönelik müdahaleler gelmektedir.⁶⁰

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere yani özel sınırlandırma sebeplerine bağlı olarak sınırlandırılabilir.⁶¹ Beden bütünlüğünün dokunulmazlığına ilişkin olarak Anayasa madde 17’de öngörülen sınırlandırma sebebi “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller” olarak belirtilmiştir. Tıbbi zorunlulukların ne anlama geldiği anlaşılabilirse de bunun dışındaki sebeplerin açıkça belirtilmeyip kanunda yazılı haller şeklinde açıklanması Anayasanın 13. maddesiyle tutarlı görünmemektedir. Bu noktada her hak gibi temel hak ve özgürlüklerin de kötüye kullanılmayacağı, her hakkın bünyesindeki koruma menfaatinin sınırlarına uyulması gerektiği kabul edilmektedir.⁶² Bu noktada üstün yarar kavramı kanaatimizce hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için başvurulmuş bir sınırlandırma gerekçesi olarak kullanılmaktadır. Ancak üstün yarar kavramına Anayasada değil Türk Medeni Kanunu’nda yer verilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun özel hukuk açısından genel hüküm niteliği taşıyan ve ilkesel bir düzenleme olan 24. maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*”. Söz konusu düzenlemenin Anayasa madde 17’de öngörülen hükmün tamamlayıcısı niteliğinde olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır. TMK madde 24’te açıklanan üstün nitelikte özel yarar veya kamusal

⁵⁹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta 2019) 147.

⁶⁰ Aynı yönde bakınız Metin (n 13) 377.

⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2002) 99 vd; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 150-151. COVID-19 salgınıyla mücadele kapsamında getirilen yasak ve kısıtlamaların Anayasaya aykırılığı hakkında değerlendirme için bakınız Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (25. Bası, Ekin 2020) 400.

⁶² Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 146-147; Özbudun (n 61) 103, 109; Mehmet Sağlam, ‘Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu’ (2002) 18(1) Anayasa Yargısı Dergisi 233, 254-255.

yarar kriteri soyut ve genel bir sınırlandırma sebebi oluşturmaktadır, hangi hallerde daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar olduğu yine yasalarda öngörülen sınırlandırmalar ile tespit edilebilecektir.⁶³ Zira daha üstün nitelikte özel yararın hangi durumda var olduğunu tespit etmek salt idari ve yargısal otoritelere bırakılmış olsaydı temel hak ve özgürlüklerin objektif olarak değil subjektif ve dolayısıyla keyfi olarak sınırlandırılması sonucu ile karşılaşılırdı ve böyle bir sonuç Anayasaya aykırı düşeceği için kabul edilemez.⁶⁴

Türkiye'nin tarafı olduğu ve Anayasa madde 90 gereğince kanun hükmünde sayılan Biyolojinin ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesinde bedene yönelik müdahalelere ilişkin olarak insan haklarının hangi gerekçelerle kısıtlanabileceği Anayasadan farklı olarak daha açık şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. "Hakların Kullanılmasının Kısıtlanması" başlığını taşıyan söz konusu maddeye göre "1. Bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır. 2. Yukarıdaki paragrafta sözü edilen kısıtlamalar; Madde 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 ve 21'e uygulanmayacaktır." Esasen belirtilen sınırlandırma sebeplerinin nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda ya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ifadesiyle kast edildiği gibi daha üstün nitelikte özel yararın korunması ya da kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması ifadeleriyle kast edildiği gibi daha üstün nitelikte kamu yararının korunması amaçlanmaktadır.⁶⁵ Bir başka ifadeyle kişinin gerçek iradesine rağmen temel hak ve özgürlüklerde yapılacak sınırlandırmalar başkalarının menfaatlerini koruma düşüncesine dayanır.⁶⁶ İnsan genomu üzerindeki müdahaleler, insan üzerinde deneyler, canlı vericiden nakil amacıyla organ ve doku alınması konularında yukarıda belirtilen gerekçelerin yani kısaca üstün yararın insan haklarının sınırlandırılmasında gerekçe olarak gösterilemeyeceği açıkça belirtilmektedir. Böylelikle insanların metalaştırılmasında ve araçsallaştırılmasında tıbbın kullanılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Türkiye'nin tarafı olduğu ve dolayısıyla Anayasa gereği kanun hükmünde sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bedene yönelik müdahaleler özgürlük ve güvenlik hakkı ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı olmak üzere iki ayrı bağlamda ele alınarak düzenlenmektedir. Bir kimsenin iradesine aykırı olarak bir yerde tutulması,

⁶³ Soyut ve somut yasaklar ve sınırlandırmalar ayrımı için bakınız Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 147-148.

⁶⁴ Bakınız Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 147.

⁶⁵ Sözleşmede söz konusu olan sınırlama ölçütlerinin Sözleşmenin konusu kapsamında ve amacıyla bağdaştığı ileri sürülmektedir. Bakınız Metin (n 13) 376-377.

⁶⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, temel hak ve özgürlük sınırlamalarının devlet ya da kamu kökenli gerekçeler yanında başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için de yapılabileceğini belirtmektedir. Bakınız Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 147.

alikonulması, Sözleşmenin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin 5. maddesinde, bedene ve psikososyal varlığa yönelik her tür tıbbi müdahale ise Sözleşmenin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8. Maddesinde düzenlenmektedir. Özel hayat kavramı Sözleşme metninde somutlaştırılmış olmasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına dayanan yorumlarında bu kavramın mahremiyeti aşan şekilde, özerkliği, kişinin bedeniyle ilgili kararların kendisine ait olması anlamlarını kapsayacak şekilde değerlendirildiği görülmektedir.⁶⁷ Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlandırma gerekçeleri şöyle açıklanmaktadır: *“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”*. Bu maddede sayılan gerekçelerin yalnızca tıbbi müdahaleler değil özel yaşama yönelik tüm müdahaleler için sınırlandırma gerekçeleri olduğu dikkate alındığında bu maddede sayılan tüm sebepler tıbbi müdahalelerle ilgili özerklik hakkının sınırlandırılması açısından meşru sayılamaz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin salt tıbbi müdahaleler yönünden temel hak ve özgürlükler için sınırlandırma sebepleri öngörüldüğü düşünülürse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen diğer gerekçelerin (ülkenin ekonomik refahı, ahlak gibi) tıbbi müdahaleler için esas alınmaması gerekir.⁶⁸

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Gözetilecek İlkeler

Türk Medeni Kanunu madde 24'te kişilik hakkına müdahaleleri meşru kılacak sebepler belirtilmiş olmakla birlikte söz konusu meşru sebepler soyut biçimde ifade edilmiş, somutlaştırılmamıştır. Kişilik hakkının temel hak ve özgürlüklerin özel hukuktaki yansıması olduğu düşünüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde ve Anayasada temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının usulüne ilişkin öngörülen ilkelerin gözetilmesi gerekmektedir.⁶⁹ Belirtmek gerekir ki TMK madde 23 hükmü de TMK madde 24 gibi bireyin özerkliğine sınırlandırma getirmektedir.⁷⁰ Ancak TMK madde 23 olumsuz şekilde sınırlandırma getirerek kişinin onamının hangi durumlarda geçerli olmayacağını açıklar ve kişinin onamına rağmen herhangi bir müdahaleyi meşru kılmaz iken TMK madde 24 hükmü olumlu surette sınırlandırmada bulunarak kişinin onamı dışında

⁶⁷ Ursula Kilkelly, *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights* (Directorate General of Human Rights, Council of Europe 2003) 11, 14-15.

⁶⁸ TBK madde 27'de belirtilen ahlak sınırlandırmasının Anayasa madde 13 karşısındaki meşruluğu biyotik sorunlarla ilgili olarak öğretilen tartışılabilir da kanaatimizce ahlak kuralları, belirttiğimiz gerekçelerle kişinin onamı dışındaki müdahaleleri meşrulaştırmak açısından değil sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması bağlamında tartışılabilir. Bakınız ve karşılaştırınız Kalkan Oğuztürk (n 13) 72-75.

⁶⁹ Serozan, *Medeni Hukuk* (n 45) 456.

⁷⁰ Dural ve Ögüz (n 25) 151, 153-155; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 5) 209-211.

hangi hallerde müdahalenin hukuka uygun olduğunu açıklamaktadır.⁷¹ Dolayısıyla bu başlık altında olumlu tarzda özerkliğe ve kişilik hakkına yönelik sınırlandırmaların tabi olduğu kurallar açıklanmaktadır.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, özel sınırlandırma sebeplerine bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Maddenin ikinci cümlesinde bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve en önemlisi de ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 26. maddesinde de “*kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır*” hükmüyle sınırlandırmaların sınırı çizilmiş, sınırlandırmalar için gözetilecek ilkeler Anayasa madde 13 ile benzer şekilde öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemelerden hareketle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilecek ilkeler yasallık, öngörülebilirlik ve hukuksal güvenlik, amaç ve araç arasında orantının varlığı, bir başka ifadeyle ölçülülük olarak açıklanabilir.⁷² Somut sınırlandırma sebeplerinin tek tek yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece bireyler hangi durumlarda nasıl bir sınırlandırma rejimiyle karşı karşıya kalacaklarını öngörebilecektir. Yasallık kriteri aynı zamanda sınırlandırmaların somut ve açık olmasını temin etmeye yöneliktir. Yasallık kriterinden hem maddi anlamda yasallık yani düzenlemenin genel ve objektifliği hem de şekli anlamda yasallık yani kararname, yönetmelik veya genelge değil adı kanun olan bir yasama faaliyeti ürünüyle sınırlandırma getirilmesi anlaşılmaktadır.⁷³ Yasallık ölçütü sınırlandırma sebebinin her zaman kendiliğinden hakkın sınırlanması anlamına gelmez, yasal düzenleme hakkın sınırlandırılmasında hâkime veya başka bir kamusal otoriteye yetki tanımış olabilir.⁷⁴ Böyle bir durumda kamusal otoritenin sınırlandırma ve böylece kişiliğe müdahale etme yetkisini kullanırken Anayasal ilkelere riayet etmesi gerekir. Öte yandan sınırlandırmaların ölçülü olması gereklidir. Bu bağlamda sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gereği de hakkın özüne dokunmaması gereği de ölçülülük kriterinin bir başka ifadesi niteliğindedir.⁷⁵

⁷¹ Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 463, 471. TMK madde 23 ve 24'te öngörülen hükümlerin anlamı hakkında bakınız Helvacı (n 47) 104-109; Dural ve Ögüz (n 25) 151-155. Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 457-473. Helvacı, haklı olarak TMK madde 23 ile kişinin kendisine karşı değil belirli durumlarda başka kişilerce zorlanarak karar verme özgürlüğünün hukuksal işlem ile önceden sınırlandırılmasına karşı koruma sağlandığını belirtmektedir. Helvacı (n 47) 104-105.

⁷² Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 157-167.

⁷³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 158.

⁷⁴ Bakınız Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 152-154.

⁷⁵ Aynı yönde bakınız Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 163-165; Özbudun (n 61) 104-107.

II. Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Özel Yarar

Kişiliğe müdahalenin haklı sebeplerinden biri olan daha üstün nitelikte özel yarar, kendisine müdahalede bulunulacak kişinin yararı olabileceği gibi başka bir kişinin yararı da olabilir.⁷⁶ Belirtmek gerekir ki kişiye kendi menfaatinin korunması için iradesi dışında müdahalede bulunulabilmesi için kişinin geçici veya sürekli olarak ayırt etme gücüne sahip olmaması gerekir. Zira ayırt etme gücüne sahip bir kimseyi kendisine rağmen kendisinden korumak iddiasıyla müdahalede bulunmak kişilik hakkına yönelik ölçsüz bir sınırlandırma oluşturur.

A. Kişinin Kendi Yararına Tıbbi Müdahalelerde

1. Yasal Temsilciye Rağmen Aşılama, Muayene ve Tedavi

Veli veya vasinin bakım ve gözetim ile yükümlü olduğu çocuklar ve ayırt etme gücünden yoksun erginler, özerklik hakkı ayırt etme gücünün eksikliği halinde yasal temsilcileri aracılığıyla korunabilecektir.⁷⁷ Hukuksal güvenlik ihtiyacının karşılanması ayırt etme gücü bulunmayan kişiler adına alınacak kararların sürekli olarak öngörülebilir bir kişi tarafından alınması ile mümkün olabilir. Zira kayyımın aksine sürekli olarak görev yapmak üzere belirlenen yasal temsilci yani veli veya vasi ilgilinin ihtiyaçlarını, kişiliğini, duygu ve düşüncelerini, isteklerini genellikle en iyi anlayabilecek kişidir. İlgilinin görüşlerinin ayırt etme gücü olsun olmasın mümkün olduğu ölçüde öğrenilmesi hususunda yasal temsilciye yüklenen yükümlülük kişilerin özerklik hakkına saygı duyulmasını mümkün kılmakta ve bunu güvence altına almaktadır.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişilere yönelik tıbbi müdahaleler için 1219 sayılı yasaya göre onam verme yetkisi veliye veya vasiye aittir. Ancak veli veya vasi onam vermekten kaçındığı takdirde onaylamadıkları müdahale kendi bedenlerine ilişkin değil başka bir kişinin bedenine ilişkin olduğundan velinin veya vasinin tartışmasız ve mutlak bir karar verme yetki ve özgürlüğünden söz edilemez.⁷⁸ Çünkü velayet ve vesayet özgecil hak ve yetkilerin tanındığı bir statü ilişkisidir.⁷⁹ Korunmaya ihtiyacı olduğu için velayet veya vesayet altında bulunan kişilerin nesne değil özne olduğu dikkate alınırsa veli veya vasinin korumakta yetersiz kaldığı veya keyfi davrandığı

⁷⁶ Bakınız Helvacı (n 47) 113-114; Kara Kılıçarslan (n 4) 52. Ayrıca Bakınız ve karşılaştırınız Kılıçoğlu (n 25) 356.

⁷⁷ Aynı yönde bakınız Cansu Kaya Kızılırmak, ‘Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarına Rızanın Esirgenmesi’ iç Abuzer Kendigelen ve Saibe Oktay Özdemir (edr), *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan* (On İki Levha 2020) 465.

⁷⁸ Bakınız Serozan, *Medeni Hukuk* (n 45) 469; Kaya Kızılırmak (n 77) 460-461.

⁷⁹ Velayetin “özgecil” karakteri hakkında bakınız Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat 2005) 250. Öğretide velayetin daha önce ileri sürüldüğü gibi mutlak bir hak olmaktan çok sosyal bir “yüküm-hak” olarak nitelendirilmesi ve velinin ya da vasinin yetkilerini kendi kontrolü altında tutamaması, bu yetkilerin sınırlandırılması veya kaldırılması konusundaki yetkinin aile mahkemesi hâkimine veya vesayet makamına ait olması sebebiyle bu ilişkinin statü ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bakınız Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 79) 250-253, 257; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015) 1074-1079; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (13. Bası, Filiz 2018) 351-353; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (3. Bası, Pegem 2013) 208-211.

hallerde yasal temsil yetkisine sınırlandırma getirilerek doğrudan doğruya ayırt etme gücünden yoksun kişinin menfaatlerinin korunması gerekir.⁸⁰ Bir başka ifadeyle hastalığın teşhisi, tedavisi, önlenmesi gibi doğrudan doğruya ilgilinin menfaatini korumaya yönelik bir tıbbi müdahale için haklı bir sebep olmadan onam vermekten kaçınılması halinde mahkeme tarafından koruyucu önlem alınması hususunda Türk Medeni Kanunu madde 346 yargıca hem geniş bir takdir yetkisi hem de resen harekete geçme ve önlem alma yükümlülüğü yüklemiştir.⁸¹ Çocuk Koruma Kanunu'nda da sağlık tedbiri alma konusunda çocuk yargıcına yetki tanınmışsa da bu yasanın amacının korunmaya muhtaç çocukları korumak olduğu dikkate alındığında ailesiyle yaşayan, manevi olarak terk edilmemiş bir çocuğun korunmaya muhtaç olup olmadığı hususunda tereddüt meydana gelmektedir. Oysaki Türk Medeni Kanunu madde 346'da yargıca tanınan takdir yetkisi çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğü her durumda durum daha ağır bir önlem almayı gerektirecek kadar kötüleşmeden önlem almaya, çocuğu ailesinin yanındayken koruyup desteklemeye yöneliktir.⁸²

Uygulamada yenidoğanlar için tanı amacıyla topuk kanı alma işlemine⁸³ gereksiz gördüğü için, ameliyata giren çocuğuna kan nakli yapılmasına Yehova şahidi olduğu için karşı çıkanlar yanında bilgi kirliliği ve bilimsellikle ilgisi olmayan aşı karşıtı kampanyaları baskısı altında olumsuz etkilenecek bebeklik ve çocukluk döneminde yapılması önerilen koruyucu/önleyici aşıları yaptırmaktan kaçınan ebeveynler de görülmektedir. Bu hallerde anne babalar kendi kişisel görüşleri doğrultusunda bakım vermekle yükümlü olduğu çocuklarının sağlığını tehlikeye düşürmektedir.⁸⁴ Bu durum söz konusu anne babayı her konuda çocuğunu ihmal eden veya istismar eden ebeveyn yapmamakla birlikte yasaya göre çocuğun bedeni üzerinde mutlak iktidar kurma ve çocuğa zarar verme riski yaratma yetkisinin anne babaya tanınmadığını vurgulamak gerekir.⁸⁵ Bu sebeple anne babanın kusuru olsun olmasın çocuğun menfaatlerini objektif olarak tehlikeye düşürmek çocuğun korunması için önlem alınması bakımından yeterlidir.⁸⁶

Bu bağlamda bebeklik dönemi aşılarıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin HS Aysal Bireysel Başvuru Kararının gerekçelerine değinmek gerekir.⁸⁷ Anne ve babası

⁸⁰ Bakınız Kaya Kızılırmak (n 75) 461-462.

⁸¹ Serozan, Çocuk Hukuku (n 79) 292.

⁸² Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009) 110-111; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 79) 361; Akyüz (n 79) 257.

⁸³ Anne babası topuk kanı alınmasına onam vermediği için hakkında sağlık tedbiri alınan çocuk adına yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, yenidoğan tarama programı için gerekli yasalık ölçütünün bulunduğu gerekçesiyle hak ihlalinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bakınız *M. A. Bayram* Başvurusu, Başvuru No. 2014/4077 (AYM, 29 Haziran 2016) RG: 26.10.2016. Bu konuda inceleme için bakınız Hasan Atilla Güngör, 'Anayasa Mahkemesi'nin Topuk Kanı Testi ve Zorunlu Aşılama Uygulamaları Hakkındaki Kararlarına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme' (2018) 10(100) *Fasikül Hukuk Dergisi* 395, 397.

⁸⁴ Bakınız Kaya Kızılırmak (n 77) 465-467.

⁸⁵ Yücel (n 40) 270-271; Kaya Kızılırmak (n 77) 465. Aynı yönde bakınız Serozan, Çocuk Hukuku (n 79) 284. Serozan (Çocuk Hukuku (n 79) 284), bunu hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirmektedir.

⁸⁶ Kaya Kızılırmak (n 77) 466. Üstelik bu tehlikenin ağır nitelikte olması aranmaz. Bakınız Elçin Grassinger (n 82) 108-109, 112.

⁸⁷ *HS Aysal* Başvurusu, Başvuru No. 2013/1789 (AYM, 11 November 2015) RG: 24.12.2015.

tarafından çocuğa bebeklik dönemi aşılarının yapılmasına izin verilmemesi üzerine Bakanlık İl Müdürlüğü tarafından mahkemeye başvurularak sağlık tedbiri alınması istenmiş, mahkeme sağlık tedbiri alınmasına karar vermiştir. Bunun üzerine çocuğun babası çocuk adına zorunlu aşı uygulamasının yasal temeli olmadığı gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede zorunlu aşı uygulaması varmış gibi, bir başka ifadeyle her çocuk için çocuk adına karar vermeye yetkili kişilerin onamı alınmaksızın doğrudan doğruya aşı yapılmış gibi kamu sağlığının korunması için yapılabilecek müdahaleler için yasal temelin bulunması gerektiğine işaret etmiştir.⁸⁸ Oysaki zorunlu olduğu ileri sürülen bir aşı uygulaması bulunmamaktadır, bunun yerine anne babası tarafından onam verilmediği için anne babanın onamının aranmaması amacıyla mahkemeye bütün çocuklar için değil münferit bir çocuk için yapılmış bir başvuru vardır. Öte yandan Mahkemenin Anayasa madde 17 ve AİHS madde 8 ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmelerde çocuğun bedeninin anne babanın bedeninden ayrı tutulmadığı, anne babadan onam alınmadan çocuğa yapılan tıbbi müdahaleyle sanki çocuğun kendi onamı alınmadan zorla çocuğa müdahalede bulunmuş gibi yorumlandığı görülmektedir.⁸⁹ Oysaki çocuğun velilerine tanınan onam verme yetkisi mutlak değildir. Çocukların özerklik hakkı sadece velilerine tanınan yetkilerle değil, velileri denetlemekle ve gerektiğinde velayet yetkilerine müdahalede bulunmak hususunda kanunla idari veya yargısal makamlara tanınan yetkilerle de korunmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunmasına ilişkin 6. maddesine göre yasal olarak müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan küçüğe sadece kanunla belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izniyle ve yalnızca onun doğrudan yararı için tıbbi müdahalede bulunulabilir. Öyleyse Anayasa madde 17 ve AİHS madde 8 hükümlerinin yorumu aracılığıyla sırf

⁸⁸ “54. Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında AİHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece, uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak, söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği görülmektedir (Boffa ve diğerleri/San Marino, B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4; Solomakhin/Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38). 55. Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte, velayet veya vesayet altındaki küçük yaştaki çocuklara veya kısıtlılara uygulanacak müdahaleler açısından da kanuni temsilcilerin rızası söz konusu tıbbi muamele şüjesinin rızası yerine ikame edilmekte ve rıza şartına istisna getirilebilecek haller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk halleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlanılmaktadır (§§ 15, 20-26). ... 57. Anayasa'nın 17. maddesinde de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş olmakla birlikte kanun ile düzenleme hükmüne yer verilmiş olup bu kapsamda yapılan müdahalelerin meşruluğunun denetlenmesinde, Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütlerinin dikkate alınması zorunludur. ... 68. Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi noktasında da kamu makamları ve başvuru arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte, esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü halinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir.”

⁸⁹ Kaya Kızılırmak da onamın velayetin anlamı ve kapsamı açısından değerlendirilmemesinin eksiklik olduğunu ifade etmektedir. Kaya Kızılırmak (n 77) 454-455.

anne babanın onam göstermemesi halinde ilgilinin onamının aksine müdahalede bulunulduğu çıkarımı isabetli değildir, çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesine göre çocuğun menfaatlerinin tehlikeye düşmesi halinde uygun önlemleri alma hususunda hâkime bilinçli olarak geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.⁹⁰ Böylece esasen çocuğun menfaatlerini korumada çocuk adına karar verme konusunda kanuna göre tek yetkilinin veli olmadığı, velinin yetkilerine müdahalede bulunma ve velinin yerine gerekli önlemleri alma konusunda aile mahkemesi hâkimine yetki tanındığı anlaşılmaktadır. Evlat edinme bakımından kan hısımlı olan anne baba küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediğinde TMK madde 311/b.2 gereği mahkeme onamın aranmasından vazgeçilmesine karar vermeye yetkili sayılırken çocuğun menfaatleri açısından çok daha önemli bir konuda mahkemenin onamın aranmasından vazgeçilmesine karar vermeye yetkili olmadığı ileri sürmek Türk Medeni Kanunu'nun sözüne ve ruhuna aygün düşmemektedir.⁹¹

Özetlemek gerekirse çocuğun özerklik hakkı çerçevesinde somut olayın koşullarına göre çocuğun yüksek yararının neyi gerektirdiğine karar verme yetkisi mutlak biçimde anne babaya tanınmamış, ikincil olarak aile mahkemesi hâkimine de tanınmıştır.⁹² Önemli olan husus aile mahkemesi hâkiminin somut olayın koşullarında uygulanması önerilen aşılamanın çocuğun doğrudan yararı için gerekli olup olmadığını araştırarak tespit etmesidir.⁹³ Böyle bir durumda onam hakkına kısıtlama getirilmiş sayılamayacaktır. Çocuğun doğrudan yararının olmaması halinde velinin veya aile mahkemesi hâkiminin müdahaleye onam verme yetkisi olmayacağı için kanunla belirlenen hallerde kişiliğe müdahalede bulunulabilecektir. Velinin yetkilerini kötüye kullanabileceği her olası durum için kanun hükmü öngörmek mümkün olmadığı gibi hâkimin böyle bir tedbir alamayacağını ileri sürmek yargıya tanınan yetkinin yok sayılması anlamına gelmektedir. Aşı bağlamında tartışılması gereken husus, aşılama çocuk nedeniyle sadece kamu yararının mı tehlikeye düştüğü, yoksa aynı zamanda ve öncelikle kendi yararının da mı tehlikeye düşüp düşmediğidir. Aşı karşıtlığının yaygınlaştığı ve bu nedenle son yıllarda kızamık salgınının yayıldığı İngiltere'de vakaların %80'inin aşılama çocuklarda görüldüğüne ilişkin aktarılan bilgiler dikkate alındığında bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak aşılama kamu sağlığının korunması dolaylı ve makro ölçekli bir hedeftir, öncelikli hedef bireysel

⁹⁰ Elçin Grassinger (n 82) 115, 120; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 79) 361; Kaya Kızılırmak (n 77) 467-468.

⁹¹ Aynı yönde bakınız Elçin Grassinger (n 82) 122. Akyüz, bu yönde karar verme yetkisini hâkimin anne babaya bağlayıcı nitelikte direktif verme yetkisiyle açıklamaktadır. Bakınız Akyüz (n 79) 260.

⁹² Aynı yönde bakınız Akyüz (n 79) 258-261; Serozan, Çocuk Hukuku (n 79), 292; Badur (n 1) 122. Serdar Özgüldür'ün ilgili karar için yazmış olduğu karşıoy gerekçesi de aynı yöndedir: "Uygulamada derece mahkemelerinin, ebeveynlerin rızasının şart olduğuna dair verdiği bazı kararlar olduğu gibi; bu başvuruda olduğu gibi, çocuğun üstün yararı gözetildiğinde sağlığın korunmasında bu rızanın gerekmediği yolunda verilen kararlarında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bir kararında "Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini de üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun menfaatine aykırı bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz." demektedir."

⁹³ Aynı yönde bakınız Kaya Kızılırmak (n 77) 468-469.

sağlığın korunmasıdır.⁹⁴ Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda ise kararın TMK 346 gereğince aile mahkemesi hâkimi tarafından değil Çocuk Koruma Kanunu'na göre korunmaya muhtaç çocuklar için tedbir almaya yetkili çocuk hâkimi tarafından alınması kanaatimizce isabetli olmamıştır.

2. İlgilinin Doğal İradesine Rağmen Aşılama ve Tedavi

Ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun kişilerin gerçek anlamda oluşturabildikleri bir iradeden söz edilemez. Söz konusu kişiler idrak ve muhakeme kabiliyetinden yoksun durumdadır, yaptıkları seçim kendi ahlaki yargıları çerçevesinde tutarlı ve akılcı olmayabileceğinden hukuk düzeni ayırt etme gücünden yoksun durumdayken gösterilen tepkilere ve ifade edilen isteklere bağlayıcılık tanımamaktadır. Buna karşın ayırt etme gücünden yoksun da olsa komada veya bitkisel yaşamda olmayan kişilerin duygusal tepkileri göz ardı edilemez. Doğal irade olarak açıklanabilecek bu duygusal tepkiler kimi zaman kişinin objektif anlamda belirlenebilecek üstün yararıyla bağdaşmayabilir.⁹⁵ Ancak böyle bir halde kişiye zorla tıbbi müdahalede bulunulması ve özgürlüğünden alıkoynulabilmesi için yasayla zorla müdahalenin koşullarının düzenlenmesi ve bu hususta karar vermeye yetkili kişi veya kurumun belirli olması gereklidir.⁹⁶ Belirtmek gerekir ki müdahalenin kişinin sağlığı için önemi ve ivediliği güçlendikçe doğal iradeye atfedilen önem azalır.⁹⁷

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin koşulları Türk Medeni Kanunu'nun 432. maddesi ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınan bu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5/1/e hükmü ile paralellik taşıdığı dikkat çekmektedir. Erginler için öngörüldüğü belirtilen hükümler TMK madde 446'da yapılan gönderme hükmü sebebiyle küçükler yönünden de uygulanır. Türk Medeni Kanunu'nun 432. maddesine göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve maddede sayılan diğer sebeplerden biriyle toplum için tehlike oluşturan kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde tedavi, eğitim ve ıslah için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Belirtmek gerekir ki Türk Medeni Kanunu'nda zorla müdahalenin koşullarının temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaya elverişli şekilde somutlaştırılmadığı, yalnızca kuruma yerleştirmeden söz edildiği, zorla müdahalenin ölçülü sayılmasının kriterlerinin öngörülmediği anlaşılmaktadır. Yalnızca TMK madde 432/2'de kişinin çevresine getirdiği külfetin göz önünde tutulacağı belirtilerek ölçülülük kriterine göndermede bulunmaktadır.

⁹⁴ Bakanız Mine Kasapoğlu Turhan, 'İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması' (2019) 9(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 4, 21. Ayrıca Bakanız İlker Belek, 'İngiltere'de Kızamık Salgını ve Aşı Karşıtlığı' (Sol Haber Portalı, 12 January 2018) <<https://haber.sol.org.tr/dunya/ingilterede-kizamik-salgini-ve-asi-karsitligi-224706>> Erişim Tarihi 27 Haziran 2020.

⁹⁵ Doğal irade kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için Bakanız Yücel (n 40) 87-98.

⁹⁶ Psikiyatri hastalarının zorla/gönülsüz tedavi edilmelerine ilişkin farklı ülkelerdeki hukuksal süreçler hakkında karşılaştırmalı bilgi için Bakanız Selin Demirdoğan ve Mustafa Solmaz, 'Psikiyatride 'Zorunlu Yatışlar'' (2019) 32(2) Adli Tıp Dergisi 84, 86 vd.

⁹⁷ Bakanız Yücel (n 40) 96, 98.

Oysaki İsviçre Medeni Kanunu'nda kuruma yerleştirme dışında psikolojik bir rahatsızlığın varlığı halinde onam alınmadığı halde tıbbi müdahalenin yapılabilmesinin koşulları özel olarak 434. madde ve devamındaki maddelerde açıklanmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 434. maddesinin ilk fıkrasına göre ilgilinin onamı bulunmadığında, yapılması düşünülen müdahale yapılmadığı takdirde ilgilinin sağlığında ciddi bir zarar tehdidi ortaya çıkarsa veya üçüncü kişilerin yaşamı veya beden bütünlüğü ciddi olarak zarar tehdidinde maruz kalırsa, müdahaleyle ilişkili olarak ilgili ayırt etme gücünden yoksun olursa ve daha az keskin nitelikte ölçülü bir tedbirle zarar tehdidinin önüne geçilemiyorsa zorla müdahaleye başvurulabilecektir. Dolayısıyla müdahalenin ölçülü olup olmadığına müdahaleden beklenen yararlar ve sakıncalar ile müdahalede bulunulmamasının olası sakıncalarının karşılaştırılması suretiyle karar verilebilir.⁹⁸ Üstelik TMK 432'de kişisel korunmanın mı toplum menfaatinin mi öncelikli tutulduğu anlaşılacakken salt zorla tıbbi müdahaleye hasredilmiş olan bu düzenlemede açıkça ilgilinin sağlığı veya başkalarının yaşamı veya beden bütünlüğü açısından zarar tehdidi doğması yeterli sayılmaktadır, her ikisi birden aranmamaktadır. Dolayısıyla Türk hukuku için de İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelere benzer şekilde zorla tıbbi müdahaleye özgü hükümler öngörülmesi gerekir.⁹⁹ Esasen İsviçre Medeni Kanunu'ndaki söz konusu düzenlemelerin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 7. maddesine göre “*Ciddi nitelikte akıl hastalığı olan bir kişi, -gözetim, denetim ve bir makama başvurma işlemleri dahil kanunda belirtilen koruyucu şartlara bağlı olarak- sadece, böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir*”. Sözleşmenin Türk hukuku açısından kanun hükmünde olduğu dikkate alınırca doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Bu noktada tedavi olarak uygulanması planlanan girişimin gerçekten kişinin yaşam kalitesini artıracak bir etkiye bulunup bulunmayacağı, bir başka ifadeyle yalnızca onu adeta normalleştirme iddiasıyla baskılayıp baskılamayacağı eleştirel bir yaklaşımla sorgulanmalıdır.¹⁰⁰

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesinde açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan veya bu durumla ilgisiz şekilde muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülere hangi durumda zorla tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre “*Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati*

⁹⁸ Bakınız Badur (n 1) 293-300.

⁹⁹ Türkiye Psikiyatri Derneği'nin 2017 yılında hazırlayarak kamuoyuna sunduğu Ruh Sağlığı Yasa Taslağı'nın “İstemsiz Tedavi ve Yatış” başlıklı 15. Maddesinde İsviçre hukukunda öngörülen düzenlemedeki esaslara paralel bir düzenleme önerisinde bulunulduğu görülmektedir. Bakınız Türkiye Psikiyatri Derneği, <<https://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/2811201717434-Ruh-Sagligi-Yasa-Taslagi.pdf>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2020; Demirdoğan ve Solmaz (n 96) 88.

¹⁰⁰ Psikiyatrinin tedavi yöntemlerine eleştirel yaklaşım için bakınız Szasz, Deliliğin İmalatı (n 19), 12-13, 22-23.

tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır”. Dolayısıyla hükümlü kendisine müdahalede bulunulmamasını istediği halde bilincinin bozulması halinde veya bilinci bozulmamakla birlikte yaşamsal tehlikenin meydana gelmesi halinde zorla müdahalede bulunulabileceği belirtilmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise açıklık grevi veya ölüm orucuna girmemekle birlikte sağlık sorunu olduğu halde muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya yaşamının ciddi tehlike içinde olması halinde yine zorla müdahalede bulunulabileceği belirtilmektedir. Hükümlülere zorla müdahaleyi öngören yasal düzenlemelerde esasen hükümlünün kendi üstün yararının korunduğu iddiası söz konusudur ancak ayırt etme gücü bulunduğu halde veya ayırt etme gücünü kaybetmeden önce açıkça müdahaleyi ret beyanı olduğu halde müdahalede bulunulması özerklik hakkına ve insan onuruna aykırı düşmektedir.¹⁰¹ Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlardaki yaklaşımı zorla beslemeye tümüyle karşı olmak yerine usulüne, yöntemine dikkat etmek kaydıyla bunun hukuka uygun olacağı yönündedir.¹⁰² Burada eleştirel bir bakışla yasa koyucunun bireyin menfaatinden ziyade devletin menfaatini koruma kaygısıyla hareket ettiği ileri sürülebilir, hükümlünün yaşamak istememesinin, ruhsal sağlığının kötüleşmesinin sebebinin cezaevi koşulları ve cezaevi yönetiminin tutum ve davranışlarının olduğu ileri sürülerek herhangi bir davanın açılmasının önü kapatılmak istenmektedir. Ancak bunun isabetli bir yöntem olmadığı açıktır, hükümlü yaşamını kaybetmesin kaybetmesin cezaevinde maruz kaldığı kötü koşullardan dolayı devletin sorumlu tutulabileceği belirtilmelidir.

B. Başka Bir Kişi Yararına Tıbbi Müdahalelerde

1. Soybağı Davalarında

Türk Medeni Kanunu'na göre soybağının reddi davasında, sonradan evlilik yoluyla kurulan soybağına itiraz davasında, tanınmanın iptali davasında veya babalık davasında davacı veya davalının kendisine düşen ispat yükü kapsamında çocuk ile erkek arasında soybağının bulunduğunu veya bulunmadığını ortaya koymak amacıyla genetik incelemeye başvurulabilmektedir. Soybağı davalarında TMK madde 284 ile mahkemeye resen araştırma yetkisi tanınmış ve yükümlülüğü yüklenmiş olduğundan davacının veya davalının talebi üzerine mahkeme tarafından diğer taraftan biyolojik örnek alınmasına karar verilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde

¹⁰¹ Aynı yönde bakınız Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 465. İnsan onurunun temeline ahlaki otonomiye yerleştiren Kantçi düşünce ve insan onuru hakkında ayrıntılı tartışma için bakınız Metin (n 13) 7 vd

¹⁰² Bakınız Ersan Şen ve Fatma Betül Bodur, 'Devletin Yaşam Hakkını Koruma Zorunluluğu' (2017) 12(132) Terazi Hukuk Dergisi 125, 130-131.

İlgililerin kendilerinden biyolojik örnek alınmasına ve bu örnek üzerinde inceleme yapılmasına onam vermeye zorlanıp zorlanamayacağı hakkında bir hüküm öngörülmektedir. Buna göre “*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*” Dolayısıyla soybağının tespiti amacıyla kişinin sağlığı için tehlike yaratmayacak olsa bile bir kişinin beden bütünlüğüne zorla müdahale edilemeyecek, onam vermekten kaçınma hali soybağı davasında onam vermeyen kişinin aleyhine yorumlanacaktır.

Öte yandan 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesine göre “(1) *Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.* (2) *Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamaz.*” Türk Medeni Kanunu’nun aksine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hâkime incelemenin zor kullanarak yapılmasına karar verme yetkisinin tanınmış olması hangi düzenlemenin esas alınacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir.¹⁰³ Sonraki kanun hükmü HMK’de öngörülmüş olsa da öğretide haklı olarak usul kanunuyla maddi hukuk düzenlemesinin değiştirilemeyeceği, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin maddi hukuk hükümleri içeren bir kanunla öngörülebileceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁴ Öte yandan öğretide bir diğer görüşe göre usul hukukuyla ilgili hükümlerin TMK’de yer alabildiği ve bu hükmün yargılama hukukuna ilişkin olduğu dikkate alındığında sonraki kanun hükmü olan HMK madde 292’nin TMK madde 284 karşısında üstün tutulması gerekmektedir.¹⁰⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018 yılında verdiği bir bozma kararında sonraki kanun olan HMK madde 292’nin TMK madde 284 ile karşılaştırıldığında özel hüküm içerdiği gerekçesiyle HMK madde 292’nin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁰⁶ HMK madde 292’nin TMK madde 284 karşısında üstün tutulması gerektiği sonucuna varılsa bile Aksoy Dursun’un işaret ettiği üzere ilgili düzenleme kaynak kanun hükmü olan Alman ZPO § 372a’nın

¹⁰³ HMK’deki söz konusu düzenlemenin İsviçre Medeni Usul Kanunu’ndan alındığı anlaşılmaktadır. Bakınız Özlem Tüzüner, *Adli Genetik ve Tıbbi Biyolojik Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkisi* (Filiz 2016) 16-17.

¹⁰⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 79) 269-270. Aksi görüş için bakınız Özbilen (n 32) 330; Kirkit (n 1) 175-176; Cem Akbıyık ve Gülşah Sinem Aydın, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu M.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu’ (2014) 13(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 21-22.

¹⁰⁵ Sanem Aksoy Dursun, ‘Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi’ (2012) 8(95-96) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 109, 121.

¹⁰⁶ Yargıtay HGK, 1927/1471, 18.10.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 15 November 2020.

düzenleme tarzı ile birlikte değerlendirildiğinde tanıklığa ilişkindir.¹⁰⁷ Bu nedenle muayeneye katılma yükümlülüğü davanın taraflarına değil, tanık sıfatını taşıyan üçüncü kişilere yönelik olmalıdır. Öte yandan hükmün uygulanma biçimi kişilik hakkına ölçsüz bir şekilde saldırıda bulunulmasına elverişli olduğu için hükmün amacına uygun olarak sınırlandırılarak uygulanması yerinde olacaktır.¹⁰⁸

Öte yandan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesinde öngörülen kısıtlama sebepleri arasında soybağı menfaatiyle ilgili olarak yalnızca “başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması” sebebine dayanılabilirse de aynı maddeye göre kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamayacaktır. Gerçekten Fransız Medeni Kanunu'na göre insanın genetik karakterinin incelenmesinin yalnızca tıbbi veya bilimsel araştırma amacıyla gerçekleştirilebileceği, soybağının kurulması amacıyla hâkim tarafından genetik inceleme yapılmasına karar verilse de ilgilinin onamının önceden ve açıkça alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁹ Bu bakımdan onam vermektan kaçınan davacı veya davalı aleyhine olmak üzere hâkimin var olan delilleri takdir etmesi suretiyle soybağının tespit etmesi ve böylece ilgililerin soybağına ilişkin menfaatleri korunması mümkün olduğu halde kişilerin beden bütünlüğünün onamları olmadığı halde zorla müdahalede bulunulması gereğinden fazla, bir başka deyişle ölçsüz bir müdahale sayılacaktır.¹¹⁰ Anayasa madde 90/5 gereği usulünce yürürlüğe konulmuş ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümleri kanun hükümleriyle çatıştığında uluslararası antlaşma hükümleri üstün tutulur, bu nedenle HMK madde 292'de öngörülen zorla müdahale hükmünün uygulanması Anayasaya aykırı düşer.

2. Başkalarının Tedavisi İçin Biyolojik Madde Alınmasında

Bir kimsenin başkasının sağlığı için kendi bedeninden biyolojik madde¹¹¹ alınmasına vereceği onam hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı olup onamın her aşamada geri alınması mümkün olduğu gibi bundan vazgeçtiği için herhangi bir yaptırıma tabi tutulamaz.¹¹² Bu husus Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasında şöyle açıklanmaktadır: “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.*” Biyolojik madde verme borcu altına girmek bu madde bağlamında

¹⁰⁷ Aksoy Dursun (n 105) 118-119.

¹⁰⁸ Aksoy Dursun (n 105) 120-122.

¹⁰⁹ Tüzüner (n 103) 14, 22-23.

¹¹⁰ Aynı yönde bakınız Badur (n 1) 266. Tüzüner, mutlak gerçekliğin tespitini daha önemli görerek ciddi şüphenin varlığı halinde orantılılık ilkesi doğrultusunda zorla müdahalede bulunabileceği kanaatinde. Bakınız Tüzüner (n 103) 21. Benzer şekilde bakınız Akbiyik ve Aydın (n 104) 25-27.

¹¹¹ İnsan kökenli biyolojik madde kavramının anlamı, kapsamı ve niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız Özbilen (n 32) 8 vd

¹¹² Bakınız Serozan, Medeni Hukuk (n 45) 460; Dural ve Öğüz (n 25) 117-118.

başkasına nakledilmek veya bilimsel araştırmada kullanılmak üzere verme borcu anlamında kullanılmaktadır. Kişinin başkasının yararı için kendi canlı bedeniyle fedakârlığa katlanmaya zorlanması kabul edilebilir değildir.¹¹³ Etik temelleri açısından kişinin canlı verici olarak kendi bedenine araç olarak davrandığı belirtilmektedir¹¹⁴, bu nedenledir ki bir başkası değil kişinin kendisi bedeninin başkasının yararına araç haline gelmesine izin vermelidir. Anayasa madde 35 gereğince mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararıyla sınırlandırılması karşısında kişiler malvarlıklarıyla fedakârlığa katlanmaya zorlanabilir ise de bedeniyle buna katlanmaya zorlamak liberal ve demokratik hukuk düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır.¹¹⁵ Bu noktada hastalık taşıyan birinin başkalarının yararı için özgürlüğünden alıkonulması veya gerektiğinde tedaviye zorlanması ile başkaları için tehlike oluşturmamanın birinin başkasının menfaati için tıbbi müdahaleye ve dahası biyolojik madde bağışlamaya zorlanması aynı kefeyle koyulamaz. Hukuka aykırı eylemde bulunan kişilerin dahi yalnızca malvarlıklarıyla sorumlu tutulabileceği ilkesi karşısında hiçbir kişinin hakkını ihlal etmeyen bir kimsenin sırf biyolojik madde bağışlamaya elverişli fiziksel durumda olması sebebiyle bedeniyle fedakârlık yapmaya tabi tutulması kabul edilemez. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun canlı vericiden alınacak her tür organ ve doku için açıkça ilgilinin onamını aramaktadır ve bu kuralın hiçbir istisnası yoktur. Kan ve Kan Ürünleri Kanunu'nun 3/1/b hükmüne göre kan, kan bileşenleri ve ürünlerinin temininde karşılıksız ve gönüllü bağış esastır.¹¹⁶ Bu bakımdan COVID-19 salgınında hastalanan kişilerin tedavisi için bu hastalığı atlatmış kişilerin plazma bağışına zorlanması düşünülemez. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesinin ikinci fıkrasında da organ ve doku bağışına ilişkin temel hak ve özgürlüklerin başka bir kişinin veya kamunun yararı gerekçesiyle kısıtlanamayacağı açıkça ifade edilmektedir. Sözleşmenin hiçbir hükmünde kan ve kan ürünleri bağışına değinilmemekle birlikte benzer şekilde başka birinin hayatının korunması için onam hakkına ilişkin koruyucu hükümlere kısıtlama getirilemeyeceği sonucuna varmak Sözleşmenin ruhuna uygun düşer.

Biyolojik madde bağışına ilişkin onam açıklaması mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olup hiçbir surette yasal temsilcinin buna karar vermesi kabul edilemez. Çünkü bir kimsenin sahip olduğu kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci

¹¹³ Aynı yönde bakınız Özbilen (n 32) 320-321; Kalkan Oğuztürk (n 13) 121; Gürbüz (n 13) 89; Kirkit (n 1) 187; Kara Kılıçarslan, (n 4) 64-65, 75. Öğretilde yalnızca kadavradan organ alımı için rutin veya isteğe bakılmaksızın organ alımı yoluna başvurulması yönünde görüşler mevcut olup canlı vericiden başkasına nakil için organ alımı daima onama dayanır. Bakınız Metin (n 13) 262-263; Özlem Koçak Süren, 'Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi' (2007) 73 TBB Dergisi 174, 182-183.

¹¹⁴ Bakınız Gürbüz (n 13) 87.

¹¹⁵ Serozan (Medeni Hukuk (n 45) 465) bunu sosyal kişilik ihlali bağlamında değerlendirerek kişinin irade özerkliğine müdahale olarak nitelendirmektedir.

¹¹⁶ Bazı ülkelerde paralı donör sisteminin olduğu belirtilse de bu sistem onamın aranmadığı anlamına gelmemektedir, gönüllülüğünden farklı olarak karşılıksız değildir. Bu konuda bakınız Yeşim Işıl Ülman, 'Kan ve Kan Ürünlerinin Transfüzyonu ve Tıbbi Etik' (1998) 20 Damla Kan Merkezleri ve Transfüzyon Derneği Bülteni 2, <<http://kmtmd.org.tr/damla/20.pdf>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2020.

tarafından ayırt etme gücünden yoksunluk halinde kullanımı salt o kişinin kendi menfaatlerinin korunabilmesi uğruna mümkün ve meşru sayılmaktadır.¹¹⁷ Nitekim 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre 18 yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücü bulunmayan kişilerden sağlığında organ ve doku alınması yasaktır. Türk hukukunda bu hususta yenilenebilir ve yenilenemeyen doku ayrımı yapılmadan yasak getirilmesi yasal temsil yetkisinin küçük ve kısıtlı kişilerin menfaatine olmadığı halde salt başkasının yararı için bir işlem yapılmasını engellemeyi hedeflemektedir, bir başka ifadeyle yasal temsil yetkisinin istismarının önüne geçmektedir.¹¹⁸ Buna karşılık İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre istisnai olarak muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden yenilenebilir dokuların alınmasına, muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması, alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması, bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması, 6'ncı Maddenin 2'nci ve 3'üncü paragraflarında koşul olarak aranan yetkinin, kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, özel olarak ve yazılı şekilde verilmiş olması ve en önemlisi de muhtemel vericinin itirazda bulunmaması koşuluyla izin verilebilir. Söz konusu düzenlemeye Türkiye tarafından çekince koyulmuştur.¹¹⁹ Esasen Sözleşmenin 27. maddesine göre Sözleşmenin hiçbir hükmü taraf devletlerin Sözleşme hükümlerinden daha kapsamlı koruma önlemleri almalarını kısıtlayacak veya engelleyecek şekilde yorumlanamaz, bir başka ifadeyle Sözleşmenin insan haklarının korunmasında asgari bir standart getirdiği belirtilmektedir. Öte yandan Sözleşmede yenilenebilir dokunun bağışına izin veren düzenlemenin doğal iradeye öncelik ve önem verdiği dikkat çekmektedir. Ayırt etme gücü bulunmasa dahi vericinin bağışa yönelik itirazının olmaması bağışın vazgeçilmez koşuludur. Bu husus da yasal temsilcinin doğrudan doğruya ilgili adına bağışa karar veremeyeceğini açıklamaktadır. Zira burada ehliysiz kişinin kendi yararının korunması gerekçesinden söz edilememektedir.¹²⁰

¹¹⁷ Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların organ bağışlayabilmesinin önünde bir engel yoktur. Dural ve Ögüz (n 25) 115. Ayrıca bakınız ve karşılaştırınız Özbiçen (n 32) 279-281.

¹¹⁸ Zihinsel engeli bulunan kişilerin bedeninden başkasının yararı için organ alınması konusu bir yana anensefalik bebek olarak adlandırılan ömrü çok kısıtlı değerlendirilen, gelişimini tamamlayamamış bebeklerden hayattayken organ ve doku alınması konusundaki etik tartışma için bakınız Gürbüz (n 13) 91-93.

¹¹⁹ Uygulamada yenidoğan bebeklerin kordon kanından kök hücre alınarak başkasına nakil işlemi gerçekleştirilmektedir, bunu mümkün kılan husus kök hücrenin organ ve doku niteliğinde olmamasıdır.

¹²⁰ Ehliysiz kişinin kendi yararı için onun doğal iradesine aykırı müdahalelerde bulunulmasının meşru olduğuna ilişkin açıklamalar için bakınız Kalkan Ögüztürk (n 13) 120.

III. Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Kamu Yararı¹²¹

A. Şiddetle Mücadele Amacına¹²² Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Ev içi şiddet¹²³ ve cinsiyet temelli şiddet özel değil kamusal bir meseledir. Esasen şiddet ister özel alanda ister kamusal alanda gerçekleşsin, ister özel yaşamın paylaşıldığı birine yönelik ister herhangi birine yönelik işlensin her durumda şiddet yalnızca mağdurunun kişiliğini ihlal etmekle kalmaz, toplum düzenini tehdit eder. Şiddetle mücadele edilmemesi, bir başka deyişle bireylerin şiddet tehlikesine karşı korunmaması, şiddeti besleyen faktörlerin ortadan kaldırılmaması veya şiddetin yaptırımsız bırakılması, şiddet uygulayanlara cesaret verecek ve şiddetin kuşaklararası aktarımına, toplumda salgın gibi yayılmasına yol açacaktır. Kamusal bir mesele olduğu içindir ki şiddet eylemleri karşısında soruşturma veya kovuşturmanın, şiddet tehlikesine karşı bireyi koruyucu önlemler almanın mağdurun şikayetine veya koruma talebinde bulunmasına bağlı olmaması gerekir. Ev içi şiddet ve cinsiyet temelli şiddette toplumsal cinsiyet normları sebebiyle mağdurun hukuk düzeninin kendisine tanıdığı hukuksal yollara başvurmakta, haklarını kullanmakta ve şiddete karşı direnmekte baskı altında kalarak zorlandığı bilinen bir gerçektir. Bu nedenle özel alan şiddetine ve cinsiyet temelli şiddete karşı mücadelenin bu şiddetin özel nitelikleri dikkate alınarak yürütülmesi bir zorunluluktur. Bu bağlamda gözetilmesi gereken ilkelerden biri mağdurun şikayette bulunmaya veya tanıklık yapmaya zorlanmaması, bir diğeri de şiddetle mücadele sürecinde mağdurun ikincil örselemesine, bir başka ifadeyle şiddet sonucunda yaşadığı travma nedeniyle bunu izleyen travmalara sebebiyet verilmemesidir.

Türkiye'nin ilk imzacısı ve ilk onaylayan ülke olduğu Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde şiddetle mücadelenin bütüncül yaklaşımı gerektirdiği fikrine dayalı olarak taraf devletlerin yerine getirmesi gereken yükümlülükler ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.¹²⁴ Sözleşmenin 16. Maddesine göre ileride meydana gelecek şiddet olaylarını önleme ve şiddete dayalı davranış kalıplarını değiştirmek için ev

¹²¹ Öğretide üstün kamu yararının olduğu iddia edilen durumlar için kanunun verdiği yetkinin kullanımı hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bakınız Helvacı (n 47) 115; Özbilen (n 32) 321; Kirkit (n 1) 158-159. Kanaatimizce kanunun verdiği yetkinin kullanımı çok daha geniş kapsamlıdır ve onamın bertaraf edilmediği yani onama dayanan hallerde de müdahalenin hukuka uygunluğu için aranmaktadır. Ayrıca bu görüşün temelinde bu hallerin başlı başına kanun hükümlerinde düzenlenmesinin bulunduğu söylenebilir, ancak kanun hükümleriyle ayrı ayrı düzenlenmesinin sebebi ayrı bir hukuka uygunluk sebebi tesis etmek değil, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasallık koşulunun gereğini yerine getirmektir.

¹²² Şiddet dışında başka suçlarla mücadele amacına yönelik kamusal yetki kullanımı aracılığıyla tıbbi müdahaleler de üstün kamu yararına dayanmaktadır. Çalışmada diğer suçlarla mücadeleye dönük müdahaleler incelenmemiş, bireylerin yaşamında ve toplum vicdanındaki etkisinin önemi sebebiyle şiddetle mücadeleye yer verilmiştir.

¹²³ İstanbul Sözleşmesi'nin resmi çevirisinde her ne kadar "aile içi şiddet" ifadesi kullanılsa da 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 2. maddesinde "aile içi şiddet" değil, "ev içi şiddet" ifadesi kullanılmaktadır.

¹²⁴ Sözleşme metni ve Sözleşmeyi onaylayan ülkeler için bakınız < <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>> Erişim Tarihi 7 Temmuz 2020.

içi şiddet girişiminde bulunanlar ve cinsel suç işleyenler için eğitim programları düzenlenmesini veya desteklenmesini mümkün kılacak yasal veya diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir. İstanbul Sözleşmesi olarak anılan söz konusu Sözleşme hükümlerinden örnek alınarak kabul edilmiş olan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5/1/h hükmüne göre aile mahkemesi hâkimine şiddet failinin alkol veya uyuşturucu ya da uyarıcı madde bağımlılığının olması halinde hastaneye yatmak dahil muayene ve tedavisinin sağlanmasına karar verme yetkisi tanınmaktadır. Aynı fıkranın (ı) bendine göre ise şiddet failinin genel olarak bir sağlık kuruluşuna muayene ve tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması hususunda aile mahkemesi hâkimine önleyici tedbir alma yetkisi tanınmaktadır. Söz konusu düzenlemeler doğrultusunda şiddet failinin hastaneye gitmesi ve muayene ve tedavisi konusunda karar alınabilmesi, şiddet failine hangi koşulla zorla tedavi yapılıp yapılamayacağı konusunda yeterli açıklık sağlamamaktadır.¹²⁵ Bu noktada İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen ilkeler doğrultusunda başkaları için yarattığı tehlike başka şekilde önlenemiyorsa üstün kamu yararı gereğince öngörülen yasal düzenlemeye dayanarak ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda bu kişilerin tedaviye zorlanabilecekleri sonucuna varılabilir.

Cinsel şiddetle mücadelede şiddetin yaptırımsız kalmaması ve dolayısıyla etkin soruşturma ve kovuşturma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi bağlamında ceza yargılaması hukukunda tanınan resen araştırma ve delil toplanması yetkisine dayanarak şüpheli/sanık bedeni ile mağdur bedeninde muayene yapılması ve örnek alınması için ilgililerin zorlanması insan hakları yönünden çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir.¹²⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75/4 hükmü gereği şüpheli/sanık bedeninde cinsel organlarda veya anüs bölgesinde yapılması düşünülen muayenenin suçun işlenmesinden bir süre sonra yapılmasının bir yararı olmayacağından¹²⁷ ötürü gerçeğe ulaşma konusunda yararı olmayacağı öngörüldüğü halde kişinin böyle bir müdahaleye zorlanması onur kırıcı bir muameleden başka bir anlam taşımayacak ve ölçsüz bir müdahale oluşturacaktır.¹²⁸ Tıbbi bilgi ve yöntemin toplum açısından tehlike oluşturan kişilerin disiplin altına alınması amacıyla kullanılmasından kaçınılmalıdır.

Uygulamada sıklıkla mağdurun bedeninde cinsel organlarda muayeneye başvurarak delil toplama yoluna başvurulmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesine göre, mağdurun onamının olmadığı hallerde, mağdurun bedeni

¹²⁵ Söz konusu muğlaklığın kişilik hakkı bakımından oluşturduğu tehlide ilişkin eleştiri için bakınız Badur (n 1) 306.

¹²⁶ İnsan bedeninden alınan örnek türleri ve alınma usulleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız Kızılarslan (n 16) 120-129.

¹²⁷ Cinsel saldırı olaylarında saldırganın ilk 24-48 saat içinde muayenesinin çok önemli olduğu belirtilmektedir. Bakınız Kızılarslan (n 16) 171.

¹²⁸ Aynı yönde bakınız Kızılarslan (n 16) 232. Beden muayenesinin işkence ve kötü muamele yasağıyla ilişkisi hakkında bakınız Kızılarslan (n 16) 63 vd

üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi veya mağdurun bedeninden biyolojik örnek alınabilmesi Cumhuriyet Savcısının istemiyle ya da resen hâkim tarafından, gecikmesinde sakınca olduğu takdirde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Mağdurun bedeninde dış muayene veya psikolojik muayenenin insan onuruyla bağdaşmayan bir muamelede bulunmaksızın ve mağdurun beden bütünlüğünü bozmaksızın yapılması hususunda karar alınması varılacak amaçla karşılaştırıldığında ölçülü sayılabilirse de mağdurun bedeninde iç muayene açısından aynı sonuca varmak mümkün değildir. Dış muayene veya psikolojik muayenede de kişiye zor kullanılmasının insan onuruyla bağdaşmayacağı belirtilmelidir.¹²⁹

Cinsel saldırı veya cinsel istismar mağduru kişinin ancak invaziv (girişimsel = beden bütünlüğünün bozulması) yolla gerçekleştirilebilen¹³⁰ jinekolojik muayeneye onamı olmadığı halde hâkim veya savcı kararıyla muayene edilmesi cinsel saldırının tekrarlanması ve dolayısıyla ikincil bir örselenmenin gerçekleşmesi anlamına gelir.¹³¹ Cinsel şiddetin cezasız bırakılmayarak adaletin tesis edilmesi amacıyla başvuru yöntem yeni bir şiddet yaratmakta ve dolayısıyla şiddetle mücadelede gözetilecek ilkeleri ihlal etmektedir. Nitekim İstanbul Sözleşmesi'nin 18. maddesinde taraf devletlerce alınacak tedbirlerin ikincil mağduriyete (travmaya)¹³² yol açmaması gerektiği belirtilmektedir. Cinsel istismar mağduru bir çocuğun jinekolojik muayeneye onam vermemesi sebebiyle çocuğu zorla muayene etmeyen adli tabip aleyhine ceza davası açılmışsa da beraat kararı verilmiştir.¹³³

B. Kamu Güvenliğinin Korunması Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Eylemleri toplum düzeni ve güvenliği için tehlike oluşturan veya toplum düzenine zarar veren psikiyatrik hastalık tanısı almış olan kişilere yönelik olarak kendi yararları yanında özellikle kamunun yararı için zorunlu tedavi önlemlerine

¹²⁹ ‘Yaşı Küçük Kızlara Bekaret Testi Yapmadığı İçin Yargılandı: İşte Karar’ (*Cumhuriyet*, 12 December 2019) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yasi-kucuk-kizlara-bekaret-testi-yapmadigi-icin-yargilandi-iste-karar-1707849>> Erişim Tarihi 9 Haziran 2020: “Hasta kabul etmediği sürece hekim muayenesinin doğru olmadığını söyleyen Altun, “Bize gönderilen insanların muayeneleri, gerek adli gerekçelerle olsun gerek kendilerinin başvurduğu tıbbi nedenler olsun mutlaka kişinin iznine bağlıdır. Yargı mekanizması içerisinde, gönderilen hastanın muayene edilmesi zorunlu gibi bir algı var. Öyle bir şey yok. Hekim olarak hasta muayeneyi kabul etmediği takdirde zorlamak, hastaya ruhsal yönden zarar vermektir. Sonuçta bu ilk yargılanmam değil, suçlu olmadığım bir kez daha ortaya çıktı ve bir kez daha beraat ettim. Yaptığım uygulama, iyi hekimlik uygulaması olarak bir kez daha ortaya çıkmış oldu” dedi”.

¹³⁰ Kızılarslan (n 16) 130, 152-155.

¹³¹ Aynı yönde bakınız Pervin Aksoy İpekcioglu, ‘Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu’ (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 1157, 1172; Kızılarslan (n 16) 211, 217-218. Özbilen ((n32) 334-335), bu riske rağmen sanığın mağdur üzerinde baskı kurmuş olma olasılığı sebebiyle mağdurun muayeneye zorlanmasını makul karşılamaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir, mağdurun iradesinin özgür olmasını temin etmek devletin yükümlülüğündedir, devlet bu yükümlülüğünden mağduru muayeneye zorlayarak kurtulamamalıdır.

¹³² Bakınız Kızılarslan (n 16) 168, 211. Çocuk dostu adli muayenede ikincil travmanın önüne geçilmesi hakkında Bakınız Kızılarslan (n 16) 169.

¹³³ <https://www.itb.org.tr/haber_goster.php?Guid=4d5d7458-1cd0-11ea-a683-c8b1208951f8> Erişim Tarihi 9 Haziran 2020; ‘Yaşı Küçük Kızlara Bekaret Testi Yapmadığı İçin Yargılandı: İşte Karar’ (*Cumhuriyet*, 12 December 2019) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yasi-kucuk-kizlara-bekaret-testi-yapmadigi-icin-yargilandi-iste-karar-1707849>> Erişim Tarihi 9 Haziran 2020.

başvurulabilmektedir. Bu husustaki düzenlemeler suç işleyenler için alınacak tedbirler ve suç işlemeyenler için alınacak tedbirler olmak üzere iki ayrı bağlamda değerlendirilebilir. Suç işleyenler için oluşturulan mimari alanlar olan cezaevleri ile toplum için tehlikeli görülen kişiler için oluşturulan mimari alanlar olan hastanelerin benzerliği mimarinin “kamu hijyeni” amacıyla bir araç olarak kullanıldığını göstermektedir.¹³⁴

Türk Ceza Kanunu'nun 57. maddesinin ilk ve ikinci fıkralarına göre “(1) *Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenliklı sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar. (2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.*” Düzenlemede belirtildiği üzere tedaviye zorlama beden bütünlüğünün dokunulmazlığına özel nitelikli bir müdahale oluşturduğu için ölçülülük ilkesi gereğince toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması halinde tedaviye zorlama önlemine son verilebilecektir. Benzer şekilde söz konusu yasanın aynı maddesinin son fıkrasına göre “*Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.*”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/1/e hükmünden hareketle sevk edildiği anlaşılan Türk Medeni Kanunu'nun 432. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik*¹³⁵ *sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir*”. Düzenlemenin kaleme alınma biçiminden tedaviye zorlanmanın koşullarının yeterli açıklıkta ve ayrıntıyla ortaya koyulmadığı görülmektedir. Bununla birlikte TMK madde 432'nin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen hükümler düzenlemenin

¹³⁴ Lukasz Stanek, ‘Biopolitics of Scale: Architecture, Urbanism, the Welfare State and After’ iç Jakob Nilsson ve Sven-Olov Wallenstein (edr), *Foucault, Biopolitics, and Governmentality*, (Södertörn University 2013) 115. Ayrıca bakınız Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 14) 12-24; Szasz, Deliliğin İmalatı (n 19) 319. Toplumun, ahlakın, sağduyunun düzenine yönelik rahatsızlık sinyalleri veren ancak birbirinden farklı birçok kişinin kapatıldığı büyük ıslah evleri olarak tabir edilmektedir. Bakınız Foucault, Akıl Hastalığı ve Psikoloji (n 19) 86-87.

¹³⁵ Serseriliğin herhangi bir patoloji, bağımlılık bulunmaksızın toplumsal tehlike sebebi olarak algılanmasının temelinde sosyokültürel normlara göre marjinal görülen kişilere karşı geliştirilen önyargıların etkili olduğu ileri sürülebilir. Bakınız Foucault, Akıl Hastalığı ve Psikoloji (n 19) 79. Hukuksal açıdan böylesine muğlak bir kavram çerçevesinde özgürlüğü kısıtlama sebebinin öngörülmesi kabul edilebilir değildir.

amacıyla birlikte yorumlandığında tedavi amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişinin ölçülülük kriterine uygun olduğu sürece tedaviye zorlanması mümkün sayılabilir. Bu noktada dikkat edilmelidir ki ilgili kişi henüz suç işlemiş olmayıp yalnızca toplum için tehlike oluşturduğu varsayıldığından zorlayıcı tedbirlere gerçekten zorunluluk halinde ve bu amaçla sınırlı olarak başvurulması ölçülü sayılabilir.¹³⁶

C. Kamu Sağlığının Korunması Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

1. Zorunlu Aşılama

Bağışıklama ve dolayısıyla bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önleme amacıyla hasta olmayan ancak hastalığa yakalanma riskini doğrudan veya dolaylı olarak taşıyan kişiler için kamu sağlığının korunabilmesi amacıyla zorunlu aşılama tedbirine başvurulması mümkündür ancak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Anayasa hükümleri gereğince bu zorunluluğun kanuna dayandırılması, kanun hükümleriyle belirli ve somut hale getirilerek öngörülebilir kılınması gerekmektedir.¹³⁷ Halk sağlığının korunması amacıyla zorunlu aşılama öngören düzenlemeler Türk hukukunda 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda sevk edilmiştir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendine göre söz konusu yasanın 57. maddesinde sayılan hastalıkların¹³⁸ ortaya çıkması halinde hastalara veya hastalığa yakalanma riskine maruz kalanlara aşı ve serum uygulanması yolunda tedbir alınması mümkündür. Söz konusu hastalıklar için zorunlu aşı uygulanması için salgın meydana gelmesi aranmamaktadır. Öte yandan yasanın 64. maddesine göre 57. maddede sayılmayan herhangi bir hastalık salgına dönüşürse ve salgın tehlikesi baş gösterirse yasanın 72. maddesinde belirtilen zorunlu aşılama tedbirine başvurma hususunda Sağlık Bakanlığı yetkili sayılmıştır. Dolayısıyla bugün için pandemi niteliğinde bir salgına dönüşen COVID-19 açısından aşı geliştirilecek olursa yasanın verdiği yetki doğrultusunda Sağlık Bakanlığı'nın aktif bağışıklık geçirmemiş kişiler için aşı zorunluluğu öngören bir yönetmelik kabul etmesi mümkün olacaktır.¹³⁹

Salgın tehlikesinden bağımsız olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 88. maddesi ve devamındaki maddelerine göre çiçek aşısı olma zorunluluğunun getirildiği görülmektedir. Yasanın 88. maddesinde Türkiye dahilinde her ferden çiçek aşısı ile aşılanmak zorunda olduğu, 90. maddesinde 30 yaşına kadar her kişinin

¹³⁶ Ölçülülük kriterinin gereği olarak zorunluluk koşulu hakkında bakınız Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 59) 165-166.

¹³⁷ Bakınız D Çiğdem Sever, 'COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme' (2020) 9(17) Anayasa Hukuku Dergisi 187, 190-194, 211-213; Kasapoğlu Turhan (n 94) 18 vd

¹³⁸ Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması

¹³⁹ Sever (n 137) 205, 213-214.

bu aşırı beş yılda bir tekrar ettirmek zorunda olduğu, 89. maddesinde Türkiye’de doğan her çocuğun doğumunu izleyen ilk dört ay içinde aşılacağı, bu hususta anne babanın veya çocuğa bakmakla sorumlu olan kişi veya kurum müdürlerinin sorumlu olduğu belirtilmektedir. Bu hususta son olarak UHK madde 90’da çiçek hastalığının salgına yol açması halinde sağlık memurlarınca gerekli görülecek herkese çiçek aşısı uygulanmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Fakat dünyada ve Türkiye’de çiçek hastalığının geçmişte kalması sebebiyle Türkiye’de 1980 yılında çiçek aşısı üretiminin durdurulduğu ve çiçek aşısının rutin uygulamasına da böylece son verildiği bilinmektedir.¹⁴⁰ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda son olarak kuduz olduğundan şüphelenilen hayvanlar tarafından ısırılmış olanların en yakın kuduz tedavi kurumuna başvurmaları ve dolayısıyla gerekli müdahalede bulunulmasına izin vermeleri zorunludur. Bu bağlamda uygulamada kuduz aşısı yapılarak hastalığın insana bulaşmasına engel olunmaktadır. Ancak kuduz aşısının Türkiye’deki üretimine 1996 yılında son verilmiş olup ihtiyaç halinde yurtdışından tedarik edilmektedir.¹⁴¹

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda belirtilmemekle birlikte günümüzde görülme riski bulunan pek çok hastalığa karşı koruyucu önlem olarak bebeklik ve çocukluk döneminde bağışıklama uygulaması kapsamında çeşitli aşılar temin edilmekte ve aile hekimliklerinde ücretsiz olarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte söz konusu hastalıklar günümüzde salgın niteliğinde görülmediği için UHK çerçevesinde zorunlu olarak uygulanmasının yasal bir temeli bulunmamaktadır.¹⁴² Bu sebeple aşının uygulanmasının aksatılması veya özellikle aşılamanın reddedilmesi halinde yalnızca aşı olmayan çocuğun sağlığı zarar görmeye kalmamakta, aynı zamanda toplum sağlığı da açıkça zarar tehdidine maruz kalmaktadır. Gerçekten de aşı karşıtlığının yaygınlaştığı ülkelerde aşılama ile önüne geçilmiş olan bazı hastalıkların yeniden baş gösterdiği ve yayıldığı tespit edilmiştir.¹⁴³ Bu sebeptir ki hem ayırt etme gücü henüz bulunmayan çocukların sağlığının hem de kamu sağlığının korunabilmesi için günümüzde aşılanmanın gerekli olduğu hastalıklar için zorunlu aşı uygulaması için yasal düzenleme yapılması, bir gerekliliğin ötesinde zorunluluktur.

2. Zorunlu Tedavi

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 72. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendine göre söz konusu yasanın 57. maddesinde sayılan hastalıkların ortaya çıkması halinde hastaların tedavi edilmesi konusunda tedbir alınması mümkündür. Bunun yanında

¹⁴⁰ ‘Türkiye’de Aşının Tarihçesi’, TC Sağlık Bakanlığı Aşı Portalı <<https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/33-a%C5%9F%C4%B1n%C4%B1n-tarih%C3%A7esi.html>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.

¹⁴¹ <<https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/33-a%C5%9F%C4%B1n%C4%B1n-tarih%C3%A7esi.html>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.

¹⁴² Farklı görüş için bakınız Güngör (n 83) 398-399. Kaya Kızılırmak, UHK madde 88 hükmünün objektif zamana uygun yorum yöntemiyle bugün salgın tehlikesi meydana getiren hastalıklar yönünden uygulanmasının değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bakınız Kaya Kızılırmak (n 77) 457-458.

¹⁴³ Belek (n 94).

yanının 101. maddesine göre Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan trahomla mücadele heyetleri trahoma müptela olduğu anlaşılan hastaları tedavi amacıyla kurumlara zorla getirmeye ve gerekli tedaviyi uygulamaya yetkilidir.

Ayrıca UHK madde 103 gereğince bedenin hangi kısmında ve ne şekilde tezahür ederse etsin frengi, belsoğukluğu, yumuşak şankr hastalıklarına müptela olan her kişi kendini Türkiye’de tıbbi uygulamaya yetkili bir tabibe tedavi ettirmeye mecbur olduğu gibi UHK madde 119 gereğince bulaşıcı şekilde verem hastalığına yakalanan hastaları hastane veya başka bir kurumda tecrit ederek tedavi etmeye Sağlık Bakanlığı yetkili sayılmış durumdadır. Yukarıdaki başlıkta da açıklandığı gibi kuduz olan veya olduğundan şüphelenilen bir hayvan tarafından ısırılmış kişinin hastalıktan korunmak veya hastalandığı takdirde tedavi için kuruma başvurmaya ve gerekli müdahalelerde bulunulmasına izin vermek zorundadır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 64. maddesi gereğince 57. maddede sayılmayan herhangi bir hastalığın salgına yol açması halinde bu hastalığa yakalanan kişiler için tedavi zorunluluğu getirilmesine Sağlık Bakanlığı yetkili sayılmaktadır.¹⁴⁴ Dolayısıyla günümüzde COVID-19 hastalığına yakalanan kişiler için tedavi zorunluluğu getirilmesi mümkündür ancak bunun UHK gereğince İçişleri Bakanlığı genelgesiyle veya başka şekilde değil Sağlık Bakanlığı’nca usulüne uygun olarak yapılacak düzenleyici işlemlerle öngörülmesi gereklidir.¹⁴⁵

Öte yandan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde salgına yol açmış olmasa bile tedavi zorunluluğu öngörülen hastalıklar dışında bir bulaşıcı hastalığa Türkiye’de bir kişinin yakalanmış olması halinde, ilgili kişi kendi onamıyla tedavi olmadığı takdirde toplum sağlığının korunabilmesi amacıyla koruma amacıyla özgürlük kısıtlanmasına başvurulabilecektir. Türk Medeni Kanunu’nun 432. maddesine göre vesayet makamı tarafından ilgili kişinin tedavi amacıyla kuruma yerleştirilmesine ve tedavi edilmesine karar verilebilmektedir. Belirtmek gerekir ki TMK 432 çerçevesinde zorunlu tedavi amacıyla önlemler bulaşıcı hastalıklar dışındaki sebeplere bakıldığında kişinin ayırt etme gücünü geçici veya sürekli olarak ortadan kaldıran, davranışlarını kontrol etmekle güçlük çekmesine yol açan sebepler olduğu görülmektedir. Kişisel korunmayı sağlamak amacıyla vesayet hükümleri içinde yer alan bu düzenlemede bulaşıcı hastalıklara dair özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin yer alması sistematik açıdan isabetli değildir.

Zorunlu tedavi kapsamında belirtilen düzenlemeler zihinsel değil organik patolojilerin tedavisine yönelik olması bakımından genellikle tartışmalara yol açmamaktadır. Ancak bu bağlamda önemli olan söz konusu hastalıkların başka

¹⁴⁴ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca alınabilecek önlemler hakkında bilgi ve değerlendirmeler için bakınız Sever (n 137) 202 vd

¹⁴⁵ Bakınız Sever (n 137) 203.

kişilere özellikle kamusal alanda bulaşma riskinin yüksekliğidir. Eğer her bulaşıcı hastalık için zorunlu tedavi getirilecek olursa onam hakkına ölçüsüz bir sınırlandırma getirilmiş olacağı belirtilmelidir. Dolayısıyla salt korunmasız cinsel ilişki yoluyla veya kan yoluyla bulaşabilen HIV ya da Hepatit için tedavi zorunluluğu ölçüsüz bir sınırlandırma sayılabilir. Söz konusu virüsleri taşıyan kişiler için hastalığın tedavisi zorlu ve kronik olabilmektedir, üstelik hastalık kontrol altına alınsa bile kişiler virüsü taşımaya devam edebilmektedir. Oysaki frengi, belsoğukluğu gibi hastalıklarda virüs değil bakteri söz konusu olduğu için tedavi kolay ve görece kısa sürelidir.¹⁴⁶ COVID-19 virüsü de solunum yoluyla kolaylıkla bulaşabilmesi sebebiyle¹⁴⁷ salgın sona erdikten sonra dahi tedavi zorunluluğu getirilmesi makul görülebilecek bir bulaşıcı hastalık etkenidir.

3. Deneyler

İnsanlar ve hayvanlar üzerinde tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle deney yapılmasının, bir başka ifadeyle biyoloji ve tıbbın deneysel amaçla canlılar üzerinde kullanılmasının belirli koşulları bulunmaktadır. Bu koşullar yönünden özellikle canlılara mümkün olduğu kadar acı çektirilmemesi, gereksiz acı ve ağrı verecek yöntemlerden kaçınılması, onur kırıcı, aşağılayıcı bir muamelede bulunulmaması önem arz etmektedir.¹⁴⁸ Hayvanlar üzerinde yapılacak deneylerde uyulması gereken ilkeler Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından kabul edilen ve 06.07.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’in “Yerel Etik Kurullarının Çalışma İlkeleri” başlıklı 14. maddesinde açıklanmaktadır.¹⁴⁹ Hayvanlardan farklı olarak insanlar kendi iradesini oluşturabilen ve bunu ifade edebilen varlıklar olarak özerklik hakkının süjesi kabul edildiği içindir ki insanlar üzerinde deney yapılabilmesinin en önemli koşulu üzerinde deney yapılacak kişinin buna özgür iradesiyle deneyden önce onam vermesidir.¹⁵⁰ Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasına göre insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli yazılı onam üzerine mümkündür ve kişi bunu yerine getirmeyi üstlense bile vazgeçebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 32. maddesine göre de hiç kimse onamı olmaksızın eğitim, tecrübe veya araştırma amacıyla tıbbi müdahale konusu yapılamaz. Söz konusu Yönetmeliğin devam eden maddelerinde bu onamın alınma usulü hakkında hükümler öngörülmektedir. Deneyin tümüyle gönüllülük esasına dayalı olarak ve her tür öngörülebilir riski ilgili tarafından kabul edilerek gerçekleştirilmesi insan haklarının gereğidir. Bu hususta

¹⁴⁶ <<https://www.sagligim.gov.tr/bulasici-hastaliklar/liste/688-gonore-bel-so%C4%9Fuklu%C4%9Fu-nedir.html>> ; <<https://sagligim.gov.tr/bulasici-hastaliklar/liste/679-sifiliz-frengi-nedir.html>> Erişim Tarihi 4 Temmuz 2020. Virüs söz konusu olduğunda aşı ve serumlar tedavide daha önemli hale gelmektedir. Bakınız Sever (n 137) 210-211.

¹⁴⁷ <<https://sagligim.gov.tr/yeni-2019-n-cov-virus-korona-virus.html>> Erişim Tarihi 4 Temmuz 2020.

¹⁴⁸ Hayvan onuru hakkında bakınız Gürbüz (n 13) 95-97.

¹⁴⁹ Hayvanlar üzerindeki deneyler hakkında hukuksal bilgi için bakınız Dumancı (n 18) 29-30.

¹⁵⁰ Bakınız Dumancı (n 18) 42 vd

üstün kamu yararı olsa dahi onam hakkının hiçbir istisnası olamaz, bir başka deyişle ilgilinin istemediği, onay vermediği bir deney kamunun yararına olsa bile insan onurunun korunması gereği yapılamayacaktır.¹⁵¹ İnsanlar üzerinde hukuka uygun olarak deney yapılmasının koşulları Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında öngörülmektedir.

İnsan üzerinde deneylerle ilgili düzenlemeler salt bilimsel araştırma amaçlı deneylere ilişkin olanlar ile tedavi amaçlı deneylere (denemelere) ilişkin olanlar şeklinde ikiye ayrılabilir.¹⁵² Salt bilimsel araştırma amaçlı deneylerde üzerinde deney yapılacak kişinin kendisinin hiçbir yararı olmadığı için tedavi amaçlı deneye göre daha özel, nitelikli koşullar aranmaktadır. İlgilinin kendisine doğrudan yarar sağlayacak deneyler yönünden üstün kamu yararından söz edilemeyeceği için bu başlık altında deneysel tedaviye değinilmeyecektir. Yasanın 90. maddesinin ikinci fıkrasına göre deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan izin alınması, öncelikle insan dışı deney ortamında yapılmış olması, insan dışı deney ortamındaki deneyler sonucu ulaşılan verilerin hedefe ulaşmak açısından insanlar üzerinde yapılmasını gerekli kılması¹⁵³, deneyin insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, deneyle varılmak istenen amacın getirdiği külfetlere ve sağlık üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması ve hiçbir menfaat teminine bağlı olmaksızın¹⁵⁴ yani koşulsuz bir şekilde deney için aydınlatılmış onam alınması gereklidir.

Çocuklar üzerinde bilimsel araştırma amaçlı deney yapılabilmesi için ise Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yukarıdaki koşullara ek olarak deneyin hedefleri açısından çocuklar üzerinde de yapılmasının gerekli olması, onam açıklama yeteneğine sahip (ayrıt etme gücüne sahip) çocuğun kendi onamı yanında anne babasının veya vasisinin yazılı onamının alınması ve yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gereklidir.¹⁵⁵ Bu noktada yalnızca onam açıklama yeteneğine sahip çocuğun onamının aranmasıyla yetinilmesi isabetli değildir. İster çocuk ister ergin olsun bir kişinin ayrıt etme gücünden yoksun olması durumunda

¹⁵¹ Yüksel (n 50) 99-100; Ertem (n 12) 530. Metin'in haklı olarak belirttiği üzere ekonomik verimlilik veya bilimsel ilerleme gibi gerekçeler insanın araçsallaştırılmasını meşrulaştıramaz. Bakınız Metin (n 13) 365.

¹⁵² İnsan üzerinde deney ve deneme hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız Barış Erman, 'İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları' (2016) 13(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 vd; Metin (n 13) 405 vd; Yüksel (n 50) 3-6; Dumancı (n 18) 30 vd, 100-102.

¹⁵³ Benzer şekilde İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesinin ilk bendine göre insanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması koşulu aranmaktadır.

¹⁵⁴ Menfaat temini olmaması koşulunun uygulamadaki gerçeklerle bağdaşmaması sebebiyle bu yasağın kanundan çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bakınız Metin (n 13) 408. Karşılaştırınız Dumancı (n 18) 48-49.

¹⁵⁵ Çocuklar üzerinde deney hakkında bakınız Yüksel (n 50) 78-80. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre küçükler ve ayrıt etme gücü olmayanlar üzerinde sırf bilimsel amaçlı deneyler yapılamayacağı belirtilse de bilim özgürlüğü temel hak ve özgürlük olduğu içindir ki getirilecek kısıtlamanın yönetmelikle değil kanunla gerçekleştirilmesi gerekir. Eğer İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi deney yapılmasının önüne geçmiş olsaydı TCK hükmü değil Sözleşme hükmü üstün tutulurdu. Karşılaştırınız Dumancı (n 18) 50-51.

bile kendisine doğrudan yarar sağlamayacak bir deney için mutlaka kendisine sorulmalıdır. Bu husus dolaylı olarak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddesinin ilk fıkrasının son bendinde “ilgili kişinin itirazda bulunmaması” şeklinde açıklanmaktadır. Nitekim İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik¹⁵⁶ madde 6/1/c'de -ayırt etme gücü olup olmadığına bakılmaksızın- çocuğun katılmayı reddetmesi veya herhangi bir aşamada çekilmek istemesi halinde çocuğun araştırmadan çıkarılacağı belirtilmiştir.¹⁵⁷ Ek olarak ayırt etme gücünden yoksun kişilerin menfaatinin korunabilmesi için kendisine doğrudan yarar sağlamayacak deneylerin yapılabilmesi için araştırmanın aynı hastalık veya aynı yaş grubunda olan diğer kişilere fayda sağlaması amacıyla, yani üstün kamu yararı uğruna başvurulması ve ilgili için yalnızca asgari düzeyde tehlike ve külfet getirmesi gereklidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin insan hakları açısından bu konuda daha iyi bir koruma sağlaması sebebiyle Anayasa madde 90 gereği TCK hükümlerine göre üstün tutulması gerekmektedir.¹⁵⁸ Öte yandan Sözleşme ve TCK hükümlerine karşın çocuğa hiçbir yarar sağlamayacak bir deneye yasal temsilcisinin onam vermeye yetkili olmadığını, yasal temsil yetkisinin ehliyetsiz kişilerin korunması amacıyla sınırlı tanıdığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla onam ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde onlara hiçbir yarar sağlamayacak bir deney yapılmasına yasal temsilci tarafından gösterilecek onamın meşru olduğu ileri sürülemeyeceği için bu deneylerin yapılması hukuka uygun olmayacaktır.¹⁵⁹

Sonuç

Kişilik değerlerinin birbiriyle bağlantılı bütün olduğu ve hatta bu nedenle kişilik hakları tabiri yerine kişilik hakkı tabirinin kullanıldığı dikkate alındığında kişinin bedeni, zihinsel varlığı ve sosyal bütünlüğü birbiriyle etkileşim halindedir ve bu nedenle bunlardan birine yönelen müdahale diğerlerini de etkilemektedir. Aynı şekilde fizyolojik bütünlüğe yönelik bir tıbbi müdahalenin kişinin psikososyal varlığı ve bütünlüğü üzerinde önemli etkiler meydana getirdiği açıktır. Kişilik değerlerine yönelik bir müdahaleyi tıbbi müdahale kılan özellik, müdahalenin amacı veya kim tarafından yerine getirildiği değil, yöntemi ve kullanılan bilginin niteliğidir. Müdahaleye yetkilendirilmiş bir kişinin değil de yetkisiz bir kişinin bu bilgileri az çok kullanarak girişimde bulunması halinde de tıbbi müdahale vardır ancak hukuka aykırıdır. Müdahalenin özel hukuka uygunluk koşullarına tabi tutulmasının nedeni biyoloji ve tıbbın elde ettiği özel, nitelikli bilginin ve bu bilgi sayesinde üretilen

¹⁵⁶ Yönetmeliğin 8. Maddesinde ayırt etme gücü nedeniyle kısıtlanıp kısıtlanmadığına bakılmaksızın çocuklarla aynı düzenlemeye tabi tutulması İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesindeki muvafakat yeteneği olmayan kişiler kavramının doğru anlaşılması ile açıklanabilir. Muvafakat yeteneği olmayan kişiler zihinsel açıdan muhakeme kabiliyeti olmayan yani ayırt etme gücünden yoksun kişiler olarak anlaşılabilir.

¹⁵⁷ RG 13.04.2013.

¹⁵⁸ Sözleşmenin organ nakli ile ilgili hükümlerine çekince koyulurken bilimsel araştırmayla ilgili hükümlerine çekince koyulmamasına dikkat çekilmektedir. Bakınız Özbilen (n 32) 282-284.

¹⁵⁹ Erman (n 152) 33. Ayrıca bakınız Dumancı (n 18) 55.

teknolojinin kullanılması olduğuna göre müdahaleyi tıbbi müdahale kılan unsur, müdahalede kullanılan veya kullanılması amaçlanan bilginin nitelikliliğidir. Tıbbi bilgiyi kullanarak müdahalede bulunanın karşısındaki kişi genellikle bu bilgiden yoksun olduğu için zayıf konumdadır, hasta veya danışan ile kurulan ilişkinin sömürüye açık durumda olması da bu asimetriye dayanmaktadır. Söz konusu nitelikli bilgi yalnız hiyerarşik ilişki kurulmasına yol açmakla kalmayıp iktidar sahibi tarafından düzenin devamı ve bireylerin bu düzene itaat etmeleri amacıyla farklı gerekçelerle araçsallaştırılmakta ve tıp bedenler üzerinde sosyal kontrol aracına dönüştürülmektedir. Bu açıdan bakıldığında çalışmada biyopolitika bakımından tıbbi müdahalelerde yararlılık kaygısı üzerinde sosyal kontrol güdüsünün etkileri üzerinde durulmuştur.

Onam yerine geçen hukuka uygunluk sebeplerinin biyopolitika bağlamındaki etkilerini değerlendirmeden önce onamın hukuka uygunluğunun koşulları gözden geçirildiğinde müdahalenin sağlık için gerekli olması veya sağlık refahı yönünden yararlı olması aranmamalı, buna karşılık müdahalenin meşru bir amaca yönelik olması yeterli görülmelidir. Sağlık için gerekli veya yararlı olduğu ileri sürüldüğünde subjektif değerlendirmeler doğrultusunda bireylerin kendi ilişkilerini, bedenini, geleceğini tayin etme hakkına gerekçesiz bir sınırlandırma getirilebileceği, bir başka deyişle belirli bir yaşam tarzının dayatılacağı anlaşılmaktadır. Üstelik neyin hastalık olduğu ve dolayısıyla hangi durumda müdahalenin gerekli olduğu zaman içinde değişebilen normlar olup özellikle zihinsel tıp yönünden tıbbın son derece politik olduğu belirtilmelidir. Bunlardan uzak biçimde bireylerin özerkliğine saygılı ve araçsallaşmayan tıbbi yaklaşım için kişilerin kendileri için neyin yararlı olduğuna karar vermelerine izin verilmelidir. Bu noktada müdahalenin açıkça zararlı ve küçük düşürücü, onur kırıcı olup olmadığına dikkat edilmeli ve böylece meşru olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu yaklaşım kişilere hangi durumda tıbbi müdahalenin dayatılabileceği, bir başka ifadeyle zorla tıbbi müdahalede bulunabileceği konusunda gerekçe ve ipucu vermektedir.

Onam yerine geçen hukuka uygunluk sebebi olarak üstün yarar kavramına dayanıldığında birbiriyle çatışan menfaatler arasında kurulması gereken denge açısından beklenen yararlar ile sakıncaların karşılaştırılması ve her müdahale için verilecek kararda ölçülülük kriterine dayanılması gerekmektedir. Çalışmada ele alınan çatışma halleri arasında yasal temsilciyle düşülen çatışmadaki karar verme ölçütlerini diğerlerinden ayırmak gerekir. Zira yasal temsilci kendi bedeniyle ilgili değil başkasının bedeniyle ilgili kararlar verdiği için keyfi olarak değerlendirme ve karar verme yetkisi yoktur. Kendisine tanınan yetkilerin tek amacı ehliyetsizin menfaatlerini korumak ve bu doğrultuda onun için gerekli müdahalelere izin vermek, gerekli olmayan müdahalelerin yapılmasının önünde durmaktır. Bu noktada kendisine müdahalede bulunulacak ehliyetsiz kişi diremediği, reddetmediği,

dolayısıyla çatışmadığı takdirde onun yasal temsilcisinin görüşü değil, ehliyetsiz kişinin menfaatleri belirleyici olur. Bu yönden bebeklik dönemi aşıları, yetişkinler üzerinde uygulanması olası zorunlu aşılarından ayırt edilerek tartışılmıştır. Buna karşılık kendisine müdahalede bulunulan ehliyetli kişinin kendisiyle çatışmaya düşülmesi halinde müdahalede bulunulmadığında meydana gelebilecek sonuçların devlet iktidarına mı başkalarının temel hak ve özgürlüklerine mi zarar vereceği tartışılmalıdır. Soyut bir devlet iktidarını koruma gerekçesi çoğu kez kişileri disiplin altına almak ve onları itaatkâr kılmak dışında bir menfaate hizmet etmeyecektir.

Müdahalede bulunulması halinde sağlanacak fayda özerkliğin ihlali halinde kişi için yarattığı külfetler karşısında dikkate alınmayacak kadar önemsiz olduğu takdirde müdahale yasaya dayansa bile Anayasa gereği ölçülülük kriterine uygun düşmeyeceği için bundan kaçınılmalıdır. Dolayısıyla özellikle belirtilmesi gereken husus üstün yarar gerekçesiyle onam hakkına kısıtlama olarak yasada öngörülen her zorla veya zorunlu müdahale için somut olayda kişinin buna zorlanmasının uygun olup olmadığı değerlendirilmek zorundadır. Kanaatimizce değişiklik yapılması gereken hususlardan biri cinsel şiddet mağduru için zorla muayene öngören düzenlemedir, zira mağdurun muayeneye zorlanması ikincil travma yaratacak ve şiddetin sürmesine yol açacaktır. Öte yandan biyolojik madde bağıışı ve salt bilimsel amaçlı deneylere ilişkin olarak onam alınmaksızın müdahalede bulunulmamasının hiçbir istisnasının olmayacağı vurgulanmalıdır, zira kişinin içinde bulunduğu durum toplum için külfet yaratmadığı halde ondan fedakârlıkta bulunmasını beklemenin ahlaki bir gerekçesi yoktur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Biyopsikososyal yaklaşımın önemi konusunda bana ilham veren fizyoloji uzmanı bir hekim olan Prof. Dr. Şebnem Gülen'e teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgements: I would like to thanks Prof. Dr. Şebnem Gülen who inspired me about the importance of the biopsychosocial approach.

Bibliyografya/Bibliography

- Akbıyık C ve Aydın GS, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu M.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu' (2014) 13(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-31.
- Aksoy Dursun S, 'Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi' (2012) 8(95-96) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 109-124.
- Aksoy İpekcioglu P, 'Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof Dr Nur Centel'e Armağan) 1157-1175.
- Akyüz E, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (3. Bası, Pegem 2013).
- Badur E, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Seçkin 2017).
- Belek İ, 'İngiltere'de Kızamık Salgını ve Aşı Karşıtlığı' (Sol Haber Portalı, 12 Ocak 2018) <<https://haber.sol.org.tr/dunya/ingilterede-kizamik-salgini-ve-asi-karsitligi-224706>> Erişim Tarihi 27 Haziran 2020.
- Çalışkan M, *Madde Bağımlılığının Biyo-Psiko-Sosyal ve Hukuksal Analizi* (Beta 2018).
- Demirdoğan S ve Solmaz M, 'Psikiyatride 'Zorunlu Yatışlar'' (2019) 32(2) Adli Tıp Dergisi 84-90.
- Dumancı G, *İnsan Konulu Klinik Araştırmalar ve Hukuki Boyutu* (Legal 2020).
- Dural M ve Öğüz, T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz 2019).
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (13. Bası, Filiz 2018).
- Elçin Grassinger G, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009).
- Erman B, 'İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları' (2016) 13(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-44.
- Ertem B, *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yanımsaması Olarak Rıza ve Sınırları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015).
- Foucault M, *Hapishanenin Doğuşu* Çev Mehmet Ali Kılıçbay (8. Bası, İmge 2019).
- Foucault M, *Biyopolitikanın Doğuşu Collège de France Dersleri 1978-1979* Çev Alican Tayla (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015).
- Foucault M, *Akil Hastalığı ve Psikoloji* Çev Emre Bayoğlu (5. Bası, Ayrıntı 2019).
- Foucault M, *Akil ve Akıl Bozukluğu Klasik Çağda Deliliğin Tarihi* Çev Mehmet Ali Kılıçbay (2. Bası, İmge 1995).
- Froggett L ve Richards B, 'Exploring the Bio-Psycho-Social' (2002) 5(3) The European Journal of Psychotherapy, Counselling & Health 321-326.
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (25. Bası, Ekin 2020).
- Güngör HA, 'Anayasa Mahkemesi'nin Topuk Kanı Testi ve Zorunlu Aşılama Uygulamaları Hakkındaki Kararlarına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme' (2018) 10(100) Fasikül Hukuk Dergisi 395-400.
- Gürbüz N, *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru* (On İki Levha 2014).
- Hakeri H, *Tıp Hukuku El Kitabı* (6. Bası, Seçkin 2013).
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (2. Bası, Arıkan 2007).
- İşıl Ülman Y, 'Kan ve Kan Ürünlerinin Transfüzyonu ve Tıbbi Etik' (1998) 20 Damla Kan Merkezleri ve Transfüzyon Derneği Bülteni 1-4 <<http://kmted.org.tr/damla/20.pdf>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2020.

- Kalkan Oğuztürk B, *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar* (Vedat 2011).
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7. Bası, Yetkin 1993).
- Kara Kılıçarslan S, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (On İki Levha 2015).
- Kasapoğlu Turhan M, 'İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması' (2019) 9(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-40.
- Kaya Kızılırmak C, 'Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarına Rızanın Esirgenmesi' iç Abuzer Kendigelen ve Saibe Oktay Özdemir (edr), *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan* (On İki Levha 2020) 449-476.
- Kılıçoğlu A, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Turhan 2016).
- Kızıllarslan H, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücut Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama)* (Kızıllarslan 2007).
- Kilkelly U, *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights* (1st, Directorate General of Human Rights, Council of Europe 2003).
- Kirkit E, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (Adalet 2016).
- Koç A, 'Michel Foucault'nun 'Biyopolitika' Kavramının Teorik Çerçevesi' (2018) 2(2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 193-218.
- Koçak Süren Ö, 'Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açından İncelenmesi' (2007) 73 TBB Dergisi 174-195.
- Lenke T, *Biyopolitika Çeviren Utku Özmakas* (4. Bası, İletişim 2017).
- Marmot M, 'Giriş' iç Michael Marmot ve Richard G Wilkinson (edr), *Sağlığın Sosyal Belirleyicileri, Çeviri Editörleri İlker Kayı ve Yeşim Yasin* (İnsev 2009) 13-17.
- Marmot M, Siegrist J ve Theorell T, 'Sağlık ve İş Yerindeki Psiko-Sosyal Ortam' iç Michael Marmot ve Richard G Wilkinson (edr), *Sağlığın Sosyal Belirleyicileri, Çeviri Editörleri İlker Kayı ve Yeşim Yasin* (İnsev 2009) 119-153.
- Metin S, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk* (2. Bası, Betim 2019).
- Nart S, *Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu* (2. Bası, Adalet 2020).
- Nart S, 'Endikasyon Dışı İlaç Tedavisinde Hekimin ve İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu'. (2017) 19 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) 729-791.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (19. Bası, Filiz 2020)
- Orenstein GA ve Lewis L, 'Eriksons Stages of Psychosocial Development' (StatPearls, 9 March 2020) Treasure Island (FL): StatPearls Publishing <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK556096/>> Erişim Tarihi 9 Haziran 2020.
- Özbilen AB, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler* (Vedat 2011).
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2002).
- Özmakas U, *Biyopolitika: İktidar ve Direniş Foucault, Agamben, Hardt-Negri* (2. Bası, İletişim 2019).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015).
- Rose S ve Robinson C, 'Beyond Essentialist Critiques: The Co-development of Individual and Society within Erik Erikson's Psychosocial Theory of Identity Development' iç SA Barab, KE Hay ve DT Hickey (edr), *The International Conference of the Learning Sciences, Indiana University, Proceedings of ICLS 2006, Vol 2* (International Society of the Learning Sciences 2006) 620-626.

- Sağlam M, 'Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu' (2002) 18(1) Anayasa Yargısı Dergisi 233-266.
- Serim G, *Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler* (Lykeion 2018).
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (7. Bası, Vedat 2017).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat 2005).
- Sert G, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları* (2. Bası, Seçkin 2019).
- Sever DÇ, 'COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme' (2020) 9(17) Anayasa Hukuku Dergisi 187-238.
- Shaw M, Dorling D ve Smith GD, 'Yoksulluk, Toplumsal Dışlanma ve Azınlıklar' iç Michael Marmot ve Richard G Wilkinson (edr), *Sağlığın Sosyal Belirleyicileri*, Çeviri Editörleri İlker Kayı ve Yeşim Yasin (İnsev 2009) 226-256.
- Stanek L, 'Biopolitics of Scale: Architecture, Urbanism, the Welfare State and After' iç Jakob Nilsson ve Sven-Olov Wallenstein (edr), *Foucault, Biopolitics, and Governmentality* (Södertörn University 2013) 105-122.
- Szasz T, *Deliliğin İmalatı* Çeviren Gözde Genç (Yerdeniz 2007).
- Szasz T, *Yalanlar Bilimi Psikiyatri* Çeviren Nur Küçük (Aylak Kitap 2013).
- Şen E ve Bodur FB, 'Devletin Yaşam Hakkını Koruma Zorunluluğu' (2017) 12(132) Terazi Hukuk Dergisi 125-131.
- Şenocak Z, 'Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası' (2001) 50(4) AÜHFD 65-80.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta 2019).
- Tüzüner Ö, *Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkisi* (Filiz 2016).
- Yücel Ö, *Ayrırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (Seçkin 2018).
- Yüksel H, *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2017).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.01.2021
Revizyon Talebi: 16.02.2021
Son Revizyon: 28.02.2021
Kabul: 29.03.2021

Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi

Cemre Tüysüz*

Öz

Türk hukukunda yetki anlaşması ile borç ilişkilerinden kaynaklanan ve yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıkların çözümü için yabancı bir devlet mahkemesinin seçilebilmesi kabul edilmiştir. Bunun yanında, acentelerin aracılık veya akdettiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda müvekkilini temsil yetkisi, Türk hukukunda kabul edilmektedir. Bu yetki doğrultusunda da müvekkile izafeten açılacak davalarda yetkiye ilişkin uygulamada sorunlar ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası usul hukukunda bu durum yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçildiği durumlarda, acenteye karşı müvekkiline izafeten açılacak davanın, yetki anlaşması ile seçilen mahkemede mi yoksa Türk mahkemelerinde mi görüleceği konusunda ortaya çıkmaktadır. Yabancı mahkemenin seçildiği yetki anlaşmasının, müvekkile izafeten acenteye karşı açılacak davalarda uygulanmayarak, davanın Türk mahkemelerinde görülmesinin mümkün olup olmadığı, milletlerarası usul hukuku ve TK m 105/2 kapsamında yapılacak inceleme ile tespit edilmelidir. Bu çalışmada mevcut düzenlemeler ışığında acentenin müvekkilini davada temsil etme yetkisi milletlerarası usul hukukundaki yetki anlaşmaları açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Acente, Yetki anlaşması, Acentenin müvekkili temsil yetkisi, Münhasır yetki

The Impact of the Agency's Authority to Represent their Clients Stipulated in Turkish Commercial Code No 6102 on Jurisdiction Agreements in favor of Foreign Courts

Abstract

According to Turkish law, parties may appoint foreign courts regarding the disputes to arise from obligations with a foreign element. Besides, authority to represent the client has been granted to the Agency regarding the transactions conducted by them, according to Turkish law. Concerning this authority, problems occur regarding the claims directed to the agency on behalf of the client. These problems may arise in private international and procedural law when parties include a venue clause to their agreements and appoint a foreign court. Determination of which courts shall have the jurisdiction over the claims regarding the transactions concluded by the agencies shall be made through the examination of Private International and Procedural Law and Turkish Commercial Code Art. 105/2. This article focuses on the situations on such examples and to determine whether apply to the foreign courts mentioned in the venue clause or to the Turkish courts, by the regulations in Turkish law, regarding the agency's authority to represent the client.

Keywords

Agency, Venue clause, Authority to represent client, Exclusive jurisdiction

* Sorumlu Yazar: Cemre Tüysüz (Arş. Gör. Dr.), Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye. E-posta: cemretuysuz@yahoo.com ORCID: 0000-0001-5889-0681

Atf: Tuysuz C, "Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 485. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0005>



Extended Summary

There are three parties within the commercial relationships which are concluded via agencies. The first party is the agency; who is an aid, performing on behalf of their client. The second party is the client, main commercial party which instructs agency to perform on their behalf. The third party is the customer, which is entering into a transaction with client by signing an agreement with the agency.

Agencies perform and conclude commercial transactions on behalf of their clients. Client initiates commercial relationships with customers and pays fees to the agency according to their performance. According to Turkish law, agencies have the authority to represent their clients and file claims against customers on behalf of their clients regarding the disputes arising from the agreements which they concluded. It is also stipulated at Turkish Commercial Code that customers may address their claims from the Client, to the agencies as well (Art. 105).

The role of the agency in the aforementioned lawsuits is important. Therefore in the first section of this study, the role of the agency in the lawsuits regarding the agreements they concluded has been examined. Aforesaid examination has been made through the Turkish commercial law and procedural law doctrine.

According to procedural law, it is mainly accepted that, anyone who is presented as plaintiff and defendant is a party of that lawsuit. However, the regulations in Turkish Commercial Code regarding the role of agencies mention otherwise. Because it is mentioned that decision given by the court shall not be enforced against the agency, it can only be enforced against the client, common interpretation in procedural law shall not be applied here. Agencies shall not be deemed as a party of the lawsuits regarding the agreements conducted by them.

As it is accepted that the agencies are not the party of the lawsuits, their actions must be classified to evaluate further procedural matters. It is legally acceptable that agencies act as a proxy for the clients in the lawsuits, because they can not be deemed as a party.

The second part of the study focuses on the jurisdiction agreements in which foreign courts are appointed. Parties may appoint foreign courts regarding the resolution of their disputes in the agreement they conclude. Conditions required for the appointment of foreign courts stipulated at Art. 47 of Code on Private International and Procedural Law, numbered 5718. Validity of jurisdiction agreements in which foreign courts were appointed, disputes shall have three conditions: foreign element, arising from an obligational relationship and the non-existence of exclusive jurisdiction of Turkish courts.

Foreign element means having a relation with more than one state. This may occur in various forms, e. g. having citizenship of a foreign country, having a domicile or habitual residence in a foreign country, performing the agreement in a foreign country, etc. There is no limitation for the occurrence of the foreign element.

The second condition regarding the validity of the jurisdiction agreement is dispute shall arise from an obligational relation. Therefore any disputes regarding the family law and non-obligational relations shall not be subject to a jurisdiction agreement.

The third condition is that there shall be no Turkish courts with an exclusive jurisdiction. Exclusive jurisdiction of Turkish courts effect the validity of jurisdiction agreement. When a Turkish Court has exclusive jurisdiction on the dispute, the jurisdiction agreement shall be null and void.

The main result of a valid jurisdiction agreement in Turkish Law is that foreign court has an exclusive jurisdiction over the dispute. If the lawsuit is brought up in Turkish a court, objection regarding the Turkish courts' international jurisdiction shall be accepted and the claims shall be declined accordingly.

The third section of this study focuses on the effects of the regulation in Turkish Commercial Code (Art. 105) regarding the agencies' authority to represent their client to the jurisdiction agreements. Authority to the agencies is given for creating opportunity to bring up a lawsuit in Turkish courts against foreign clients by the customer resides in Turkey. Although agreement concluded via agency has a jurisdiction clause in favor of a foreign court, customer has an opportunity to bring up a lawsuit in Turkish courts, as well. Therefore, customer has a choice between Turkish courts and a foreign court mentioned in jurisdiction agreement.

However, Turkish Court of Cassation has a different approach to the matter. According to three Court of Cassation decisions given in 2020, the jurisdiction agreements are null and void, due to the exclusive jurisdiction of Turkish courts. Court of Cassation ruled that the Art. 105 of the Turkish Commercial Code grants an exclusive jurisdiction to Turkish courts. Therefore, any jurisdiction agreements for the appointment of foreign courts signed by agencies shall be null and void. The decision regarding the exclusive jurisdiction is not appropriate and acceptable with respect to private international and procedural law. In this study, it is aimed to focus on the effects and critique of the article 105 of Turkish Commercial Code and the recent decisions of Court of Cassation.

Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi

Giriş

Milletlerarası nitelik taşıyan sözleşmelerde tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere bir devlet hukukunu seçmesi, Türk hukukunda olduğu gibi (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹, kısaca MÖHUK, m 24), birçok devlet hukukunda da kabul edilen bir prensiptir. Hukuk seçimi yanında taraflar aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak devlet mahkemesinin önceden belirlenebilir olması amacıyla yetki anlaşması da yapılabilmektedir. Bu yetki anlaşmalarında taraflar bir Türk mahkemesini veya yabancı bir devlet mahkemesini seçmek suretiyle yetkilendirmektedir. Söz konusu yetki anlaşmalarının Türk hukukunda tabi oldukları hükümler, seçilen mahkemenin Türk mahkemesi olup olmadığına göre değişmektedir. Yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin seçilmesi durumunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun² (HMK), yabancı bir devlet mahkemesinin seçilmesi durumunda da MÖHUK m 47'nin uygulanması gerekmektedir.

Acentelik sözleşmesine dayanarak belirli bir yer veya bölge içerisinde bir müvekkil adına ticarî sözleşme yapmayı meslek edinen kişilere acente denmektedir (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³, kısaca TK, m 102/1). Genel itibarıyla acenteler, müvekkilleri adına akdetmiş veya aracılık etmiş oldukları sözleşmenin tarafı olmadıklarından, bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükler de müvekkilleri ile müşteri arasında doğmaktadır. Ek olarak, müvekkilleri adına yapmış ya da kurulmasına aracılık etmiş oldukları bu sözleşmelerden dolayı, acenteler müvekkilleri adına dava açabilecekleri gibi, acentelere karşı da müvekkilleri adına dava açılabileceği kabul edilmektedir (TK m 105/2).

Acentelerin müvekkilleri adına aracılık ya da akdetmiş oldukları sözleşmeler içerisinde, yetki anlaşması yapmak suretiyle gerek Türk mahkemelerinin gerekse de yabancı devlet mahkemesinin seçimi mümkündür. Söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yabancı devlet mahkemesinde çözümünün kararlaştırıldığı hallerde, yetki anlaşmasının TK m 105/2 karşısında geçerli olup olmayacağı önem arz etmektedir. Bu çalışmada, yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirildiği hallerde, TK m 105'teki hüküm uyarınca müvekkili adına acenteye karşı açılacak davanın yetki anlaşması bertaraf edilerek Türk mahkemelerinde görülüp görülemeyeceği incelenecektir. Bu inceleme yapılırken

¹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

³ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

de öncelikle acenteye karşı dava açılabileceğini düzenleyen TK m 105/2'de yer alan acentenin müvekkilini davada temsil yetkisinin kapsamı ve yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçilmesinin şartları kısaca incelenecek, sonrasında da acenteye karşı dava açma hakkı tanıyan TK m 105/2 hükmünün yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına etkisi belirtilmeye çalışılacaktır.

I. Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Yetkisi

A. Genel Olarak

Acentelerin müvekkilleri için aracılık ya da akdettiği sözleşmelerden dolayı, müvekkili adına dava açabileceği ve kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabileceği TK m 105/2'de yer almaktadır. Ek olarak kanunda yabancı tacirler adına aracılık eden acenteler hakkında, akdedilen sözleşmelerde TK m 105/2'deki düzenlemeye aykırı şartların da geçersiz olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla müvekkiline izafeten acenteye açılacak davalarda acentenin hukukî durumunun belirlenmesi gerekmektedir.

B. Müvekkile İzafeten Açılacak Davalarda Acentenin Hukukî Durumu

Acentenin aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmelerden ortaya çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak kendisinin dava açabileceği ve kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabileceği TK m 105/2'de düzenlenmiştir. Dolayısıyla acenteye karşı ikame edilecek bu davada acentenin hukukî durumunun tespiti önemli ve gereklidir.

Acentenin hukukî durumu ile ilgili incelenmesi gereken ilk konu, acentenin söz konusu davada taraf olup olmadığının tespitidir. Bu nedenle de usul hukukundaki taraf, taraf sıfatı, davayı takip yetkisi kavramlarının incelenmesi uygun olacaktır.

1. Taraf Kavramı

Taraf kavramı ile ilgili olarak usul hukukunda üç teori ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki maddî taraf teorisidir. Maddî taraf teorisinde uyuşmazlık konusu maddi hukuk ilişkisinin taraflarının davanın da tarafları olduğu kabul edilmektedir⁴. Maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayanların, davanın tarafı olamayacağı ifade edilen bu görüşe göre, taraf sıfatı dava şartı niteliğinde kabul edilmekte ve davanın başında hâkim tarafından incelenmesi gereken bir durum olarak ileri sürülmektedir⁵.

⁴ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, (C I-II, 7. Bası, Seçkin, İstanbul 2000) 387; Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda İslah*, (6100 Sayılı HMK'na Göre Değiştirilmiş 4. Bası, Yetkin, Ankara 2013) 342; Nevhis Deren Yıldırım, *Türk İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları*, (1. Bası, Alfa, İstanbul 1996); 16, Evrim Erişir, *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*, (1. Bası, Güncel, İzmir 2007), 53-54.

⁵ Yavuz Alangoya, 'Yargılama Sırasında Tarafa (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler', (1969) 3 (5) İÜMHAD, 125, 133; Erişir, (n 4) 55; Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*, (1. Bası Alfa, İzmir 1995), 29, 30.

Taraf kavramı ile ilgili ileri sürülen diğer teori ise fonksiyonel taraf teorisidir. Bu teoriye göre de malvarlığına ilişkin davalarda uyuşmazlık konusu mal üzerinde tasarrufa yetkili olanların taraf olarak kabul edilmesi söz konusudur. Bu teori taraf kavramını uyuşmazlık konusunu sadece malvarlığına ilişkin davalar bakımından ele alması nedeniyle eleştirilmiştir⁶.

Taraf kavramı ile ilgili ileri sürülen ve genel olarak kabul edilen şekli taraf teorisine göre ise, taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinden bağımsız olarak mahkemeden kendi adına hukukî koruma talep eden ve kendisine karşı hukukî koruma talep edilenler davanın tarafıdır⁷. Buna göre davanın tarafları dava dilekçesinde belirlenmekte ve taraf olmak için dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak belirtilmek yeterli kabul edilmektedir.

2. Taraf Sıfatı

Şekli taraf teorisine göre taraf kavramı maddi hukuk ilişkisinden bağımsız değerlendirilmekteyken, sıfat ise maddi hukuk ilişkisi doğrultusunda yapılan değerlendirme ile tespit edilmektedir. Husumet olarak da ifade edilen sıfat, davanın taraflarının uyuşmazlığın ait olduğu maddi hukuk ilişkisinin tarafı olup olmadıklarına ilişkindir⁸. Sonuç itibarıyla sıfat, dava konusu sübjektif hakla ilgili kabul edilmektedir⁹.

Şekli taraf teorisine göre dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak belirtilme, şeklen taraf olma anlamına gelse bile, bu durum her zaman o kişilerin taraf sıfatına da sahip oldukları anlamına gelmeyebilecektir¹⁰. Çünkü bu durum taraf sıfatı ile taraf kavramı arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.

Sıfat usule ilişkin değil, maddi hukuka ilişkin bir kavram olarak kabul edilmektedir¹¹. Dolayısıyla sıfat, maddi hukuk açısından dava konusu talep üzerinde kimin hak sahibi, kimin de yükümlü/sorumlu olduğunu ifade etmektedir¹². Bu tespit de sonuç itibarıyla yargılama sonucunda, yani davanın esasını incelendikten sonra gerçekleşecektir¹³.

⁶ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (C. 1, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017), 549. Fonksiyonel taraf teorisine ilişkin olarak bkz Hans Otto De Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, in: Festschrift für Prof. Dr. Heinrich Siber, B. II, Leipzig, 1943, 52 vd; Pekcanitez, (n 6) 549, dn 3'ten naklen.

⁷ Pekcanitez, (n 6) 549 vd; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (C. 1, 1. Bası, Demir, Ankara 2001), 886-887; Yılmaz, (n 1) 344; Serdar Kale, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti*, (1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2010), 7.

⁸ Pekcanitez, (n 6) 607.

⁹ Yargıtay HGK, 10-34/104, 04.03.2009, MİHDER, (2009) 3, 509.

¹⁰ Hilal S. Üçüncü, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi', (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 961, 974.

¹¹ Pekcanitez, (n 6) 611; Levent Börü, 'Sıfat ve Dava Takip Yetkisi', (2011) 27 (31), BATİDER 249, 255; Kuru, (n 7) 1159.

¹² Pekcanitez, (n 6) 612; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (8. Bası, Beta, İstanbul 2011), 121.

¹³ Pekcanitez, (n 6) 612; Kuru, (n 7) 1160.

3. Dava Takip Yetkisi

Temelini şekli taraf teorisinden alan¹⁴ dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak HMK m 53'te tanımlanmıştır. Dava takip yetkisi, sıfat gibi maddi hukuka ilişkin değil, usulî bir kavram olarak kabul edilmektedir¹⁵.

Dava takip yetkisinin varlığı, Türk medenî usul hukukunda dava şartı olarak kabul edilmektedir (HMK m 114/1-e). Dava takip yetkisi dava şartı olduğundan, davanın her aşamasında dava takip yetkisinin bulunup bulunmadığı hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

Dava takip yetkisi ile temsil kavramlarının farklı olduğu ifade edilmektedir. Dava takip yetkisine sahip olan üçüncü kişinin, davanın tarafı haline geldiği ve asıl tarafın temsilcisi olduğu anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir¹⁶.

Temsilin söz konusu olduğu hallerde, temsil olunan kişi ya kanunen dava ehliyetine sahip değildir (*kanuni temsil*) veya sahip olmakla birlikte, kendi iradesiyle temsilci tayin etmiştir (*iradi temsil*). Kanuni temsilde davanın asıl tarafının dava ehliyeti bulunmamakta ve bu nedenle kanunî temsilci onun yerine davayı yürütmektedir.

İradi temsilde ise, davanın asıl tarafı davayı takip yetkisini kural olarak hiçbir zorunluluk altında olmaksızın kendi iradesiyle, temsiliye kendisini temsil etme yetkisini vermektedir. Bunun karşısında, kanundan doğan dava takip yetkisini kullanan kişinin, iradi temsilde olduğu gibi hak sahibinden yetki almasına gerek bulunmamaktadır¹⁷.

Dava takip yetkisinden yoksun olma ile dava ehliyetinden yoksun olma arasında da ortaya çıkan sonuçlar bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Kanundan doğan dava takip yetkisini kullanan üçüncü kişinin hak sahibinin iradesi ile davayı yürütmesi engellenemezken, iradi temsilde ise davayı yürütmeye gerekli özeni göstermeyen vekilin azledilerek davanın asıl tarafından veya başka vekille yürütülmesi mümkündür¹⁸.

Davayı takip yetkisi ve taraf sıfatı bir arada değerlendirilecek olursa, davanın yürütülmesi ve lehe karara ulaşılmasındaki sürecin davayı takip yetkisini, söz konusu süreç sonunda maddi hukuka yönelik sonucun da sıfatı ifade ettiği sonucuna ulaşılacaktır¹⁹.

¹⁴ Pekcanitez, (n 6) 593; Erişir, (n 4) 73; Üçüncü, (n 10) 972.

¹⁵ Pekcanitez, (n 6) 604; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, (n 12) 117; Börü, (n 11) 259.

¹⁶ Pekcanitez, (n 6) 604.

¹⁷ Erişir, (n 4) 86; Üçüncü, (n 10) 972-973.

¹⁸ Pekcanitez, (n 6) 604.

¹⁹ Pekcanitez, (n 6) 612, Üçüncü, (n 10) 972.

4. Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etme Yetkisinin Hukukî Sonucu

Usul hukukunda incelenen taraf, taraf sıfatı ve dava takip yetkisi açısından yapılacak inceleme doğrultusunda şu sonuçlara ulaşılabilecektir. TK m 105/2’de acenteye karşı açılacak davanın müvekkili adına olacağı ifade edilmektedir. Şekli taraf teorisine göre bu durumda acente bu davanın tarafı olarak kabul edilmelidir. Çünkü dava dilekçesinde acentenin davalı olarak yer alması, onun davanın tarafı olması için yeterli olacaktır. Bir davada taraf olunabilmesi için maddi hukuk açısından hakkın gerçek sahibi olunmasına gerek yoktur. Dolayısıyla şekli taraf teorisi doğrultusunda, TK m 105/2 kapsamında açılan davanın tarafının acente olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum kanaatimizce, gerek kanun koyucunun 105. maddeyi düzenlemekteki amacının, gerekse de acentenin bu davadaki rolünün hukuken yanlış belirlenmesine yol açacaktır²⁰.

Acenteye karşı müvekkiline izafeten dava açılabilmesini düzenleyen TK m 105/2 hükmünün amacı, maddenin gerekçesinde ifade edilmiştir. “*Maddenin öngörülme amacı yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmaktadır.*”

Ek olarak üçüncü fıkradaki dava sonucunda elde edilecek kararın acenteye karşı uygulanmayacağına ilişkin düzenleme ile kanun koyucunun amacının acenteyi bu davaların tarafı olmasını engellemek olduğu söylenebilecektir. Yine kanunun gerekçesinde bu durum açıkça belirtilmiştir. 105. maddenin amacının, yurtdışında yerleşik müvekkiller aleyhine Türkiye’de dava açılabilmesi için adres tesis etmek amacıyla düzenlemek ve bu nedenle alınacak kararın acenteye karşı uygulanmasını engellemek olduğu kanunun gerekçesinde ifade edilmiştir²¹.

TK m 105/2’de yer alan düzenlemenin acenteye müvekkilini davada temsil etme yetkisi verdiği sonucuna ulaşılmışının kanunun amacına ve lafzına uygun yorum olacağı kanaatindeyiz²². Müvekkile izafeten dava açabilmesi ve kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilmesi, yani davada müvekkiline vekâlet edebilmesi için, TK m 105 uyarınca iki şartın varlığı gereklidir. Bunlar; acente sıfatına sahip olunması ve uyuşmazlığın aracılık edilen veya yapılmış olan sözleşmeden kaynaklanmasıdır. Bu iki şartın da vekâlet ehliyetine ilişkin olduğu ifade edilmektedir²³.

²⁰ Benzer şekilde bkz Üçüncü, (n 10) 976.

²¹ “*Ancak bu olanak sebebiyle ortaya çıkan bir sorunun giderilmesi için, maddeye yeni bir (üçüncü) fıkra eklenmesi gerekmektedir. Yurtdışında yerleşik olan asile izafeten Türkiye’de acenteye dava açılması hakkı, uygulamada bir süre, alınan ilamın acenteye karşı uygulanabileceği şeklinde yorumlanmıştır. Bu uygulama sebebiyle acenteler, temsil ettikleri kişilerin borçlarını ödemek zorunda bırakılmıştır. Oysa, Türkiye’de bir tebligat adresi tesis eden hükmün bu doğrultuda yorumlanması, maddenin amacına aykırıdır. Acente, temsilci sıfatıyla hareket ederken, asilin borcunu üstlenmez veya bu borca kefil olmaz. Bu konuda yaşanan tereddütleri gidermek için üçüncü fıkra kaleme alınmış ve asile izafeten acente aleyhine açılan davada alınan ilamın acentenin malvarlığı aleyhine uygulanamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur.*” Gerekçe metni için bkz www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf, erişim tarihi 21.12.2020.

²² Aynı yönde bkz Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap, Ticarî İşletme, Yedinci Kısım, Acentelik, (TK m. 102-123)*, (2. Bası, Beta, İstanbul 2016), 57; Üçüncü, (n 10) 977; Erişir, (n 4) 87; Sıtkı Anlam Altay, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi’, (2010) 1 Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan, 223, 230; Nurcan Demirtaş, ‘Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi’, (2019), 5(1), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 83, 92.

²³ Kaya, (n 22) 61; Üçüncü, (n 10) 977; Altay, (n 22) 230.

Türk hukukunda sadece baroya kayıtlı avukatların davada vekil olarak faaliyette bulunabileceği 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda²⁴ düzenlenmiştir (m 35). Dolayısıyla TK m 105/2'deki düzenleme, acentelere sadece avukatlara hasredilen davada vekâlet etme ehliyetini sağlayan ve Avukatlık Kanunu'nun bir istisnasını teşkil etmektedir²⁵.

Acentenin müvekkilini davada temsil yetkisinin, vekâlet ehliyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtildikten sonra, acentenin aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmedeki yetki şartı ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesinin, TK m 105/2 karşısındaki durumunun incelenmesi gerekmektedir. Bunun için de öncelikle yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçilmesinin şartları ve hukukî sonuçlarının belirlenmesi uygun olacaktır.

II. Yetki Anlaşması İle Yabancı Mahkemenin Seçilmesi

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, tarafların aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü için yetkili mercii belirlemek amacıyla yetki anlaşması yapabilecekleri kabul edilmiştir²⁶. Seçilen mahkeme Türk mahkemesi olabileceği gibi, yabancı bir devlet mahkemesi de olabilecektir. Ancak seçilen mahkemenin yabancı olup olmaması yetki anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak kuralları etkileyecektir. Türk mahkemelerinin yetki anlaşması ile seçilmesi durumunda HMK m 17 ve 18 uygulanacaktır. Türk mahkemeleri dışında, başka bir devlet mahkemesinin seçilmesi durumunda ise MÖHUK m 47'deki kurallar bu yetki anlaşmasına tatbik edilecektir.

İçerisinde yabancılık unsuru bulunan borç ilişkileri bakımından da yetki anlaşması ile yabancı devlet mahkemelerinin seçimi imkânı, Türk hukukunda tanınmaktadır (MÖHUK m 47). Söz konusu yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için MÖHUK m 47'de belirtilen şartların bulunması gerekmektedir.

Acentelerin müvekkilleri lehine akdettikleri sözleşmelerde yabancı mahkemelerin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesinin geçerli olup olmadığı da MÖHUK m 47'deki şartlar doğrultusunda incelenmelidir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde,

²⁴ Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1963, RG 07.04.1969/13168.

²⁵ Kaya (n 22) 65; Üçüncü, (n 10) 977; Emre Külüşlü, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi*, (1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2019), 23; Levent Börü, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara 2006), 122; Zehra Demirci, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti*, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Konya 2010), 38.

²⁶ Yabancı mahkemenin seçimini öngören yetki anlaşmasının geçerli olup olmadığının incelenmesi, genel itibariyle iki halde söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemenin uyuşmazlık konusunda yetkilendirilmesine rağmen, HMK'daki kurallar uyarınca yer itibariyle yetkili Türk mahkemesinde dava açılması halidir. Burada usulüne uygun bir şekilde yetki itirazında bulunulması durumunda Türk mahkemesi, MÖHUK m 47'deki kurallar uyarınca yetki anlaşmasının geçerliliğini inceleyecektir. İkinci hal ise, aynı dava hâlihazırda yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinde ikame edilmesine rağmen, Türk mahkemelerinde açılması durumudur. Her iki ihtimalde de Türk mahkemesi, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasının geçerliliğini inceleyecektir. Aynı yönde bkz Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (8. Bası, Beta, İstanbul 2020), 437.

yabancı mahkemelerin seçimini öngören yetki anlaşmalarının geçerlilik şartları incelenecektir. Sonrasında da geçerli bir yetki anlaşması ile yabancı mahkemelerinin seçilmesinin hukukî sonuçları incelenecektir.

B. Yabancı Mahkemeyi Yetkilendiren Yetki Anlaşmasının Geçerlilik Şartları

1. Genel Olarak

Yabancı bir devlet mahkemesini öngören yetki anlaşmasının geçerlilik şartları MÖHUK m 47’de düzenlenmiştir. MÖHUK m 47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için; o uyuşmazlıkla ilgili münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve borç ilişkisinden doğması gerekmektedir.

Yetki anlaşmasının geçerlilik şartları açısından 47. maddede belirtilenler dışında ayrıca uyuşmazlık konusunun ve seçilen mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması gerektiği de, HMK’da olduğu gibi, doktrinde belirtilmiştir^{27,28}. Bunun nedeni olarak da, 47. maddedeki taraflar arasındaki yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlık ve yabancı bir devlet mahkemesi tabirlerinin belirli bir uyuşmazlığa yönelik ve belirli bir devlet mahkemesini amaçladığı ifade edilmiştir²⁹.

²⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 457, 458. Buna karşın MÖHUK m 47’de tarafların yetki anlaşması yapmak suretiyle yabancı bir devlet mahkemesini seçmeleri düzenlenmiş olduğundan, buradaki yabancı devlet mahkemesinin seçilmesi ile mahkemenin belirli olma şartının sağlandığı ve bu nedenle de maddede belirli olma şartının esasında arandığı da ifade edilmektedir. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (22. Bası, Beta, İstanbul 2017), 491.

²⁸ Yetki anlaşmasının geçerliliğine ilişkin burada belirtilen şartlar yanında, özel olarak bazı sözleşmeler açısından yapılacak yetki anlaşmalarının geçersiz olacağına ilişkin düzenlemeler hukukumuzda yer almaktadır. Örneğin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde, yolcunun ölümü veya yaralanmasından veya bagajın ziyaa veya hasara uğramasından kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili olarak, tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmelerinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir (TK m 1271/2). Bu düzenlemede yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için, zaman bakımından getirilen bir şart söz konusudur. Detaylı bilgi için bkz Burcu İrge Erdoğan, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme’, (2017) 37(2), MHB, Yücel Sayman’a Armağan, 508, 519 vd.

²⁹ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 457 vd. Seçilen yabancı mahkemenin belirlenebilir olma şartının ne şekilde sağlanacağı konusunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklılık bulunmaktadır. “İngiliz mahkemeleri” gibi genel olarak yabancı devlet mahkemelerinin seçildiği yetki anlaşmalarının geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüşüne göre bu şekilde yapılan yetki anlaşmaları belirlenebilir olma şartını haizdir. Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (16. Bası, Beta, 2020), 640; Nomer, (n 27) 49; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, (1. Bası, Seçkin, Ankara 2002), 66; Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, (1. Bası, Beta, İstanbul 2009), 158; Ceyda Süral, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi’, (2012) 100, TBB Dergisi, 168, 194. Bunun karşısındaki görüşe göre ise, ülke içindeki belirli bir yer mahkemesi yetkili kılınmadığı, genel olarak o devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği yetki anlaşmalarının pratik bir sonuç vermeyeceği ve geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür. Emre Esen, ‘Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement’, (2010) 42 (59), *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 365, 372; Nuray Ekşi, ‘Uluslararası Ticaret İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi’, (1998) 72(10-12) İstanbul Barosu Dergisi 864, 873. Yargıtay’ın ise her iki yönde de kararları bulunmaktadır. Örnek kararlar için bkz Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 457, dn 174’teki kararlar.

Sonuç itibariyle MÖHUK m 47'ye göre geçerli bir yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilebilmesi için aranan şartlar aşağıda incelenecektir.

2. Yabancılık Unsuru Bulunması

Yabancılık unsuru genel itibariyle şahsî, coğrafi veya konu itibariyle yabancı bir hukuk sistemi ile ilişkiyi ifade eden kavramdır³⁰. Aynı şekilde, bir veya birden çok hukuk düzeni ile temas halinde bulunma yabancılık unsuru olarak ifade edilmiştir³¹. Dolayısıyla yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya hukukî ilişkiyi, uyumsuzluğu inceleyen hâkimin bağlı olduğu devlet hukuku dışında, asgari bir veya daha fazla hukuk düzeni ile ilişkili hale getirmektedir³².

Yetki anlaşmasının geçerliliğinde aranan yabancılık unsurunun var olabilmesi için, borç ilişkisinin yabancı bir ülke ile yer bakımından irtibatlı olması gerekmektedir. Herhangi bir şekilde yabancı bir devlet hukuku ile irtibat bulunması, yabancılık unsurunun varlığı için yeterli kabul edilmelidir³³.

Yabancılık unsuru çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Tarafların farklı vatandaşlığa, yerleşim yerine, mutad meskene sahip olması, uyumsuzluk konusu eşyanın başka bir ülkede bulunması, uyumsuzluk konusu olayın başka bir ülkede gerçekleşmesi vb. gibi birçok durumda yabancılık unsuru ile karşılaşılabilir.

Yabancılık unsurunun var olup olmadığı esas itibariyle uyumsuzluğu inceleyen mahkeme tarafından tespit edilecek bir konudur³⁴. Dolayısıyla MÖHUK m 47'ye uygun ve geçerli bir yetki anlaşmasının yapıp yapılmadığını inceleyen Türk mahkemesi yabancılık unsurunun varlığını da tespit edecektir. Böylelikle de Türk hâkimi yabancı bir devlet hukuku ile irtibatın varlığını tespit ettiğinde yabancılık unsurunun var olduğu söylenebilecektir.

Sonuç itibariyle birden fazla devlet hukuku ile ilişki halinde bulunduğu takdirde yabancılık unsurunun var olduğu söylenebilecektir. Yabancılık unsurunun varlığı da, yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin seçilebilmesinde bir şart olarak MÖHUK'ta düzenlenmiştir.

³⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 5.

³¹ Nomer, (n 27) 5.

³² Mesut Aygün, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1025, 1029; Çelikel ve Erdem, (n 29) 5 vd; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6. Bası, Savaş, Ankara 2020), 25-27; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (13. Bası, Vedat, İstanbul 2020), 22; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 5.

³³ Aygün, (n. 32) 1030.

³⁴ Aygün, (n. 32) 1034; Nuray Ekşi, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AB Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı', (1992) 12(1-2) MHB 1, 3.

3. Borç İlişkisinden Doğan Bir Uyuşmazlığın Bulunması

Yabancı bir devlet mahkemesinin yetki anlaşması ile seçilebilmesi için, uyuşmazlığın borç ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir (MÖHUK m 47/1). Burada önemli nokta, borç ilişkisinin hangi hukuka göre vasıflandırılacağıdır. Bilindiği üzere, borç ilişkisi sözleşme ve sözleşme dışı olmak üzere iki sebepten kaynaklanmaktadır. Sözleşme dışı borç ilişkileri hukukumuzda haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir³⁵. Bunlar dışında kalan, yani kişi hallerine, şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin seçilmesi mümkün değildir³⁶.

Yetki anlaşmasının geçerlilik şartı olarak aranan borç ilişkisinden kaynaklanma şartı, uyuşmazlık konusunun sadece sözleşme ilişkilerine ait olmamasını da sağlamaktadır. Kanun koyucu burada borç ilişkisi demek suretiyle, sözleşme dışında haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme vb. borç ilişkilerini de kapsayacak şekilde düzenlemede bulunmuştur³⁷.

4. Münhasır Yetkili Bir Türk Mahkemesinin Bulunmaması

MÖHUK madde 47'ye göre yabancı devlet mahkemelerini seçimini öngören yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği bir halin varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla münhasır yetkili Türk mahkemesinin varlığı, yetki anlaşmasının geçerliliğine etki etmekle beraber, bu geçersizliğe rağmen yabancı devlet mahkemesinde davanın açılması üzerine yabancı mahkeme tarafından verilen karar, Türkiye'de herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacaktır³⁸.

Münhasır yetki medenî usul hukukunda yer alan kesin yetki ile karıştırılmaya müsait bir kavramdır. Münhasır yetki, bir konu hakkında karar verme konusunda sadece belirli bir devlet yargısının karar verme yetkisi olarak ifade edilmektedir³⁹.

³⁵ Borç ilişkisinin kaynakları hakkında detaylı bilgi için bkz M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (18. Bası, Vedat, İstanbul 2020), 35 vd. Doktrinde ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (RG 04.02.2011/27836) borç ilişkisinin kaynağı olarak Sözleşme (TBK 1-48), haksız fiil (TBK 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK 77-82) belirtilmiş olsa da, bunlar dışında da gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse diğer kanunlarda borç ilişkisinin kaynağı olarak kabul edilen başka haller olduğu da belirtilmiştir. Bu hallere örnek olarak vekâletsiz iş görme, yardım nafakası ve garanti belgesi verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (15. Bası, Beta, İstanbul 2017), 31.

³⁶ Nomer, (n 27) 490.

³⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 457. Doktrinde, eşler arasındaki mal rejiminden kaynaklanan ilişkinin kanundan doğan bir borç ilişkisi olduğu ifade edilerek, bu tarz uyuşmazlıkların da yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemede görülebileceği ileri sürülmektedir. Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, (1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2014), 216-217.

³⁸ Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de hukukî sonuç doğurabilmeleri için bunların, Türk mahkemeleri tarafından tanınmaları veya tenfiz edilmeleri gerekmektedir. Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 526. Münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmasına rağmen yabancı mahkeme tarafından karar verilmesi halinde, ilgili kararın tanınması veya tenfizi talebi reddedilecektir (MÖHUK m 54/1 b). Dolayısıyla münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunduğu halde, yabancı bir mahkemeden verilecek kararın Türk hukuku açısından herhangi bir sonuç doğurması mümkün görünmemektedir. Bkz aynı yönde Çelikel ve Erdem, (n 29) 639.

³⁹ Nomer, (n 27) 486; Çelikel ve Erdem, (n 29) 638.

Dolayısıyla, yetki kuralı ile o konu hakkında sadece Türk mahkemelerinin karar verme yetkisinin öngörülmesi durumunda, Türk mahkemesinin münhasır yetkisinin var olduğu söylenebilecektir. Medenî usul hukukundaki sadece bir yer mahkemesinin yetkili olacağına ilişkin kesin yetkinin, her durumda o yer mahkemesinin milletlerarası usul hukuku açısından da münhasır yetkiyi haiz olduğunu göstermeyeceği kabul edilmektedir⁴⁰. Burada önemli olan, kanun koyucunun iradesi ile o uyuşmazlık konusunda sadece Türk mahkemesinin karar verebileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla iç hukuktaki kesin yetkiye ilişkin bir kuralın aynı zamanda da münhasır yetki sağladığını söylemek, her durumda doğru olmayabilecektir⁴¹.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu davalar ile ilgili olarak doktrinde çeşitli örnekler verilmektedir. Bir kuralın münhasır yetki sağlayıp sağlamadığının tespitinde, genel itibarıyla o uyuşmazlık konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konması ölçütünün aranması gerektiği ifade edilmektedir⁴². Dolayısıyla, o uyuşmazlık hakkında sadece Türk mahkemelerinin karar vermesi öngörülüyorsa, o dava açısından Türk mahkemesinin yetkisinin münhasır olduğu kabul edilmelidir. Münhasır yetkinin varlığı da, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasını, Türk hukuku açısından geçersiz hale getirecektir (MÖHUK m 47).

Münhasır yetkinin tespitinde yetki kuralının niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğinden hareketle, doktrinde bazı davalar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır kabul edilmiştir. Örneğin taşınmazın aynından kaynaklanan davalarda HMK m 12 uyarınca yetki anlaşması yapılmasını engelleyen hükmün, Türkiye'de bulunan taşınmazlar açısından Türk mahkemelerine münhasır yetki tanıdığı kabul edilmektedir⁴³.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun⁴⁴ 156. maddesinde öngörülen mahkemelerin yetkisine ilişkin kuralın, tazminat davaları dışında kalan; özellikle marka, patent, tasarım veya coğrafî işaretlerin tescil, terkin, iptal veya tashihine ilişkin davalar bakımından münhasır yetki kuralı olduğu ifade edilmiştir⁴⁵.

İflâs davalarında da, muamele merkezinin Türkiye olduğu kişiler bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun⁴⁶ 154. maddesindeki kuralın, münhasır yetki kuralı olduğu

⁴⁰ Nomer, (n 27) 486, 523.

⁴¹ Nomer, (n 27) 523; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 462, dn 182; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (7. Bası, Beta, İstanbul 2019), 107, Emre Esen, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı', (2002) 22(2) MHB, 204.

⁴² Nomer, (n 26) 486.

⁴³ Nomer (n 27) 486; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 462. Yine aynı yönde bkz Yargıtay 14 HD, 5842/6880, 11.06.2010 www.kazanci.com.

⁴⁴ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2016/29944.

⁴⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 464.

⁴⁶ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

ifade edilmektedir⁴⁷. Kanun koyucu esasında, borçlunun muamele merkezinden başka, Türkiye’de yer alan diğer bir mahkemenin dahi yetki anlaşmasıyla yetkilendirilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Bu nedenle, iflâs davalarındaki yetkinin münhasır olduğu kabul edilmelidir.

Yabancı devlet mahkemesinin yetkilendirilmesini düzenleyen MÖHUK m 47’de, iş sözleşmeleri (m 44) tüketici sözleşmeleri (m 45), ve sigorta sözleşmelerinden (m 46) kaynaklanan davalardaki özel yetki kurallarında belirtilen mahkemelerin yetkisinin, yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun MÖHUK’ta yer alan iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerine ilişkin özel yetki kurallarındaki mahkemelerin yetkisinin bertaraf edilemeyeceğine ilişkin bu düzenlemenin, bu sözleşmelerdeki zayıf tarafın korunmasına yönelik olduğu söylenebilecektir⁴⁸.

İş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, gerek kendisinin açacağı, gerekse de kendisine karşı açılacak davada zayıf tarafın korunmasına yönelik özel yetki kuralları MÖHUK’ta düzenlenmiştir. MÖHUK m 47/2 uyarınca 44, 45 ve 46. maddelerde öngörülen Türk mahkemesinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu ve bu nedenle yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi suretiyle bu yetkinin bertaraf edilemeyeceği ifade edilmiştir⁴⁹.

Gerçekten de 44, 45 ve 46. maddelere bakıldığında sözleşmenin zayıf tarafına Türkiye’de dava açması için imkân tanındığı görülmektedir. Türkiye’de yetkili kılınan bu mahkemelerin yetkisinin yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceğine ilişkin açık hüküm dolayısıyla, Türk mahkemelerinin bu davadaki yetkisinin münhasır nitelikte olduğu söylenebilecektir. Ancak bu sonuç her durumda ilgili maddelerin varlık sebebi olan, zayıf tarafın korunmasını sağlamayabilecektir. Şöyle ki, münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin varlığı; sadece geçerli bir yetki anlaşması yapılmasını değil, aynı zamanda o uyuşmazlığa ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasını veya tenfizini de engellemektedir. Çünkü bir Türk mahkemesinin münhasır yetkisinin olması, tenfiz engeli olarak MÖHUK’ta düzenlenmiştir (m 54/1 b). 44, 45 veya 46. madde kapsamındaki bir sözleşmede yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmiş olması durumunda, kanunda korunmaya değer zayıf taraf durumundaki tüketicinin, işçinin, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehdarın geçerli bir yetki anlaşmasının bulunduğuna inanarak, yetki anlaşmasında belirtilen mahkemede dava açması ve lehine karar alması ihtimalinde, münhasır yetki, zayıf tarafın lehine almış olduğu yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyecektir. Böylelikle de kanunun zayıf tarafın korunmasına yönelik amacı

⁴⁷ Cemre Tüysüz, İcra ve İflâs Hukukundaki Davaların Tahkim Anlaşmasının İcrasına Etkisi, (1. Bası, Beta, İstanbul 2017), 292; Nomer, (n 27) 488; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 463; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997), 182; Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, (1. Bası, Yetkin, Ankara 1996), 165.

⁴⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 465.

⁴⁹ Nomer, (n 27) 486; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 465.

gerçekleşmeyecektir. 44, 45 ve 46. maddelerdeki yetkinin “*zayıf tarafın korunması amacıyla sınırlı münhasır yetki kuralı*” olarak kabul edilmesi gerektiği, sözleşmenin zayıf tarafı kabul edilen tüketicinin, işçinin, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehdarın, geçerli bir yetki anlaşması varmış gibi yabancı mahkemede dava açması ve lehine karar alması durumunda, münhasır yetki kuralının kendileri aleyhine kullanılmaması, haklı olarak ifade edilmiştir. Aksi takdirde zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen kuralların, zayıf tarafı zarara uğratacağı belirtilmiştir⁵⁰.

Uygulamada, özellikle sigorta sözleşmelerinin sigorta acenteleri eliyle akdedildiği görülmektedir. Dolayısıyla MÖHUK m 46’da yer alan yetki kuralı, sigorta acentesi tarafından imzalanan sözleşmeler bakımından da önem arz edecektir. Sigorta sözleşmelerinde yetkiyi düzenleyen MÖHUK’un 46 maddesi incelendiğinde, zayıf konumda bulunduğu düşünülen kişilerin açacakları davalar ile bu kişilere karşı açılacak davalar bakımından ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Kanun sigorta sözleşmesinden kaynaklanan davalarda sigortacının esas işyeri yanında sigorta sözleşmesini yapan şubesinin veya acentesinin bulunduğu yerdeki Türk mahkemesinin yetkili olduğunu düzenlemiştir. Maddenin devamında da, zayıf taraf olan sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara kolaylık olması açısından, bu kişilere karşı açılacak davaların, bunların yerleşim yeri veya mutad meskeninde açılması gerektiği düzenlenmiştir.

MÖHUK m 46’da acenteye karşı aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmelerden dolayı müvekkili adına dava açılabileceğine ilişkin TK m 105 hükmüne benzer bir düzenleme yapılmıştır. Maddede sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyerinin yanında, sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentesinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Yetki anlaşması ile de sigorta sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin yetkisini düzenleyen MÖHUK m 46’daki yetkili mahkemenin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği açıkça düzenlendiğinden, sigorta acenteleri tarafından akdedilen sözleşmelerde yetki sözleşmesi yapılarak, başka bir devlet mahkemesinin seçilmesinin, MÖHUK m 46’daki yetki kuralını ortadan kaldırmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Böylelikle de sigortalı, sigorta ettiren veya lehdar; gerek TK m 105/2’deki gerekse MÖHUK m 46’daki düzenlemeler doğrultusunda, yetki anlaşması ile seçilen yabancı mahkeme yerine, acentenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilecektir.

Sonuç itibariyle, TK m 105/2’de gözetilen müşteriye Türkiye’de dava açabilme imkânı tanımak suretiyle menfaatinin korunması⁵¹, milletlerarası usul hukukunda sigorta sözleşmeleri açısından kabul edilmiştir. Sigorta sözleşmelerinde sigortalı, sigorta ettiren veya lehdar açısından korunmaya değer bir menfaatin varlığının, söz konusu kişilerin sigorta sözleşmesinin zayıf tarafı olarak algılandıkları için kabul edildiği de söylenebilecektir.

⁵⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 466.

⁵¹ Kaya, (n 22) 67.

46. maddedeki yetki kuralı sadece sigortalı, sigorta ettiren ve lehdarın açacakları dava açısından değil, bunlara karşı sigorta şirketinin açacağı davalar bakımından da etkili olacaktır. Sigortalı, sigorta ettiren veya lehdarın yerleşim yeri veya mutad meskenlerinin Türkiye’de bulunması halinde, bu yer mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğu kabul edildiğinden, acentenin aracılık ettiği veya akdettiği sigorta sözleşmesinde, yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin seçilmesi, Türk hukuku bakımından geçersiz olacaktır.

C. Yabancı Mahkemenin Seçildiği Yetki Anlaşmalarının Hukukî Sonuçları

Geçerli bir yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesinin hukukî sonuçlarıyla, bu yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemesinde dava açılmasına ne şekilde etki edeceği hususunda karşılaşılabilecektir. Bu sonuçlardan ilki Türk mahkemesinin yetkisinin tamamen bertaraf edilip edilmediğidir. Türk mahkemesinin yetkisinin tamamen bertaraf edildiğinin kabul edilmesi durumunda, yetki anlaşması ile seçilen yabancı mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu kabul edilmelidir. Bunun karşısında, yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisinin münhasır olmadığı kabul edilmesi halinde ise, davanın yabancı mahkemede veya yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemesinde de görülebileceği sonucuna ulaşılması gerekecektir.

47. maddede yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçilmesi durumunda davanın ancak, (*seçilen*) yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunulmaması halinde Türk mahkemesinde görülebileceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada yabancı mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu kabul edilmektedir⁵². Kaldı ki aksini kabul etmek, yani yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçilmesi durumunda dahi Türkiye’deki genel ve özel yetkili mahkemelerde de bu davanın görülebileceğini ifade etmek, yetki anlaşmasının amacını ortadan kaldıracak bir yorum tarzı olacaktır⁵³. Çünkü tarafların yetki anlaşması yapmadaki amacının; iç hukuktaki yer itibarıyla yetkili mahkemelere alternatif olacak şekilde, yabancı mahkemeye yetki tesis etmekten ziyade, iç hukuktaki yetki kuralları ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisini kendi iradeleri ile ortadan kaldırmak olduğu söylenebilir. Bu yorumun yapılabilmesinin

⁵² Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 472. “... yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren ve anılan maddenin öngördüğü koşullara uygun, geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, yetkisi kararlaştırılan yabancı devlet mahkemesi “münhasıran” yetkili bir mahkeme kimliğini kazanmış olur” Yargıtay HGK, 12-287/325, 06.05.1998, Yargıtay Kararları Dergisi, (1998) 24(9), 1269 vd.

⁵³ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 471, dn 191. Ancak taraflar yetki anlaşması ile seçtikleri yabancı mahkemeyi münhasıran değil, tam aksi şekilde yani Türk mahkemelerine ilave olarak yetkili bir mahkeme (*non-exclusive*) şeklinde de seçebilirler. Bu halde ise, iç hukuktaki yetki kuralları ile belirlenen Türk mahkemelerinde de bu davanın görülmesi mümkün olacaktır. Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 472.

nedeni, tarafların yetkili mahkemenin yetkisini bertaraf etme amacı olmasa, yetki anlaşması yapma ihtiyacının da doğmayacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁵⁴.

Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkan ve birden fazla yetkili mahkemeden lehine karar çıkma ihtimali en yüksek olan mahkemeyi seçme (*forum shopping*) milletlerarası usul hukukunda yer alan bir imkândır⁵⁵. Türk hukukunda da *forum shoppingi* yasaklayıcı bir düzenleme yer almamaktadır⁵⁶. Dolayısıyla tarafların yetki anlaşması yapmayarak, iç hukuk kurallarına göre yetkili mahkemelerden birinde dava açma imkânları her zaman bulunmaktadır. Hal böyle iken, tarafların yetki anlaşması yapmaları ile bu mahkemelerden birini veya bunlardan başka bir mahkemeyi seçmeleri durumunda, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarını da bertaraf etmek istedikleri sonucuna ulaşılması kanaatimizce hukuken doğru bir yorum olacaktır⁵⁷.

Yabancı mahkemenin seçildiği yetki anlaşmasının bir diğer hukukî sonucu da derdestlik konusunda karşımıza çıkmaktadır. Yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemede dava görülmekteyken Türk mahkemesinde de aynı davanın ikame edilmesi durumunda, milletlerarası derdestlik söz konusu olacaktır. Derdestliğin kabul edilmemesi halinde, MÖHUK m 47'de düzenlenen yabancı mahkemeyi seçme imkânının bir anlamı kalmayacağı ifade edilmektedir⁵⁸.

Derdestlik Türk usul hukukunda bir dava şartı olarak yer almaktadır (HMK m 114/1-ı). Derdestliğin dava şartı olarak kabul edilme nedeni olarak davacının bir davayı birden fazla mahkemede açmasında hukuken korunan bir menfaatinin

⁵⁴ Ancak belirtilmemiz gerekir ki, yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçildiği her durumda, uyumsuzluğun Türk mahkemelerinde görülmesi engellenemeyebilir. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, seçilen yabancı mahkemeden alınan kararın Türkiye'de tenfiz reddedilmiş ise, artık uyumsuzluğun çözülebilemesi için dava Türk mahkemelerinde açılmalıdır. Bu halde yetki anlaşmasının varlığı ileri sürülerek davanın yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi durumunda, adalete erişim hakkının engellendiği söylenebilecektir. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 477. Ek olarak, yetki anlaşmasının dürüstlük kuralına, ahlâka ve kamu düzenine uygun olmaması halinde davanın Türk mahkemelerinde görülebileceği ifade edilmiştir. Burada da davacının yabancı mahkemede hakkını elde edemeyeceği açık bir şekilde mevcut ise yetki itirazının kabul edilmemesi ve davanın yabancı mahkemenin seçildiği yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemelerinde görülebilmesi gerekmektedir. Nomer, (n 27) 493; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 479.

⁵⁵ Tanım için bkz Merriam-Webster Law Dictionary (merriam-webster.com). Forum shopping doktrini ile ilgili bkz Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki)*, (2. Bası, Beta, İstanbul 2000), 264 vd.

⁵⁶ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 408.

⁵⁷ Burada ek olarak belirtmeliyiz ki, her ne kadar tarafların iç hukuk kuralları doğrultusunda birden fazla yetkili mahkemeden bir tanesini seçmelerini yasaklayıcı bir hüküm olmasa da, bu seçim her zaman Türkiye'de hukukî sonuç doğurmayabilecektir. Şöyle ki, Türk hukukunda davalının itiraz etmesi şartıyla, yabancı mahkemenin taraflarla gerçek bir ilişkisi olmasa da kendisine yetki tanınması tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir (MÖHUK m 54/1b). "Aşırı yetki" (*exorbitant*) olarak da ifade edilen bu durumda, yabancı mahkeme kendi iç hukuk kurallarına göre kendi yetkisi bulunduğu karar vermiştir. Ancak söz konusu yetki kuralları zayıf, geçici, suni veya sübjektif esaslara dayanarak yetki tesis etmiştir. Aşırı yetkiyi tesis eden kurallara istinaden yabancı mahkemenin kendisini yetkili sayması bir tenfiz engeli olarak hukukumuzda yer almaktadır. Dolayısıyla tarafların *forum shopping* imkânı ile bu tarz aşırı yetki kurallarına tâbi bir mahkemeyi tercih etmesi durumunda, söz konusu yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilmemesi sonucuna ulaşılacaktır. Aşırı yetki için bkz Burak Huysal, "Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi", (2011) 10(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan 467, 491 vd; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 594 vd; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, (n 53) 51 vd.

⁵⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, (n 26) 476 ve 485. "... taraflardan biri yetki şartına uymayarak Türkiye'de kanun gereği yetkili olan bir mahkemede dava açtığında diğer tarafın yetkisizlik; ve koşulları oluştuğunda "derdestlik" itirazlarında bulunma hakkı doğar." Yargıtay HGK, 12-287/325, 06.05.1998, Yargıtay Kararları Dergisi, (1998) 24(9), 1269 vd.

bulunmaması gösterilmiştir⁵⁹. Dava şartlarının yargılamanın başından sonuna kadar var olması gerekmektedir. Hâkim, dava şartlarının var olup olmadığını kendiliğinden inceler ve tarafların bu konuda herhangi bir talepte bulunmasına gerek olmamakla birlikte, onların bu konudaki beyanları ile de bağlı değildir⁶⁰.

Yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemede dava görülmekte iken, aynı davanın Türk mahkemelerinde açılması milletlerarası derdestlik oluşturacaktır. Milletlerarası derdestlik itirazının kabul edilmesi ile Türk mahkemesi, aynı davanın görülmekte olduğu yabancı mahkeme lehine yargı yetkisinden feragat edecektir⁶¹. Dolayısıyla HMK'daki derdestliğin dava şartı olarak milletlerarası derdestlik açısından da söz konusu olması, davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilmesi ve mahkemece re'sen dikkate alınması gerekmektedir⁶².

III. Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmalarının

TK Madde 105/2 Karşısındaki Durumu

A. Genel Olarak

Yetki anlaşması ile yabancı mahkemelerin seçilmesinin MÖHUK m 47'de belirtilen şartlar doğrultusunda mümkün olduğu yukarıda ifade edilmişti. Ek olarak, TK m 105/2'de acentelerin aracılık ettiği veya müvekkili adına yapmış olduğu sözleşmelerden ötürü müvekkili lehine dava açabileceği gibi, kendisine de aynı sıfatla dava açılacağı yukarıda incelenmişti.

Sonuç itibarıyla, MÖHUK m 47 kapsamındaki bir yetki anlaşmasının acentenin aracılık ettiği bir sözleşme içerisinde yer alması mümkündür. Dolayısıyla TK m 105/2'deki acentelerin müvekkilini davada temsil yetkisini düzenleyen ve yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde acentenin temsil yetkisini ortadan kaldıran hükümleri geçersiz kılan düzenleme ile MÖHUK m 47'nin ne şekilde var olabileceği incelenmelidir. Bu inceleme yapılırken de önce TK m 105'teki kuralın milletlerarası özel hukuk açısından niteliğinin tespit edilmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁹ Pekcanitez, (n 6) 1182; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, (1. Bası, Adalet, Ankara 1998), s. 4 vd.

⁶⁰ Pekcanitez, (n 6) 950-951.

⁶¹ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 482.

⁶² Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, (n 26) 487. Milletlerarası derdestliğin, mahalli mahkemelerdeki derdestlikte olduğu gibi dava şartı olarak kabul edilmesine ilişkin görüş yanında doktrinde farklı bir görüş de ileri sürülmüştür. Buna göre HMK'da düzenlenen hükümler sadece Türk mahkemelerinde derdest olan davalar bakımından dikkate alınabilecektir. Yabancı derdestliğin HMK'da yer alan kurallara tâbi olması yerinde olmayacaktır. Bu nedenle de milletlerarası derdestlik dava şartı olarak kabul edilmemelidir. Sonuç itibarıyla, yabancı derdestliğin dikkate alınabilmesi için ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekmektedir. Çelikel ve Erdem, (n 29) 661, 662.

B. TK Madde 105'in Milletlerarası Özel Hukuk Açısından İncelenmesi

Milletlerarası özel hukuk açısından yapılan incelemelerde TK m 105'teki kuralın usul hukuku kapsamında yetkiyi düzenleyen bir yetki kuralı mı olduğu, yoksa maddi hukuk kuralı mı olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.

Milletlerarası özel hukukta TK m 105 ile ilgili olarak yapılan tespitlerden ilki bunun bir yetki kuralı olduğudur. Esasında burada TK m 105 düzenlemesinin niteliği hakkında incelemede bulunmaksızın, sadece acentenin müvekkili adına açacağı ve kendisine karşı da aynı sıfatla açılacak davalarda acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu ifade edilmiştir⁶³.

Acentenin davada temsil yetkisine ilişkin kural hakkındaki bir diğer görüşe göre ise, TK m 105/2, yabancı müvekkil adına acenteye karşı açılacak davalarda müvekkil yabancı şirketin davada taraf olma ehliyetine ilişkin bir düzenlemedir. Yani yabancı şirketlerin Türkiye'de acente vasıtasıyla işlem gerçekleştirmeleri halinde, davada taraf olma ehliyetlerinin var olduğu TK m 105 hükmüyle kabul edilmiştir⁶⁴. Bu görüşte ayrıca acenteye karşı müvekkile izafeten açılacak davalar bakımından söz konusu kuralın yetki kuralı olarak kabul edilemeyeceği, çünkü bu maddede Türkiye'de yetkili mahkemenin tespit edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu davalar bakımından Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemenin tespiti TK m 105/2 kapsamında değil, genel hükümlere göre (davalının yerleşim yeri mahkemesi, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi vs.) gerçekleştirilecektir⁶⁵.

TK m 105/2'nin yetki kuralı olmadığına ilişkin ileri sürülen bir diğer görüşte de; acentenin davada temsil yetkisine ilişkin madde ile davada taraf olabildiği (*taraf ehliyeti*), maddenin yer itibariyle yetkiye ilişkin bir düzenleme getirmediği, madde kapsamındaki davalarda yetkili mahkemenin tespitinde genel yetki kurallarının tatbik edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶.

TK m 105/2 ile ilgili ileri sürülen başka bir görüşte ise, söz konusu kuralın yetkiye ilişkin bir hüküm içermemesinin yanında, maddi hukuka ilişkin düzenleme getirdiği ifade edilmektedir. Buna göre TK m 105/2, yabancı tacirler adına faaliyette bulunan acentenin müvekkiline izafeten dava açmasını ve kendisine karşı aynı sıfatla dava açılmasını sağlayan ve bunun aksinin kararlaştırılmamasına ilişkin hüküm, maddi milletlerarası özel hukuk kuralı olarak tanımlanmıştır. Buna gerekçe olarak da, söz konusu düzenlemenin, yabancılık unsuru içeren bir konuda maddi çözüm getirmesi gösterilmiştir⁶⁷.

⁶³ Nomer, (n 27) 462.

⁶⁴ Şanlı, (n 40) 155.

⁶⁵ Şanlı, (n 40) 155.

⁶⁶ Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, (n 53) 114.

⁶⁷ Cemil Güner, "Türk Ticaret Kanununun "Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisine" İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (2019) 10 (2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 534-535.

TK m 105/2 ile ilgili Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu kararlar da dikkat çekicidir. Bu kararlardan ilkinde⁶⁸ konu olayda uyuşmazlık, acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesine konu mallarda zarar oluşması üzerine, bu zararın tazmini talebinden kaynaklanmaktadır. Davalı şirketin (müvekkil) taraflar arasındaki konişmentoda uyuşmazlık çözüm merci olarak Londra mahkemelerinin seçildiğine ilişkin yetki itirazı, yerel mahkeme tarafından kabul edilerek dava usulden reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı istinaf isteminde bulunmuş, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından söz konusu yerel mahkeme kararı onanmıştır⁶⁹.

Yargıtay konuyla ilgili olarak, yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda tarafların yetki sözleşmesi yapabileceklerini, ancak MÖHUK m 47/1 uyarınca bu yetki sözleşmesinin Türk mahkemesinin münhasır yetkisini ortadan kaldıramayacağını ifade etmiştir. Kararın devamında da, 6102 sayılı TK m 105/2 uyarınca yabancı tacirlerin Türkiye'deki acenteleri aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda acentenin müvekkili nam ve hesabına dava açabileceği gibi, kendisine de bu sıfatla dava açabileceği, bu hükme açıkça aykırı sonuç doğuracak şartların geçersiz olduğunu ifade ettikten sonra, söz konusu kuralın münhasır yetki tesis ettiği sonucuna varmıştır. Bunu yaparken de, kanunda yer alan düzenlemelere ve kanunun gerekçesine dayanıldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla da acentelerin aracılık ettiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kabul edilerek, taraflar arasındaki yetki şartının geçersiz olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay'ın bu kararında, aşağıda inceleyeceğimiz diğer iki karardan farklı olarak, taraflar açısından da özel bir durum bulunmaktadır. Şöyle ki kararda davanın tarafları olarak belirtilen şirketler (örnek vermek gerekirse A ve B şirketleri olsun) ile karar metni içerisinde uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmeye aracılık eden acente (C şirketi) farklıdır. Dolayısıyla olayda TK m 105/2'de yer alan müvekkile izafeten acenteye karşı dava açılması gibi bir durum söz konusu olmamıştır. Davacı davasını doğrudan müvekkile karşı açmış olup, acenteye karşı müvekkiline izafeten dava açmamıştır. Bu haliyle de davada TK m 105/2'nin uygulanmaması gerektiği söylenebilecektir. Kanaatimizce olayda TK m 105/2'nin kapsamına giren bir durum bulunmamaktadır. Bunun nedeni de müvekkile izafeten acenteye karşı davanın açılması yerine, doğrudan müvekkile karşı davanın açılmış olmasıdır. Dolayısıyla eğer taşıma sözleşmesinde, MÖHUK m 47 kapsamında geçerli bir yetki şartıyla Londra mahkemeleri seçilmiş ise, davalının yetki itirazının kabul edilerek TK m 105/2 tartışmasına girmeksizin, davanın yetkisizlik gerekçesi ile reddedilmesinin, hukuken uygun olacağı kanaatindeyiz. Buna karşın Yargıtay, müvekkile izafeten acente aleyhine dava açılmış gibi olayı kabul ederek, davayı TK m 105/2 kapsamına alıp, Türk mahkemesinin yetkisinin münhasır olduğu sonucuna ulaşmıştır.

⁶⁸ Yargıtay 11. HD, 3799/3051, 22.06.2020. Karar yayımlanmamıştır.

⁶⁹ İstanbul 13 BAM, 1281/795, 22.05.2019.

Yargıtay'ın konuyla ilgili verdiği bir diğer kararına konu uyuşmazlık da, yine acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁰. Taraflar arasındaki konişmentoda uyuşmazlıkların çözüm merci olarak Londra mahkemeleri belirlenmesine rağmen, davacı şirket (*müşteri*) tarafından, taşınan mallarda meydana gelen zararın tazmini amacıyla İstanbul ticaret mahkemelerinde dava açılmıştır. Davalı acente ise, aracılık ettiği müvekkil şirket tarafından düzenlenen konişmentoda uyuşmazlık çözüm merci olarak Londra mahkemelerinin yer aldığını belirterek, MÖHUK m 47 ile HMK m 17 uyarınca davanın yetkisizlik nedeniyle reddedilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme; uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı, dava konusunun Türk mahkemelerinin münhasır yetisine girmeyen bir konu olan deniz taşımasından, yani sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı, konişmentoda yer alan yetki şartı nedeniyle davanın Londra mahkemelerinde görülmesi gerektiği, TK m 105 uyarınca taşıyıcıya izafeten acenteye karşı dava açılabilceği, ancak acenteye doğrudan Türk mahkemelerinde dava yöneltilmesinin söz konusu olmayacağı gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine davacı karara karşı istinaf isteminde bulunmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi de yerel mahkemenin kararında belirttiği üzere yetki şartındaki Londra mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğuna karar vermiştir⁷¹.

Kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay; yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirse de, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu hallerde MÖHUK m 47 uyarınca yetki anlaşması yapılmasının mümkün olmadığına, 6102 sayılı Kanun'un 105/2 maddesi son cümlesi uyarınca, yabancı tacirler adına acentelik yapanlar bakımından müvekkili adına Türkiye'de dava açılması halinde sözleşmedeki yetki şartının geçersizliğinin öngörülmesinin, Türk mahkemelerine bu konudaki uyuşmazlıklar bakımından münhasır yetki sağladığına karar vermiştir. Dolayısıyla da konişmentodaki Londra mahkemelerinin yetkili olduğuna ilişkin yetki şartının geçersizliğine ve Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak kaldırılmasına karar verilmiştir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili inceleyeceğimiz son kararı da yine taşıma sözleşmesine ilişkindir⁷². Uyuşmazlık, davacı sigorta şirketine sigortalanan malların deniz yoluyla taşınması sırasında meydana gelen hasardan kaynaklanan zararların tazmini talebinden kaynaklanmaktadır. Yerel mahkeme tarafından; uyuşmazlığa konu olayda yabancılık unsuru bulunması, dava konusunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda olmaması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması nedeniyle, taşımaya konu konişmentonun 26. maddesi uyarınca Londra mahkemelerinin yetkili olduğuna ve bu nedenle mahkemenin milletlerarası yetkisi bulunmadığından davanın reddine karar

⁷⁰ Yargıtay 11. HD, 3298/2018, 25.02.2020. Karar yayımlanmamıştır.

⁷¹ İstanbul 12 BAM, 1104/728, 23.05.2019.

⁷² Yargıtay 11. HD, 293/953, 05.02.2020. Karar yayımlanmamıştır.

verilmiştir. Karara karşı istinaf isteminde bulunulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi, yerel mahkemenin kararındaki aynı gerekçelerle davacının talebini reddetmiştir⁷³.

Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay; TK m 105/2 uyarınca yabancı tacirler adına acentelik yapan kişi ve şirketlere temsil ettiği tacirler bakımından izafeten dava açılabilir olup, bunun aksine düzenlemelerin geçersiz olmasından dolayı konişmentoda yer alan yetki şartının da geçeriz olduğu gerekçesiyle Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak kaldırılmasına karar vermiştir. Karşı oy yazısında ise; TK m 105/2 hükmünün Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini değil, yabancı şirketlerin Türkiye'deki temsilcilerine, müvekkillerini temsilen Türkiye'de dava açılabilmesini düzenlediğini, bu nedenle Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini düzenlediğine ve konişmentodaki yetki şartının geçersiz olduğuna ilişkin çoğunluk görüşüne karşı çıkıldığı ifade edilmiştir. Yargıtay kararı içerisinde, yukarıda yer verilen iki kararın aksine, TK m 105/2'deki düzenlemenin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini düzenlediğine ilişkin bir tespit yer almamaktadır. Ancak buna rağmen karşı oy yazısında münhasır yetki olmadığına ilişkin bu tespit ifade edilmiştir.

Yargıtay kararları incelendiğinde, yabancı tacirler adına Türkiye'deki acentelerin aracılık ettiği sözleşmelerden kaynaklanan davalarda, yabancı devlet mahkemesinin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesi durumunda, söz konusu yetki anlaşmalarının geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Burada TK m 105/2'nin son cümlesi dayanak yapılmıştır. Yargıtay'ın ilk iki kararında ayrıca, TK m 105/2 düzenlemesi doğrultusunda Türk mahkemelerinin bu davalar bakımından yetkisinin münhasır olduğu kabul edilmiştir.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu uyumsuzluklarla ilgili olarak yabancı mahkeme lehine yetki anlaşması yapılması Türk hukukunda herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacaktır⁷⁴. Münhasır yetki, medeni usul hukukundaki kesin yetkiden farklıdır. Kesin yetkiye ilişkin kurallar, yetkinin kamu düzeninden kabul edildiği bazı hallerde, kesin yetkili olduğu belirlenen mahkemeler dışındaki hiçbir Türk mahkemesinde davanın görülememesi amacıyla getirilmiş yetki kurallarıdır⁷⁵. Münhasır yetki ise uyumsuzluk konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş ise söz konusu olacaktır. Dolayısıyla medeni usul hukukundaki kesin yetki ile milletlerarası usul hukukundaki münhasır yetki birbirlerinden farklı kavramlardır⁷⁶. Bir yetki kuralının münhasır yetkiyi tesis edip etmediğinin tespitinde de kuralın lafzı ve amacının bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁷.

⁷³ İstanbul 12 BAM, 1794/1336, 01.11.2018.

⁷⁴ Nomer, (n 27) 485; Çelikel ve Erdem, (n 29) 638.

⁷⁵ Pekcantez, (n 6) 267.

⁷⁶ Nomer, (n 27) 485-486.

⁷⁷ Münhasır yetkiyle ilgili detaylı bilgi için bkz yukarıda dn 38 vd.

Acentenin müvekkile izafeten açacağı ve yine kendisine aynı sıfatla açılacak davalarda müvekkilini temsil etme olanağı sağlayan TK m 105/2'nin münhasır yetki tesis ettiğine ilişkin Yargıtay'ın görüşünün, milletlerarası usul hukukundaki münhasır yetki ile ilgili kabul edilen esaslarla bağdaştığını söylemek güçtür. TK m 105/2 hükmünün gerekçesinde, maddenin öngörülme amacının yabancı tacirlere Türkiye'de dava açılması olanağını yaratmak olduğu ifade edilmiştir⁷⁸. Ek olarak, gerekçenin devamında acenteye karşı dava açma hakkının tanındığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla acenteye karşı dava açma imkânı veren bu maddenin amacının, söz konusu uyuşmazlığın sadece Türk mahkemeleri tarafından çözülmesini sağlamak olduğu söylenemeyecektir. Hal böyle olunca da TK m 105/2 ile düzenlenen durum münhasır yetki tesis etmesi mümkün değildir. TK m 105/2 münhasır yetkiyi tesis eden bir hüküm olsa idi, davanın yabancı mahkemede görülmesini engelleyen bir şekilde düzenlemesi gerekirken, mevcut haliyle böyle engelleyici bir fonksiyonun bulunmadığı söylenebilecektir⁷⁹.

Madde lafzına bakıldığında *“Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir”* demek suretiyle, acenteye karşı müvekkile izafeten dava açma hakkı müşteriye bir alternatif imkân sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Müşteri, davasını müvekkile izafeten acenteye karşı açabileceği gibi, doğrudan sadece müvekkile karşı da açabilecektir⁸⁰. Münhasır yetkinin söz konusu olduğu hallerde yetkiyi ilişkin alternatif olma gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunduğu hallerde ise dava sonucunda verilecek kararın Türkiye'de hukukî sonuç doğurabilmesi için, davanın sadece münhasır yetkili Türk mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. Sonuç itibarıyla, Yargıtay tarafından verilen kararlarda, TK m 105/2'deki düzenlemenin münhasır yetki tesis ettiğine ilişkin görüşüne katılamamaktayız.

⁷⁸ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda acenteye karşı müvekkiline izafeten dava açılması 119. maddede düzenlenmiştir. Mülga 119. maddenin gerekçesinin de konuyla ilgili kanun koyucunun bakış açısının tespiti için önemli olduğu kanaatindeyiz. *“... acentenin müvekkili nam ve hesabına yaptığı muamelelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı acente dâva açabileceği gibi kendisine karşı da dâva açılabilir. Bunun aksinin kararlaştırılması muteber değildir; çünkü tecrübe göstermiştir ki basılmış olan genel şartnamelere dayanarak ecnebi müesseseler namına muamele yapan (umumi vekiller), bazan ecnebi bir mahkemenin salahiyyetli olduğunu ileri sürerler. Bu suiistimali önlemek maksadıyla tasarının 119 ncu maddesi - ki bu hüküm bu bakımdan Ticaret Kanununun 95 nci maddesine tekbül eder - teklif edilmiştir...”*. Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), 17.11.1951 için bkz. TBMM, Zabıt Ceridesi, c. 12, (Devre X, İhtıma 2, Seksen Üçüncü İnikat, 29.VI.1956 Cuma). <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>. Erişim tarihi 21.12.2020. Mülga kanundaki düzenleme getirilirken de güdülen amacın, yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi suretiyle ortaya çıkan suiistimalin engellenmek olduğu gerekçede ifade edilmiştir. Doktrinde ayrıca bu maddenin düzenlenmesindeki amacın, yabancı tacirler için Türkiye'de işlem yapan acentelerin uyuşmazlık halinde üçüncü kişiye karşı yabancı mahkemelerin yetkili bulunduğunu ileri sürmesini engellemek, müvekkile karşı Türkiye'de izafeten dava açılabilmesini sağlamak ve böylelikle de Türk vatandaşlarına dava ve taktipe yer itibarıyla kolaylık sağlamak amacıyla menfaatlerini korumak olduğu ifade edilmiştir. Kaya, (n 22) 67.

⁷⁹ TK m 105/2'deki kuralın münhasır yetki tesis etmediği için bkz Külüslü, (n 25) 80.

⁸⁰ Davanın mutlaka acenteye karşı açılmasının zorunlu olmadığı, müşterinin davasını doğrudan müvekkile karşı açabileceği için bkz Kaya, (n 22) 57.

TK m 105/2'nin mevcut haliyle münhasır yetki tesis etmediği tespit edildikten sonra, yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin seçilmesine ne şekilde etki edeceğinin de ortaya konması gerekmektedir. Bu konuda iki görüş ileri sürülebilecektir. Bunlardan ilki; TK m 105/2'nin lafzına göre yapılacak yorum sonucunda, söz konusu maddenin sadece davanın takip edilebilmesi amacıyla acenteye yetki verdiği, bu nedenle acentenin yetki anlaşması ile bağlı olduğu, acentenin müvekkiline izafeten açacağı ve kendisine de aynı sıfatla açılacak davaların da yetki anlaşması ile seçilen yabancı mahkemede açılması gerektiğidir. Dolayısıyla müşteri ister müvekkile karşı, ister de ona izafeten acenteye karşı açacağı davayı, yetki anlaşmasında ifade edilen yabancı mahkemede açmalıdır. Ancak ifade ettiğimiz gibi bu durum, sadece maddenin lafzi yorumlanması ile ulaşılabilecek bir sonuç olup, kanunun amacının göz ardı edilmesine yol açacaktır.

Doktrinde her ne kadar bu yorum tarzı ile ele alınmasa da yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemede davanın açılması gerektiği de savunulmuştur. Bu görüşe göre; tarafların yabancı mahkeme lehine yetki anlaşması yapmakla adalete erişim hakkı engellenmemektedir. TK m 105/2'de acentenin yurtdışındaki müvekkiline izafeten açılacak davada temsil etmesi ile müşteriye sağlanan hukukî korumanın, uyuşmazlıkların tarafsız, uzman, hızlı ve ucuz bir mahkemede çözülmesini amaçlayarak yapılan yetki anlaşması ile terkedildiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla yetki anlaşması yapma konusundaki taraf iradelerinin, acentenin yurtdışındaki müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisinin, emredici şekilde yapılan TK düzenlemesine üstün tutulması gerektiği ileri sürülmekte ve bu nedenle de davanın yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemede görülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸¹.

Konuyla ilgili ileri sürülebilecek ikinci görüşte ise kanun koyucunun amacına göre yorum yapılacaktır. Burada acentenin kanundan doğan davaya vekâlet edebilmesi söz konusu olmakla birlikte, kanunun amacı yurtdışında yerleşik müvekkiller aleyhine Türkiye'de dava açılabilmesini sağlamaktır. Bu nedenle de acenteye izafeten bu davaların açılabilmesi, bunun aksine anlaşmaların geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla TK m 105/2 ile müşteriye Türkiye'de dava açma imkânı sağlanmak istendiğinden, müşteri yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkeme yanında Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede de davasını açabilmelidir. Böylelikle TK m 105/2 ile yetki anlaşmasında yetkilendirilen yabancı mahkeme yanında, Türkiye'de yetkili bir mahkeme alternatif olarak yetkilendirilmiş kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, TK m 105/2 yukarıda ifade ettiğimiz görüşlerden ikincisinin kabul edilmesine daha uygundur. Çünkü burada kanun koyucunun maddeyi düzenlemekteki amacına (yurtdışında yerleşik tacirlere Türkiye'de dava açılmasını sağlamak⁸²) uygun hareket edilmiş olacaktır. Böylelikle de yurtdışında yerleşik

⁸¹ Kılıçlı, (n 25) 81, 82.

⁸² Bkz Türk Ticaret Kanunu'nun madde gerekçesi ve Kaya, (n 22) 67.

tacirler adına Türkiye'de faaliyet gösteren acentelerin akdettiği sözleşmelerde yetki anlaşması ile yabancı mahkeme yetkilendirilmiş olsa bile, söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için yetki anlaşması yokmuş gibi, Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede dava açılabilir. Ancak unutulmamalıdır ki bu tarz yapılacak yorum sonucunda uygulamada, acentelerin aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmelerdeki yabancı mahkemenin seçtiği yetki anlaşmaları etkisiz hale gelerek, taraf iradelerinin bertaraf edilmesi de söz konusu olabilecektir.

Genel itibariyle bir ticarî ilişkide taraflar yetki anlaşması yapmak suretiyle yabancı mahkemeyi yetkilendirdikleri hallerde, iradeleri ile davanın görülebilmesi için mahkemeyi belirlemektedirler. Böylelikle de kendileri açısından ticari faaliyetlerinde öngörülebilirlik söz konusu olmaktadır. Taraflar yetki anlaşmasıyla aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözüm merci olarak yabancı bir devlet mahkemesini diğer mahkemeleri (örneğin Türk mahkemelerini) engelleyici şekilde (*exclusive*) belirledikten sonra, bunun Türk mahkemelerine alternatif bir yetki kuralı olduğunu kabul etmek, taraf iradelerinin arka plana atılmasını sağlayacak ve bu nedenle milletlerarası ticari ilişkilerde güveni ortadan kaldıran bir durum oluşturacaktır⁸³. Dolayısıyla da yabancı mahkemenin seçtiği yetki sözleşmesine rağmen acentelerin akdettiği veya aracılık ettiği bütün sözleşmeler bakımından Türk mahkemelerinde dava açma imkânı sağlayan TK m 105/2 düzenlemesi, milletlerarası usul hukukunda yetki anlaşmaları ile ilgili düzenlemeler ve kabul edilen esaslarla bağdaşır nitelikte değildir.

TK m 105/2'nin varlık sebebi ile ilgili olarak ileri sürülebilecek bir diğer unsur da zayıf tarafın korunması ilkesi olabilir. Şöyle ki, Türk hukukunda iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafı diğerine nazaran zayıf konumda kabul edilmekte ve bu nedenle de ilgili mevzuatta zayıf tarafı koruyan hükümler bulunmaktadır. TK m 105/2'de zayıf tarafı koruma amacıyla, yurtdışında yerleşik tacirlere aracılık eden acenteler üzerinden Türkiye'de dava açılma imkânı tanınmak suretiyle, zayıf tarafın korunmasının amaçlandığı ileri sürülebilse de, bu önerme mevcut düzenlemeler ışığında kabul edilebilir bir iddia olmayacaktır. Çünkü MÖHUK'ta zayıf konumda olanların yetki sözleşmesi açısından da korunmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre iş (MÖHUK m 44), tüketici (m 45) ve sigorta sözleşmelerinin (m 46) zayıf tarafı, söz konusu sözleşmelerle ilgili belirlenen Türk mahkemelerinin yetkisinin yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği düzenlenmek suretiyle korunmaktadır (MÖHUK m 47/2). Dolayısıyla hukukumuzda genel itibariyle sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen başka bir grup da olmadığından, TK m 105/2'deki düzenleme ile MÖHUK m 47/2'de yer alan koruyucu hükümlerden farklı olarak koruma sağlamaya gerek bulunmadığı kanaatindeyiz. Sonuç itibariyle taraflar arasındaki yetki anlaşması bertaraf edilerek müşteriye,

⁸³ Çelikel ve Erdem, (n 29) 643.

müvekkile izafeten acenteye karşı Türk mahkemelerinde dava açma imkânı sağlayan TK m 105/2, kanaatimizce milletlerarası usul hukukundaki yabancı mahkeme lehine akdedilen yetki anlaşmaları hakkında kabul edilen ilke ve esaslarla bağdaşır nitelikte bir düzenleme değildir⁸⁴.

Burada genel işlem şartları⁸⁵ ile Türk hukukunda tanınan imkâna da kısaca değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin taraflarından birinin menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır. Aksi takdirde bu genel işlem şartı sözleşmeye yazılmamış sayılacaktır (m 21). Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nda yer alan bu şartların varlığı halinde yabancı mahkemenin seçildiği yetki şartı da yazılmamış sayılacaktır. Böylelikle de Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkemede dava açılabilirliğinden, Türk vatandaşlarının menfaatlerinin korunması söz konusu olacaktır⁸⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TK m 105/2'nin amacının yabancı tacirler için Türkiye'de işlem yapan acentelerin uyuşmazlık halinde üçüncü kişiye karşı yabancı mahkemelerin yetkili bulunduğunu ileri sürmesini engellemek, Türkiye'de acenteye karşı müvekkile izafeten dava açılabilmesini ve böylelikle de Türk vatandaşlarına dava ve takipte yer itibarıyla kolaylık sağlamak amacıyla menfaatlerini korumak olduğu da ileri sürülmektedir. Dolayısıyla burada zayıf taraftan ziyade yabancı müvekkille sözleşme ilişkisine giren ve yetki anlaşması ile yabancı mahkemeyi seçen Türk vatandaşlarına, Türkiye'de dava açma imkânı sağlamak suretiyle menfaatlerinin korunduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Ancak Türk vatandaşlarının TK m 105/2 ile menfaatlerinin korunması her durumda söz konusu olmayabilecektir.

Konuyu bir örnek ile açıklayabiliriz. Almanya'da kurulu bir şirketin Türkiye'deki acentesinin aracılık ettiği bir sözleşmeyi imzalayan Türk vatandaşı, söz konusu sözleşmeden kaynaklanan tazminat talebini TK m 105/2 doğrultusunda, müvekkile izafeten acenteye karşı ileri sürebilecektir. Ek olarak, acentenin aracılık ettiği sözleşmede uyuşmazlığın çözüm merci olarak Alman mahkemelerinin belirtilmesine

⁸⁴ Doktrinde TK 105/2'deki düzenlemenin isabetli olmadığı farklı gerekçelerle de olsa ifade edilmiştir. Bu görüşe göre söz konusu düzenleme isabetli ve başarılı bulunmamıştır. Bunun nedeni olarak, kanunda acente ile müvekkil arasındaki ilişki açısından üçüncü kişi olan müşterinin menfaatinin korunmak istendiği, bu üçüncü kişi dışındaki yani, acente ve müvekkili arasındaki nispi ilişki ile söz konusu korumanın kaldırılmasının isabetli olmayacağı haklı olarak belirtilmiştir. Acente ile müvekkili arasındaki anlaşmayı üçüncü kişiler bakımından etkili kılan veya alenileştiren bir düzenlemenin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Kaya, (n 22), 68.

⁸⁵ Genel işlem şartları ile ilgili genel bilgiler için bkz Ezgi Kutluay, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları', (2017) 19(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 1375 vd.

⁸⁶ Genel işlem şartlarının niteliği ve yabancı mahkemenin seçildiği yetki şartının genel işlem şartı olarak kabul edilerek yazılmamış sayılacağı haller hakkında bkz Berk Demirkol, 'Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması', (2020) 40(2), MHB 1338 vd.

⁸⁷ Yukarıda dn 77. Konuyla ilgili bilgi için bkz Kaya, (n 22) 67.

rağmen müşterinin TK m 105/2 nedeniyle yetki şartını bertaraf ederek Türkiye’de dava açması ve lehine karar alması durumu önemlidir. Zira Türk vatandaşının lehine hükmedilen tazminata ilişkin Türk mahkemesi kararının icra edilmesi gerekecektir. TK m 105/3 uyarınca acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda elde edilecek kararlar acentelere karşı uygulanmayacağından, Türk mahkemesi kararının müvekkil Alman şirketine karşı icra edilmesi gerekecektir.

Dolayısıyla Türk mahkemesi kararının Almanya’da icra edilebilmesi için, Alman mahkemeleri tarafından tenfizine karar verilmesi gerekmektedir (Alman Medeni Usul Kanunu/ZPO § 723 I). Alman Medeni Usul Kanunu’nda, kararı veren yabancı mahkemenin Alman hukukuna göre yetkisinin bulunmaması, bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir (ZPO § 328 I). Dolayısıyla olayda; içerisinde Alman mahkemelerinin seçildiği geçerli bir yetki şartını ihtiva eden bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık hakkında, TK m 105/2 uyarınca yetki şartı bertaraf edilerek, Türk mahkemesince karar verilmesi söz konusudur. Kararı veren Türk mahkemesinin Alman hukukuna göre yetkisiz olması nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi gerekecektir (ZPO § 328 I). Dolayısıyla da TK m 105/2 ile amaçlanan Türk vatandaşının menfaatinin korunması söz konusu olmayacak, hatta tam tersi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Yukarıdaki örnekte bahsedilen durumdan başka, TK m 105/2 ile öngörülen amacın gerçekleşmemesi hali, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde Türk hukukunda aranan şartlara benzer hükümleri kabul eden yabancı devlet hukuklarının varlığı halinde de söz konusu olabilecektir. Şöyle ki; davacının itiraz etmiş olması şartıyla, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince kararın verilmiş olması, bir tenfiz engeli olarak kabul edilmektedir (MÖHUK m 54/1 b). Yukarıda da ifade edildiği üzere⁸⁸, aşırı yetki olarak kabul edilebilecek bir yetki tesisi gerçekleşmişse, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi mümkün olmayacaktır. Türk hukukunda olduğu gibi tenfiz mahkemesi hukukunda da aşırı yetki, bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiş ise, TK m 105/2 uyarınca kendisini yetkili kabul eden Türk mahkemesinin verdiği karar, yabancı bir ülkede tenfiz edilmeyebilecektir. Çünkü TK m 105/2, tenfiz mahkemesi tarafından aşırı yetki tesis eden kural olarak kabul edilerek, tenfiz talebinin reddi ihtimal dâhilindedir. Tenfiz talebinin reddedilmesi ise, esasında TK m 105/2 ile korunmak istenen Türk vatandaşının menfaatine aykırı bir durum meydana getirecektir. Bu nedenledir ki milletlerarası usul hukuku açısından yapılacak değerlendirme sonucunda TK m 105/2 hakkında, hedeflenen amaca ulaşılmasını engelleyen bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

⁸⁸ Aşırı yetki ile ilgili bilgiler için bkz yukarıda dn 56.

Sonuç

Türk hukukunda yabancı tacirler adına aracılık faaliyetinde bulunan acenteler eliyle akdedilen sözleşmelerden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, acentelere müvekkillerine vekâlet etme imkânı tanınmıştır. Söz konusu vekâlet nedeniyle de açılacak davaların müvekkile izafeten acenteye karşı Türkiye’de açılabilmesi amacıyla TK m 105/2’deki düzenleme kabul edilmiştir.

Acentelerin aracılık ettiği sözleşmelerde yetki anlaşması yapmak suretiyle, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesinin kararlaştırılması da mümkündür. Böyle bir yetki anlaşması yapılabilmesi için de; uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması, yabancılık unsuru içermesi ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda olması gerekmektedir. Yabancı mahkemenin seçildiği yetki anlaşmalarında yabancılık unsurunun bulunduğu ve uyuşmazlığın da borç ilişkisinden kaynaklandığı kabul edildikten sonra, münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Uygulamada sigorta sözleşmelerinin acenteler vasıtasıyla akdedilmesine sıklıkla karşılaşılabilmektedir. Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda MÖHUK m 46’da yer alan mahkemelerin yetkisinin yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği kanunen düzenlenmiştir (MÖHUK m 47/2). Dolayısıyla burada belirtilen mahkemelerin (*sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentesinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi*) münhasır yetkili olduğu kabul edilmektedir. Zayıf tarafı koruma amacını güden MÖHUK m 47/2 ile Türk vatandaşlarının menfaatlerini korumak isteyen TK m 105/2’nin düzenlenmesindeki kanun koyucunun koruma amacının birbiriyle örtüştüğü söylenebilecektir.

Acentelerin aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmelere sigorta sözleşmeleri iyi bir örnek olsa da, uygulamada sigorta sözleşmeleri dışında da birçok sözleşmenin acenteler vasıtasıyla akdedildiğine rastlanılabilmektedir. Bu nedenle MÖHUK m 44, 45 ve 46’da yer alan ve yetki anlaşmasıyla bertaraf edilemeyecek münhasır yetkili mahkemeler dışında, münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin söz konusu olmadığı bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın varlığı mümkündür. Bu tarz bir sözleşmenin acente aracılığıyla akdedilmesi ve aynı zamanda bu sözleşmede yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemenin seçilmesi durumunda, söz konusu yetki anlaşmasının TK m 105/2 düzenlemesi ve MÖHUK m 47’deki esaslar doğrultusunda geçerliliği incelenmelidir.

TK m 105/2’nin acentelerin aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmeler bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini tesis ettiği kabul edilirse, taraflar arasındaki yabancı mahkemenin seçildiği yetki anlaşmasının geçersizliği sonucuna ulaşılması gerekecektir.

Yargıtay tarafından konuyla ilgili son dönemde üç karar verilmiştir. Bu kararlarda özetle, acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan tazminat talepleri söz konusudur. İlgili taşıma sözleşmelerinde yetkili mahkeme olarak Londra mahkemelerinin seçilmesine rağmen, Yargıtay yetki anlaşmalarının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bu kararlardan ikisinde TK m 105/2'deki düzenlemenin Türk mahkemesinin münhasır yetkisini tesis ettiği ifade edilmiştir. Diğer kararda ise, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının TK m 105/2 karşısında geçersiz olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay'ın TK m 105/2'nin münhasır yetki tesis ettiğine ilişkin kararının, münhasır yetkiye ilişkin milletlerarası usul hukukunda kabul edilen esaslarla örtüştüğünü kabul etmek güçtür. Şöyle ki, münhasır yetki iç hukuktaki kesin yetkiden farklıdır. İç hukuktaki kesin yetki, birden fazla yerdeki Türk mahkemesinden hangisinin davayı çözmesi gerektiğini belirlemektedir. Münhasır yetki ise, Türkiye'deki yer itibarıyla yetkili bir mahkemenin dışında başka bir devlet mahkemesinin o uyuşmazlık hakkında karar vermesini hukuken geçerli görmez. Dolayısıyla da münhasır yetkide uyuşmazlıkla ilgili yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye'de hukukî bir sonucu da olmaz. Ek olarak, münhasır yetkinin kabul edilebilmesi için, kanun koyucunun amacının da yetkide münhasırlık tesis etmek olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Ancak TK m 105/2'de davanın yabancı bir devlet mahkemesinde görülemeyeceğine, uyuşmazlığın muhakkak Türk mahkemelerinde çözülmesi gerektiğine ilişkin bir amaç bulunmamaktadır. Maddenin düzenlenmesindeki amacın, Türkiye'deki müşterilere Türkiye'de yabancı tacirlere karşı dava açma imkânının sağlanması olduğu, müşterinin dilerse davasını yabancı mahkemede de açabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın TK m 105/2'nin münhasır yetki tesis ettiğine ilişkin görüşüne katılamamaktayız.

TK m 105/2'nin münhasır yetki tesis etmediği belirlendikten sonra, acentelerin aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmedeki yabancı bir mahkemenin seçildiği yetki şartının (*MÖHUK m 47'deki diğer şartların varlığı halinde*) geçerli olduğu kabul edilmelidir. Böylelikle de geçerli bir yetki anlaşmasına rağmen davanın Türkiye'de açılabilip açılmayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Burada da TK m 105/2'deki düzenleme incelendiğinde iki görüş ileri sürülebilecektir. Birinci görüşte; TK m 105/2'de acentelere karşı müvekkile izafeten dava açma hakkı tanındığı, bu nedenle de geçerli olan yetki anlaşmasında belirtilen mahkemede acenteye karşı dava açılabilmesi ileri sürülebilecektir. Bu görüşte ayrıca, taraf iradelerinin TK m 105/2'ye nazaran üstünlük tanınması gerektiği ve bu nedenle de acenteye karşı açılacak davalarda da yetki sözleşmesinde belirlenen yabancı mahkemenin yetkili olduğu ileri sürülebilecektir.

Bunun karşısındaki görüşte ise TK m 105/2'nin amacı doğrultusunda yorum yapılarak; TK m 105/2'nin amacının acenteler aracılığıyla faaliyette bulunan yabancı tacirlere izafeten müşteriye Türkiye'de dava açma imkânı sağlamak olduğu, dolayısıyla her ne kadar yetki anlaşması ile yabancı mahkeme seçilmiş ve bu seçim de yabancı mahkemeyi münhasır yetkili hale getirmiş olsa da, Türk mahkemelerinde müvekkile izafeten acenteye karşı dava açma imkânının devam ettiği ileri sürülebilecektir. Böylelikle de müşteri davasını dilerse yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemede, dilerse de TK m 105/2 uyarınca Türk mahkemelerinde açabilecektir. Kanaatimizce TK m 105/2'nin mevcut düzenlemesi doğrultusunda yapılacak doğru yorum da bu olmalıdır.

Her ne kadar mevcut düzenleme yukarıda ifade ettiğimiz yorumlardan ikincisinin kabulünü gerektirse de, maddede güdülen amacın milletlerarası usul hukukunda kabul edilen esaslara uygunluğu ve gerçekleşme ihtimali ise başka bir konudur. TK m 105/2 ile taraf iradelerinin bertaraf edilerek tarafların tercih etmedikleri bir mahkemede davanın açılmasına imkân sağlanacaktır. Bu konuda yabancı tacirlere karşı Türkiye'de dava açma imkânı tanınması ile taraf iradelerinin üstün tutulması ilkesi arasından, Türkiye'de dava açma imkânının tercih edildiği görülmektedir. Ancak bu tercih milletlerarası usul hukukunda taraf iradelerinin bir uzantısı olarak kabul edilen yetki anlaşması ile yabancı mahkemenin taraflarca belirlenebilmesi imkânının bertaraf edilmesini, kanaatimizce kabul edilebilir hale getirememektedir.

TK m 105/2 ile Türkiye'de dava açma imkânı tanınmak suretiyle Türk hukukunda çeşitli alanlarda kabul edilen zayıf tarafın korunması ilkesine fayda sağlandığı da söylenemeyecektir. Çünkü zayıf tarafın var olduğu kabul edilen hukukî ilişkilerle ilgili olarak, zayıf tarafın haklarının yetki anlaşması ile yabancı mahkeme seçmek suretiyle zarar görmesi, MÖHUK tarafından hâlihazırda engellenmiştir. Bazı tüketici sözleşmeleri (m 44) ile iş (m 45) ve sigorta (m 46) sözleşmelerinin zayıf tarafının Türkiye'de dava açabilmesini sağlamak amacıyla yetkili mahkemeler belirlenmiştir. Ek olarak, Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkemelerinin yetkisinin, yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği kabul edilmek suretiyle münhasır olduğu kabul edilmiştir (MÖHUK m 47/2). Dolayısıyla da TK m 105/2'nin zayıf tarafı koruma amacı olduğu söylenemeyeceği gibi, MÖHUK m 47/2 düzenlemesi karşısında ve genel itibarıyla hukukumuzda zayıf taraf kabul edilen başka bir grup da yer almadığından, bu amaca yönelik varlığına da gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

TK m 105/2'nin, acentenin yabancı tacir ad ve hesabına aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Türk vatandaşı müşteriler tarafından, yabancı tacirlere izafeten acente aleyhine Türkiye'de dava açabilme imkânı sağlamak amacıyla düzenlendiği ifade edilmektedir. Ancak bu kural doğrultusunda, yabancı mahkemenin seçildiği yetki anlaşmasına rağmen, uyuşmazlığın Türk mahkemesinde

görülmektedir. Karar verilmesi durumunda, Türk mahkemesi tarafından verilen kararın, yabancı tacir aleyhine yabancı mahkeme tarafından tenfiz edilmemesi riski söz konusudur. TK m 105/2 nedeniyle yetki tesis edilerek Türk mahkemeleri tarafından verilen kararın yabancı mahkemeye tenfiz edilmemesi durumunda, kanunla korunmak istenen menfaatin zarara uğrayacağı ve bu nedenle de TK m 105/2'nin varlık amacına ulaşamayacağı da açıktır.

MÖHUK'ta yer alan ve zayıf tarafın korunması amacıyla getirilen yetkiye ilişkin düzenlemelerden faydalanamayan Türk vatandaşlarının sahip olduğu önemli bir imkân ise, genel işlem şartlarına karşı hukukumuzda kabul edilen korumadır. Burada da Borçlar Kanunu 20 vd. maddelerinde belirtilen şartların varlığı halinde, genel işlem şartı olarak kabul edilen bir yetki anlaşmasının tabi olacağı yaptırım, yani yazılmamış sayılma, söz konusu olacaktır. Böylelikle de yabancı mahkemeyi seçen yetki şartı yazılmamış sayılacağından, Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede davanın açılması mümkün olacak ve müşteri, TK m 105/2'deki düzenleme hukukumuzda yer almasa bile korunabilecektir.

Sonuç itibariyle, TK m 105/2'nin yabancı tacirler adına acenteler eliyle yürütülen işlemlerde müşterilere Türkiye'de dava açma imkânı sağlayarak menfaatlerini korumak amacıyla hukukumuzda yer alan bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Ancak ticaret hukuku açısından göz önünde tutulan ihtiyaçların, milletlerarası usul hukuku açısından aynı şekilde var olmayabileceğinden, TK m 105/2 ile öngörülen amaca ulaşamama riskiyle karşılaşıldığı kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, (1. Bası, Seçkin, Ankara 2002).
- Alangoya Y, ‘Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler’, (1969) 3 (5) İÜMHAD, 125.
- Alangoya Y, Yıldırım K ve Deren Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (8. Bası, Beta, İstanbul 2011).
- Altay S A, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi’, (2010) 1 Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, 223.
- Aygün M, ‘Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü’, (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 1025.
- Bolayır N, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, (1. Bası, Beta, İstanbul 2009).
- Börü L, ‘Sıfat ve Dava Takip Yetkisi’, (2011) 27 (31), BATİDER, 249.
- Börü L, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara 2006) .
- Çelikel A ve Erdem B B, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (16. Bası, Beta, 2020).
- De Boor H O, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, in: Festschrift für Prof. Dr. Heinrich Siber, B. II, Leipzig, 1943.
- Demirci Z, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti*, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Konya 2010).
- Demirkol B, ‘Türk hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması’, (2020) 40(2), MHB, 1313.
- Demirtaş N, ‘Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi’, (2019), 5(1), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 83.
- Deren Yıldırım N, *Türk İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları*, (1. Bası, Alfa, İstanbul 1996).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6. Bası, Savaş, Ankara 2020).
- Ekşi N, ‘Uluslararası Ticaret İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi’, (1998) 72(10-12) İstanbul Barosu Dergisi 864.
- Ekşi N, ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AB Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı’, (1992) 12(1-2) MHB, 1.
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki)*, (2. Bası, Beta, İstanbul 2000).
- Erişir E, *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*, (1. Bası, Güncel, İzmir 2007).
- Ersen Perçin G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, (1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2014).
- Esen E, ‘Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı’, (2002) 22(2) MHB, 183.
- Esen E, ‘Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement’, (2010) 42 (59), Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, 365.
- Güner C, ‘Türk Ticaret Kanununun “Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisine” İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’, (2019) 10 (2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 521.

- Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997).
- Huysal B, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi', (2011) 10(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 467.
- İrge Erdoğan B, 'Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme', (2017) 37(2), MHB, Yücel Sayman'a Armağan, 508.
- Kale S, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti*, (1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2010).
- Kaya A, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap, Ticarî İşletme, Yedinci Kısım, Acentelik*, (TK m. 102-123), (2. Bası, Beta, İstanbul 2016)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (C. 1, 1. Bası, Demir, Ankara 2001).
- Kutluay E, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları', (2017) 19(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 1369.
- Külüşlü E, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi*, (1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2019).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku*, (22. Bası, Beta, İstanbul 2017).
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (15. Bası, Beta, İstanbul 2017).
- Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*, (1. Bası Alfa, İzmir 1995).
- Oğuzman M K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (18. Bası, Vedat, İstanbul 2020).
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku*, (C. 1, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017).
- Sargın F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, (1. Bası, Yetkin, Ankara 1996).
- Süral C, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi', (2012) 100, TBB Dergisi, 168.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (8. Bası, Beta, İstanbul 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (7. Bası, Beta, İstanbul 2019).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, (1. Bası, Adalet, Ankara 1998).
- Tekinalp G ve Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (13. Bası, Vedat, İstanbul 2020).
- Tüysüz C, İcra ve İflâs Hukukundaki Davaların Tahkim Anlaşmasının İcrasına Etkisi, (1. Bası, Beta, İstanbul 2017).
- Üçüncü H S, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi', (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 961.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku*, (C I-II, 7. Bası, Seçkin, İstanbul 2000).
- Yılmaz E, *Medeni Yargılama Hukukunda İslah*, (6100 Sayılı HMK'na Göre Değiştirilmiş 4. Bası, Yetkin, Ankara 2013).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 03.09.2020
Revizyon Talebi: 13.12.2020
Son Revizyon: 29.03.2021
Kabul: 11.04.2021

Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Karıştıkları Kazalardan Dolayı Yeşil Kart Sigortası Kapsamında Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna Dava Açılması

Musa Aygül^{*}

Öz

Türkiye'ye giriş yapmak isteyen yabancı plakalı araçların işletenleri, mevzuat gereği ya sınır kapılarında zorunlu malî sorumluluk sigortası (ZMSS) yaptırmak zorundadır ya da Türkiye'de geçerli Yeşil Kart Sigortasına sahip olmalıdır. Yeşil Kart Sistemi, motorlu kara taşıtlarının milletlerarası hareketliliğini kolaylaştırmak ve yabancı plakalı araçların işletilmesi esnasında verdikleri zararların, kazanın meydana geldiği ülkede ZMSS limitleri ve şartları dâhilinde tazmini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Türkiye'de Yeşil Kart Sigortası işlemlerini yerine getirmek amacıyla Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosu (TMTB) kurulmuştur. Yeşil Kartlı yabancı plakalı bir aracın Türkiye'de karıştığı bir trafik kazasından dolayı başkalarının uğradığı zararın tazmini, yabancı sigorta şirketi ya da büro adına TMTB tarafından gerçekleştirilmektedir. Zarar görenler Yeşil Kartı düzenleyen yabancı sigorta şirketi ya da ilgili büro yerine doğrudan TMTB'ye müracaat edebilmekte ya da dava açabilmektedir. Bu çalışmada, zarar görenler karşısında TMTB'nin sorumluluğunun hukukî dayanakları ve davadaki konumu üzerinde durulmuştur. Türkiye'de görülmekte olan davalarda TMTB'nin yabancı sigorta ya da ilgili büroya yöneltilen davaların hukuki dayanağı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Yeşil Kart Sigortası, Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu, Yabancı plakalı araçların Türkiye'de kaza yapması, Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunun zarar görenlerin açtıkları davadaki konumu, Yeşil Kart Sistemi

Filling a Law Suit Against the Turkish Motor Insurers' Bureau based on Green Card Insurance, due to the Accidents Caused by Vehicles with Foreign Licence Plates

Abstract

Vehicles with foreign license plates can only be accepted in Turkey if they are insured with compulsory automobile liability insurance at the border gate or with Green Card Insurance valid for Turkey as required by regulations. The Green Card System was established to facilitate the international mobility of motor land vehicles and to ensure the compensation of damages borne by third parties because of an accident caused by vehicles with foreign license plates; however, this is subject to the limitations and conditions of the mandatory liability insurance in the country where the accident occurred. The Turkish Motor Insurers' Bureau (TMIB) executes and oversees Green Card Insurance operations in Turkey. In traffic accidents involving vehicles with foreign license plates with a Green Card, damages borne by third parties are compensated by the TMIB on behalf of foreign insurance companies or offices. Victims can directly apply to the TMIB instead of filing a lawsuit against foreign insurance companies or the office that issued the Green Card. The study elucidates the legal basis of the liability and particularly analyzes the legal status of the TMIB against victims.

Keywords

Green Card Insurance, Turkish Motor Insurers' Bureau, Traffic accidents involving vehicles with foreign licenses plates in Turkey, Legal status of the Turkish Motor Insurers' Bureau against victims in a case, Green Card System

* **Sorumlu Yazar:** Musa Aygül (Doç. Dr.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: musaaygul1@gmail.com ORCID: 0000-0003-0363-9101

Atf: Aygül M, "Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Karıştıkları Kazalardan Dolayı Yeşil Kart Sigortası Kapsamında Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna Dava Açılması" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 519. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0006>



Extended Summary

Vehicles having foreign license plates can enter Turkey with several requirements. According to applicable legislation, all vehicles having foreign license plates shall be accepted in Turkey if they are insured with obligatory automobile liability insurance at the border gate or with Green Card Insurance valid for Turkey.

Article 91/5 of Highway Traffic Law regulates that compulsory automobile liability insurance must be done at the border gate under circumstances determined by Undersecretariat of Treasury for vehicles, providing that vehicles having foreign license plates have no valid insurance in Turkey.

Obligatory automobile liability insurance taken in Turkey is only valid within the borders of the Turkish Republic. Taking out an insurance abroad is also possible. However, specific provisions are in place for taking out an insurance that is valid outside the country. For example, Article 14 of the Turkish Insurance Law specifies the requirements of insurance taken outside the country. Therefore, for the insurance to be valid outside the country, either separate insurance must be taken in that state or valid insurance contracts should be present for usage in the country as well as abroad.

After World War II, not only international trade but also international tourism has prospered. Thus, the use of motor land vehicles between European countries has increased too. Hence, the Working Party on Road Transport of the Inland Transport Committee of the Economic Commission for Europe of the United Nations was established to diminish the problems. The Committee drawn up Recommendation No. 5, in which the basis of the Green Card System was founded. With such recommendation, the working group recommended to the governments of the member states to establish uniform and easily enforceable policies to ensure that drivers will be satisfactorily insured upon entering countries where drivers must have insurance. Alternatively, in the recommendation, member states agreed to establish a central organization under the name “bureau” to ensure the operation of such insurance system in each member state.

The Green Card System aims to facilitate the passage of motor land vehicles across international borders with an internationally valid insurance certificate and protect victims of accidents that involve vehicles with foreign license plates in the country where they are traveling to.

In 1959, the European Convention on Compulsory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles was prepared and opened for signature by the Council of Europe. The contract entered into force in September 22, 1969. The Convention was signed, with some reservations, in 1974 and confirmed in 1999 by Law No. 4477. Thus, as stipulated in the Convention, Turkish Motor Insurers’ Bureau (TMIB) has been

founded to exercise Green Card Insurance operations in Turkey. Damages borne by third parties are compensated by the TMIB on behalf of foreign insurance companies or offices in cases of traffic accidents involving vehicles with foreign license plates with a Green Card. Victims can directly apply to the TMIB instead of filing a lawsuit against foreign insurance companies or the office that issued the Green Card.

The article examines the legal basis of the liability and particularly analyzes the legal status of the TMIB against victims within the scope of the paper. The article indicates which law applies to dispute in accidents involving vehicles with foreign license plates and specifies the role of the mandatory rules in applicable law.

Giriş

Türkiye'ye giriş yapmak isteyen yabancı plakalı araçların işletenleri, mevzuat gereği ya sınır kapılarında zorunlu malî sorumluluk sigortası (ZMSS) yaptırmak; ya da Türkiye'de geçerli Yeşil Kart Sigortasına sahip olmak zorundadır. Yeşil Kart Sistemi, motorlu kara taşıtlarının milletlerarası hareketliliğini kolaylaştırmak ve yabancı plakalı araçların sebebiyet verdiği zararların, kazanın meydana geldiği ülkede zorunlu mesuliyet sorumluluk sigortası limitleri ve şartları dâhilinde karşılanmasını sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Türkiye'de de söz konusu Yeşil Kart Sigortası işlemlerini yerine getirmek ve yabancı plakalı araçların karıştığı kazalarda zarar görenlerin daha etkili bir şekilde korunmasını temin amacıyla Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosu (TMTB) kurulmuştur.

Yeşil Kartlı yabancı plakalı bir aracın Türkiye'de karıştığı bir trafik kazasından dolayı üçüncü kişilerin uğradığı zararın tazmini, yabancı sigorta şirketi ya da büro adına TMTB tarafından gerçekleştirilmektedir. Zarar görenler Yeşil Kartı düzenleyen yabancı sigorta şirketi ya da ilgili büro yerine doğrudan TMTB'ye müracaat edebilmekte ya da dava açabilmektedir. Bu çalışmada, zarar görenler karşısında TMTB'nin sorumluluğunun hukukî dayanakları ve davadaki konumu üzerinde durulacaktır. Türkiye'de görülmekte olan davalarda TMTB ya da yabancı sigorta şirketine yöneltilen davaların hukukî dayanağı incelenecektir. Buna ek olarak zarar görenlerin açtığı davada görevli mahkeme ve bu uyuşmazlıklar için uygulanacak hukukun tayininde esas alınması icap eden kıstaslar, konuya ilişkin Yargıtay kararları ışığında izah edilecektir.

I. Yeşil Kart Sigortası Sisteminin İşleyişi

Yabancı plakalı araçlar belirli koşullar altında Türkiye'ye giriş yapabilmektedir. Örneğin Türkiye'ye turistik amaçlarla gelen yabancılar ya da yurt dışında çalışan Türk vatandaşları, özellikle yaz aylarında kendilerine ait ya da kiraladıkları motorlu kara taşıtları ile Türkiye'ye gelmektedir. Yine yurt dışında yerleşik kişiler¹ tarafından yabancı plakalı araçlar geçici ithalat kapsamında yahut transit geçiş yapmak üzere Türkiye'ye getirilebilir².

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na³ (KTK) göre yabancı plakalı taşıtların Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslara göre

¹ 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında 2009/15481 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararında, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişi, olağan durumda Türkiye Gümrük Bölgesi dışında ikamet eden gerçek kişi ya da Türkiye Gümrük Bölgesi dışında kayıtlı işyeri bulunan tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (m 3/v). Karar için bkz RG 7.10.2009/27369.

² Türkiye, geçici ithalata ilişkin Geçici İthalat Sözleşmesini kabul etmiştir. Sözleşme için bkz RG 21.10.2004/25620. Sözleşmede geçici ithalat, belirli eşyanın (taşıma araçları dâhil) gümrük vergileri ve ithalatta alınan diğer vergilerin ödenmesinden şartlı olarak vazgeçilerek ve ekonomik nitelikli ithalat yasakları veya kısıtlamaları uygulanmaksızın, gümrük hattına girmesini sağlayan gümrük rejim olarak tanımlanmıştır (m 1). Kara taşıtlarının geçici ithal yoluyla Türkiye'ye giriş şartları ve bu araçların Türkiye'de kullanılma şartları Geçici İthal Edilen Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliğinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

³ Karayolları Trafik Kanunu, Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG 18.10.1983/18195.

Türkiye’de geçerli sigortaları yoksa bunlar için zorunlu malî sorumluluk sigortası (ZMSS) Türkiye sınırlarına girişte yapılır (m 91/5). Yine Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk İçin Yaptırılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in⁴ 4. maddesinde Türkiye’ye girecek yabancı plakalı motorlu kara taşıtlarının işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilere verilecek zararlardan kaynaklanan hukukî sorumluluk için zorunlu trafik sigortası veya bu sigorta ile eşdeğer bir sigorta teminatının bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre Türkiye’ye giriş yapan motorlu kara taşıtların işletenlerinin ya Türkiye’de ZMSS yaptırması ya da Türkiye’de ZMSS’ye eş değer yabancı ülkede yaptırılmış bir malî sorumluluk sigortasının bulunması zorunludur.

Bir ülkede hangi sigortaların geçerli olacağı, o ülke hukukuna göre tespit edilir. Hukuk sistemlerinde yurt dışında yaptırılan sigortaların, hangi şartlarda geçerli olabileceğine dair özel hükümler söz konusu olabilmektedir. Örneğin 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁵’nun 15/2. maddesinde, Türkiye’deki yerleşik kişilerin Türkiye’deki sigortalanabilir bazı menfaatlerinin yurt dışında da sigortalanabilmesine imkân tanınmıştır. Türkiye’de yaptırılan ZMSS yalnızca Türkiye sınırları içinde geçerlidir (Karayolları Motorlu Araçlar ZMSS Genel Şartları m A.3). Dolayısı ile yurt dışında da geçerli olması için ayrı bir sigortanın ya da hem ülkede hem ülke dışında geçerliliği olan sigorta sözleşmelerinin yaptırılması gerekir. Kaldı ki ülkeler, yabancı ülkede düzenlenmiş sigorta poliçelerini eşdeğer de kabul etmeyebilir. Bir ülkede düzenlenmiş bir poliçenin diğer ülkede kabul edilmemesi de motorlu kara taşıtlarının milletlerarası kullanımını engelleyebilmektedir.

Yeşil Kart Sisteminin ilk amacı, motorlu taşıtların, uluslararası sınırlardan⁶ uluslararası geçerliliği olan bir sigorta belgesi ile geçişini kolaylaştırmaktır. Böylelikle bu sigortaya sahip bir araç, sınırda ZMSS yaptırmak zorunda kalmayacaktır. Bu sistemin ikinci amacı ise yabancı plakalı araçların gittikleri ülkede karışıkları kazalardan dolayı zarar görenlerin korunmasıdır. Bu şekilde zarar gören, yabancı plakalı aracın işletilmesinden kaynaklanan zarardan dolayı tüm taleplerini ileri sürebileceği sorumlu bir muhatap bulabilecek ve aracın yabancı plakalı olmasından dolayı ayrıca bir mağduriyet yaşamayacaktır. Yeşil Kart Sigortası, kazanın meydana geldiği ülkedeki asgarî ZMSS limiti kadar koruma sağlamaktadır. Dolayısı ile zarar gören kendi ülkesinde kayıtlı bir aracın kendisine zarar vermesine denk bir korumaya kavuşmuş olmaktadır⁷.

⁴ Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk İçin Yaptırılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 13.07.2011/27993.

⁵ Sigortacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5684, Kabul Tarihi: 03.06.2007, RG 14.06.2007/26552.

⁶ Bürolar Konseyinin belirlediği şekle uygun olarak düzenlenmek zorunda olan Yeşil Kartın geçerli olduğu ülkeler, kartın arkasında gösterilmek zorundadır: Hasan Tahsin Gökcan, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukukî Sorumluluk Tazminat Sigorta ve Rücu Davaları* (9. Bası, Seçkin 2018) 745.

⁷ Robert Merkin and Maggie Hemsworth, *The Law of Motor Insurance* (2nd edn, Sweet&Maxwell 2015) 681; Nuray Ekşi, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk* (Beta İstanbul 2012) 37; Yasemin Tufan, ‘Uluslararası Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası ve Yeşil Kart Sistemi’ (2008) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <tez.yok.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020 52-53; Gökcan (n 6) 745.

Yeşil Kart Sistemi, milletlerarası anlaşma seviyesinde de düzenlenmiştir. *Avrupa Konseyi tarafından Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi* (bundan sonra Avrupa Sözleşmesi olarak anılacaktır) hazırlanmış ve 1959 yılında imzaya açılmıştır⁸. Sözleşme 22.09.1969 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 1974 yılında bazı çekincelerle imzalamış ancak 4477 sayılı uygun bulma Kanunu 1999 tarihinde kabul edilmiştir⁹. Sözleşmenin amacı başlangıç hükümlerinde, kendi ülkelerinde trafik kazalarında zarar görenlerin haklarının zorunlu bir sigorta sisteminin kurulması yoluyla güvence altına alınması şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşmenin bir diğer amacı, âkit devletlerde uluslararası sigorta büroları ile garanti fonlarının kurulması ve işletilmesini desteklemektir. Böylelikle Avrupa Sözleşmesinde Yeşil Kart Sistemine işlerlik kazandırmak için uluslararası büroların kurulması öngörülmüş ve uluslararası sigorta belgeleri, diğer bir ifade ile yeşil kart çıkartmaları öngörülmüştür. Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosu (TMTB), bu Sözleşmede öngörülen büro olarak görev yapmaktadır¹⁰. Ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinde ZMSS ile ilgili temel ilkeler tespit edilmiş ve mağdura doğrudan sigortacıya başvuru hakkı tanınması kabul edilmiştir.

Yeşil Kart Sisteminin gelişmesini sağlayan bir diğer unsur da Avrupa Birliği düzenlemeleridir¹¹. Özellikle zorunlu sigortaya ilişkin Avrupa Birliği yönergeleri, Yeşil Kart Sistemini üye devletler arasında daha da geliştirmiş ve Birlik üyesi ile diğer bazı ülkeler arasında Yeşil Kart ibrazı aranmaksızın seyahat mümkün hâle gelmiştir¹².

II. TMTB'nin Kurulması ve Görevleri

Yeşil Kart Sistemine dâhil olmak amacı ile TMTB, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği bünyesinde 1963 yılında tüzel kişiliği haiz “*Türkiye Sigorta ve Reasürans Birliği Motorlu Taşıt Bürosu*” unvanı altında Ticaret Bakanlığının çıkardığı

⁸ Avrupa Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Tufan (n 7) 10 vd.

⁹ Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun: RG 11.11.1999/23873. Avrupa Konseyinin web sayfasında Sözleşmenin Türkiye bakımından 25.07.2000 tarihinde yürürlüğe girdiği bilgisi verilmektedir. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/029>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2020. Sözleşme, sözleşmeyi sonradan onaylayacak bir imzacı devlet tarafından, onay belgesinin tevdi tarihinden itibaren 90 gün sonra yürürlüğe girer (m 15). Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Ekşi (n 7) 35 vd.

¹⁰ Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m 4.

¹¹ Avrupa Birliği düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Etem Kara, ‘Sınırötesi Trafik Kazaları: Avrupa Birliğinde ve Türk Hukukunda Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası’ (2016) 6(11) Hasan Kalyoncu Hukuk Fakültesi Dergisi 219 vd.

¹² Yeşil Kart uygulamasında dahi bazı zorlukların yaşanması sebebiyle Yeşil Kart sistemine dâhil Avrupa Birliği ülkeleri ile Andorra, Norveç, İzlanda, Sırbistan, İsviçre ve Lihtenştayn olmak üzere 34 ülke, Avrupa girişimi ile kendi ülkelerinde düzenlenen üçüncü kişi sorumluluk sigortalarının diğer ülkelerde de tanınmasını öngören çok taraflı anlaşma imzalamıştır. Özellikle Çok Taraflı Garanti Sözleşmesi ile yeşil kart ibrazı zorunluluğu kaldırılmıştır. Dolayısı ile artık 34 ülkede Yeşil Kart gereksiz motorlu taşıt ile seyahat mümkün hâle gelmiştir: <<https://www.cobx.org/index.php/article/39/green-card>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2020. Günümüzde Yeşil Kartın ibrazı zorunlu ülkeler şunlardır: Türkiye, Azerbaycan, Rusya, Beyaz Rusya, İran, Tunus, Fas, İsrail, Ukrayna, Rusya, Bosna ve Hersek, Arnavutluk, Makedonya, Belarus, Moldova.

bir Yönetmelik ile kurulmuştur¹³. TMTB'nin kurulmasından sonra Türkiye, Yeşil Kart Sistemine 1 Ocak 1964 tarihinde katılmıştır. Büronun unvanı, 26 Ekim 1991 tarihli ve 21033 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Türkiye Motorlu Taşıtların Bürounun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır) ile bugünkü hâlini almıştır¹⁴.

Bürolar Konseyi'nin İç Tüzüğü'nün (*Internal Regulation*)¹⁵ 2. maddesinde millî bürolar, "millî sigortacılar bürosu (*national insurers' bureau*)" adıyla anılmış ve 5 No'lu tavsiye metnine uygun olarak kurulan ve Büro Konseyine üye olan profesyonel bir kurum olarak tanımlanmıştır.

İç Tüzük Kurallarına göre, millî büronun üç şartı haiz olması gerekmektedir. Bunlardan ilki, Büro'nun profesyonel bir kurum olmasıdır. İkincisi, Büro'nun Bürolar Konseyi'ne üye olması; Üçüncüsü ise, Büro'nun 5 No'lu Tavsiye Kararı'ndaki şartları haiz olmasıdır.

5 No'lu Tavsiye Kararında aranan şartlar ise şunlardır:

- Yetkili sigortacılar tarafından kurulan, ilgili ülkenin hükümetince resmî olarak tanınan tek kurum olmalıdır.
- Büroya ancak motorlu taşıtların malî mesuliyet sigortası yapan sigortacılar üye olabilmelidir.
- Motorlu taşıtların malî mesuliyet sigortası yapacak sigortacıların büroya üye olması mecburîdir.
- Büronun yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için üye sigortacıların finansmanı paylaşma yükümlülüğü olmalıdır¹⁶.

Büro'nun görevlerinden birisi, uluslararası geçerliliği olan Yeşil Kart Sigortası yapmak ya da yapılmasını sağlamaktır¹⁷. Büro ya kendisi Yeşil Kart Sigortası yapacak ya da bu yetkiyi anlaşmalı sigorta şirketlerine devredecektir. Büro, Avrupa Sözleşmesi'nde sigortacı tanımının içinde kabul edilmiştir (Avrupa Sözleşmesi m

¹³ RG 19.10.1963/ 11535. Büronun Yönetmelik ile kuruluşunun eleştirisi için bkz Mahmut Yavaşı, *Kara Taşıtları Sigortaları* (Yetkin 2020) 187 dpn 414.

¹⁴ < <https://www.tmtb.org.tr/BURO/Tarihce/BuroTarihce#collapseTwo> > Erişim Tarihi 13 Ağustos 2020.

¹⁵ Bürolar Konseyinin İç Tüzüğü 30 Mayıs 2002 yılında Yunanistan'ın Girit Adası'nda yapılan Genel Kurul'da kabul edilmiştir ve değişik tarihlerde (2008, 2013, 2016, 2017, 2019) revize edilmiştir: <https://www.cobx.org/sites/default/files/cob_file_folder/2020-internal-regulations-marrakesh-1-July-2020-clean-version.pdf> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2020. Bürolar Konseyinin hazırladığı ve millî bürolar arasında imzalanması gereken model anlaşmada, millî bürolara İç Tüzüğün emredici kurallarına uyma yükümlülüğü getirilmektedir: <<https://www.cobx.org/article/46/documents-green-card-pillar>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2020.

¹⁶ İç Tüzüğü Açıklayıcı Not (*Explanatory Memorandum to the Internal Regulations*) 7. <https://www.cobx.org/sites/default/files/cob_file_folder/2020-explanatory-memorandum-marrakesh-1-July-2020-clean-version.pdf> Erişim Tarihi 12 Ağustos 2020.

¹⁷ Işıl Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (Ankara 2010) 845.

Ek-I m 1). Nitekim İç Tüzükte Büronun yeşil kartın düzenlenmesinden ve tesliminden sorumlu olduğu kabul edilmiştir (İç Tüzük m 7/1). Yönetmelikte TMTB'nin görevleri arasında “...motorlu araçların işletilmesi nedeniyle tabi olunan mali sorumluluğu karşılamak üzere yurtdışında geçerli sigorta belgelerinin basım, denetim ve düzenlenmesi ile bu sigorta belgeleri kapsamında motorlu araçların sebep olduğu hasarların ödenmesi...” sayılmıştır. Büro sadece kendi ülkesinde kayıtlı taşıtlar için Yeşil Kart verebilir. Bunun haricinde ancak hiçbir büronun bulunmadığı ülkede ikamet eden sigortalılara Yeşil Kart verilmesine de imkân tanınmıştır (İç Tüzük m 7/3). Doktrinde Yeşil Kartı veren Büro, “tazmin eden büro (zahlendes Büro)” olarak anılmaktadır¹⁸.

Büro'nun görevlerinden bir diğeri de düzenlediği Yeşil Kartlar dolayısıyla yabancı ülkedeki büro tarafından karşılanan zararların tazminlerinden kaynaklı rücu taleplerini karşılamaktır. Bürolar Konseyi İç Tüzüğü'nün 6. maddesinde her büronun, kaza ülkesindeki büronun ya da onun görevlendirdiği acentenin İç Tüzük hükümlerine (m 5) göre ödediği tazminatı garanti ettiği kabul edilmiştir. Yeşil Kartı düzenleyen sigorta şirketi iflâs etmiş olsa dâhi Büro'nun garanti yükümlülüğü devam eder. Ancak Tüzüğe aykırı ödemelerde Büro'nun rücu taleplerini karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹. Bürolar arasında özel hukuka dayalı karşılıklı borç doğuran bir ilişki olduğu ileri sürülmektedir²⁰. Sigortacılık Kanunu'na göre Yeşil Kart uygulamaları için faaliyet gösteren TMTB tarafından yapılacak ödemeler için Güvence Hesabına başvurulabilir (m 14/2-d). Nitekim Yönetmelikte TMTB'nin görevleri arasında “[ü]yelerince düzenlenen sigorta belgeleri çerçevesinde üyelerine garantör” olmak da sayılmıştır (Yönetmelik m 5/2-b). Büro rücu kapsamında ödediği tazminatı, şartları varsa zarar verenden talep edebilir.

Ayrıca TMTB, diğer ülkelerde bulunan bürolar ile Bürolar Konseyi'nin hazırladığı “Bürolararası Model Anlaşma”yı imzalayabilir²¹. Bir büro diğer bürolar ülkesi ile ikili anlaşma yapmak zorunda değildir. Ancak ülke büroları arasında ikili anlaşma yapılması, rücu taleplerinin tahsilini kolaylaştırmaktadır²².

TMTB'nin bir diğer görevi de yabancı bürolar tarafından Yeşil Kart verilmiş yabancı plakalı araçların Türkiye'de üçüncü kişilere verdikleri zararı gidermedeki sorumluluğu ve muhataplığıdır.

¹⁸ Tufan (n 7) 55.

¹⁹ İç Tüzüğü Açıklayıcı Not 37. Rücu talebinin kaynağının taraflar arasındaki garanti sözleşmesi olduğu hakkında bkz Tufan (n 7) 60.

²⁰ Tufan (n 7) 59.

²¹ Bkz dpn 13.

²² Martin Metzler, ‘Nationales Versicherungsbüro (NVB) & Nationaler Garantiefonds (NGF)’, Haftpflicht des Motorfahrzeughalters - neue Antworten auf alte Fragen (Herausgeber: Fellmann, Walter), (Stämpfli 2013) 161.

III. TMTB'nin Türkiye'de Meydana Gelen Kazalardaki Görevleri ve Muhataplığı

A. Genel Olarak

TMTB'nin Türkiye'de yerine getirmesi gereken görevler Bürolar Konseyi İç Tüzükte detaylı şekilde tespit edilmiştir. Bunların ilki, Türkiye'de meydana gelen bir kaza ile ilgili tüm soruşturma işlemlerini yürütmektir. Tüzüğe göre Büro, Yeşil Kart ile ilgili bir kaza hakkında bilgilendirildiğinde, resmî bir talep gerekmeksizin kazanın oluş şeklini araştırır. Ayrıca mümkün olan en kısa süre içinde Yeşil Kartı düzenleyen sigorta şirketi ya da ilgili büroyu bilgilendirir. Eğer yabancı sigorta şirketinin ülkede bir muhabiri varsa ona da bildirim yapılması gerekir (İç Tüzük m 3/1).

Yeşil Kart sistemine dâhil olan sigorta şirketlerinin potansiyel kaza ülkelerinde, kendi adlarına ödeme yapmaya yetkili birer muhabir bulundurduğu ve uygulamada ödeme işlemlerinin çoğu zaman ülke bürolarının müdahalesi olmadan bu muhabirler aracılığı ile yürütüldüğü belirtilmektedir²³.

İkincisi, meydana gelen zararı ZMSS şartları ve limitleri çerçevesinde kusur esasına göre tazmin etmektir (İç Tüzük m 3/4). Büronun özel bir anlaşması bulunması ya da yabancı sigorta şirketinin kaza yerindeki zorunlu malî mesuliyet sigortasından daha geniş teminatlar vermesi hâlinde limit aşan ödemeler yapılabilir²⁴. KTK'nın 92/1-f maddesi uyarınca Türkiye'de manevî tazminat, ZMSS'nin sağladığı teminatın dışındadır. Hâlbuki bazı yabancı sigorta şirketleri, manevî tazminatı da teminat kapsamında kabul edebilir. Bu hâlde TMTB manevî tazminatın ödenmesinden sorumlu olduğu gibi, manevî tazminat konusunda anlaşma da yapabilir. Konu hakkında Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir:

“Davalı vekili, müvekkilinin yabancı plakalı araçların Türkiye’de yaptığı kazalarda sebep olduğu zararlar için kusur ve limite göre, limit üstü ve trafik sigortası şartları dışındaki talepler için ancak yabancı...şirketinin ihtiyaren teminat vermesi halinde sorumlu olduğunu, somut olayda aracın yeşil kart sigortacısının yabancı şirket olduğunu, ihtiyaren verdiği teminatta manevi tazminatı da üstlendiğinin bildirildiğini, davacı torunların doğdukları yere bakılınca muris büyükanneleri ile eylemli ve gerçek bir bağlilik ilişkisinin mümkün olmadığını, tek taraflı kazada sürücünün murisin oğlu, davacıların ise amcası olduğunu,

²³ Bkz Metzler (n 22) 161. Söz konusu muhabirler, faaliyetlerini Yeşil Kart sisteminin yürütülmesine hasretmiş değildir. Zira, Avrupa Birliği'nin Karayolları Malî Sorumluluk Sigortalarına ilişkin 2009/103 sayılı Motorlu Taşıtlar Sorumluluk Sigortası ve Sigorta Yükümlülüğünün Kontrolüne ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi m. 21 hükmü gereğince Birlik içinde kara motorlu taşıtları için sorumluluk sigortası yapan tüm sigortacıların tüm üye devletlerde ilgili üye devlette yerleşik olan ve zarar gören tarafın tazminat talebinde bulunabileceği bir hasar temsilcisi (*claim representative/Der Schadensregulierungsbeauftragter*) ataması gerekmektedir. Buna ek olarak, aynı Yönergenin m 24 ve m 25 hükümleri gereğince, her üye devletin başka bir üye devlette gerçekleşen kazalardan doğan maddî ve cismanî zararları tazmin etmekle görevli bir kurumu oluşturması veya yetkilendirmesi gerekmektedir. Bkz Dirk Looschelders, 'Internationale Zuständigkeit für Klagen gegen ausländische Entschädigungsstellen und Grüne-Karte-Büros' (2018) 38(4) IPRax (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts) 361.

²⁴ TMTB'nin yurt dışında karşılamak zorunda olduğu teminatların daha yüksek olması sebebiyle diğer devletler ile limit aşan anlaşmalar yapmasının Türkiye'nin lehine olduğu ifade edilmektedir. Tufan (n 7) 79 dpn 253.

*amcalarına açamadıkları davayı müvekkiline karşı açtıklarını beyanla davanın reddini savunmuştur. Dosya içeriğinden yabancı plakalı araç ile davacının boşadığı eşi K1'in idaresinde bulunan aracın karıştığı trafik kazası sonucu K1'in öldüğü, yabancı plakalı aracın sigorta şirketi tarafından davacı K2'a ödenmek üzere manevi tazminat belirlendiği, ancak davacı ile ölen K1'in boşanmış olduğu ve ölenin başkası ile evli olduğunun anlaşılması üzerine ödemenin yapılmadığı anlaşılmıştır. Dava yabancı plakalı aracın sigorta şirketi tarafından belirlenen **manevi tazminatın** Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu'ndan tahsili istemine ilişkindir”²⁵.*

Büro, başka bir ülke hukukunu yetkili kılan kanunlar ihtilâfi kuralları dâhil kaza ülkesinde geçerli olan hukukun yorumlanmasında ve ihtilâfın çözümünde münhasıran yetkilidir. Ancak Yeşil Kartı düzenleyen sigorta şirketinin ya da büronun açık talebi varsa nihaî bir karar vermeden önce ilgililere bilgi vermelidir (İç Tüzük m 3/4). TMTB'nin zorunlu malî sigorta limitini aşan talepler konusunda anlaşma yapabilmesi için Yeşil Kartı düzenleyen sigorta şirketine danışmalı ve onayını almalıdır (İç Tüzük m 3/5).

Zorunlu malî sorumluluk sigortası esas olarak üçüncü kişilere verilen zararları kapsadığından İç Tüzüğe göre ödenmesi gereken zararlar, özellikle kusurlu olduğu durumlarda yabancı aracın sürücüsü ya da haleflerinin²⁶ uğradığı zararları kapsamamaktadır²⁷. Bu sınırlama, uygulanacak hukuka göre kusurlu olsa bile araç sürücüsünün de zarar gören üçüncü kişi kabul edilmesinden dolayı işletenin sorumlu olduğu durumlar ile ilgili değildir²⁸.

B. TMTB'nin Sorumluluğunun Hukukî Dayanakları

TMTB'nin yetkileri ve sorumluluğu hakkında hem milletlerarası düzenlemelerde hem de iç hukukumuzda bazı kurallar yer almaktadır. Avrupa Sözleşmesinde, doğrudan olmasa da dolaylı olarak TMTB'nin sorumluluğuna dair bazı kurallara yer verilmiştir. Yargıtay kararlarında da Avrupa Sözleşmesine atıf yapılmaktadır²⁹.

Avrupa Sözleşmesinde sigortacı terimi tanımlanmış ve bu tanımın içine millî bürolar da dâhil edilmiştir. Tanım şu şekildedir:

²⁵ Yargıtay 17 HD, 4807/1491, 17.03.2009 (Lexpera İçtihat Bankası).

²⁶ Türk hukukunda da araç işletenin izniyle aracı kullanan kişi, üçüncü kişi durumunda olmadığı gibi kazayı bizzat gerçekleştiren kişi olduğundan dolayı kendisinin ya da ölümü halinde yakınlarının ZMSS kapsamında tazminat hakları bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. Türk hukukunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17-787/92, 22.02.2012 sayılı ilâmî ile “*davacıların ölenin salt mirasçıları sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan 3. Kişi sıfatıyla dava açtıkları, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılmayacağı*” gerekçesiyle aracın kullanıcısının mirasçıları da üçüncü kişi kapsamında zarar gören olarak değerlendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Atilla Altop, ‘Trafik Kazaları Sebepiyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E. 2011/17-142 K. 2011/411 Sayılı ve 22.02.2012 Tarihli E. 2011/17-787 K. 2012/92 Sayılı Kararları ile Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli ve E. 2011/11551 K. 2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’ (2008) 8(1) Yaşar Üniversitesi Dergisi 151 vd. Daha sonra Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesinde 2016 yılında 6704 sayılı Kanunun 4. maddesi ile yapılan açık bir düzenleme ile bu uygulamaya kanun ile son verilmiştir. RG 26.04.2016/29695. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1315/1239, 01.11.2017 sayılı ilâmî ile önceki içtihadından dönmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku* (20. Bası, Karahan Kitabevi 2019) 270.

²⁷ İç Tüzüğü Açıklayıcı Not, 14.

²⁸ İç Tüzüğü Açıklayıcı Not, 14.

²⁹ Yargıtay 17 HD, 7060/7063, 20.6.2017 (Lexpera İçtihat Bankası).

“Sigortacı” teriminden: İkinci maddenin birinci paragrafı uyarınca hükümet tarafından tanınmış sigorta şirketi ve aynı maddenin ikinci paragrafına göre genellikle ülke dışında kayıtlı taşıtların ulusal topraklar üzerinde neden oldukları zararların tazmini ile yükümlü Büro anlaşılır” (Ek I m 1).

Tanım gereği millî bürolar da sigortacı kabul edilmiştir. Yeşil Kartı düzenleyen ya da düzenlenmesini sağlayan büro “tazmin eden büro (zahlendes Büro)”, kazanım meydana geldiği ülkedeki büro ise “işlemi yapan büro (behandelndes Büro)” olarak anılmaktadır³⁰.

Sözleşme’nin 8. maddesinde konu hakkında daha açık bir hüküm bulunmaktadır.

“Âkit Taraflar, uluslararası sigorta belgeleri çıkaracak ve ek hükümlerin ikinci maddesinin ikinci paragrafında öngörülen zararları tazmin edecek büroların kuruluş ve işleyişini teşvik edeceklerdir” (m 8).

Sözleşmenin bu maddesi ile âkit devletlere, zararı tazmin edecek millî bürolar kurma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddede sözü geçen Ek Hükümlerdeki düzenleme ise şu şekildedir:

“Bununla birlikte, genellikle ülke dışında kayıtlı taşıtlar, hükümetçe yetki verilen bir Büronun, bu taşıtların neden olduğu hasarlardan zarar gören kişilerin yerel kanuna göre tazmin edilmesi yükümlülüğünü üzerine alması koşuluyla, ülke topraklarında kullanılabilir” (Ek Hükümler 2. Madde ve İkinci Paragraf).

Sözleşmenin bu hükmüne göre yabancı plakalı araçların üçüncü kişilere verdiği zararın ülkede kurulmuş bir büro aracılığı ile tazmin edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin hazırlandığı dönemde Yeşil Kart Sistemi yürürlükte idi. Dolayısı ile bu maddede Yeşil Kart Sistemine göre kurulan büroların kastedildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

İkinci olarak Bürolar Konseyi İç Tüzük Başlangıç hükümlerinde, üye devletlerde kurulacak millî büroların, yabancı plakalı aracın kendi ülkelerinde üçüncü kişilere verdiği zararları tazmin etme işlevinin olacağı açıkça ifade edilmiştir (Başlangıç Hükümleri, m 4/c).

Bürolar Konseyi İç Tüzüğü’nün 3/3. maddesine göre de büro herhangi bir talebi, dostane şekilde çözme veya tazminat ödemesini ihtiva eden herhangi bir adlî veya mahkeme dışı bir çözüm sürecini takip etme yetkisini haizdir. Bu düzenleme uyarınca bürolar, diğer ülkelerdeki bürolar ile anlaşmalar yapmak suretiyle birbirlerine talepleri dostane bir şekilde çözme, mahkeme dışı çözüm yöntemleri veya adlî süreç ile ihtilâfı sona erdirmeye yetkilerini vermektedir. Büroların yetkisi, anlaşma yapmak, yapılan teklifleri reddetmek ve ödeme yapmayı içerecek kadar geniş³¹.

³⁰ Tufan (n 7) 55.

³¹ İç Tüzüğü Açıklayıcı Not, 14.

Büronun yetkisi iki açıdan sınırlandırılmıştır. Birincisi, Yeşil Kartı veren sigortacının veya uygunsu ilgili büronun, İç Tüzüğe göre çıkarlarının en iyi şekilde korunmasıdır³². Büro, adına ödeme yaptığı sigortacının veya büronun vekili konumdadır. Sisteme dâhil olmak için Bürolar Konseyince hazırlanan model anlaşmalar milli bürolar tarafından imzalanmakta ve bu model anlaşmalar üzerinden taraflar arasında vekâlet ilişkisi kurulmuş olabilmektedir. Kazanın meydana geldiği ülke bürosu, yeşil kartı düzenleyen büro adına tüm hasar ve tazmin işlemlerini kendi ülkesi hukukuna uygun olarak yürütmeyi üstlenmiş olmakta; bunun karşılığında da Yeşil Kartı düzenleyen büro, işlemi yapan büronun söz konusu ilişkinin bir gereği olarak yöneltilebileceği tüm talepleri karşılamayı taahhüt etmiş olmaktadır³³. Dolayısıyla işlemi yapan büronun, vekâlet ilişkisi gereği özen yükümlülüğüne³⁴ uygun hareket etmesi gerekir. Aksi hâlde, tazmin eden büronun tahkime gitme hakkı bulunmaktadır (İç Tüzük m 19). İkinci sınırlama ise kaza ülkesinde yürürlükte olan zorunlu malî sorumluluk sigortasının emredici şartlarıdır³⁵. Söz konusu vekalet ilişkisi ise doğrudan değil, dolaylı temsil yetkisi ihtiva eder. Bir diğer ifadeyle taleple muhatap kılınan Büro kendi adına ve fakat işlemi (*sigorta sözleşmesini*) gerçekleştiren büro hesabına ödemeyi gerçekleştirir. Yeşil Kart sahibi araç işleteninin zarar verdiği üçüncü şahıs, yabancı sigorta şirketini değil TMTB'yi muhatap olarak görür ve zararının tazminini ondan talep eder. Bu Büro üçüncü şahsın tazminat talebini karşıladıktan sonra, hesabına ödeme yaptığı yabancı sigorta şirketine³⁶ başvurur ve yaptığı ödemenin kendisine ödenmesini talep eder.

Mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu m 38/5'de, konu ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmakta idi. Kanun metni şu şekilde idi:

“Yurt dışında sigortalanmış bulunan ve yerel bürolarca geçerli sigorta sertifikalarını taşıyan motorlu kara taşıt araçları tarafından Türkiye’de neden olunan hasarların tespiti, Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu eksperleri tarafından yapılır. Bu hasarların tedvir ve tesviyesi; Türkiye’de geçerli Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası limitlerine kadar, münhasıran Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu’na aittir.”

Sigortacılık Kanunu’nda ise konuya ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sigortacılık Kanunu’nun 14/2. maddesinde TMTB’nin de Güvence Hesabına başvurabileceği düzenlenmiştir. Kanun metni şu şekildedir:

³² İç Tüzüğü Açıklayıcı Not, 14.

³³ Tufan (n 7) 122.

³⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 506/2. maddesine göre vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözetenek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

³⁵ İç Tüzüğü Açıklayıcı Not, 14.

³⁶ Yukarıda açıklandığı gibi Yeşil Kartı düzenleyen yabancı sigorta şirketleri, üçüncü şahısların uğradığı zararları bizzat karşılamak üzere, potansiyel kaza riskinin bulunduğunu düşündüğü ülkelerde özel temsilcilik de açmış olabilir. Bu gibi durumlarda, zarar gören üçüncü şahıslar taleplerini, doğrudan Yeşil Kart sigortasını düzenleyen yabancı sigorta şirketine de yöneltme imkânına sahip olabilirler.

“Hesaba;

d) Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler için, başvurulabilir.”

Yönetmelikte, TMTB'nin görevine ilişkin aşağıdaki şekilde bir düzenleme bulunmaktadır:

“...motorlu araçların işletilmesi nedeniyle tabi olunan mali sorumluluğu karşılamak üzere yurtdışında düzenlenen ve ilgili mevzuat uyarınca ülkemizde geçerli bulunan sigorta sözleşmeleri kapsamında bu araçların sebep olduğu hasarların tedvir ve tasfiyesini temin eder” (m 5).

Yargıtay kararlarında TMTB'nin sorumluluğuna ilişkin özellikle Yönetmeliğin 5. maddesine sıkça atıf yapılmaktadır.

“Türkiye...Bürosunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 2. bölüm 5. maddesinde ‘Büro, 4477 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi başta olmak üzere, motorlu araçların işletilmesi nedeniyle tabi olunan mali sorumluluğu karşılamak üzere yurtdışında geçerli sigorta belgelerinin basım, denetim ve düzenlenmesi ile bu sigorta belgeleri kapsamında motorlu araçların sebep olduğu hasarların ödenmesini ve motorlu araçların işletilmesi nedeniyle tabi olunan mali sorumluluğu karşılamak üzere yurtdışında düzenlenen ve ilgili mevzuat uyarınca ülkemizde geçerli bulunan sigorta sözleşmeleri kapsamında bu araçların sebep olduğu hasarların tedvir ve tasfiyesini temin eder.’ düzenlemesi getirilmiştir”³⁷.

Güvence Hesabı Yönetmeliği'nin 9 ve 11. maddelerinde de yabancı plakalı araçların sebebiyet verdiği zararların tazmininin Güvence Hesabı'nın sorumluluğunda olduğuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hükümlere aşağıda yer verilmiştir:

“Ayrıca Hesaba, Yeşil Kart Sigortası kapsamında Türkiye sınırları içinde meydana gelen zararlardan dolayı Büroca tekemmül ettirilen hasar dosyalarının tazminat ödemesi için Büro tarafından da başvurulabilir” (m 9/2).

“Yeşil Kart Sigortası kapsamında Türkiye sınırları içinde zarara uğrayan kişiler için büro tarafından tekemmül ettirilen hasar dosyaları çerçevesinde intikal ettirilen tazminat tutarları hesap tarafından ödenir” (m 11/1).

C. TMTB'ye Karşı Dava Açılması

Yeşil Kart ile Türkiye'de bulunan yabancı plakalı bir aracın üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda, genel hükümler uyarınca, zarar görenin, yabancı plakalı aracın işletenine veya sigortacısına müracaat etmesi mümkündür. Aynı şekilde sigortacı sayılan ve Yeşil Kartın verilmesini sağlayan büroya karşı da husumet yöneltilmesi

³⁷ Yargıtay 17 HD, 20484/2753, 27.02.2014 (Lexpera İçtihat Bankası). Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 17 HD, 15698/5046, 3.4.2014; Yargıtay 17 HD, 7060/7063, 20.6.2017; Yargıtay 17 HD, 3670/938, 26.02.2009 (Lexpera İçtihat Bankası).

mümkündür. Ancak kazanın meydana geldiği ülkedeki zarar görenleri³⁸ yabancı ülkedeki sigorta şirketleri ya da büroya muhatap kılmak, yabancı plakalı araç ile mağduriyet yaşayan kimseleri ikinci defa mağdur etmek anlamını taşır. İşte Yeşil Kart Sistemi, aynen yerli bir aracın zarar verdiği üçüncü kişilerin durumuna eşdeğer şekilde, zarar gören kişilerin haklarına çabuk ve kolay bir şekilde ulaşmasını sağlamak üzere kazanın meydana geldiği ülkedeki büronun, zarar görenler karşısında bir muhatap olarak yer almasını sağlamak amacıyla kurulmuştur³⁹. ZMSS kapsamında kalan bütün talepler için yabancı sigorta şirketi ya da büro yerine kazanın meydana geldiği ülkedeki büroya başvurulabilir. Ancak kazaya sebebiyet veren kişilerin, işletenlerin, ZMSS kapsamında yabancı büro ya da sigorta şirketlerinin sorumluluğu da devam etmektedir.

Bu tür talepler karşısında TMTB'nin muhataplığının hukukî niteliğini de izah etmek gerekir. Yeşil Kart Sigortası ile Türkiye'ye gelen yabancı plakalı araçların, Türkiye'de sebebiyet verdikleri kazalardan dolayı doğrudan TMTB'ye müracaat edilmesi durumunda TMTB, yabancı sigorta şirketi veya büronun, acentesi olarak mı yoksa söz konusu zararın tazminden bizzat sorumlu olduğu için mi yer aldığı, Bürolar arasındaki ilişki de dikkate alınarak izah edilmesi gerekir. Çünkü bazı Yargıtay kararlarında TMTB'ye yabancı şirkete izafeten dava açıldığından bahsedilmektedir. Mesela bu türden bir kararda **“davanın yeşil kart sigortacısına izafeten davalı Büro'ya açılması gerektiği düşünülse bile dava dilekçesi içeriği dikkate alındığında bu durumun esasen temsilde hata olduğunun kabul gerekir. O halde, davalı Büro hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddi doğru değildir”**⁴⁰ cümlesine yer verilmiştir. Keza başka bir kararında yine Yargıtay: **“Yabancı plakalı araçların Türkiye'de karışıklıkları kazalarda şayet geçerli bir yeşil kart sigortaları mevcutsa, yeşil kart sigortalılarına izafeten kusur esasına göre kaza tarihindeki sigorta limitleri dâhilinde sebebiyet verilen zararlar davalı Motorlu Taşıt Bürosu tarafından karşılanacaktır”**⁴¹ yönünde hüküm tesis etmiştir.

Bir başka Yargıtay kararında da **“Davalı Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosu'nun sorumluluğu, Z.M.S.S. genel şartları çerçevesinde, yabancı K3 sigorta şirketine izafeten ve sürücülerin kusuru oranında, kaza tarihindeki trafik sigortası limitleri dâhilindedir”**⁴² cümlesi yer almaktadır.

³⁸ Zarar görenin kazanın meydana geldiği ülkenin vatandaşı olması ya da o ülkede ikamet etmesi şart değildir. Looschelders (n 23) 361.

³⁹ Alman doktrininde, Yeşil Kart sisteminin Almanya bakımından özel bir önemi haiz olduğu, zira Almanya'da yaşayan Türk asıllı kişilerin sorumluluğunu Almanya'da yerleşik sigortalılara sigorta ettirdikleri araçlarla Türkiye'de karışıklıkları trafik kazalarından doğan zararların tazminine ilişkin taleplerin Yeşil Kart Sistemi sayesinde daha kolay bir şekilde halledilebildiği ifade edilmektedir. Bkz Christian Armbrüster, *Privatversicherungsrecht* (2. Aufl, Mohr Siebeck 2019) 564. Yine bu kapsamda Yeşil Kart Bürosunun, ziyaret edilen ülkenin hukukuna uygun olarak zarar görene tazminat ödemeyi garanti ettiği kabul edilmektedir: Junker, Abbo, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.: Säcker, F. Jürgen/Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina), Band 13 8. Aufl. Beck 2021, Rom II-VO Art. 18 Rdnnummer 19.

⁴⁰ Yargıtay 11 HD, 11073/13833, 05.11.2007 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁴¹ Yargıtay 11 HD, 406/2326, 28.02.2008 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁴² Yargıtay 17 HD, 4932/816, 25.02.2008 (Lexpera İçtihat Bankası).

Yukarıda, bürolar arasında, büroların kendi adlarına ve fakat yeşil kart sigorta poliçesini tanzim eden büro hesabına işlemler yapma yetkisinin bulunduğu ve aralarında bir vekâlet ilişkisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Zira izah edildiği üzere imzalanan model anlaşmalar ile uymayı taahhüt ettikleri Bürolar Konseyi'nin İç Tüzük Kurallarına göre, bürolar aslında birbirlerini işlerini karşılıklı olarak görmekle yükümlü kılmış olmaktadır. Nitekim kazanın meydana geldiği ülkedeki büro yabancı büro adına kazadan mütevellit “*hasarların tedvir ve tasfiyesi*” işini yapmakta; işin görülmesinden sonra da aralarında mevcut olduğu kabul edilen iç ilişki çerçevesinde ilgili yabancı büroya rücu etmiş olmaktadır.

Bürolar Konseyi İç Tüzüğü'nün 3/3. maddesinde bürolara uyuşmazlığı çözme, tazminat ödemesi yapma, sulh olma ve her türlü adlî süreci takip etme yetkisi verilmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında TMTB'nin, dolaylı temsil yetkisi bulunan vekil konumunda olduğu ifade edilmelidir. Bu durumda dolaylı temsilci olan büro zarar gören kişilerin doğrudan muhatabı konumunda olacaktır. Zira dolaylı temsil ilişkisinin niteliği gereği temsilci, kendi adına ve fakat temsilcisi olduğu kişi hesabına hareket ettiğinden, zarar gören karşısında muhatap yalnızca TMTB olacaktır. Bununla beraber, bürolar arasındaki iç ilişki kapsamında varlığı kabul edilen vekâlet ilişkisinin ve bu ilişkinin bir sonucu olan dolaylı temsil yetkisinin zarar görenin Türkiye'deki Büroya yönelttiği taleplerin hukukî temelini izah etmeye bir katkısı olmadığı açıktır. Zira bu ilişki ancak vekâlet ilişkisinin tarafları arasındaki rücu ilişkisi bakımından bir anlam ve işlevi olan bir ilişkidir.

Zarar gören kişilerin, sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan ve fakat tarafıyla vekâlet ilişkisi bulunan Büro'ya yönelttiği davaların hukukî dayanağı, yukarıda ayrıntısıyla izah edilen Yeşil Kart sisteminin usul ve esaslarını tayin eden kanun hükümleridir. Bir diğer ifadeyle Türkiye'deki büro, zarar görenlere karşı kanun gereği sorumlu kabul edilmiştir; onun sorumluluğu (aynı ZMMS yapan sigorta şirketinin durumunda olduğu gibi) kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur.

TMTB'nin, yabancı sigorta şirketi ya da bürosunun acentesi⁴³ sıfatıyla davada yer almasının düşünülüp düşünülemediği üzerinde de durulmalıdır. Uygulamada acenteye karşı açılan davalarda “*izafeten*” ibaresi kullanılmaktadır⁴⁴. Kanuna göre, acenteler, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmelerden dolayı sigorta şirketi adına dava açabileceği gibi acenteye karşı aynı sıfatla dava da açılabilir (TTK m 105/2)⁴⁵. Acente kanunî temsilcisi olarak davada müvekkilini temsil eder⁴⁶.

⁴³ Acente sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2019) 830; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2019) 297 vd; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019) 216 vd.

⁴⁴ “*Acente fiilen aracılıkta bulunduğu veya bizzat müvekkili nam ve hesabın akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda müvekkili adına dava açabileceği gibi...kendisine karşı da aynı sıfatla ve fakat müvekkiline izafeten dava açabilir*”: Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, (n 43) 845.

⁴⁵ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, (n 43) 845; Arkan, (n 43) 237.

⁴⁶ Kanunî temsil bazı şartlara bağlanmıştır. Şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, (n 43) 845 vd.

“Ancak, davacı tarafından icra takibine itiraz edilmesi üzerine C. bayraklı geminin donatanına izafeten ve kendisine asaleten B.a karşı işbu dava açılmış olup yargılama sırasında davalı B. 'in söz konusu geminin donatanı olmadığını savunması üzerine **donatana izafeten acentesi Y. Deniz Acenteliği A.Ş'ye** dava dilekçesi tebliğ edilmiş ve adı geçen şirket de bu sıfatla yargılamaya katılmıştır”⁴⁷.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁴⁸ 102/1. maddesinde acente tanımlanmıştır:

“Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.”

TMTB, yabancı sigorta şirketi adına sözleşme yapılmasına aracılık eden ya da bizzat bunlar adına hukukî işlemlere taraf olan kişi konumunda değildir. Kaldı ki acentenin müvekkilin borçlarından dolayı sorumluluğu da bulunmamaktadır. Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar, acentelere karşı uygulanamaz (TTK m 105/3). Dolayısı ile maddî hukuk bakımından hak sahibi ve usûl hukuku anlamında sıfatı (husumet ehliyetini) haiz olan acente değildir; acentelik veren kişidir (müvekkildir)⁴⁹. Hâlbuki TMTB’ye karşı açılan davalarda hüküm bizatihi TMTB aleyhine verilmekte ve ilâm TMTB’ye karşı icra edilebilmektedir. Dolayısı ile TMTB Türkiye’deki davalarda yabancı sigortacının veya yabancı Büronun acentesi konumunda da değildir.

TMTB’nin sorumluluğu, Güvence Hesabının sorumluluğuna⁵⁰ da benzetilebilir. Güvence Hesabının sorumluluğu, mağdurun Güvence Hesabının sorumluluğu kapsamına⁵¹ giren zararının, zorunlu sigortalardan karşılanamaması hâlinde Kanun gereği ortaya çıkmaktadır (Sigortacılık Kanunu m 14). Zorunlu sigortaları düzenleyen Sigortacılık Kanununun 13. maddesi gereğince zorunlu sigortalara ilişkin olarak Kanunda belirlenen koşulların⁵² oluşması halinde ortaya çıkan zararların, bu sigortalarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Güvence Hesabı oluşturulması Sigortacılık Kanunu’nun 14. maddesinde hükme bağlanmıştır⁵³.

⁴⁷ Yargıtay 11 HD,12256/9394, 17.9.2015 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁴⁸ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

⁴⁹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, (n 43) 845; Poroy ve Yasaman, (n 43) 305; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (3. Bası, Yetkin 2020) 77.

⁵⁰ Güvence Hesabının kurulmasının amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Tekin Memiş, ‘Güvence Hesabının Taşımının 100 km. Altında Olması Nedeniyle Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Kapsamında Ödeme Yapmayı Reddetmesi Hukuka Uygun mudur?’ (2012) 3(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-138.

⁵¹ Güvence Hesabının sorumluluğunun kapsamı hakkında bkz Vural Seven, ‘Sigorta Güvence Hesabı’nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’ (2017) 12(157-158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31 vd. Memiş, (n 50) 139 vd.

⁵² Güvence Hesabına başvuru şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Seven, (n 51) 35 vd. Ayhan, Çağlar ve Özdamar, (n 49) 109 vd.

⁵³ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, (n 49) 110.

Güvence Hesabının sorumluluğu, esas olarak işletenin sorumluluğuna⁵⁴ dayanmaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesinde açıkça işletenlerin, aynı Kanunun 85. maddesinde düzenlenen sorumluluklarının karşılanması amacıyla ZMSS yaptırımları gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵. Güvence Hesabı, mağdurun Kanun kapsamındaki zararından işletenin zorunlu sigortacısı gibi sorumlu kabul edilmektedir.

TMTB ile zarar gören veya işleten arasında herhangi bir akdî ilişki bulunmamaktadır. Nitekim bir Alman mahkemesi, Polonya'da meydana gelen kazadan dolayı hem Alman Yeşil Kart Bürosuna hem de Polonya Yeşil Kart Bürosuna karşı Almanya'da açılan bir davada, kazanın meydana geldiği ülkedeki Yeşil Kart bürosunun zarar görenle hiçbir akdî ilişki içinde olmadığını, sadece ilgili sorumluluk sigortacısı hesabına zararın tasfiyesine aracılık eden bir kuruluş olduğunu ifade ederek Polonya Yeşil Kart Bürosu bakımından Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığına karar vermiştir⁵⁶.

TMTB, Yeşil Kart Sigortası ile Türkiye'ye gelen yabancı plakalı araçların verdikleri zarardan asgarî, Türkiye'deki ZMSS kapsamında bizzat sorumludur. Diğer bir ifade ile bir önceki başlıkta ayrıntısıyla yer verilmiş olan hukukî dayanaklar⁵⁷, maddî hukuk bakımından TMTB'yi hak sahibine karşı sorumlu kılmaktadır. Bu yaklaşım, sorumluluk sigortalarının genel mahiyetine de uygundur. Sorumluluk sigortalarında sigortalının zarar verdiği kişi taleplerini, kanun gereği doğrudan sigortacıya yöneltebilir (TTK m 1429). Zarar görenin doğrudan dava hakkı olarak anılan bu hukukî imkân, yabancı araçların karıştığı kazalar bakımından Yeşil Kart Sistemi sayesinde desteklenmiş olmaktadır. Böylece zarar gören kişi, doğrudan Büro'ya yönelteceği talepleriyle sorumluluk sigortacısına yönelte imkânını haiz olduğu giderim talebini daha etkili bir şekilde kullanma imkânı elde etmiş olacaktır⁵⁸; ki bu Yeşil Kart Sistemi'nin temel gayesidir.

Taraf sıfatı, dava konusu kılınan sübjektif hakla davanın tarafları arasındaki ilişkiyi ifade eder. Sıfat, davada davacı ve davalı olarak gösterilmiş kişilerin dava konusu hak ile gerçekten ilgili, diğer bir ifade ile hak sahibi ya da yükümlüsü olup

⁵⁴ 85. maddesine göre, motorlu araç işletilmesi sebebiyle verilen zarardan işleten kusursuz sorumluluk esasına göre sorumludur (KTK m 85/1): Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin 2017) 690.

⁵⁵ Şaban Kayhan, 'Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMSS=Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılardan Üçüncü Kişi Sıfatıyla Mütteveffanın Sigortacısına Başvuruları Durumuna İlişkin Hukukî Düşünceler' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 255.

⁵⁶ Landgericht Darmstadt, 13.10.2016, 3 O 349/14.

⁵⁷ Hukukî dayanaklar olarak, Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Sigortacılık Kanunu (m 14/2), Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk İçin Yapılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Güven Hesabı Yönetmeliği ve Bürolar Konseyi İç Tüzüğü sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz III, B.

⁵⁸ Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki, Yeşil Kart Sistemi ile zararın tazmini amacıyla doğrudan TMTB'ye başvuru imkânının getirilmiş olması, yabancı plakalı araçların Türkiye'de işletilme halinde iken sebebiyet verdiği zararlara ilişkin genel sorumluluk sistemini ortadan kaldırmış olmaktadır. Bir diğer ifadeyle yabancı plakalı aracın işleteni de KTK m 85 hükmü çerçevesinde, bu zararın tazmininden sorumlu olmaya ve kalmaya devam edecektir (MÖHUK m 34).

olmadıklarıyla ilgili olup maddî hukuk kuralları gereğince belirlenir⁵⁹. Taraf sıfatı, maddî hukuk bakımından, dava konusuna ilişkin olarak kimin hak sahibi olduğunu veya sorumlu olduğunu ifade eder. Bunun için de davanın esasına girilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi maddî hukuk kuralları, zarar görenlere karşı TMTB'nin doğrudan sorumluluğu kuralını getirmiştir. TMTB davacı olduğunda hak sahibi, davalı olduğunda ise yükümlü olup olmadığı, davanın esasına uygulanan maddî hukuk kurallarına göre belirlenecektir.

O hâlde TMTB, yabancı bürolar tarafından verilmiş Yeşil Kart Sigortası ile Türkiye'ye gelen yabancı plakalı araçların üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı asgarî olarak Türkiye'deki ZMSS kapsamında "bizzat" sorumludur⁶⁰. Üstelik burada yabancı sigorta şirketi ve işletenin ve zarar verenin de kanundan doğan müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Burada TBK m 61 gereğince birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olması durumu vardır. TMTB'nin yanında yabancı büro poliçeyi düzenleyen ya da düzenlenmesine yetki veren sigortacı sıfatıyla sözleşmeden doğan sorumluluğu, aracın işletenin Karayolları Trafik Kanunu m 85 uyarınca tehlike sorumluluğu, aracı kullananın ise TBK m 49 uyarınca kusur sorumluluğu söz konusudur⁶¹. Dolayısı ile TMTB'ye karşı dava açılmasında "izafeten" gibi ifadelerin kullanılması doğru olmasa gerektir. Nitekim Yargıtay da birçok kararında TMTB ile yeşil kart sigortasının tarafı sigorta şirketinin müteselsilen sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir⁶².

IV. TMTB'ye Karşı Açılacak Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk

Trafik kazasından kaynaklanan davalarda zarar verenin hukukî sorumluluğu haksız fiil hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Dolayısı ile zarar görenin, zarar verene ve sigorta şirketine karşı açacağı davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukuk, haksız fiil hükümlerine göre belirlenir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, özel bir yetki kuralı olmadıkça iç hukukun milletlerarası yetki kuralları itibarıyla tayin edilir (MÖHUK m 40)⁶³. Yeşil Kartlı bir aracın Türkiye'de karıştığı trafik kazasından dolayı üçüncü kişinin zarar

⁵⁹ Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Yetkin 2016) 512; Baki Kuru, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Legal 2015) 94; Hakan Pekcanitez, *Medeni Usûl Hukuku Cilt I* (Editörler: Pekcanitez H, Özekeş M, Akkan M ve Taş Korkmaz H) (15. Bası, On İki Levha 2017) 548 vd; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2019) 227-229.

⁶⁰ Kara (n 11) 233; Gökcan (n 6) 745.

⁶¹ Birden çok kişinin aynı zararın tazmininden sorumlu olması halinde tabi olacaklar esaslar hakkında bkz. Eren, Genel Hükümler (n 54) 839.

⁶² Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 17 HD, 18007/7784, 19.6.2019; Yargıtay 17 HD, 18790/9728, 21.10.2019; Yargıtay 17 HD, 3670/938, 26.02.2009 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁶³ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi için bkz Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (22. Bası, Beta 2017) 460 vd; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuku* (6. Bası, Savaş 2020) 60 vd; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15. Bası, Beta 2017) 543 vd; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Beta 2019) 383 vd.

görmesi, yabancı araç kullanan kişinin haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da⁶⁴ özel bir yetki kuralı bulunmadığı için, haksız fiilden doğan ihtilâflarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibarı ile yetki kurallarına göre belirlenir.

Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimâlinin bulunduğu yer yahut zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir (HMK m 16). Ayrıca genel yetkili mahkeme de olan davalının yerleşim yerinde de dava açılabilir (m 6/1).

Bu hükümler dikkate alındığında TMTB'ye karşı açılacak davalarda, davacının (zarar görenin) yerleşim yeri mahkemesi, kazanın meydana geldiği yer mahkemesi, kaza yeri ile zarar yeri farklı ise zararın meydana geldiği yer mahkemesi ve TMTB'nin yerleşim yerinin bulunduğu İstanbul Mahkemeleri, milletlerarası yetkiyi haizdir.

MÖHUK'ta haksız fiillere ilişkin genel hüküm, MÖHUK m 34'de yer almaktadır. Buna göre haksız fiilden doğan ihtilâflar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tâbidir. Türkiye'de Yeşil Kartlı bir aracın karıştığı kazada, haksız fiilin işlendiği yer olarak Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m 34/1). Maddî ve fiilî olmak koşulu ile zarar haksız fiilin gerçekleştiği başka bir ülkede ortaya çıkmış ise, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır (MÖHUK m 34/2)⁶⁵. Türkiye'de meydana gelen trafik kazalarında bu durumun gerçekleşme ihtimali azdır⁶⁶. Bu kapsamda konuya ilişkin bir kararında Yargıtay:

“Davalı F3 Sigorta A.Ş.nin temyiz itirazlarına gelince, dava, haksız fiilden kaynaklanan tazminatın, zarara neden olan 3. kişilerden rücuen tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece her ne kadar 2675 sayılı MÖHUK'nun 25/2.b maddesi uyarınca olaya Avusturya Hukuku'nun uygulanacağı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuşsa da, aynı yasa maddesinin 1. fıkrası uyarınca haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Olay yeri Sulusaray/Yeşilyurt olduğuna ve davacı sigortalısı bu kazada vefat ettiğine göre, davacının hak sahiplerine ödemelerini Avusturya'da yaptığı gerekçesiyle, zararın meydana geldiği ülkenin Avusturya olduğu kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, uyumsuzluğa Türk” hukukunun uygulanması yönünde hüküm tesis etmiştir⁶⁷.

Eğer haksız fiilden doğan borç ilişkisi başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili ise sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanır (MÖHUK m 34/3). Sıkı ilişkinin tespitinde, tarafların vatandaşlığı, ikametgâhları, mutad meskenleri, kazaya karışan araçların kayıt yerleri gibi kriterler dikkate alınabilir⁶⁸. Taraflar haksız fiilin meydana gelmesinden sonra açık olarak hukuk seçimi de yapabilirler (MÖHUK m 34/5).

⁶⁴ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

⁶⁵ Nomer (n 63) 361 vd.

⁶⁶ Fiil yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olmasına dair örnekler için bkz Doğan (n 63) 438 vd; Çelikel ve Erdem (n 63) 447.

⁶⁷ Yargıtay 11 HD, 5829/2562, 21.03.2005 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁶⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 63) 326; Nomer (n 63) 365; Doğan (n 63) 439.

TMTB'ye karşı açılan davalarda Yargıtay uygulanacak hukuka dair bir değerlendirmede bulunmadan doğrudan Türk hukukunu uygulamaktadır. Hâlbuki kazaya karışan aracın yabancı plakalı olması ve ZMSS'nın da yabancı bir sigorta şirketi tarafından yapılması sebebiyle, söz konusu kaza ve ihtilâf yabancı unsurludur⁶⁹. Kazanın Türkiye'de meydana gelmesinden dolayı bu uygulamanın MÖHUK m 34/1'e uygun olduğu söylenebilir; ancak diğer ihtimâllerin dikkate alınmaması sebebiyle eleştiri konusu da yapılabilir.

Haksız fiile uygulanacak hukuk, haksız fiil sorumluluğunun koşullarını, kapsamını, neticelerini, kusuru ve kusurun derecelerini, hukuka aykırılık unsurunu, illiyet bağıını, tazminatın türünü ve miktarını tayin edecektir⁷⁰. Yargıtay bir kararında TMTB'ye karşı dava açılıp açılmayacağını sigorta poliçesine uygulanacak hukuka (MÖHUK m 24) göre tespit edilmesine karar vermiştir. Buna göre ilgili kararda Yargıtay:

"...Bu durumda, uyumsuzluğun çözümünde belirleyici unsur olan merkezi Almanya'da ki davalı sigorta şirketinin düzenlediği sigorta poliçesi ile verilen sigorta güvencesinin kapsamı ve niteliğinin ne olduğu net ve kesin bir açıklıkta saptanması gerekmektedir.

Bu bakımdan, MÖHUK'un 24 ncü maddesindeki düzenleme de dikkate alınarak, söz konusu poliçenin aslı, özel-genel şartları ile tüm eklerinin özgün metinleri ile buna ilişkin Alman yasaları ve varsa diğer mevzuatın getirtilip, Türkçe tercümelere yapıldıktan sonra poliçenin kapsamı ve niteliği ile teminatın ne olduğunun, iddia ve savunmalar göz önüne alınarak, Türkiye Motorlu Taşıtlı Büro'su'na izafeten davanın açılıp açılmayacağını sigorta uygulamacısı ve sigorta hukuku öğretim üyelerinden oluşturulacak-tercihen Almanca'ya ve Alman Sigorta Hukuku'na vakıf-bilirkişi kurulundan rapor alındıktan sonra, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir"⁷¹.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı yerinde değildir. Öncelikle Yeşil Kartlı bir araçta bulunan yolcuların ZMSS kapsamında olup olmadığı, haksız fiil esaslarına tâbidir⁷². Özellikle ZMSS şartları, limitleri, kapsamı münhasıran kaza yeri hukukuna tâbidir. Yeşil Kart Sisteminde, söz konusu sorumluluk sigortası sözleşmesi esasen ödeme bürosunun bulunduğu devletin hukukuna tâbi iken, sözleşme ile ifası kararlaştırılan hukukî korumanın kapsamı, kazanın meydana geldiği ve işlemi yapan büronun bulunduğu devletin hukukuna tâbidir⁷³. Bu bakımdan işlem yapan büronun bulunduğu devlet hukuku hem mağdurun istifade edebileceği asgarî ZMSS limiti hem de tazminatın ödenmemesi halinde başvurulabilecek hukukî yollar hakkında belirleyicidir⁷⁴.

⁶⁹ Doktrinde, kazaya karışan aracın Yeşil Kart Sistemine dâhil olması sebebiyle yabancı unsurlu bir olayın, iç hukuku ilgilendiren bir mesele hâline geldiği ifade edilmektedir. Bkz Metzler (n 22) 160.

⁷⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 63) 326; Nomer (n 63) 362; Doğan (n 63) 441.

⁷¹ Yargıtay 11 HD, 7645/10526, 10.07.2007 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁷² Türk hukukunda ZMSS sigortasına konu araçta bulunan yolcuların, zarar gören üçüncü kişi olarak sigortacıya müracaat haklarının olduğu kabul edilmektedir: Ayrıntılı bilgi için bkz Çeker (n 40) 272-273.

⁷³ Wulf-Henning Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht* (Paul Siebeck 1985) 614-615.

⁷⁴ Junker, (n 39) Rn. 25.

Örneğin, yabancı sigorta poliçesinde ve yabancı sigorta poliçesinin tâbi olduğu hukuka göre hatır yolcusu olsun ya da olmasın, Türk hukukunun aksine zarar gören üçüncü kişi kabul edilmemekte ise kazaya karışan yabancı araçta bulunan bu yolcular, yabancı sigortacıya veya TMTB'ye müracaat edemeyecek midir? Kanaatimizce bu sorunun cevabı kaza yeri hukukuna göre verilmelidir. Yukarıda izah edilen hükümlerden de anlaşılacağı üzere TMTB kaza yerinde geçerli olan ZMSS kapsamında sorumludur. Kaldı ki doktrinde zorunlu sigortaya ilişkin düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural oldukları ileri sürülmektedir⁷⁵.

Yabancı sigorta poliçesinin tâbi olduğu hukuk, ancak Türkiye'de geçerli ZMSS limitleri ve kapsamını aşan zararlar bakımından uygulanabilir. Diğer bir ifade ile Türkiye'de geçerli ZMSS limitini ve kapsamını aşan zararın, yabancı sigortacıdan talep edilip edilemeyeceği, sigorta sözleşmesinin tâbi olduğu hukuka göre tespit edilebilir kanaatindeyiz.

MÖHUK m 34/4'de, haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun imkân vermesi hâlinde zarar görenin, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Uygulanacak hukukun Türk hukuku olması hâlinde, TTK m 1478 gereği zarar görenin doğrudan TMTB'ye müracaat hakkı vardır⁷⁶.

Sonuç

Yabancı plakalı bir motorlu kara taşıtının Türkiye'ye giriş yaparken ya ZMSS yaptırması ya da kendi ülkesinde Türkiye'de de geçerli bir Yeşil Kart Sigortası yaptırması gerekmektedir. Türkiye'nin de dâhil olduğu Yeşil Kart Sisteminin iki amacı bulunmaktadır. Yeşil Kart Sisteminin ilk amacı, üye ülkelerde geçerliliği olan tek tip bir ZMSS sigorta kartı ile motorlu kara taşıtlarının uluslararası hareketliliğini kolaylaştırmaktır. İkinci amaç ise, Yeşil Kart Sigortası ile yabancı plakalı bir aracın karıştığı kazalardan dolayı mağdurun, ZMSS limitleri dâhilinde kaza ülkesinde başvurabileceği bir merciin bulunmasıdır. İşte hem Türkiye dışına gidecek araçlara Yeşil Kart Sigortası verilmesini sağlamak hem de Yeşil Kart Sigortalı yabancı plakalı bir aracın Türkiye'de üçüncü kişilere verdiği zararın tazmini amacıyla görevli TMTB kurulmuştur.

TMTB'nin görevleri çalışma esas ve usullerini düzenleyen Yönetmelikte sayılmıştır. Öncelikle TMTB kendi yetkisi dâhilinde verilen Yeşil Kart Sigortasından

⁷⁵ Hatice Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi 2001) 163-164. Ancak Roma I Tüzüğü'nün 7/4. maddesinde zorunlu sigortaya ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmemiştir: Ekşi, (n 7) 51-52. Avrupa Birliğinde zorunlu sigortalara, zorunlu sigorta yaptırma yükümlülüğü getiren ülkenin hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Sedat Sirmen, 'Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi' (2006) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi <tez.yok.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020, 71 vd.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 49) 324 vd.

dolayı kazanın meydana geldiği yabancı ülkede geçerli ZMSS limitleri ve şartları dâhilinde, üçüncü kişilere o ülke bürosu tarafından ödenen zararları rücu tazmin edilmesini sağlamak görevi vardır. Yine TMTB, yabancı bürolar tarafından verilmiş Yeşil Kart Sigortası ile Türkiye’de bulunan araçların karıştıkları kazalardan doğan zararların tasfiye ve tedviri ile sorumludur. TMTB bu işlemi yabancı büro adına vekâleten yürütmektedir. Dolayısı ile TMTB vekâlet sözleşmesinde müvekkilin özen borcu çerçevesinde yabancı büronun menfaatlerini gözeterek bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Adına işlem yapılan yabancı büro, Türkiye’de geçerli olan ZMSS limitlerinin üzerinde teminat vermesi hâlinde, TMTB Türkiye’deki ZMSS limitleri üzerinde ödeme de yapabilir. Ödeme yapan büro kazanın meydana geldiği ülkedeki kanunlar ihtilâfi kuralları dâhil, yürürlükte olan hukukun yorumlanmasında ve ihtilâfin çözümünde münhasıran yetkilidir.

Gerek Avrupa Sözleşmesi gibi milletlerarası düzenlemelerde gerek Sigortacılık Kanunu ve TMTB’nin çalışma usûl ve esaslarını düzenleyen Yönetmelik gibi iç hukuk düzenlemelerinde, TMTB’nin Yeşil Kart Sigortası kapsamında Türkiye’de meydana gelen kazalardan dolayı üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bundan dolayı doğrudan TMTB’ye başvurulabilir ve dava açılabilir. TMTB davada, Yeşil Kart Sigortasını yapan sigorta şirketi ya da ilgili büronun vekili ya da acentesi konumunda değildir. Bilâkis maddî hukuk kuralları gereğince zarar görenlere karşı doğrudan sorumludur ve dolayısı ile davada taraf sıfatı vardır. Üstelik TMTB’nin yanında yabancı sigorta şirketi ya da ilgili yabancı Büro da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Nitekim bundan dolayı uygulamada, davalar doğrudan TMTB’ye karşı açılmakta ve karar da TMTB’ye karşı icra edilmektedir.

TMTB’ye karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibarı ile yetki kurallarına göre tespit edilir. TMTB’ye karşı genel yetkili mahkeme olan TMTB’nin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir gibi haksız fiilin işlendiği ya da zararın meydana geldiği yahut zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılabilir. TMTB’nin sorumluluğu ve kapsamı, haksız fiillere uygulanacak hukuk kapsamında haksız fiil statüsüne tâbidir. TMTB’nin sorumluluğu genellikle kazanın ve zararın meydana geldiği Türk hukukuna tâbi olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Altop A, 'Trafik Kazaları Sebebiyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E. 2011/17-142 K. 2011/411 Sayılı ve 22.02.2012 Tarihli E. 2011/17-787 K. 2012/92 Sayılı Kararları ile Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli ve E. 2011/11551 K. 2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi' (2008) 8(1) Yaşar Üniversitesi Dergisi 151-184.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019).
- Armbrüster C, *Privatversicherungsrecht* (2. Aufl, Mohr Siebeck 2019).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2019).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı* (3. Bası, Yetkin 2020).
- Çeker M, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku* (20. Bası, Karahan Kitabevi 2019).
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15. Bası, Beta 2017).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuku* (6. Bası, Savaş 2020).
- Ekşi N, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk* (Beta İstanbul 2012).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin 2017).
- Gökcan HT, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukukî Sorumluluk Tazminat Sigorta ve Rücu Davaları* (9. Bası, Seçkin 2018).
- Junker Abbo, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Herausgeber: Säcker, F. Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina Hrsg.) (8. Aufl. Band 13, 2021).
- Kara E, 'Sınırötesi Trafik Kazaları: Avrupa Birliğinde ve Türk Hukukunda Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası' (2016) 6(11) Hasan Kalyoncu Hukuk Fakültesi Dergisi 215-256.
- Kayıhan Ş, 'Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMSS=Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılardan Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvuruları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 251-264.
- Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi 2001).
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Legal 2015).
- Looschelders D, 'Internationale Zuständigkeit für Klagen gegen ausländische Entschädigungsstellen und Grüne-Karte-Büros' (2018) 38(4) IPRax (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts) 360-363.
- Merkin R and Hemsworth M, *The Law of Motor Insurance* (2nd Edition, Sweet&Maxwell 2015).
- Metzler M, 'Nationales Versicherungsbüro (NVB) & Nationaler Garantiefonds (NGF)', *Haftpflicht des Motorfahrzeughalters - neue Antworten auf alte Fragen* (Herausgeber: Walter Fellmann), (Stämpfli 2013) 155-188.
- Memiş T, 'Güvence Hesabının Taşımanın 100 km. Altında Olması Nedeniyle Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Kapsamında Ödeme Yapmayı Reddetmesi Hukuka Uygun mudur?' (2012) 3(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129-150.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22. Bası, Beta 2017).
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Editörler: Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H) (15. Bası, On İki Levha 2017).

- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2019).
- Roth, WH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht* (Paul Siebeck 1985).
- Seven V, 'Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı' (2017) 12(157-158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-62.
- Sirmen S, 'Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı' (2006) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi <tez.yok.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Beta 2019).
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Yetkin, 2016).
- Tufan Y, 'Uluslararası Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Yeşil Kart Sistemi' (2008) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <tez.yok.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020.
- Ulaş I, *Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (7. Bası, Turhan Kitabevi 2010).
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan NF, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2019).
- Yavaşı M, *Kara Taşıtları Sigortaları* (Yetkin 2020).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.12.2020
Revizyon Talebi: 24.03.2021
Son Revizyon: 28.03.2021
Kabul: 03.04.2021

Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği

Ali Bal*

Öz

Bir devletin bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluğuna başvurmasının kabul edilebilirliği bakımından hangi şartların uygulanacağı, başvurunun niteliğine bağlıdır. Başvuran devletin doğrudan zarara uğradığı durumlarda diplomatik himayenin uluslararası örf ve âdet niteliğindeki şartları uygulanmayacağı için, fiilen vatandaşa verilen -ve hukukî bir varsayım gereğince devletin de dolaylı olarak uğradığı kabul edilen- zararlara dayanan başvuruların öncekilerden ayrı mütalaa edilmesi zorunludur. Uygulamada, özellikle iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliğinin tespiti bakımından, devletin uluslararası mahkemelerde haklar öne sürerken doğrudan zararlarına mı yoksa dolaylı zararlarına mı dayandığı meselesi gündeme gelmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonunun ilgili uluslararası yargı ve hakemlik kararlarını ve doktrindeki görüşleri dikkate alarak hazırladığı Diplomatik Himayeye İlişkin Taslakta, bir uluslararası başvurunun "ağırlıklı olarak" vatandaşa verilen zarara dayanarak getirildiğinde, iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekeceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, devletin hem doğrudan hem de vatandaşlarının zararlarına dayanarak haklar öne sürdüğü böyle karma nitelikli başvurularda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği hakkında karar vermek için, duruma göre, başka kriterlerin veya başvuruya ilgili çeşitli unsurların da göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilebilmektedir. Bu makalede, bir devletin uluslararası sorumluluğa diplomatik himaye hakkını kullanmak suretiyle başvurduğunu tespit etmenin gerekliliği, zorlukları ve sonuçları, ilgili kodifikasyon çalışmaları, uluslararası yargı ve hakemlik organlarının kararları ve hukukî görüşler ışığında ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Devletin uluslararası sorumluluğa başvurması, Diplomatik himaye, İç başvuru yollarının tüketilmesi, Doğrudan-dolaylı zarar ayırımı, Karma nitelikli başvurular, Ağırlık kriteri

Invocation of Responsibility by a State on the Basis of Diplomatic Protection: The Applicability of the Requirement of Exhaustion of Local Remedies

Abstract

The requirements which apply in terms of the admissibility of a state's invocation of another state's responsibility for its internationally wrongful acts depends on the nature of the claim. Since the international customary requirements of diplomatic protection are not applicable to cases where the applicant state is directly injured, the claims based on the injuries to a national, which are also by a legal fiction regarded as the indirect injuries to his or her state of nationality, must be considered separately from the former ones. In practice, especially in determining the applicability of the requirement of exhaustion of local remedies, the question arises about whether the state relies on its direct injuries or indirect injuries while asserting rights before international courts. The Draft Articles on Diplomatic Protection prepared by the International

* Sorumlu Yazar: Ali Bal (Doç. Dr.), Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: ali.bal@deu.edu.tr ORCID: 0000-0002-0543-0136

Atf: Bal A, "Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 543. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0088>



Law Commission, taking into account the relevant international judicial and arbitral decisions and opinions of jurists, provide that local remedies shall be exhausted where an international claim is brought “preponderantly” on the basis of an injury to a national. However, it is suggested that other criteria or various factors related to the claim, as the case may be, should also be considered in order to decide on the applicability of the requirement of exhaustion of local remedies in such mixed claims containing elements of both injury to the state and injury to the nationals of the state. In this article, the necessity, difficulties, and consequences of determining whether a state invoked the responsibility by means of the right to exercise diplomatic protection are examined in detail in the light of the relevant codification works, decisions of judicial or arbitral bodies, and juristic opinions..

Keywords

Invocation of responsibility, Diplomatic protection, Exhaustion of local remedies, Direct and indirect injuries, Mixed claims, Preponderance test

Extended Summary

The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which were completed by the ILC in 2001, focus on the definition of the basic rules governing the international responsibility of the state. They define, among others, the general conditions for invoking state responsibility. As for detailed provisions on the requirements necessary for invoking international responsibility by exercising a state's right of diplomatic protection, they have been supplied by the Draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the ILC in 2006. To establish whether a state invoked international responsibility on the basis of a direct injury to itself or an indirect one suffered through an injury to a national constitutes the most critical point for determining the requirements to apply in terms of admissibility of the claim. The international customary requirements of diplomatic protection (the rule relating to the nationality of claims and the rule of exhaustion of local remedies) are applicable with regard to second-type claims but not to first-type ones.

In practice, the parties to a dispute often differ on the applicability of the rule of exhaustion of local remedies. The main reasons underlying this issue are that states frequently claim, in the same proceedings, that they have suffered both direct and indirect injuries caused by an internationally wrongful act, and/or request the authorized court to rule on both. While there is no doubt that the local remedies rule is applicable in principle in cases where the claimant state is indirectly injured as a result of internationally wrongful acts of another state, it is not easy to decide whether an international claim should be classified as a direct claim or an indirect one where it is a mixed one in the sense that it contains elements of both injury to the state and injury to the nationals of the state and accordingly, whether that rule applies or not in those cases.

Some criteria are suggested to make a decision on the applicability of the requirement in question in such mixed claims based on both direct and indirect injuries. Article 14(3) of the ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection provides that local remedies shall be exhausted where an international claim is brought "preponderantly" on the basis of an injury to a national. In the Commentary to the Draft Articles, the ILC states that the court or tribunal should examine the different elements of the claim and decide whether the direct or the indirect element is preponderant. According to the ILC, while applying this test, some factors such as the subject of the dispute, the nature of the claim, and the nature of the remedy claimed should also be considered. The preponderance test has, to some extent, been applied together with one or more of these factors in some international judicial and arbitral decisions in order to qualify the claim. Some authors maintained that it is also related to the nature of the substantive rights allegedly violated. Support for this approach is to be found in the practice of judicial authorities, especially ITLOS' case law.

To classify an international claim as a direct or an indirect one for the purpose of deciding the applicability of the requirement of exhaustion of local remedies, which is one of the most complex and controversial questions in international law, it may be necessary to consider all the circumstances around the case. In this context, to determine whether the direct or the indirect injury is preponderant in a certain claim, different elements and aspects of the claim should be distinguished from each other, weighed up and then objectively assessed as a whole. In the process of determining the nature of the claim, international courts and tribunals may consider its true substance rather than its formulation by the applicant state, as the case may be.

There is no uniformity in the practice of qualifying international claims in terms of the applicability of the requirement of exhaustion of local remedies, and judicial authorities have sometimes made the distinction arbitrarily or without proper legal reasoning. Although it is difficult to argue that the relevant suggestion of the ILC offers a valid remedy for every situation, it cannot be ignored that it provides important guidance for the authorities concerned. Considering the developments in international law and international relations such as increasing recognition of the rights of individuals, increase in the activities of individuals and companies in the international arena, and diversification of international relations, it may be argued that the subject of the present article will continue to be legally discussed and improved within the framework of various cases in the future.

Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği

Giriş

Uluslararası yükümlülüklerini ihlal eden devletlerin sorumluluktan kaynaklanan -devam ediyorsa eyleme son verme, ihlalin tekrarlanmayacağı hususunda güvence sağlama, zararı tamamen giderme gibi- (yeni) yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak üzere çeşitli hukukî yollara müracaat edilebilir. Uluslararası hukuka aykırı eylemden zarar gören veya uluslararası hukukun kendilerine bu konuda yetki tanıdığı (öteki) devletler, istisnaî mahiyette olduğu düşünülen karşı önlemleri ya da diğer meşru önlemleri alabilmenin yanında, diplomatik veya yargısal yollarla talepte bulunmak suretiyle devletin sorumluluğuna başvurabilirler. Devletin sorumluluğa başvurabilmesi, prensip olarak ihlalden zarar görmüş olmasına bağlıdır. Devletler, uluslararası hukuka aykırı eylemden doğrudan zarar görebileceği gibi, uyrukluğunu taşıyan kişi veya nesnelere verilen zararlar dolayısıyla da zarara uğramış kabul edilir. Devletin, doğrudan zararları yerine vatandaşına verilen zararlar sebebiyle uğradığı (varsayılan) dolaylı zararlarına dayanarak bir diğer devletin uluslararası sorumluluğuna başvurması, bir başka deyişle diplomatik himayede bulunması, uyrukluğa ilişkin kurallara uyulmasını ve öncelikle zarar gören kişinin zarar veren devletin iç başvuru yollarını tüketmesini gerektirir. Bu noktada, devletin uluslararası alanda haklar öne sürerken doğrudan zararlarına mı yoksa dolaylı zararlarına mı ya da bunlardan ağırlıklı olarak hangisine dayandığını tespit etmek, başvurunun kabul edilebilirliği (bakımından hangi şartların uygulanacağı) hususunda karar verebilmek için kritik öneme sahiptir. Uygulamada özellikle iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından bu noktanın açıklığa kavuşturulması gerekebilmektedir.

Bir uluslararası başvurunun, özellikle hem doğrudan hem de vatandaşların gördüğü zararlarla dayandığı, bir başka deyişle karma nitelikli olduğu, durumda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından doğrudan (zararlara dayanan) bir başvuru olarak mı yoksa dolaylı (zararlara dayanan) bir başvuru (diplomatik himaye) olarak mı sayılacağı, öteden beri tartışılan bir konu olmuş; bu meselenin değerlendirilmesinde belirli kriterlerin uygulanması ve birtakım unsurların hesaba katılması gerektiği öne sürülmüştür. Uluslararası Hukuk Komisyonu da, Diplomatik Himayeye İlişkin Taslakta, bir uluslararası başvurunun ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zararlarla dayanarak getirildiğinde iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekeceğini öngörerek, başvurunun sınıflandırılması/nitelendirilmesi bakımından ağırlık kriterini benimsemiştir. Bu hükmün karşılaşılabilecek bütün sorunları tek başına çözecek mahiyette olmadığı açıktır; son derece karmaşık olan bu mesele hakkında

karara varmak için, duruma göre somut olayın bütün özellikleri ile başvuruya ilgili çeşitli unsurların ve yönlerin göz önünde bulundurulması gerekebilir.

Bu çalışmada, öncelikle devletin uluslararası sorumluluğa başvurusunun dayanağı ve temel özellikleri üzerinde durulacak, daha sonra iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının genel olarak ve nihayetinde karma nitelikli başvurularda uygulanabilirliği açıklanacaktır. Sözü geçen şartın esasen uygulanabilir olmakla birlikte -etkili başvuru yolları bulunmaması veya zarar gören kişi ile sorumlu olduğu öne sürülen devlet arasında zararın verildiği tarihte ilgili bir bağlantı bulunmaması gibi sebeplerle uygulanmasının gerekmeceği istisnaî hâller, çalışmanın ana rotasının dışındadır. Çalışmamızda, bir devletin sorumluluğa diplomatik himaye hakkını kullanmak suretiyle mi yoksa doğrudan zararlarına dayanarak mı başvurduğunu tespit etmenin neden gerektiği, bir uluslararası başvurunun nitelendirilmesinde hangi esas ve unsurların göz önünde bulundurulacağı ve bu nitelendirmenin -özellikle iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından- ne sonuçlar doğuracağı hususlarına uluslararası yargı ve hakemlik kararları, kodifikasyon çalışmaları ve doktrindeki yaklaşımlar ışığında cevaplar aranacaktır.

I. Devletin Uluslararası Sorumluluğa Başvurusu: Başlıca Ayrımlar

A. Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğuna İlişkin Kodifikasyon Çalışmalarının Konu Bakımından Gelişimi

Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin erken dönem kodifikasyon çalışmaları, ağırlıklı olarak, yabancılara ve onların malvarlıklarına verilen zararlardan dolayı sorumluluk ve diplomatik himaye konularına hasredilmiştir. Geçmişte gerek Milletler Cemiyeti himayesinde gerek kimi dernekler, enstitüler veya üniversiteler bünyesinde yürütülen çalışmalarda yapıldığı gibi¹, devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk ilkelerini kodifiye etme görevini üstlenen Uluslararası Hukuk Komisyonu da (UHK) başlangıçta konunun bu yönüne odaklanmıştır². Muhtemelen, o dönemde devletler arası uyuşmazlıkların önemli bir kısmının özel kişilere verilen zararlardan kaynaklanması³ ve bu uyuşmazlıkların temelini teşkil eden yabancılara yönelik muameleler bakımından ulusal standartların mı (*national treatment standard; equality of treatment between nationals and foreigners*) yoksa uluslararası asgarî standartların mı (*international minimum standard; minimum standard of civilization; international standard of justice*) geçerli olacağı hususunda devletler ve hukukçular

¹ Uluslararası sorumluluğun kodifiye edilmesine yönelik geçmişteki girişim ve çabalar hakkında bkz. UN Doc A/CN.4/96 (20.01.1956); (First) Report on International Responsibility by F V Garcia-Amador (Special Rapporteur) 173 vd; UN Doc A/CN.4/217 and Add 1 (20.01.1970); First Report on State Responsibility by Roberto Ago (Special Rapporteur) 125 vd.

² James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press 2002) (2002) 1.

³ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v Great Britain)* (Judgment of 30.08.1924) PCIJ Series A No 2, 12.

arasında belirgin görüş ayrılıkları olması⁴ sebebiyle, uluslararası sorumluluğa ilişkin kodifikasyon çalışmaları da bu meseleler etrafında sürdürülmüştür⁵.

Oysa, günümüzde olduğu gibi geçmişte de, devletin sorumluluğunun sadece yabancıların korunması meselesi çerçevesinde gündeme gelmediği, uluslararası hukukun çeşitli alanlarındaki farklı yükümlülüklerin ihlallerinin diplomatik veya yargısal yollarla çözülmeye çalışıldığı belirtilmelidir⁶. Bu gerçek karşısında UHK da, 1962'den itibaren, konuyla ilgili çalışma kapsamını, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin (uluslararası yükümlülük ihlali, ihlalin devlete isnad edilebilirliği, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller, sorumluluğa başvurulması gibi hususlardaki) genel kuralların belirlenmesi olarak tanımlamaya başlamıştır. Bu, kodifikasyon çalışmalarının, yabancıların korunmasının yanında (silahsızlanma, çevrenin korunması, insan hakları, deniz hukuku, diplomatik ilişkiler gibi) diğer uluslararası hukuk alanlarında da devletin sorumluluğuna genel olarak uygulanabilecek kuralları içereceği anlamına gelmekteydi⁷. Böylece konu, salt yabancılar muamelesiyle ilgili yükümlülüklerin ihlaliyle sınırlandırılmadan, ihlal edilen uluslararası yükümlülüğün tür ve içeriğinden bağımsız olarak ele alınabilmiş⁸; nihayet 2001'de Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğu Hakkında Taslak tamamlanmıştır⁹.

Bu Taslakta, devletin sorumluluğunun doğmasına ilişkin kuralların uygulama alanı belirli konulardaki yükümlülüklerin ihlalleriyle sınırlandırılmazken; kimi durumlarda bir devletin bir diğer devletin sorumluluğuna başvurabilmesinin¹⁰ genel ilkelerin dışında bazı özel şartlara bağlı olduğu öngörülmüştür. Taslağın 44. maddesinde, devletin sorumluluğuna başvurulabilmesi için, duruma göre, talebin uyrukluğa ilişkin

⁴ Bkz. Seha L Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, C 1 (3. Baskı, AÜSBF Yayınları 1968) 562-565; Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar* (5. Baskı, Beta 2003) 559; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, C 2 (5. Baskı, Seçkin 2019) 223-224; Y Matsui, 'The Transformation of the Law of State Responsibility' iç René Provost (ed), *State Responsibility in International Law* (Routledge 2016) 5-8; Malcolm Shaw, *International Law* (8. Baskı, Cambridge University Press 2017) 623-626.

⁵ Geleneksel uluslararası hukuk doktrinindeki incelemelere paralellik gösteren bu yaklaşım, devletin uluslararası sorumluluğu konusunun kapsamını bir yandan daraltırken diğer yandan genişletilebilmekteydi. Zira devletin sorumluluğu sadece belirli konulardaki ihlaller çerçevesinde ele alınmakla birlikte, devletlerin ülkelerindeki yabancılara karşı (maddî) yükümlülüklerinin tespit edilmesi de hedeflenebilmekteydi. Daniel Bodansky ve John R Crook, 'Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview' (2002) 96 AJIL 776.

⁶ Matsui (n 4) 4-5. Geçmiş dönemlerde doğrudan devlete karşı ihlaller sebebiyle uluslararası sorumluluğun kabul edildiği birçok vaka zikredilebilir. Sadece bir örnek vermek gerekirse, 1872 tarihli *Alabama Davası*na ilişkin hakemlik kararında, Amerikan İç Savaşı sırasında Konfederasyon güçleri için savaş gemilerinin yapılması, donatılması ve bu gemilerin İngiliz kolonilerinin limanlarına girmesine izin verilmesi gibi eylem veya ihmallerden dolayı Birleşik Krallık'ın tarafsızlık ilkesini ihlal ettiği ve sorumluluğunun doğduğu sonucuna varılmıştır. *Alabama Claims of the United States of America against Great Britain (United States of America v Great Britain)* (Award of 14.09.1872) 29 RIAA 125 vd.

⁷ Crawford 2002 (n 2) 2-3.

⁸ UN Doc A/CN.4/217 and Add 1 (n 1) p 6; Eduardo Jiménez de Aréchaga ve Attila Tanzi, 'International State Responsibility' iç Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 347.

⁹ Bkz. ILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries' (2001) 2(2) Yearbook of the ILC (ILC, Draft Articles/Commentaries on Responsibility) 26 vd.

¹⁰ Uluslararası sorumluluğa başvurmak (*invocation of responsibility*), bir ihlali eleştirmek, buna karşı alelâde bir itirazda bulunmak veya haklarını saklı tuttuğunu belirtmek değildir; daha çok, bir diğer devletten hak talebinde bulunmak veya ona karşı bir uluslararası yargı ya da hakemlik organı nezdinde dava açmak gibi resmî nitelikli önlemler almayı ifade etmektedir. Ibid 117; Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010) 253.

kurallara uygun şekilde yapılması ve öncelikle iç başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu madde, bir devletin özellikle diplomatik himaye hakkını kullanmak suretiyle sorumluluğa başvuracağı hâllerde uyulacak şartlara işaret etmektedir. 2001 tarihli Taslakta diplomatik himayenin işletilmesi hakkında ayrıntılı kurallara yer verilmezken; UHK, bu konuyu ayrı bir çalışma çerçevesinde ele alıp, Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağı 2006'da tamamlamıştır¹¹.

2001 tarihli Taslağın, ihlali uluslararası sorumluluğa yol açabilecek uluslararası yükümlülükleri bir başka deyişle birincil kuralları (*primary rules*) düzenlemeyip, bunların ihlalinin şartları, devlete atfedilmesi ve sonuçlarıyla ilgili kuralları (*secondary rules*) kapsadığı gibi¹²; 2006 tarihli Taslak da, devletlerin yabancılara karşı yükümlülüklerini (*primary rules*) tanımlamayıp, diplomatik himayede bulunabilmenin şartlarını (*secondary rules*) düzenlemektedir¹³. Henüz uluslararası andlaşmalar olarak kabul edilmemiş olan bu Taslaklar, önemli ölçüde uluslararası örf ve âdet niteliğindeki kuralları yansıtanın yanında, birbirlerini tamamlayıp, kapsamlı bir uluslararası sorumluluk rejimi oluşturmaya adaydır.

B. Devletin Uluslararası Sorumluluğa Başvurmasının Dayanakları

Uluslararası hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan devlet, eğer devam ediyorsa eyleme son verme, duruma göre ihlalin tekrarlanmayacağı hususunda güvence sağlama, zararı tamamen giderme yükümlülüğü altındadır¹⁴. Uluslararası hukuk çerçevesinde devletin sorumluluğu diğer devletler tarafından sorumluluğun öne sürülmesinden bağımsız olarak doğsa da, sorumluluktan kaynaklanan (yeni) yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için kimlerin nasıl hareket edebileceğini tespit etmek gerekir. Konunun bu yönü, devletin uluslararası sorumluluğunun uygulanması ya da nisbeten daha özel olarak sorumluluğa başvurulması (sorumluluğun ileri sürülmesi) olarak anılmaktadır¹⁵. Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 3. Bölümünün 1. Kısmı, bir veya daha fazla devletin, bir veya daha fazla devletin sorumluluğuna başvurmaya ayrılmakla birlikte, başka kişi veya birimlerin de (mesela gerçek veya tüzel kişilerin ya da uluslararası örgütlerin) çeşitli konular ve mekanizmalar çerçevesinde devletin sorumluluğuna başvurma yetkisi bulunabilir¹⁶.

¹¹ Bkz. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (2006) 2(2) Yearbook of the ILC (ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection) 24 vd.

¹² ILC, Draft Articles/Commentaries on Responsibility (n 9) 31.

¹³ ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 26-27.

¹⁴ Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın m. 30, 31, 34, 35, 36, 37 hükümlerine bkz.

¹⁵ Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 3. Bölümü "*The Implementation of the International Responsibility of a State*" başlığını taşıyıp, ilki "*Invocation of the Responsibility of a State*", sonraki "*Countermeasures*" başlığını taşıyan iki kısımdan oluşmaktadır.

¹⁶ Nitekim Taslağın 33. maddesi, sorumlu devletin (ilgili maddelerde anılan) yükümlülüklerinin -ihlal edilen uluslararası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlalinin şartlarına bağlı olarak- bir veya birkaç devlet ya da bir bütün olarak uluslararası toplum lehine borçlar doğurabileceğini belirtip, kişilerin veya devlet dışındaki birimlerin de devletin uluslararası sorumluluğundan kaynaklanan haklara sahip olabileceği gerçeğini göz ardı etmemektedir. Ayrıca bkz. ILC, Draft Articles/Commentaries on Responsibility (n 9) 95.

Bir devletin sorumluluğuna başvurma yetkisi, geleneksel olarak kabul edildiği üzere, zarar gören (mağdur) devlete (*injured state*), bir başka deyişle uluslararası hukuka aykırı bir eylemle hakları ihlal edilen devlete aittir¹⁷. Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 42. maddesi önemli ölçüde bu yaklaşımı yansıtmaktadır¹⁸. Bununla birlikte, bazı özel kurallar çerçevesinde¹⁹ veya yükümlülüğün niteliğine bağlı olarak²⁰ zarar gören devletin dışındaki devletlerin de sorumluluğa başvurabileceği kabul edilmektedir²¹.

Anlaşılabacağı üzere, bir devletin uluslararası sorumluluğa başvurabilmesi ve sorumluluktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini uluslararası hukukun imkân tanıdığı yollarla talep edebilmesi, prensip olarak, bu devletin söz konusu ihlalden zarar görmüş veya en azından etkilenmiş olmasına bağlıdır. Her ne kadar devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 42. maddesi, devletin kendi haklarının ihlal edildiği durumlarda bir başka devletin sorumluluğuna başvurma yetkisine odaklanmış gözükse de, uluslararası hukuka aykırı bir eylemden vatandaşının uğradığı zararlardan dolayı da (yine zarar gören devlet olarak) devletin sorumluluğa başvurma

¹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v Spain)* (Judgment of 05.02.1970) ICJ Reports 1970 p 35; K. Schariaw, 'State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the 'Injured State' and its Legal Status' (1988) 35 *Netherlands International Law Review* 274; ILC, *Draft Articles/Commentaries on Responsibility* (n 9) 116; James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) (2013) 542; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (14. Baskı, Beta 2020) 282.

¹⁸ Buna göre, "Bir devlet, zarar gören devlet olarak bir diğer devletin sorumluluğuna şu şartlarla başvurabilir: a) ihlal edilen yükümlülük, bireysel olarak bu devlete karşı üstlenilmişse; ya da b) ihlal edilen yükümlülük, bu devletin dâhil olduğu bir devletler grubuna veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı üstlenilmişse ve yükümlülüğün ihlali, i) özellikle bu devleti etkiliyorsa; veya ii) yükümlülüğün kendilerine karşı üstlenildiği diğer bütün devletlerin durumunu yükümlülüğün gelecekte yerine getirilmesi bakımından köklü bir biçimde değiştiriyorsa."

¹⁹ Mesela, AİHS'nin devletler arası başvuruları düzenleyen 33. maddesine bkz.

²⁰ Bir bütün olarak uluslararası topluma karşı üstlenilmiş (*erga omnes*) yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından bütün devletlerin hukuki menfaate sahip olduğu hakkında bkz. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)* (Judgment of 05.02.1970) (n 17) p 33.

²¹ Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 48. maddesinde, zarar gören devletin dışındaki devletlerin, bir başka deyişle ihlalden özel veya bireysel olarak etkilenmemekle birlikte, uluslararası sorumluluğa başvurmada ve sorumluluktan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla hukuki menfaate sahip olacak devletlerin başvuru hakkı düzenlenmektedir. ILC, *Draft Articles/Commentaries on Responsibility* (n 9) 116. Bu maddenin ilk iki fıkrasına göre, "1. Zarar gören devletin dışındaki herhangi bir devlet 2. fıkra uyarınca bir diğer devletin sorumluluğuna şu şartlarla başvurabilir: a) ihlal edilen yükümlülük, bu devletin dâhil olduğu bir devletler grubuna karşı üstlenilmiş ve grubun kolektif bir menfaatini korumak amacıyla tesis edilmiş ise; ya da b) ihlal edilen yükümlülük, bir bütün olarak uluslararası topluma karşı üstlenilmişse. 2. 1. fıkra uyarınca sorumluluğa başvurmaya yetkili bir devlet, sorumlu devletten, a) 30. madde uyarınca, uluslararası hukuka aykırı eylem son verilmesini ve bunun tekrarlanmayacağı hususunda güvence verilmesini; ve b) önceki maddeler uyarınca, zarar gören devlet veya ihlal edilen yükümlülüğün yararlananları lehine giderim yükümlülüğünün yerine getirilmesini, talep edebilir."

yetkisi bulunur. Taslağın yukarıda belirtilen 44. maddesi, “diplomatik himaye” olarak anılan bu sonuncu başvuru biçiminin şartlarını kapsamaktadır²².

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, devletin sorumluluğa başvurması (uluslararası alandaki hak talepleri), genel olarak, ya doğrudan zararlarına ya da vatandaşının zararlarına dayanır. İkinci durumda devletin dolaylı şekilde zarar gördüğü (dolaylı mağdur olduğu) ve vatandaşının şikâyetlerini üstlenip onun yararına hareket ettiği kabul edilir²³. O hâlde, “zarar gören devlet” kavramındaki zararın, sorumluluğa başvurulması bakımından, devletin gerek doğrudan zararlarını (*direct injuries*) gerek vatandaşına zarar verilmesi sebebiyle uğradığı dolaylı zararlarını (*indirect injuries*)²⁴ kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir.

C. Devletin Diplomatik Himaye Hakkını Kullanmak Suretiyle (Dolaylı Zararına Dayanarak) Uluslararası Sorumluluğa Başvurması

Uluslararası hukukun köklü müesseselerinden olan diplomatik himaye, bir yabancıya uluslararası hukuka aykırı bir eylemle verilen zararın aynı zamanda onun uyruklüğünü taşıdığı devlete dolaylı olarak verilmiş bir zarar olduğu varsayımına dayanır. Klasik uluslararası hukukun oluşmasına önemli katkılar sağlayan ve belki de diplomatik himayeyi tarif etmeye girişen ilk hukukçu olan *Vattel*'e göre, bir kişiye kötü muamelede bulunan, bu kişinin vatandaşı olduğu devlete dolaylı şekilde zarar

²² Zarar gören devletin dışındaki devletlerin sorumluluğa başvurması durumunda ise, devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 48. maddesinin 3. fıkrasında, diğerleri yanında, 44. maddedeki şartların da uygulanacağı düzenlenmekle birlikte, 48. maddenin şerhinde bu uygulamanın *mutatis mutandis* olacağı belirtilmektedir. ILC, Draft Articles/Commentaries on Responsibility (n 9) 128. *Vermeer-Künzli*'ye göre, Taslak m. 48/1(b) uyarınca *erga omnes* yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda -söz konusu yükümlülükler, sorumluluğa başvuran devlet dâhil uluslararası toplumun bütününe karşı üstlenilmiş olduğundan- başvuran devletin kendi haklarını ileri sürdüğü (doğrudan bir hak talebinde bulunduğu) ve dolayısıyla diplomatik himaye için gereken şartların aranmayacağı değerlendirilebilir. Annemarieke Vermeer-Künzli, 'A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*' (2007) 56 ICLQ (2007/b) 553, 555, 578-580. Benzer yönde bkz. ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 51. *Gaja* ise, zarar gören devletin dışındaki bir devletin Taslak m. 48/1 uyarınca kolektif menfaatleri ileri sürdüğü bir başvuruda uyrukluk şartının uygulanmayacağını, bununla birlikte böyle bir başvurunun özellikle insan haklarının ihlallerine dayandığı hâllerde iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabileceğini öne sürmüştür. Giorgio Gaja, 'States having an Interest in Compliance with the Obligation Breached' iç James Crawford, Alain Pellet ve Simon Olleson (edr), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 963. *Wittich* de, zarar gören devletin dışındaki bir devletin Taslağın 48. maddesi çerçevesinde sorumluluğa başvurması durumunda uyrukluk şartının uygulanmayacağını, bununla birlikte, uluslararası hukukun emredici bir normunun ciddi bir şekilde ihlali bulunmadıkça, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanacağını belirtmiştir. Stephan Wittich, 'The International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading' (2002) 15 LJIL 911.

²³ Charles Cheney Hyde, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States, Vol 2* (2. Baskı, Little, Brown & Co 1947) 888; Theodor Meron, 'The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies' (1959) 35 BYIL 84; Phoebe Okowa, 'Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility' iç Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (3. Baskı, Oxford University Press 2010) (2010) 475; Sur (n 17) 283.

²⁴ Bu çalışmada ele alınan doğrudan zarar - dolaylı zarar ayrımını, uluslararası hukuka aykırı eylemin doğrudan sonucu olan zarar ile böyle bir eylemin dolaylı sonucu olan zarar (*indirect/remote/consequential damage/injury*) arasındaki ayrımla karıştırmamak gerekir. İkinci konu, uluslararası hukuka aykırı eylem ile zarar arasındaki illiyet bağı meselesiyle ilgili olup, hangi zararların giderileceğinin tespitinde gündeme gelebilmektedir. Bu konu hakkında devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın “Giderim” (*Reparation*) başlıklı 31. maddesine ve maddenin şerhine bkz. Yine, zarar gören devletin dışındaki devletlerin, devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 48. maddesinde öngörüldüğü gibi, kimi durumlarda ihlali devletin sorumluluğuna öne sürebileceği hâller de, bu çalışmada ele alınan dolaylı zararlar ile ilgili değildir. Uluslararası sorumluluk hukukunda “doğrudan zarar” ve “dolaylı zarar” terimlerinin değişik bağlamlarda kullanılabilirdiği hakkında ayrıca bkz. Stephan Wittich, 'Direct Injury and the Incidence of the Local Remedies Rule' (2000; Basım 2002) 5 Austrian Review of International and European Law (2000) 122-125, 127-129.

vermiş olur. Bu çerçevede vatandaşını korumakla yükümlü olan devlet, harekete geçip eylemin karşılığını vermeli, eylemi yapanı cezalandırmalı ve giderime zorlamalıdır. Aksi takdirde vatandaş, toplu yaşamının temel hedefi olan korunma ve emniyetten yoksun kalır²⁵. Bu yaklaşımı geliştiren Uluslararası Sürekli Adalet Divanının (USAD) belirttiği üzere, bir devletin, bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden zarar görüp olağan yollardan giderim sağlayamayan vatandaşını koruma hakkına sahip olduğu, uluslararası hukukun temel bir ilkesidir²⁶.

Diplomatik himaye, devletin, uyruklarının uluslararası hukukun ihlalinden doğan haklarını üstlenerek uluslararası alanda girişimlerde bulunmasını, ihlalci devletin uluslararası sorumluluğuna başvurmasını ve durumun düzeltilmesi yollarını aramasını ifade eder. Diplomatik himaye, vatandaş uluslararası hukuka aykırı bir eyleme maruz kalan devletin bir diğer devletle arasında bu eylemden doğan uyuşmazlığın halledilmesi için başvurduğu bir uluslararası usuldür²⁷. Kimilerine göre, bu, devletin vatandaşı yararına giderim talebiyle harekete geçtiği bir karışma/ aracılık (*interposition*) yöntemidir²⁸. UHK'nin Taslağının 1. maddesine göre de, diplomatik himaye, bir devletin, uyrukluluğunu haiz bir gerçek veya tüzel kişiye bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı bir eyleminin zarar vermesi hâlinde, bu devletin sorumluluğunun işletilmesi için diplomatik eylemler veya diğer barışçı yollarla başvuruda bulunmasından ibarettir²⁹. Diplomatik himaye, diplomatik kanallar vasıtasıyla doğrudan müzakereler yürütme, diğer devletler veya uluslararası örgütler nezdinde girişimlerde bulunma, uluslararası yargı veya hakemliğe başvurma biçiminde işletilebilir³⁰.

Devletlerin diplomatik himaye hakkını kullanabilmesi için, daha önce de işaret edildiği gibi, belirli şartların yerine gelmiş olması gerekmektedir. Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir devletin bir kişi (veya nesne) lehine diplomatik himaye sağlayabilmesi, prensip olarak, onun devletle arasında uygun bir uyrukluk bağı bulunmasına bağlıdır (*the rule of nationality of claims*)³¹. Bir başka deyişle,

²⁵ Emer de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains* (1758) iç Charles G Fenwick (çev), *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns* (Carnegie Institution of Washington 1916) 136.

²⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions* (Judgment of 30.08.1924) (n 3) 12.

²⁷ Çeşitli tanımlar ve diplomatik himayenin unsurları için bkz. A Suat Bilge, *Tebanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi* (AÜSBF Yayınları 1953) 35; Meray (n 4) 639-640; Michael Akehurst ve Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7. Baskı, Routledge 1997) 263; John O'Brien, *International Law* (Cavendish Publishing Limited 2001) 372; Gündüz (n 4) 559-560; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2005) 174, 176; Shaw (n 4) 612-613; Alina Kaczorowska, *Public International Law* (4. Baskı, Routledge 2010) 458; Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet 2013) 7-8; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (11. Baskı, Seçkin 2020) 418-419; Aksar 224-225; Sur (n 17) 284.

²⁸ Hyde (n 23) 888.

²⁹ Maddenin yorumu için ayrıca bkz. ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 26-28.

³⁰ Wilhelm Karl Geck, 'Diplomatic Protection' iç R. Bernhardt (ed), *EPIL, Vol 1* (Elsevier 1992) 1046; Shaw (n 4) 613; Akkutay (n 27) 81-84.

³¹ Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın 3. maddesine bkz. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak m. 8'de, sadece uyrukların devletin diplomatik himayesinden yararlanabileceği yönündeki geleneksel esastan ayrılarak, devletin belirli şartlarla ülkesindeki vatansızlar ve mülteciler için de diplomatik himaye sağlayabileceği düzenlenmiştir.

devletler, kural olarak, ancak uyrukluğunu taşıyan gerçek kişiler, tüzel kişiler, gemiler veya hava araçları için diplomatik himayede bulunabilir³². Diplomatik himayenin işletilebilmesi için, ayrıca, uluslararası hukuka aykırı bir eylemle zarar gören kişinin, prensip olarak, haklarını ihlal eden devletin iç başvuru yollarını tüketmiş olması da gerekmektedir³³. Uluslararası örf ve âdet niteliğindeki bu şartlara, devletin bir diğer devletin sorumluluğuna diplomatik himaye hakkını kullanmak suretiyle başvurduğu, yani uyrukluğunu taşıyan kişi veya nesnelerin zararları sebebiyle uluslararası alanda taleplerde bulunduğu, giderim aradığı durumlarda uyulması gerekmektedir.

Diplomatik himayede bulunma hakkı devlete ait olmakla birlikte³⁴, USAD'ın devletin, vatandaşının davasını üstlenip, onun yararına diplomatik girişimlerde bulunmakla veya uluslararası yargıya başvurmakla aslında kendi haklarını -vatandaşının şahsında uluslararası hukuk kurallarına saygı duyulmasını sağlama hakkını- ileri sürdüğünü belirtmesi³⁵, bu yöntemle korunan hakların da devlete ait olduğunun değerlendirilmesine yol açabilmektedir³⁶. Gerçekte (varsayımsız bir şekilde) ise diplomatik himayenin konusu, vatandaşın uluslararası hukuk çerçevesindeki bireysel haklarının bir diğer devlet tarafından ihlal edilmesi sebebiyle

³² Kimi yazarlar, devletin, uyrukluğunu taşıyan -gemiler gibi- nesneler için himayesinin geleneksel diplomatik himayeden farklı olduğunu, bunun daha çok diplomatik himaye benzeri bir koruma yöntemi teşkil ettiğini öne sürmektedir. Bayrak devleti tarafından gemiler ve gemi mürettebatı için sağlanan himayenin niteliğiyle ilgili değerlendirmeler için bkz Nobuyuki Kato, 'Protection of a Ship by the Flag State and Diplomatic Protection: Conceptual Relationship and Admissibility of Claims' (15.03.2015) 297-316 < <http://hokuga.hgu.jp/dspace/handle/123456789/2861>> Erişim Tarihi 25.03.2021. Bayrak devletin, uyrukluğunu taşımayan ve geminin işletimine katılan gerçek veya tüzel kişilerin zararları için giderim aramasının, bir devletin vatandaşları yararına diplomatik himayede bulunmasından farklı olduğu kabul edilebilir. *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Judgment of 14.04.2014) ITLOS Reports 2014 p 128. Öte yandan, doğrudan gemi için bayrak devleti tarafından sağlanan himayenin diplomatik himaye olarak nitelendirilmemesi için kuvvetli gerekçeler bulunmamaktadır. Yine de, böyle bir himaye -ister diplomatik himaye ister diplomatik himaye benzeri bir koruma sayılsın- prensip olarak diplomatik himayenin geleneksel şartlarına tâbi olacağı için, çalışmamızın amaçları bakımından bu konu hakkında kesin bir sonuca varmanın gerekmediği kanaatindeyiz. Şunu da eklemek gerekir ki, gemiye verilen zararlar, olayın koşullarına göre, bayrak devletin haklarının ihlali ve ona doğrudan verilen zararlar olarak nitelendirilebilmektedir. Bu konu aşağıda açıklanacaktır.

³³ Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın aşağıda ele alınacak 14. ve 15. maddeleri bu şartı düzenlemektedir.

³⁴ Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın 2. maddesine bkz. Ayrıca, uluslararası örgütlerin de ajanları için işlevsel (*functional*) bir koruma sağlayabildiği kabul edilmektedir. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion of 11.04.1949) ICJ Reports 1949, 184.

³⁵ *Mavrommatis Palestine Concessions* (Judgment of 30.08.1924) (n 3) 12; *Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France/Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes)* (Judgment of 12.07.1929) PCIJ Series A No 20, 17; *Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonia v Lithuania)* (Judgment of 28.02.1939) PCIJ Series A/B No 76, 16. UAD de bir kararında, diplomatik himayeyi devletin haklarının korunması için bir önlem olarak tarif etmiştir. *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)* (Judgment of 06.04.1955) ICJ Reports 1955, 24.

³⁶ Mesela *Okowa*, vatandaşların devletin ayrılmaz bir unsuru olduğunu belirtep, onlara verilen zararın kaçınılmaz olarak devletin haklarını da etkileyeceğini öne sürmüştür. Phoebe Okowa, 'Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility' iç Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2003) 477. Çalışmamın bir sonraki baskısında ise yazar, bir başvurunun yapılması bakımından devlet ile zarar arasında gerekli bağı kuran şeyin uyrukluğa bağlı olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Okowa 2010 (n 23) 476.

gördüğü zararlarıdır³⁷. Bu bakımdan diplomatik himayenin, devletin kendi haklarını ileri sürmesinden ziyade, söz konusu ihlal ve zararın kendisine sağladığı başvuru hakkını (ikinci düzeydeki bir hakkını) kullanması olarak anlaşılması yerindedir. Vatandaşa verilen zararın devlete verilmiş dolaylı bir zarar olduğu varsayımının da, devletin diplomatik himayesinin, vatandaşı yararına bir diğer devletin sorumluluğunu ileri sürüp, talepte bulunabilmesinin hukukî dayanağını açıklamaya yönelik olduğu belirtilebilir³⁸. Vatandaşın gördüğü zararlardan dolayı devletin de zarar gördüğü kabulü sadece hukukî bir varsayım olduğu içindir ki, devlet ancak vatandaşın zarar veren devletin iç başvuru yollarını tüketmesinden sonra onun yararına diplomatik himayede bulunabilmektedir³⁹.

II. İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği: Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, devletin uluslararası sorumluluğa başvurmasının kabul edilebilirliği bakımından hangi şartların uygulanacağı, başvurunun dayanağına bağlıdır. Devletin doğrudan zarara uğrayıp, gerçekten kendi haklarını öne sürdüğü durumlarda diplomatik himayenin uluslararası örf ve âdet niteliğindeki şartları (uyrukluk bağının varlığı ve iç başvuru yollarının

³⁷ Nitekim yine UAD'nin ifadesiyle, diplomatik himayede, devletin, haklarına bir diğer devlet tarafından -uluslararası hukuku ihlal edecek şekilde- saygı gösterilmediğini öne sürdüğü vatandaşın davasına sahip çıkması söz konusudur. *Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Judgment of 21.03.1959) ICJ Reports 1959, 27. Bir başka davada UAD'nin belirttiği üzere, diplomatik himayenin konusu, geçmişte yabancılara yönelik asgarî muamele standartlarının öne sürülen ihlalleriyle sınırlıyken, uluslararası hukukun yakın dönemlerde bireylere haklar tanıma noktasında büyük bir gelişme göstermesi sebebiyle, son zamanlarda diğerleri yanında uluslararası insan haklarını da kapsayacak şekilde genişlemiştir. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)* (Judgment of 24.05.2007) ICJ Reports 2007 p 39. Kolb'a göre de, devletlerin bireylere karşı uluslararası yükümlülükleri, insan hakları, yatırımlar, yabancılardan iskânî, dostluk, ticaret, konsolosluk veya ulaşım ile ilgili anlaşmalardan ya da uluslararası örf ve âdetten kaynaklanabilir. Robert Kolb, *The International Law of State Responsibility: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2017) 185-187.

³⁸ Bkz. Annemarieke Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (Leiden University 2007) (2007/a) 32-34, 44, 54-58. Benzer yönde bkz. UN Doc A/CN.4/567 (07.03.2006): Seventh Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur) p 3; Vermeer-Künzli 2007/b (n 22) 560, 580; Crawford 2013 (n 17) 76-77, 568-570. UHK de, Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağının 2004'teki ilk hâlinin 1. maddesinde diplomatik himayeyi tanımlarken vatandaşın davasını kendi hakkı olarak kabul eden devletin girişimlerinden söz etmekle birlikte, 2006 tarihli nihai Taslakta teorik tartışmalara ve birtakım karışıklıklara yol açan bu ifadeye yer vermemiştir. Taslağın 2004 tarihli metni için bkz. UN Doc A/CN.4/L.647 (24.05.2004): Diplomatic Protection: Titles and Texts of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading. Öte yandan UHK'nin bu konuda kesin bir tutum göstermekten kaçındığı da belirtilmelidir. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın 1. maddesinin şerhinde, maddenin diplomatik himayede bulunan devletin kendi haklarını mı, vatandaşın haklarını mı yoksa her ikisini mi koruduğu meselesini açık bırakacak şekilde formüle edildiği belirtilmiştir. ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 27. Diplomatik himayeye kimin haklarının ileri sürüldüğü veya korunduğu, ödenen beri tartışılan ve diplomatik himayenin şartları, sonuçları, özelliği, hatta ne şekilde tanımlanacağı üzerinde etkiler doğurabilecek bir meseledir. Bu konuya ilişkin tartışmalar ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge (n 27) 47-65; Geck (n 30) 1057-1059; UN Doc A/CN.4/506 and Add 1 (20.04.2000): First Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur) p 36, 61-74; Alain Pellet, 'The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection' (2008) 7 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 33-58.

³⁹ UN Doc A/CN.4/506 and Add 1 (n 38) p 19.

tüketilmesi gerekliliği)⁴⁰ aranmayacağı için, fiilen vatandaşa verilen (devletin de dolaylı olarak uğradığı) zararlara dayanan başvuruların öncekilerden ayrı mütalaa edilmesi zorunludur⁴¹. Uygulamada, özellikle iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliğinin tespiti bakımından, devletin uluslararası alanda haklar öne sürerken doğrudan zararlarına mı yoksa dolaylı zararlarına mı ya da bunlardan ağırlıklı olarak hangisine dayandığı meselesi gündeme gelmektedir.

Gerek doktrinde gerek uluslararası yargıda yaygın şekilde kabul edildiği üzere, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı, devletin dolaylı olarak zarar gördüğü ve bu çerçevede uluslararası alanda başvuruda bulunduğu durumlarda, bir başka deyişle diplomatik himaye hakkının işletilmesi kapsamındaki girişimler bakımından uygulanabilir. Devletin bir diğer devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden doğrudan zarar gördüğü durumlarda ise belirtilen şart uygulanmaz⁴². İkinci hâlde devlet, talebini ileri sürebilmek için bir başka gerekçeye sahiptir⁴³ ve uluslararası sorumluluğa genel kurallar çerçevesinde başvurabilir.

İç başvuru yollarının tüketilmesi şartı neden sadece dolaylı (zararlara dayanan) başvuruların kabul edilebilirliği bakımından uygulanmaktadır? Bu noktada öncelikle söz konusu şartın temel mantığını hatırlamak gerekir. UAD'nin belirttiği üzere, iç başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin kural, uluslararası hukuka aykırı hareket ederek bir diğer devletin vatandaşına zarar veren devlete ulusal hukuk sistemi içinde meseleyi çözüme kavuşturma fırsatı vermeyi amaçlamaktadır⁴⁴. Doğrudan zararlarla ilgili davalarda ise zarar gören devlet, vatandaşlarının menfaatlerinden

⁴⁰ İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının bu niteliği hakkında bkz. Edwin M Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims* (The Banks Law Publishing Co 1925) 332; Bilge (n 27) 107; *Case of the Swiss Confederation v the German Federal Republic (No I)* (Award of 03.07.1958) 29 RIAA 416; *Interhandel* (Judgment of 21.03.1959) (n 37) 27; Eduardo Jiménez de Aréchaga, 'International Law in the Past Third of a Century' (1978) 159 *Recueil des Cours* 291; *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy)* (Judgment of 20.07.1989) ICJ Reports 1989 p 50; Karl Doehring, 'Local Remedies, Exhaustion of' iç R. Bernhardt (ed), *EPIL, Vol 3* (Elsevier 1997) 238; Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2. Baskı, Cambridge University Press 2004) 3; Okowa 2010 (n 23) 494; *The M/V "Virginia G" Case* (Judgment of 14.04.2014) (n 34) p 153.

⁴¹ Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 34.

⁴² Meron (n 23) 84; A O Adede, 'A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies' (1977) 18 *Harvard International Law Journal* 1; B O Iluyomade, 'Dual Claim and the Exhaustion of Local Remedies Rule in International Law' (1977) 10 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 85; *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France (USA/France)* (Award of 09.12.1978) 18 RIAA 431; Lassa Oppenheim, Robert Jennings ve Arthur Watts, *Oppenheim's International Law, Vol 1: Peace, Introduction and Part I* (9. Baskı, Longman 1996) 523; Hugh Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960-1989, Part Seven' (1996) 66 *BYIL* (1996) 85-86; Doehring (n 40) 239; Wittich 2000 (n 24) 121; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (6. Baskı, Oxford University Press 2003) 474; Amerasinghe (n 40) 150, 159; John Dugard, 'Diplomatic Protection' (Güncelleme Ocak 2007) *MPEPIL* p 55; Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 142, 150; Kaczorowska (n 27) 475-476; Okowa 2010 (n 23) 495-496; Hugh Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960-1989, Supplement 2009, Parts Seven and Eight' (2010) 80 *BYIL* (2010) 152; *The M/V "Virginia G" Case* (Judgment of 14.04.2014) (n 34) p 153; Loris Marotti, 'Determining the Scope of the Local Remedies Rule in UNCLOS Disputes' (2017) 21 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 39.

⁴³ UN Doc A/CN.4/514 (28.02.2001); Second Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur) p 18; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 45.

⁴⁴ *Interhandel* (Judgment of 21.03.1959) (n 37) 27. İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının bir devletin bir yabancıların haklarını ihlal ettiğinin öne sürüldüğü durumlarda o devletin egemenlik haklarının korunmasına hizmet ettiği hakkında bkz. Amerasinghe (n 40) 15, 150; Kaczorowska (n 27) 467; Okowa 2010 (n 23) 494. Söz konusu şartın temel hedefleri hakkında ayrıca bkz Doehring (n 40) 238; Okowa 2010 (n 23) 494-495.

ziyade kendi menfaatlerini savunur ve (tâbir câizse) gerçek davacıdır. Bu bakımdan, davacı devletten doğrudan zararları için uluslararası alanda başvuruda bulunmadan önce davalı devletin hukuk düzeni içindeki çözüm yollarını izlemesini istemek, *par in parem non habet imperium* ve *par in parem non habet jurisdictionem* ilkelerine ters düşecektir⁴⁵. Kimilerine göre de, doğrudan zararların ulusal mahkemelerden giderim elde edilemeyecek türden olması sebebiyle, bunlara dayanan hak talepleri bakımından iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı uygulanmaz⁴⁶.

Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın 14. maddesi, iç başvuru yollarının hangi uluslararası başvurular bakımından ve ne şekilde tüketileceğini düzenlemektedir. Maddenin 3. fıkrası da, devletin karma nitelikli bir uluslararası başvuruda (*mixed claim*) bulunması, yani hem doğrudan hem de vatandaşlarının gördüğü zararlara dayanarak haklar öne sürmesi durumunda, şartın uygulanabilirliğini öngörmektedir. Buna göre,

“1. Bir devlet, bir vatandaşa veya 8. maddede belirtilen bir diğer kişiye verilen zarar bakımından, zarar gören kişi -15. maddede belirtilen durumlar müstesna⁴⁷- bütünü iç başvuru yollarını tüketmeden, bir uluslararası başvuruda bulunamaz. 2. “İç başvuru yolları”, zarara yol açmaktan sorumlu olduğu öne sürülen devletin -olağan ya da özel- adli veya idarî mahkeme veya organları önünde zarar gören kişiye açık bulunan hukukî yolları ifade eder. 3. Bir uluslararası başvuru veya başvuruya bağlı bir tespit kararı talebi, ağırlıklı olarak bir vatandaşa veya 8. maddede belirtilen bir diğer kişiye verilen zarara dayanarak getirildiğinde, iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekir.”

III. İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği: Karma Nitelikli Başvurular Bakımından

A. Başvurunun ve Başvurunun Unsurlarının Nitelendirilmesi Sorunu

İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının devletler bakımından dolaylı zarar teşkil eden vakalar çerçevesinde uygulanabileceği hususunda pek bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, münhasıran vatandaşın zararlarına dayanan başvurular ile münhasıran devletin zararlarına dayanan başvurular yanında, bazen vatandaşa ve doğrudan devlete verilen zararlar birlikte hak talebinin konusunu

⁴⁵ Meron (n 23) 85, 100; Wittich 2000 (n 24) 132. Devletin egemenlik haklarıyla ilgili meseleleri bir başka devletin mahkemelerinde savunmak zorunda bırakılmayacağı hakkında bkz Doehring (n 40) 239. Devletin doğrudan zararları için uluslararası sorumluluğa başvurması durumunda, devletlerin egemen eşitliğinin doğal bir sonucu olarak, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağı hakkında bkz Pazarıcı (n 27) 180.

⁴⁶ Thirlway 1996 (n 42) 89-90.

⁴⁷ İç başvuru yollarının tüketilmesi şartı, devletin diplomatik himaye hakkını kullanmak suretiyle uluslararası sorumluluğa başvurduğu her durumda uygulanmaz. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın “İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralının İstisnaları” başlıklı 15. maddesinde şu durumlarda iç başvuru yollarının tüketilmesinin gerekmediği belirtilmiştir: i) etkili giderim sağlayabilecek iç başvuru yolları makul olarak mevcut değilse ya da iç başvuru yolları böyle bir giderim için makul bir ihtimal sunmuyorsa; ii) çözüm sürecinde, sorumlu olduğu öne sürülen devlete atfedilebilecek haksız bir gecikme varsa; iii) zarar gören kişi ile sorumlu olduğu öne sürülen devlet arasında zararın verildiği tarihte ilgili bir bağlantı (*relevant connection*) yoksa; iv) zarar gören kişinin iç başvuru yollarına başvurması açıkça engelleniyorsa; v) sorumlu olduğu öne sürülen devlet iç başvuru yollarının tüketilmesi şartından vazgeçmişse.

oluşturur⁴⁸. Bunlar, karma nitelikli başvurular (*mixed claims; mixed cases*) olup, devletin hem vatandaşına hem de kendisine verilen zararlara dayandığı başvurulardır⁴⁹. Burada davacı devlet, sadece uluslararası hukuka aykırı bir eylemle bir diğer devletin kendisine verdiği zararlar için giderim aramaz, aynı zamanda söz konusu eylemden zarar gören vatandaşının bireysel iddialarını da üstlenip öne sürer⁵⁰. Somut bir başvurunun, hem doğrudan hem dolaylı zararlara ilişkin unsurlar içerdiği durumlarda ne şekilde nitelendirileceğine karar vermekse kolay değildir⁵¹. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın m. 14/3 hükmündeki formül, karma nitelikli başvurular bakımından iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği meselesine çözüm getirmeyi hedeflemekle birlikte, genel bir esas içerip, konuyla ilgili bütün sorunları çözecek mahiyette değildir⁵².

Öte yandan, belirli bir başvurunun doğrudan zararlara dayanan bir başvuru olarak mı yoksa dolaylı zararlara dayanan bir başvuru olarak mı sayılacağına birtakım kriterler çerçevesinde cevap verebilmek için, öncelikle, başvuruyu oluşturan unsurların tanımlanması, bir başka deyişle belirtilen zarar türlerinden birini diğerinden ayıran hususun ne olduğunun belirlenmesi de gerekir⁵³. Böyle bir ayırım, hem karma unsurlar içeren başvurular ve karmaşık meseleler bakımından hem de hangi tür zararlara dayandığı nisbeten daha açık olan başvurular bakımından gerekebilir. Bununla birlikte, somut bir olayda neyin doğrudan zarar neyin dolaylı zarar teşkil ettiğini kategorik olarak belirlemek de her zaman kolay değildir. Uluslararası ilişkilerin karmaşık mahiyeti ve uluslararası hukukun dinamik yapısı karşısında, böyle bir ayırım için önceden kataloglar oluşturmak⁵⁴ veya genel bir teorik çerçeve önermek kolay olmadığı gibi, gerçekçi de olmayabilir⁵⁵.

Yine de, fiilen zarar gören kişiye bir başka deyişle gerçek mağdura göre yapılan sınıflandırma çerçevesinde genellikle kabul edildiği üzere, uluslararası hukuka aykırı bir eylemle devlet tüzel kişiliğine verilen zararlar, mesela devletin egemenliğine,

⁴⁸ Gerald Fitzmaurice, 'Hersch Lauterpacht: The Scholar as Judge, Part I' (1961) 37 BYIL (1961) 54.

⁴⁹ Matthew H Adler, 'The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI' (1990) 39 ICLQ 642; UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 19; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 45; Dugard (n 42) p 55; Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 33; Thirlway 2010 (n 42) 153; *The M/V "Virginia G" Case* (Judgment of 14.04.2014) (n 34) p 157.

⁵⁰ Marotti (n 42) 39, 49. *Ilyomade*, "dual claims" olarak andığı bu başvurularla devletin hem kendisine hem de vatandaşına verilen zararlar için giderim aradığını belirtmiştir. *Ilyomade* (n 42) 84.

⁵¹ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 19; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 45; Okowa 2010 (n 23) 475, 496.

⁵² Bu maddede öngörülen ağırlık kriterinin, her bir başvurunun kendi şartları içinde ne şekilde nitelendirileceği hususunda kesin bir çözüm sunmamakla birlikte, uluslararası mahkemelere ancak belirli bir rehberlik sağladığı hakkında bkz. Marotti (n 42) 51. Söz konusu nitelendirmeyi yapabilmek için uyumsuzluğun konusu, iddianın mahiyeti gibi çeşitli unsurların göz önünde bulundurulmasının gerekebileceği hakkında bkz. Meron (n 23) 84. Belirtilen nitelendirmenin zaman zaman keyfi bir biçimde de yapılabildiği hakkında bkz. Wittich 2000 (n 24) 132.

⁵³ Ibid 136.

⁵⁴ Bu yönde bir öneri için bkz. Philip C Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction* (The Macmillan Co, 1948) 120.

⁵⁵ Meron (n 23) 84-86; Wittich 2000 (n 24) 122, 132-133. Böyle bir katalogun faydalı olabileceği; ancak eksiksiz bir liste oluşturmanın mümkün olmadığı, öngörülemeyen bazı durumların listeye sonradan eklenebileceği ve daha önemlisi de konuyla ilgili bazı genel prensiplerin geliştirilmesi gerektiği hakkında bkz Amerasinghe (n 40) 160.

ülkesine, onur ve itibarına, bayrağına, organlarına, hükümet yetkilileri, diplomasi temsilcileri, konsolosluk memurları gibi görevlilerine/temsilcilerine, silahlı kuvvetlerinin üyelerine, resmî unsurlarına, egemenlik işlevlerinin icrasında kullandığı mallarına, diplomatik misyon veya konsolosluk bina ve mallarına verilen zararlar, ilke olarak doğrudan zararlarıdır. Diplomatik himayenin işletilmesiyle ilgili bir unsur olan dolaylı zarar ise, uluslararası hukuka aykırı bir eylemle vatandaşlarının kişiliğine, fiziksel bütünlüğüne veya malvarlığına verilen zararlar sebebiyle devletin uğradığı (kabul edilen) zararı ifade eder⁵⁶.

Kimi yazarlar ise, aşağıda açıklanacağı üzere, örnekler üzerinden konunun açıklanması yerine, doğrudan zararlar ile dolaylı zararların ayrılması bakımından ihlal edildiği öne sürülen hakkın niteliğine yoğunlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁷.

Uygulamadan örnekler vermek gerekirse, devletin egemenliğinin ve ülke bütünlüğünün ihlali, ülkedeki kişilerin de zarar görmesiyle sonuçlansa da, devlete doğrudan zarar veren eylemler olarak değerlendirilmektedir⁵⁸.

Aynı şekilde, hükümet yetkililerine, diplomasi temsilcilerine veya konsolosluk memurlarına verilen zararlar, doğrudan devlete yönelik zararlar olarak görülmektedir⁵⁹. Zira bu kişilere uluslararası hukukta tanınan özel statü, onların devletlerinin

⁵⁶ Çeşitli tarif ve sınıflandırmalar için bkz. 'Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners' (1929) 23 AJIL Special Supplement 156; Marjorie M Whiteman, *Damages in International Law, Vol 1* (U. S. Government Printing Office 1937) 80-81; Jessup (n 54) 118-119; Meron (n 23) 87; UN Doc A/CN.4/134 and Add 1 (26.01.1961); Sixth Report on International Responsibility by F V Garcia-Amador (Special Rapporteur) p 30-31; UN Doc A/CN.4/344 (01.05.1981); Second Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility by Willem Riphagen (Special Rapporteur) p 96; Wittich 2000 (n 24) 129, 133-134; Brownlie (n 42) 474; ILC, Draft Articles/ Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 46; Okowa 2010 (n 23) 475, 497.

⁵⁷ Bkz Wittich 2000 (n 24) 137; Amerasinghe (n 40) 163-164.

⁵⁸ Mesela, *Armed Activities on the Territory of the Congo Davasında* Kongo'nun hem kendisine hem de ülkesindeki kişilere verilen zararlarla ilgili iddiaları bakımından diplomatik himayenin şartları aranmamıştır. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)* (Judgment of 19.12.2005) ICJ Reports 2005 p 259. Ayrıca bkz. Pellet (n 38) 50.

⁵⁹ Mesela, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davasında* İran'ın gerek iki devlet arasında yürürlükteki uluslararası sözleşmeler gerek genel uluslararası hukukun yerleşik kuralları çerçevesinde ABD'ye karşı üstlenmiş olduğu onun diplomatlarını ve konsoloslarını koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmedilmiştir. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)* (Judgment of 24.05.1980) ICJ Reports 1980, 3 vd. Yine, *Arrest Warrant of 11 April 2000 Davasında* Kongo, Belçika'nın dışişleri bakanları (*Abdoulaye Yerodia Ndombasi*) hakkında bir uluslararası tutuklama kararı çıkarmakla dışişleri bakanlarının dokunulmazlık ve bağımsızlıklarına ilişkin uluslararası örf ve âdet kurallarını ve devletlerin egemen eşitliği prensibini kendisine karşı ihlal ettiğini öne sürmüştür. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)* (Judgment of 14.02.2002) ICJ Reports 2002 p 1, 11-12. Bahsi geçen kişinin statüsüyle ilgili değişikliklere (tutuklama kararından bir süre sonra eğitim bakanı olarak görevlendirilmesine) atıfla Belçika ise, davanın bir diplomatik himaye davası hâline geldiğini ve korunmak istenen kişi iç başvuru yollarını tüketmediği için de başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Ibid p 37. Buna karşılık UAD, Kongo'nun hiçbir zaman sözlü geçen kişinin şahsî haklarına dayanmadığını; kişinin göreviyle ilgili sonraki değişikliğe rağmen uyumsuzluğun niteliğinin değişmediğini; uyuşmazlığın, hâlen, bir kişinin dışişleri bakanı olduğu sırada hakkında tutuklama kararı çıkarılmasının hukuka uygunluğuyla ve Kongo'nun haklarının tutuklama kararıyla ihlal edilip edilmediği meselesiyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Divana göre Kongo, vatandaşlarının korunması çerçevesinde hareket etmediğine göre, Belçika iç başvuru yollarının tüketilmesi şartına dayanarak itirazda bulunamaz. Ibid p 40. Bunların yanında Divan, bir başvurunun kabul edilebilirliğini belirlemek için başvurunun yapıldığı tarihteki koşulların esas alınacağını teyit eden içtihadını da hatırlatmıştır. Ibid. Kararın hüküm fıkrasında da, Belçika'nın, ilgili kişinin uluslararası hukuk çerçevesinde yararlandığı bağımsızlık ve dokunulmazlığa saygı göstermeyerek, Kongo'ya karşı yükümlülüklerini ihlal ettiği bildirilmiştir. Ibid p 78. Anlaşılabileceği üzere, bir dışişleri bakanının statüsüne dayanan ve onun hakkında tutuklama kararı çıkarılması eylemini şikâyet eden bu başvuru diplomatik himaye olarak nitelendirilmemiş ve böylece olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulama bulmayacağı sonucuna varılmıştır. Amerasinghe (n 40) 149, 151, 167; Thirlway 2010 (n 42) 157.

temsilcileri olmalarına ve/veya görevlerini etkili bir şekilde yapabilmelerini sağlama amacına dayanmaktadır⁶⁰. Bu kişilere özel statülerinden tamamen bağımsız olarak zarar verilmesi durumundaysa, devletin sadece dolaylı bir zarara uğradığı kabul edilebilecektir⁶¹.

Kezâ, egemenlik işlevlerinin icrasında kullanılan devlet mallarına yönelik zararların da doğrudan zararlardan olduğu teyit edilmektedir⁶². Bu noktada şunu da eklemek gerekir ki, devletin egemenlik işlevleriyle ilgili faaliyetler (*acta iure imperii*) yerine getiren kuruluşlara bu işleri çerçevesinde verilen zararlar doğrudan devlete verilmiş zararlar olmakla birlikte, özel hukuk işlemleri (*acta iure gestionis*) yapan devlet teşebbüslerine bu faaliyetleri çerçevesinde verilen zararlar bakımından uluslararası sorumluluğa başvurulması için öncelikle bu teşebbüsün iç başvuru yollarını tüketmesi gerekecektir⁶³.

⁶⁰ Nitekim Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinin Giriş bölümünde “*Bu gibi ayrıcalıkların ve bağımsızlıkların amacının fertleri yararlandırmak olmayıp, devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu müdrük bulunarak, ...*” ifadesi yer almaktadır. Sözleşme metni için bkz. (1964) 500 UNTS 95 vd; RG 24.12.1984/18615. Benzer ifadeler Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin Giriş bölümünde de geçmektedir. Sözleşme metni için bkz. (1967) 596 UNTS 261 vd; RG 27.09.1975/15369. Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların hukuki dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anıl Çamyamaç ve Zekiye Özen İnci, *Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağımsızlık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet* (Seçkin 2020) 40-46.

⁶¹ ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 28. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın serhinde, bir diplomasi temsilcisinin kabul eden devletin ülkesinde özel amaçlar için sahip olduğu bir taşınmazın tazminatsız şekilde kamulaştırılması bu duruma örnek olarak gösterilmektedir. Ibid. Bununla birlikte, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinin “*Diplomatik ajanın özel konutu misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacaktır.*” hükmünü getiren 30. maddesi göz önünde bulundurulduğunda -her ne kadar misyon binalarının dokunulmazlığını öngören 22. maddede bu binaların kamulaştırmayacağı açıkça belirtilmiş olmasa da- bu örneğin tartışmaya açık olduğu belirtilmelidir. Bu sebeple, aktarılan örneği diplomatik ajanın özel konutu dışındaki özel taşınmazları olarak yorumlamak daha yerinde olabilir.

⁶² *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davasında* İran’ın, diğerleri yanında, diplomatik misyon ve konsolosluk binaları ile arşivlerinin dokunulmazlığına ilişkin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği belirtilmiştir. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Judgment of 24.05.1980) (n 59) p 63, 67, 77. Yine, *Corfu Channel Davasında*, İngiliz savaş gemilerini karasularındaki tehlikelerden haberdar etmesi gerekirken, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyip savaş gemilerinin ve gemilerdeki mürettebatın zarara uğramasına sebebiyet veren Arnavutluk’un sorumluluğunun doğduğuna hükmedilmiştir. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania)* (Judgment of 09.04.1949) ICJ Reports 1949, 22-23. Aynı kararda, İngiliz donanmasının Arnavutluk karasularında giriştiği mayın temizleme faaliyetlerinin Arnavutluk’un egemenliğini ihlal ettiğine ve bunun Divan tarafından bildirilmesinin yeterli bir giderim teşkil ettiğine hükmedilmiştir. Ibid 36. Kararın bu kısmı da, doğrudan devlete yönelik bir başka zararı tespit etmektedir.

⁶³ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 6. Ayrıca bkz. UN Doc A/CN.4/302 and Add 1-3 (14.07.1977): Sixth Report on State Responsibility by Roberto Ago (Special Rapporteur) p 103; Doehring (n 40) 239; Juliane Kokott, ‘Interim Report on the Exhaustion of Local Remedies’ iç *London Conference Report of International Law Association Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property* (2000) 12-13.

Yine, açık denizlerde bir gemiye karşı girişilen uluslararası hukuka aykırı eylemlerin geminin bayrak devletine doğrudan zarar verdiği kabul edilebilmektedir⁶⁴. Açık denizlerde⁶⁵ seyrüsefer serbestliğine aykırı olarak ticarî gemilere müdahale edilmesinin, genel olarak diplomatik himayede bulunmaya imkân vermekle birlikte⁶⁶, aşağıda incelenecek vakalardan görüleceği üzere, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından, bayrak devletinin haklarını ihlal edip, ona doğrudan zarar verdiği değerlendirilebilmektedir⁶⁷.

Bunların yanında, uygulamada, sınır aşan çevresel zararlar bakımından da devletin doğrudan zarar gördüğü kabul edilmektedir⁶⁸.

Özetle, bir başvurunun hem doğrudan hem dolaylı zararlara ilişkin unsurlar içerdiği durumlarda, özellikle iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliğini tespit edebilmek için, doğrudan zararlara dayanan bir başvuru (*direct claim*) ya da

⁶⁴ Mesela, 1929'da ABD sahil güvenlik güçleri tarafından içki yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle Kanada tescilli bir geminin açık denizde batırılması vakasının ele alındığı *I'm Alone Davasında* yetkili Komisyon, nihai raporunda, geminin batırılmasının hukuka aykırı bir eylem olduğunu; ABD'nin resmi olarak eyleminin hukuka aykırılığını kabul etmesi ve Kanada'dan özür dilemesi gerektiğini; ayrıca ABD'nin Kanada'ya maddi giderim olarak 25.000 dolar ödeme yapması gerektiğini bildirmiştir. Bunların yanında kaptan ve mürettebat yararına da Kanada'ya belirli bir tazminatın ödenmesi tavsiye edilmiştir. Komisyon, gemi ve kargonun kaybı bakımından tazminat ödenmesine, bunlar ABD vatandaşların mülkiyetinde ve kontrolünde olduğu için, gerek görmemiştir. *I'm Alone (Canada v United States)* (Joint Final Report of 05.01.1935) 3 RIAA 1616-1618; Gündüz (n 4) 550-552. Bu sebeple, geminin batırılması eylemi için belirlenen 25.000 dolarlık tazminatın, devletin egemenliğine verilen zarar için öngörüldüğü belirtilmelidir. Gerald Fitzmaurice, 'The Case of the I'm Alone' (1936) 17 BYIL 94. Burada hukuka aykırı eylem ABD'nin yetki alanı dışında gerçekleştiği için, Kanada bayrağına yönelik bir zarar bulunduğu farz edildiği ve iç başvuru yollarının uygulanmasına gerek olmadığı yönünde bir görüş için bkz. Amerasinghe (n 40) 165. Bu konuda geminin batırıldığı deniz alanına göre yapmanın yerinde olmadığı hakkındaysa bkz. Ilyomade (n 42) 94; Greg Lourie, 'Diplomatic Protection under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties' (2015) Austrian Yearbook on International Arbitration 526.

⁶⁵ Geniş anlamda açık denizlere, seyrüsefer serbestliği bakımından açık deniz rejimine tâbi olan münhasır ekonomik bölgeler de dâhildir.

⁶⁶ Bayrak devletin gemiye uluslararası hukuka aykırı bir eylemle verilen zararlara karşı diplomatik himayede bulunabileceği hakkında bkz. Geck (n 30) 1054-1055. Bir gemiye karşı, gemi her nerede olursa olsun, ika edilen uluslararası hukuka aykırı bir eylemle cevaben bayrak devletin diplomatik himaye işletme yetkisine sahip olduğu hakkında bkz. Haijiang Yang, *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea* (Springer 2006) 28. Ayrıca bkz. Douglas Guilfoyle, 'Article 91' iç Alexander Proelss (ed), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Nomos 2017) 693.

⁶⁷ Philipp Wendel, *State Responsibility for Interferences with the Freedom of Navigation in Public International Law* (Springer 2007) 88.

⁶⁸ Mesela, *Trail Smelter Davasında* Kanada'da icra edilen bir endüstriyel faaliyet sebebiyle yayılan zehirli dumanların meydana getirdiği atmosferik kirlenmenin ABD'nin ülkesinde bireysel ve kamusal zararlara yol açmasından kaynaklanan uyuşmazlığı ele alan Hakemlik Mahkemesi, meseleyi doğrudan devletler arası bir mesele olarak görüp, diplomatik himaye çerçevesinde ele almamıştır. Kevin J Madders, 'Trail Smelter Arbitration' iç R. Bernhardt (ed), *EPIL, Vol 4* (Elsevier 2000) 901; UN Doc A/CN.4/523 and Add 1 (16.04.2002): Third Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur) p 75, 84; Duncan French, 'Trail Smelter (United States of America/Canada) (1938 and 1941)' iç Eirik Borge ve Cameron Miles (edr), *Landmark Cases in Public International Law* (Hart Publishing 2017) 164-165. Burada Mahkeme, görevinin bireyler tarafından veya onlar yararına hükümetleri tarafından sunulan iddialar hakkında karar vermek olmadığını; ancak bireylerin uğradığı zararların tazminatın hesaplanması bakımından göz önünde bulundurulabileceğini belirtmiştir. *Trail Smelter Case (United States of America v Canada)* (Award of 16.04.1938 and 11.03.1941) 3 RIAA 1912-1913, 1938. Mahkeme, uluslararası hukuka göre, hiçbir devletin bir başka ülkeye veya buradaki kişilere ve mallara dumanla zarar verecek şekilde ülkesini kullanamayacağını ve ülkesinin kullanılmasına izin veremeyeceğini belirtmiştir. Ibid 1965. Bununla birlikte, ABD'nin egemenlik haklarına tecavüz edildiğini de ileri sürmesine karşılık Mahkeme, taraflar arasında uyuşmazlığın çözümü için yapılan özel anlaşmanın zararın ve gerekirse tazminatın tespitiyle ilgili olduğunu ve dolayısıyla egemenliğin ihlali iddiasını karara bağlamanın gereksiz olduğunu bildirmiştir. Ibid 1932. Öte yandan, bu olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasına gerek görülmemesi, verilen zararın niteliğinin yanı sıra, zarar gören (özel) kişi ile zarar veren devlet arasında (zarar veren devletin ülkesinde bulunma, yerleşme, mal sahibi olma veya bu devletle bir sözleşme ilişkisi içinde bulunma gibi) ilgili bir bağlantı bulunmamasıyla da açıklanabilir. UN Doc A/CN.4/523 and Add 1 (n 68) p 75; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 48-49; Dugard (n 42) p 60-61.

dolaylı zararlara dayanan (diplomatik himaye çerçevesinde) bir başvuru (*indirect claim*) olarak nitelendirilmesi gerekir. İlgili uygulamaları ve doktrindeki görüşleri dikkate alan UHK bunun için bazı kriterler önermekle birlikte, somut bir olayda bu nitelendirmeyi yapmak -çeşitli unsurların dikkate alınmasına ve hatta ilk etapta neyin doğrudan bir zarar neyin dolaylı bir zarar teşkil ettiğini saptamaya bağlı olduğu için- oldukça zor bir iştir.

Son olarak şunu da eklemek gerekir ki, hem doğrudan hem dolaylı zararlara ilişkin unsurlar içeren bir uluslararası başvurunun birtakım kriterler çerçevesinde nitelendirilmesi, başvurunun -iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından- bir bütün olarak ele alınması gerektiği anlayışına dayanır⁶⁹. Böylece, mesela başvurunun esasen vatandaşa verilen zararlara ilgili olduğu durumlarda, iç başvuru yollarının tüketilmemesi, başvurunun -doğrudan devletler arası mesele sayılabilecek ikincil yönleri dâhil- bütünüyle kabul edilemez bulunmasına yol açabilir⁷⁰. Diğer taraftan, mesela başvurunun esasen doğrudan devlete yönelik zararlara ilişkin olduğu durumlarda, ilgili olayda ayrıca (resmî görevi olmayan) vatandaşlara da zarar verilmiş olması, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından göz ardı edilebilir (başvurunun bir bütün olarak doğrudan zararlara dayanan bir başvuru olarak nitelendirilmesini engellemeyebilir). Uluslararası mahkeme kararları, aşağıda incelenecek vakalardan görüleceği üzere, genellikle bu yaklaşımı teyit etmektedir⁷¹.

⁶⁹ Meron (n 23) 86, 100; Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 151.

⁷⁰ Thirlway 1996 (n 42) 89-90; Okowa 2010 (n 23) 497.

⁷¹ Mesela, esasen elçiliklerin, diplomatik misyon ve konsolosluk personelinin dokunulmazlıklarıyla ilgili olan *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davası*nda, resmî bir görevi olmayan iki ABD vatandaşının da rehine olarak tutulması -uluslararası sorumluluğa başvurma şartları bakımından- ayrı bir olay olarak değerlendirilmemiştir. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Judgment of 24.05.1980) (n 59) 3 vd. Bununla birlikte, nadiren de olsa farklı bir yaklaşım izlenebilmektedir. Mesela, *Armed Activities on the Territory of the Congo Davası*nda bir karşı iddia olarak Uganda, diplomatik personelinin gerek elçiliğinin saldırıya uğradığı gerek ülkeyi terk etmek üzere N'djili Havalimanı'nda buldukları sırada kötü muameleye uğradığını ve her iki durumda da diplomatik statüsü bulunmayan kişilere de Kongo askerleri tarafından kötü davranıldığını öne sürmüştür. Kongo ise, bu karşı iddianın bir diplomatik himaye iddiası olduğunu ve diplomatik himayenin şartları yerine gelmediği için de kabul edilemez olduğunu savunmuştur. Divan, diplomatlara elçilikte veya bir başka yerde yapılan kötü muamelelerle ilgili iddialarıyla Uganda'nın Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinin 29. maddesinin ihlal edilmesinde doğrudan kendisinin gördüğü zararlar için giderim elde etmeyi amaçladığını; böylece mağdurlar yararına bir diplomatik himayede bulunmadığını, bunun yerine Sözleşme çerçevesindeki haklarını korumaya çalıştığını bildirmiştir. Bu bakımdan, iç başvuru yollarının tüketilmemesinin söz konusu iddiayı ileri sürmeyi engellemediği ve iddianın kabul edilebilir olduğu sonucuna varılmıştır. Diplomatik statüsü olmayan diğer kişilere elçiliğe saldırılması sırasında yapılan kötü muamelelerle ilgili iddialar da, Divana göre, Uganda'nın egemenlik yetkileri çerçevesinde ileri sürdüğü, Sözleşmenin 22. maddesi kapsamına giren doğrudan iddialardır. Divan, Uganda'nın bu kişilere Havalimanı'nda yapılan kötü muamelelerle ilgili iddialarının ise, kendisine verilen doğrudan zararlar yerine, belirli kişilere verilen zararlara ve devletlerin ülkelerinde bulunan yabancılara karşı muameleleriyle ilgili uluslararası asgari standartlara dayandığını değerlendirip, Uganda'nın iddiasının bu kısmı bakımından diplomatik himayenin (uyrukluk ve iç başvuru yollarının tüketilmesi hususundaki) şartlarını uygulanacağını belirtmiştir. Neticede Divan, dava dosyasında söz konusu kişilerin Uganda vatandaşı olduklarını gösteren hiçbir belgenin bulunmadığını belirtip, iddianın bu kısmını kabul edilemez bulmuştur. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Judgment of 19.12.2005) (n 58) p 328-333. Dikkat edilirse, bahsi geçen özel kişilerin Uganda vatandaşı oldukları ispatlanamadığı için, onların zararlarına ilişkin iddialar diğer meselelerden ayrılarak kabul edilemez bulunmuştur. Bu kişiler bakımından uyrukluk şartı karşılanmış olsaydı, Divan, meselenin ağırlıklı olarak doğrudan zararlara dayandığını tespit edip, Uganda'nın bir bütün olarak iddiası bakımından iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağı sonucuna varır mıydı? Divanın açıklamaları o durumda da iddianın söz konusu kısmının yine ayrı mütalaa edileceğine işaret etmekle birlikte, buna kesin bir cevap vermek mümkün gözükmemektedir.

B. Başvurunun Nitelendirilmesi için Önerilen Kriterler ve Dikkate Alınabilecek Unsurlar

1. Genel Olarak

Karma nitelikli bir uluslararası başvurunun iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından doğrudan bir başvuru olarak mı yoksa dolaylı bir başvuru olarak mı sayılacağı hususunda karar vermek için genellikle şu kriterlerin göz önünde bulundurulması gerektiği öne sürülmektedir: i) ağırlık kriteri (*preponderance test*), ii) olmazsa olmaz kriteri (*sine qua non test*; “*but for*” test). Bununla birlikte, farklı kriterlerin belirli noktalarda örtüştüğü de belirtilmelidir⁷².

İlgili kodifikasyon çalışmaları kapsamında UHK raportörü *Dugard* tarafından 2001’de sunulan 2. raporun 11. maddesi, her iki kritere atf yapılarak, şu şekilde düzenlenmekteydi⁷³: “*Bir uluslararası başvuru veya başvuruya bağlı bir tespit kararı talebi ağırlıklı olarak bir vatandaşa verilen zarara dayanarak getirildiğinde ve söz konusu hukukî prosedür vatandaşa bir zarar verilmemiş olsaydı başlatılmayacak idiyse, iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. (Bu mesele hakkında karar vermek için talep edilen çözüm, iddianın mahiyeti ve uyumsuzluğun konusu gibi faktörler dikkate alınmalıdır.)*” Bununla birlikte, nihai Taslağın 14. maddesinin 3. fıkrasında olmazsa olmaz kriterine açıkça yer verilmeyerek, karma nitelikli başvurularda ağırlık kriterini esas alan -yukarıda belirttiğimiz- şu formül tercih edilmiştir⁷⁴:

“Bir uluslararası başvuru veya başvuruya bağlı bir tespit kararı talebi, ağırlıklı olarak bir vatandaşa veya 8. maddede belirtilen bir diğer kişiye verilen zarara dayanarak getirildiğinde, iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekir.”

Olmazsa olmaz kriterine Taslağın nihai hâlinde yer verilmemesinin, bu kriterlerin anlam ve uygulama bakımından büyük ölçüde örtüşmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim Taslağın gerek hazırlık çalışmalarında gerek şerhinde belirtildiği üzere, bir devletin başvurusunun doğrudan bir başvuru olarak mı yoksa dolaylı bir başvuru olarak mı nitelendirileceği incelenirken uygulanabilecek ağırlık kriteri ile olmazsa olmaz kriterini birbirlerinden ayırmak kolay değildir. Bir başvuru ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zarara dayanıyorsa, vatandaşın zararı olmasaydı kolay kolay başvuruda bulunulmayacağı da belirtilmelidir. Öte yandan, başvurunun vatandaşın zararı olmasaydı yapılmayacağı belliyse, başvurunun ağırlıklı olarak dolaylı zararlara dayandığı sonucuna da varılabilir. Neticede her iki kriter de, bir hak talebinin öne sürülmesinde vatandaşa verilen zararın baskın etken olduğu durumlarda iç başvuru yollarının tüketilmesi kuralına uyulması gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁵.

⁷² UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 20.

⁷³ Ibid 103-104.

⁷⁴ İngilizce metin şöyledir: “*Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgement related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.*”

⁷⁵ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 23; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 46; Dugard (n 42) p 57.

Bu bağlamda, aşağıda incelenen davalarda ister ağırlık kriteri ister olmazsa olmaz kriteri esas alınsın, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından genellikle aynı sonuca ulaşılabileceği da öne sürülebilir⁷⁶. Yine de, bu kriterlerin uygulanmasıyla elde edilecek sonuçların her zaman örtüşeceğini öne sürmek güçtür. Zira olmazsa olmaz kriteri, devletin sorumluluğa başvurmasında başlıca sebebin ne olduğunu varsayımlar çerçevesinde araştırmaya odaklanırken; ağırlık kriteri başvuruyu oluşturan unsurların nitelikleri bakımından tartışılması öngörür. Ayrıca, karma nitelikli başvuruların hemen hemen her zaman vatandaşlara verilen zararların etkisiyle yapıldığı göz önünde bulundurulursa, bu tür başvuruların -olmazsa olmaz kriterine göre- dolaylı (zararlara dayanan) başvurular olarak sayılmasının neredeyse kaçınılmaz olacağı ve böylece bu kriterin iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulama alanını -diğerine nisbetle- genişleteceği değerlendirilebilir.

Bu arada, bir başvurunun doğrudan mı dolaylı mı olduğunu belirli kriterler çerçevesinde değerlendirirken özellikle şu unsurların da göz önünde bulundurulması gerektiği öne sürülmektedir: i) “uymazlığın konusu” (*the subject of the dispute*), ii) “iddianın (başvurunun; davanın) mahiyeti” (*the nature of the claim*), iii) “talep edilen giderimin (çözümün) niteliği” (*the nature of the remedies; the remedy claimed*). Bunlar, genellikle, bağımsız kriterler olarak değerlendirilmemekte, ilgili kriterlerin uygulanmasında dikkate alınacak unsurlar olarak görülmektedir⁷⁷. Ne var ki, bunlardan hiçbiri başvurunun hangi sınıfa girdiği hususunda kesin sonuç vermeyebilir. Nihayetinde cevaplandırılması gereken, başvurunun ağırlıklı olarak vatandaşın zararına dayanıp dayanmadığı hususudur⁷⁸. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus da, uymazlığın konusu ve iddianın mahiyeti incelenirken başvurudaki formülasyondan⁷⁹ ziyade, mahkemenin değerlendirmesinin önemli olduğunu⁸⁰.

⁷⁶ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 22.

⁷⁷ Ibid p 20, 24; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 46; Dugard (n 42) p 57.

⁷⁸ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 26.

⁷⁹ UAD Tüzüğü m. 38’de, dava açmak için sunulan yazılı başvurularda, diğerleri yanında, uymazlığın konusunun ve iddianın (davanın) dayandığı olgu ve gerekçelerin (*facts and grounds*) özet bir şekilde beyanıyla birlikte iddianın tam mahiyetinin belirtileceği düzenlenmektedir. UAD Tüzüğü için bkz. <<https://www.icj-cij.org/en/rules>> Erişim Tarihi 24.11.2020.

⁸⁰ Meron (n 23) 87, 100. Genel olarak UAD’nin, davacı tarafından başvuruda kullanılan terimler ve formülasyon ile mutlak şekilde bağlı olmadığı hakkında bkz. Sienho Yee, ‘Article 40’ iç Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm ve Christian J. Tams (edr), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2. Baskı, Oxford University Press 2012) 943. Her ne kadar davacı devletin bildirdiği iddia ve talepleri onun gerçek hedef ve menfaatlerinin anlaşılmasında bir etken olsa da, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasından kurtulmak isteyen devletlerin davalarını buna uygun şekilde formüle edebileceği de göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple, uluslararası mahkemeler, başvurunun gerçekte doğrudan zararlara mı yoksa dolaylı zararlara mı dayandığını belirleyebilmek için, başvuru ne şekilde formüle edilmiş olursa olsun onun gerçek içerik ve hedefini esas alabilir. Nitekim *Interhandel Davası*nda UAD, aşağıda görüleceği üzere, uymazlığın gerçek konusunun, şirketin el koyulan malvarlığının ona iadesiyle ilgili olduğunu, davacı devletin bu yöndeki iddialarına rağmen doğrudan zararlara ilgili olmadığını kabul etmiştir. Meron (n 23) 88-90.

2. Ağırlık Kriteri

Ağırlık kriterine göre, karma nitelikli başvuruların olduğu durumlarda uluslararası mahkemeler, başvurunun farklı yönlerini inceleyip, devlet bakımından doğrudan unsurların mı yoksa dolaylı unsurların mı baskın olduğuna karar vermelidir⁸¹. Bu çerçevede, uluslararası sorumluluğa başvuran devletin dayandığı (ihlal edildiğini öne sürdüğü) hükümlerin (nicelik bakımından) çoğunun kendisine mi yoksa vatandaşlarına mı haklar sağladığından ziyade⁸², başvuruda doğrudan zararların mı yoksa dolaylı zararların mı daha önemli bir yer tuttuğu değerlendirilmelidir⁸³. Bir başka deyişle, bir başvuruyu doğrudan zararlara dayanan bir başvuru ya da dolaylı zararlara dayanan bir başvuru olarak nitelendirmek için, başvuruda bu unsurlardan hangisinin (nitelik bakımından) baskın olduğu dikkate alınmalıdır⁸⁴. Öte yandan, ağırlık kriterinin katı bir şekilde uygulanmasının, devletlerin -özellikle de anlaşmalardaki haklarının ihlalleri için iç başvuru yollarından giderim elde etmesinin muhtemel olmadığı veya bir anlaşmanın temelini oluşturan (ve ulusal mahkemelerde kişilerin zararları için tazminata hükmedilmesiyle muhafaza edilemeyecek) değerleri korumak istediği durumlarda- meşru taleplerine engel olabileceği de öne sürülmektedir⁸⁵.

Ağırlık kriteri UAD tarafından çeşitli davalarda göz önünde bulundurulmuştur. *Interhandel Davasında* İsviçre, birincil olarak, ABD'nin *Interhandel*'in el koyulan malvarlığını şirkete iade etme yükümlülüğü altında olduğuna karar verilmesini talep etmiştir⁸⁶. Bu çerçevede İsviçre, İsviçrelilere ait malvarlıkları üzerindeki blokajın kaldırılması ve İsviçre'deki Alman malvarlıklarının tasfiyesi amacıyla müttefik devletlerden bir kısmı ile İsviçre arasında 1946'da yapılan Vaşington Anlaşmasıyla yetkilendirilmiş bir İsviçre denetim otoritesinin *Interhandel* hakkında verdiği karara ABD'nin uymamasını doğrudan kendisine verilmiş bir zarar olarak nitelendirip, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasına da gerek olmadığını ileri sürmüştür. Divan ise, bu uyuşmazlıkta İsviçre'nin, uyrukluğunu taşıyan *Interhandel*'in ABD tarafından el koyulan malvarlığının şirkete iadesini sağlamaya çalışmakla şirketinin meselesini üstlenmiş görüldüğü vurgulayarak, böyle meselelerde söz konusu şartın uygulanacağı sonucuna varmıştır⁸⁷.

⁸¹ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 21; Dugard (n 42) p 56. İlgili mahkemenin bir başvuruda hangi unsurların baskın olduğunu, başvurunun bütün alakalı unsurlarını göz önünde bulundurarak objektif bir şekilde değerlendirmesi gerektiği hakkında bkz Marotti (n 42) 49.

⁸² Ibid 45.

⁸³ Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 146.

⁸⁴ Meron (n 23) 86, 100.

⁸⁵ Okowa 2010 (n 23) 497. Bu noktada başvurunun temel hedeflerini dikkate alarak onu nitelendirmenin yerinde bir tercih olabileceği hakkında bkz Ibid.

⁸⁶ *Interhandel* (Judgment of 21.03.1959) (n 37) 9.

⁸⁷ Ibid 17-18, 28-29. Divan, bir uluslararası mahkemeye başvurmadan önce, yükümlülüklerini ihlal ettiği öne sürülen devlete kendi iç hukuk sistemi içinde durumu düzeltme fırsatı verilmesi gerektiğini, mevcut olayda olduğu gibi ulusal mahkemelerde ilgili davaların devam ettiği durumlarda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının evleviyetle uygulanacağını ve *Interhandel*'in ABD mahkemelerinde derdest olan davası ile İsviçre'nin Divan nezdinde açtığı davanın aynı sonucu elde etmeye yönelik olduğunu da belirtmiştir. Ibid 27.

İsviçre'nin -ABD'nin Vaşington Anlaşması veya bir başka anlaşma uyarınca meseleyi hakemliğe sunma yükümlülüğü altında olduğuna karar verilmesi yönündeki alternatif talebi bakımından da Divan, *Interhandel*'in ABD mahkemelerinde hakkını aramasına yol açan menfaatin, İsviçre'nin bu Davayı açmasına sebep olduğunu ve davanın kapsamını belirlediğini vurgulamıştır. Divan, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının temel mantığının -mesele, ister bir uluslararası mahkeme ister bir uluslararası hakemlik organı önünde olsun- her halükârda aynı olduğuna dikkat çekip, bu şartın alternatif talep çerçevesinde uygulanması bakımından farklı bir sonuca varılamayacağını belirtmiştir⁸⁸. Neticede Divan, ABD'nin *Interhandel*'in iç başvuru yollarını tüketmediği yönündeki itirazını kabul ederek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁸⁹.

Benzer şekilde *ELSI Davası*nda Divanın ilgili Dairesi, ABD'nin başvurusuna bir bütün olarak hâkim olan meselenin o devletin uyrukluğunu taşıyan şirketlere yönelik zararlarla ilgili olduğunu değerlendirerek⁹⁰; ABD'nin, başvurusunun kısmen İtalya'yla arasındaki Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Anlaşmasının ihlaline dayandığı⁹¹ ve bu Anlaşmanın ihlal edildiğini tespit eden bir hüküm verilmesi yönündeki talebi bakımından -bu talep doğrudan zararlarıyla ilgili olduğu için- iç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığı iddiasını kabul etmemiştir⁹². Burada, ABD, uyuşmazlığın konusunun bir kısmına ve uyuşmazlığın bu kısmıyla ilgili talebine dikkat çekse de; ilgili Daire, ABD uyrukluğunu taşıyan şirketlere yönelik ihlallerle ilgili uyuşmazlıktan ayrı ve bağımsız bir uyuşmazlık tespit edemediğini

⁸⁸ Ibid 29. Daha sade bir şekilde ifade etmek gerekirse, Divan, ABD'de yürütülmekte olan davaların olumlu şekilde sonuçlanması durumunda, İsviçre'nin (birincil ya da alternatif) taleplerinin konusuz kalacağı ve hakemliğe sunulacak bir uyuşmazlık da kalmayacağı düşüncesiyle, iç başvuru yollarının tamamlanmasının beklenmesi gerektiğini kararlaştırmıştır. Thirlway 1996 (n 42) 87. Bazı yargıçlar ise, alternatif talebin, ABD mahkemelerinde karara bağlanamayacak bir meseleyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Dissenting Opinion of President Klaestad of 21.03.1959) ICJ Reports 1959, 82; *Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Dissenting Opinion of Judge Winiarski of 21.03.1959) ICJ Reports 1959, 83-84. *Yargıç Lauterpacht* da, İsviçre'nin meselenin hakemliğe sunulmasıyla ilgili alternatif talebinin, ayrı bir uyuşmazlığa ilişkin olduğuna işaret edip, iç başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmasına katılmadığını belirtmiştir. Yargıç, bireylerin gördüğü zararların, devlet tarafından uğranılan zararlarla aynı olamayacağı, sadece devlete verilecek tazminatın hesaplanmasında uygun bir ölçü sağlayabileceği hususunu hatırlattıktan sonra (Bkz. *Factory at Chorzów (Merits) (Germany v Poland)* (Judgment of 13.09.1928) PCIJ Series A No 17, 28.), bir uluslararası hakemlik kararının bir devlete vatandaşının el koyulan malvarlığının eski hâline iadesinden farklı bir giderim sağlayabileceğini, devletin bir anlaşmada yer alan hakemlik yolunu öne sürmede maddî tazminat veya eski hâle iadeden bağımsız bir hukukî menfaate sahip olabileceğini ifade etmiştir. *Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Dissenting Opinion of Sir Hersch Lauterpacht of 21.03.1959) ICJ Reports 1959, 120. Yargıcın görüşleri hakkında ayrıca bkz Fitzmaurice 1961 (n 48) 55.

⁸⁹ *Interhandel* (Judgment of 21.03.1959) (n 37) 11, 30.

⁹⁰ Divanın bu tespitinde kullandığı ifade şu şekildedir: "... the Chamber has no doubt that the matter which colours and pervades the United States claim as a whole, is the alleged damage to Raytheon and Machlett, ..."

⁹¹ Bu Davada ABD, İtalya'nın aralarındaki Anlaşmayı ihlal ettiğini tespit eden bir karar verilmesinin yanında, vatandaşlarına söz konusu ihlaller dolayısıyla verilen zararları karşılayacak bir tazminata hükmedilmesini de talep etmiştir. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Judgment of 20.07.1989) (n 40) p 10.

⁹² Ibid p 51-52. İlgili Daire, bir anlaşmanın taraflarının, anlaşmanın ihlal edildiği iddiasına dayanan başvurular bakımından iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağı veya uygulanacağı hususunda mutabakata varmış olabileceğini; ancak tarafların o yönde açık bir irade açıklamaları olmadıkça uluslararası örf ve âdet niteliğindeki bu önemli ilkinden zımnen vazgeçtiğini kabul edemeyeceğini de belirtmiştir. Ibid p 50.

belirtmiştir⁹³. Böylece Daire, karma nitelikli bir başvuruyu, belirli bir bakış açısıyla sınıflandırdıktan sonra, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından bir bütün olarak (*as a whole*) ele almıştır⁹⁴.

Ağırlık kriterinin, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davasında* da dikkate alındığı belirtilebilir. UAD, diplomatik misyon veya konsolosluk personelinden olmayan iki ABD vatandaşının rehine olarak tutulmasını, iki devlet arasındaki 1955 tarihli Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasının⁹⁵ -tarafardan her birinin vatandaşlarının diğerinin ülkesinde en üst düzeyde koruma ve emniyetten yararlanacağını öngören hükmünün- ihlali olarak nitelendirmiş olsa da⁹⁶, ağırlıklı olarak elçiliklerin, diplomatik misyon ve konsolosluk personelinin dokunulmazlıklarıyla ilgili olan bu Davada, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanması meselesi gündeme gelmemiştir⁹⁷.

3. Olmazsa Olmaz Kriteri

Ağırlık kriteriyle yakından ilgili olan bir diğer kriter, olmazsa olmaz kriteridir. Zarar ile başvuru arasındaki illiyet bağına yoğunlaşan bu kriter çerçevesinde, bir devletin, vatandaşına zarar verilmemiş olsaydı ya da vatandaşı yararına hak talebinde bulunmayacak olsaydı yine de başvuru yapıp yapmayacağı sorulur. Buna olumsuz cevap verilirse, başvurunun dolaylı zarara dayandığı ve dolayısıyla iç başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği sonucuna varılır⁹⁸. Bu kritere muhtemelen ilk kez dikkat çeken *Adler*'e göre, bu kriter çerçevesinde, bir başvuru, vatandaşların zararları (veya vatandaşların zararları için bir talep) olmaksızın yapılmayacak idiye, başvuran

⁹³ Ibid p 51. İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliğine karar vermesine rağmen ilgili Daire, belirli bir olayda iç başvuru yollarının gerçekten tüketilip tüketilmediğini tespit etmenin kolay olmadığına dikkat çektiikten sonra, mevcut olayda şirketlerin tüketmesi gereken başvuru yolları kaldığı hususunda İtalya'nın kendisini ikna edemediğini ve bu sebeple davanın esasını incelemeye geçeceğini belirtmiştir. Ibid p 63. Davanın söz konusu şartın uygulanabilirliği yönünden ayrıntılı bir incelemesi için bkz Adler (n 49) 646-650.

⁹⁴ Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 151. *Lourie*, her ne kadar *ELSI Davasında* UAD başvurusu iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından farklı kısımlara bölerek ele alma talebini mevcut uyumsuzluk için uygun görmemiş olsa da, yatırım andlaşmalarındaki andlaşmanın yorumlanması veya uygulanması hakkında taraf devletler arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların hakemliğe tevdi edileceğini öngören hükümlere (*state-to-state arbitration clauses*) dayanarak ilgili hakemlik mahkemesi huzurunda taraf devletlerden birinin, diğer taraf devletin andlaşmayı ihlal ettiği hususunda soyut bir tespit kararı verilmesini ve vatandaşlarına yönelik belirli bir zararın giderilmesini birlikte istediği durumlarda, taleplerin (doğrudan zararlara ve dolaylı zararlara dayanan iddiaların) ayrılabilirliğini ve böylece iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının, başvurunun tespit kararı istemiyle ilgili yönü bakımından uygulanmazken, başvurunun diplomatik himaye kısmı bakımından uygulanabileceğini öne sürmüştür. Yazara göre, bu bağlamda ağırlık kriterini, başvurunun bütününe kabul edilebilirliği hususunda karar vermek için tatbik etmek yerine, öne sürülen ihlallerden her birini nitelendirmek (hangi talebin vatandaşların menfaatleriyle hangi talebin devletin kendi menfaatleriyle ilgili olduğunu belirlemek) için uygulamak gerekir. Yazar, ayrıntılı şekilde incelediği *Italy v Cuba Davasına* ilişkin hakemlik kararının, ciddi çelişkiler içermekle ve neticede UAD'nin *ELSI Davasında*ki tutumuna yaklaşmakla birlikte, savduğu görüşleri kısmen de olsa teyit ettiğine dikkat çekmiştir. Bkz. *Lourie* (n 64) 535-542. Belirtilen yatırım uyumsuzluğuna ilişkin 2005 tarihli geçici ve 2008 tarihli nihai karar hakkında ayrıca bkz Michele Potestà, 'Republic of Italy v Republic of Cuba' (2012) 106 AJIL 341-347.

⁹⁵ Andlaşma metni için bkz (1957-1958) 284 UNTS 93 vd.

⁹⁶ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Judgment of 24.05.1980) (n 59) p 50, 67. Burada, genel uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin de ihlal edildiği tespit edilmiştir. Ibid p 67.

⁹⁷ *Thirlway* 1996 (n 42) 90.

⁹⁸ *Wittich* 2000 (n 24) 136; ILC, *Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection* (n 11) 46; *Dugard* (n 42) p 57; *Vermeer-Künzli* 2007/a (n 38) 145.

devletin dolaylı zararlarıyla ilgili sayılır. Böyle bir durumda da, ilgili kişinin zarar veren devletin iç başvuru yollarını tüketmesinden sonra, onun devleti uluslararası alanda başvuruda bulunabilecektir. Yazar, olmazsa olmaz kriteri çerçevesinde iddianın/başvurunun çıkış noktasına (*the origin of the claim*) odaklanıldığını belirtip, *ELSI Davasına* ilişkin kararda bu kriterin temel alındığını öne sürmüştür⁹⁹.

4. Uyuşmazlığın Konusu

Uyuşmazlığın konusu¹⁰⁰ bakımından belirtmek gerekir ki, bir dava esasen egemenliğe, hükümet yetkililerine, diplomatik misyon veya konsolosluk görevlilerine, egemenlik işlevlerinin icrasında kullanılan devlet mallarına verilen zararlarla ilgiliyse, genellikle doğrudan bir başvuru olarak nitelendirilirken; temelde resmî görevi olmayan vatandaşların zararlarıyla ilgili (ve özellikle onlar yararına giderim elde etmeye yönelik) olan başvuruların dolaylı zararlara dayandığının kabul edilmesi kuvvetle muhtemeldir¹⁰¹.

UHK raportörü *Dugard*'ın belirttiği üzere, bir andlaşmanın ihlali de çoğu durumda doğrudan başvurulara yol açar¹⁰²; meğerki andlaşmanın ihlali *-Interhandel Davası* ile *ELSI Davasında* olduğu gibi- vatandaşa zarar verilmesinin sonucu ve ona bağlı olsun¹⁰³. Zikredilen davalara ilişkin kararlar, bir andlaşmanın (veya bir uluslararası normun ya da yargı kararının) ihlalinin, her zaman doğrudan bir zarar olarak nitelendirilmeyeceğini ve iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasını mutlak surette engellemeyeceğini göstermektedir¹⁰⁴. Gerçekten de salt vatandaşların zararlarına dayanan birçok başvurunun çeşitli andlaşmalardaki yükümlülüklerle uyulmamasından kaynaklandığı göz önünde bulundurulursa, sadece bir andlaşmanın ihlal edilmiş olmasının doğrudan başvurular ile dolaylı başvuruları ayırmak için bir ölçü sağlamayacağı açıktır¹⁰⁵. Aynı görüşü paylaşan *Vermeer-Künzli*'ye göre, *Dugard*'ın andlaşmaların ihlaliyle ilgili yaklaşımı açık değildir; bu noktada asıl cevap aranması gereken husus, farklı unsurlar içeren bir başvuruda devletin menfaatlerinin mi yoksa vatandaşın menfaatlerinin mi daha önemli yer tuttuğu hususudur¹⁰⁶. Bir davanın hangi zarar türüne dayandığını tespit ederken, duruma göre, ihlal edilen

⁹⁹ Adler (n 49) 651-652.

¹⁰⁰ Uyuşmazlığın konusu, UAD tarafından her durum için geçerli olacak şekilde tanımlanmış olmasa da, genel olarak, bir uyuşmazlığa sebebiyet veren olgusal (bir yerin bombalanması; nükleer denemelere girişilmesi vs.) ve hukukî meseleler (mesela, belirli bir bölgeden geçiş hakkı bulunup bulunmadığı) kümesi olarak tarif edilebilir. Yee (n 80) 946-947.

¹⁰¹ Meron (n 23) 87; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 46; Okowa 2010 (n 23) 497. Meron, uyuşmazlığın konusunu şikâyet konusu eylem olarak da tarif etmektedir. Meron (n 23) 86. Uyuşmazlığın konusunun -şikâyet edilen belirli eylemler olarak tanımlanması durumunda- konuyu açıklığa kavuşturacak yeterlikte olmadığı hakkında bkz. Amerasinghe (n 40) 163. Hükümet yetkilileri, diplomasi temsilcileri ile ilgili vakalar dışında uyuşmazlığın konusunun, doğrudan zararları dolaylı zararlardan ayırmak için genel bir ölçü sağlayamadığı hakkında bkz. Marotti (n 42) 51.

¹⁰² Ayrıca bkz. Oppenheim, Jennings ve Watts (n 42) 523.

¹⁰³ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 25.

¹⁰⁴ Amerasinghe (n 40) 152, 155, 158, 162.

¹⁰⁵ Okowa 2010 (n 23) 497.

¹⁰⁶ Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 148-149.

andlaşma hükümlerinin içeriğine, bir başka deyişle bunların kimin korunmasını amaçladığına da bakmak gerekebilir¹⁰⁷.

Andlaşmaların ihlaliyle ilgili olarak şunu da eklemek gerekir ki, bir andlaşmanın sağladığı genel düzeni ve kolektif menfaatleri korumak amacıyla yapılan başvurular, özel kişilerin zararlarıyla ilişkili olsa da, doğrudan başvurular olarak sayılabilmektedir¹⁰⁸.

5. İddianın Mahiyeti

İddianın mahiyeti çerçevesinde, *Meron*'a göre, davacı devletin davasındaki gerçek hedef ve menfaatleri araştırılmalıdır. Bu bağlamda, devletin esasen kendi menfaat ve hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiği durumlarda doğrudan bir başvuru; devletin temelde vatandaşlarının meselelerini diplomatik himaye hakkı çerçevesinde üstlenip desteklediği hâllerde ise dolaylı bir başvuru bulunduğu kabul edilmelidir. İlk durumda, başvuruda bulunan devletin uluslararası hukuktan doğan hakları ihlal edilmiştir ve bundan kaynaklanan uyuşmazlık da ancak doğrudan devletin zararına yönelik bir giderimin sağlanmasıyla çözüme kavuşabilir. İkinci durumdaysa devletin vatandaşınınkinden ayrı bir menfaate sahip olduğunu öne sürmek güçtür¹⁰⁹. *Interhandel Davasında* da UAD, *Interhandel* isimli şirketin ABD mahkemelerinde dava açmasına sebep olan menfaatinin İsviçre'nin Divan nezdinde dava açmasına yol açtığını belirtmiştir¹¹⁰.

İddianın mahiyeti unsuruyla ilgili belirli noktalara odaklanan *Thirlway*'e göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi kuralının uygulanabilirliği bakımından Divan için önemli olan, iddianın ana unsurunun mahiyetidir (*the nature of the principal element of the claim*). Eğer ki bir hak talebi ulusal mahkemelere başvurmakla giderilebilecek zararlarla ilgili değilse, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı uygulanmaz.

¹⁰⁷ Sean D Murphy, 'The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice' (1991) 16 YJIL 409. Bu konuda ayrıca "İddianın Mahiyeti" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

¹⁰⁸ Mesela, *S.S. Wimbledon Davasında* Birleşik Krallık, Fransa, İtalya ve Japonya, bir Fransız şirketi tarafından kiralanan *Wimbledon* isimli İngiliz gemisinin Kiel Kanalı'ndan geçişine izin vermemesi üzerine Almanya'ya karşı USAD nezdinde dava açmışlardır. USAD, Almanya'nın, tarafsızlık düzenlemelerini Versay Barış Andlaşmasının Kiel Kanalı'ndan serbest geçişi öngören 380. maddesi sebebiyle Kanal'dan geçişe uygulayamayacağını, söz konusu geminin geçişine izin vermemekle hukuka aykırı hareket ettiğini ve geminin uğradığı maddi zararlardan dolayı Fransa'ya belirli bir tazminat ödemesini kararlaştırmıştır. *The S.S. Wimbledon (Great Britain, France, Italy, Japan v Germany)* (Judgment of 17.08.1923) PCIJ Series A No 1, 16, 18, 33. USAD'a göre, başvuran dört devletten her biri, filolara ve bayrağını taşıyan ticari gemilere sahip olduğu için, Kanal'la ilgili hükmün yerine getirilmesinde açık bir menfaate sahiptir ve Kanal'dan serbest geçişi düzenleyen hükmün ihlali durumunda ilgili devletlerin başvuruda bulunma yetkisini teyit eden Andlaşmanın 386. maddesi kapsamına girmektedir. *Ibid* 20. Bu konu hakkında ayrıca, "Devletin Uluslararası Sorumluluğa Başvurmasının Dayanakları" başlığı altındaki -devletin sorumluluğuna ilişkin Taslağın 48. maddesiyle ilgili- açıklamalara bkz.

¹⁰⁹ *Meron* (n 23) 87-88. Benzer yönde bkz. *Iluyomade* (n 42) 86. Başvurunun temel hedeflerini dikkate alarak onu nitelendirmenin yerinde bir yaklaşım olabileceği hakkında ayrıca bkz *Okowa* 2010 (n 23) 497.

¹¹⁰ *Interhandel* (Judgment of 21.03.1959) (n 37) 29. *Meron*'un yaklaşımının bu Davaya ilişkin karardan türetildiği hakkında bkz. *Wittich* 2000 (n 24) 135. Bununla birlikte, karara muhalefet eden bazı yargıçların da işaret ettiği gibi, İsviçre'nin -uyuşmazlığın hakemliğe götürülmesine karar verilmesi yönündeki- alternatif talebi bakımından gerçek hedef ve menfaatinin, vatandaşlarının haklarının korunmasından ziyade kendi haklarının korunması olduğu öne sürülebilir. *Amerasinghe* (n 40) 162.

Diğer taraftan, meselenin esası vatandaşlara verilen zararlarla ilgili olup, ulusal mahkemelerce sağlanacak giderim uyuşmazlığı sona erdirebilecekse, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı -başvurunun doğrudan devletler arası mesele sayılabilecek ikincil yönlerini kabul edilemez kılmak için de- uygulanacaktır¹¹¹.

Bu unsurla ilgili yaklaşımlarda bazı düzeltmeleri gerekli gören *Amerasinghe*'ye göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği meselesi bakımından, iddianın mahiyeti, bir başka deyişle devletin sorumluluğa başvurmadaki hedef ve menfaatleri dikkate alınabilir; ancak giderim elde etmeye yönelik başvurudan daha önemlisi, başvurunun dayandığı zararın veya ihlal edildiği öne sürülen maddî hakkın niteliğidir. Bu bağlamda, ihlal edilen hakkın özünün (*essence of the right violated*) derinlemesine incelenmesi gerekir. Eğer ki bir hak özünde bireylerin korunmasını hedefliyorsa, onun ihlal edildiği iddiasına dayanan bir başvuruda -nasıl bir giderim talep edilmiş olursa olsun- iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı uygulanır. Tam tersi durumdaysa söz konusu şart uygulanmayacaktır. Bir hakkın özündeki baskın menfaatin vatandaşın korunmasıyla ilgili olup olmadığını belirleyebilmek için, hakkın ardındaki çatışan menfaat ve hedeflerin tartılması da gerekebilir¹¹². *Wittich*'e göre, *Amerasinghe*'nin zikrettiği “zararın niteliği” kriteri, doğrudan zarar - dolaylı zarar ayrımının nasıl yapılacağı sorununun çözümüne yeni bir katkı sunmadığı için özel bir anlam taşımaz; ancak yazarın ihlal edildiği öne sürülen ve başvurunun dayandığı hakların niteliğiyle ilgili açıklamaları, konuya ilişkin en uygun yaklaşım olarak görülebilir. *Wittich*'e göre, bir başvuru, onunla nasıl bir giderim istenmiş olursa olsun, neticede (ihlal edildiği öne sürülen) belirli maddî haklara dayandığı için, uğranılan zararın doğrudan mı dolaylı mı olduğu incelenirken, bu hakların niteliğini dikkate almak gerekir¹¹³.

¹¹¹ Thirlway 1996 (n 42) 89-90. Yazar, davacı devletin uyruklarının zarar görmüş olmasının tek başına belirleyici olmadığını, bu sebeple hiç kimsenin *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davası*nda (n 59) ilgili personelin öncelikle İran mahkemelerinde giderim araması gerektiğini öne sürmediğini belirtmiştir. Bu Davada şikâyet edilen, ABD vatandaşı olan diplomatlara karşı üstlenilmiş yükümlülüklerin ihlalleri değil, gönderen devlet olarak doğrudan ABD'ye karşı üstlenilmiş yükümlülüklerin ihlalleriydi. Dolayısıyla bu ihlaller bakımından ulusal mahkemelerden yeterli bir giderim elde edebilmek mümkün değildi. Ibid 90. *Wittich*'e göre, *Thirlway* bu görüşleriyle doğrudan zarar - dolaylı zarar ayrımına fazla odaklanmamaktadır. Ne var ki, iç başvuru yollarının belirli bir olayda yeterli giderim sağlayıp sağlayamayacağı ve böylece uyuşmazlığı sona erdirip erdirmeyeceği hususu, olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasının gerekip gerekmediği meselesiyle ilgili değildir. *Wittich* 2000 (n 24) 136.

¹¹² *Amerasinghe* (n 40) 163-164.

¹¹³ *Wittich* 2000 (n 24) 137. Bu görüşünü daha fazla açan yazara göre, bir başvuruyu nitelendirirken ihlal edildiği öne sürülen maddî hakkın (birincil kural) içeriği dikkate alınmalıdır. Bu noktada, davacı tarafından başvuru birincil kuralın yorumlanması ve söz konusu normla korunan menfaatin nihai yararlanıcısının tespit edilmesi gerekir. Eğer ki başvuru hakkın -resmî olarak sahibi devletler olsa da- nihai yararlanıcıları özel kişilerse, bir başka deyişle bu hakkın temel hedefi özel kişilerin korunmasıysa, bu hakkın ihlal edildiği iddiasına dayanan bir başvuru dolaylı bir başvuru olarak nitelendirilecek ve olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı uygulanacaktır. Bu bağlamda davacı devlet tarafından talep edilen giderimin türü de, her zaman kesin bir sonuç sağlamamakla birlikte, başvurunun nitelendirilmesinde dikkate alınacak hususlardan biri olabilir. Bununla birlikte yazar, açık bir şekilde insan haklarına ilişkin olan normlar dışında birincil kuralların esasen kimin menfaatlerini koruduğunu tespit etmenin kolay bir iş olmadığını, burada uluslararası hukuk kurallarının yorumlanmasına ilişkin esaslara başvurulması gerektiğini; ancak yine de kuralı yorumlarken sübjektif değerlendirmelerin baskın olacağını belirtmiştir. Uzun değerlendirmeler sonunda yazar, doğrudan zararlara dayanan başvuruları dolaylı zararlara dayanan başvurulardan ayırmak için her durumda geçerli bir kriter bulunmadığını; ayrımın vaka bazında, olayın bütün koşulları ve başvuru birincil kural dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ibid 181-183, 185.

Kanımızca bu yaklaşım, aşağıda görüleceği üzere uygulamada belirli bir destek bulmakla birlikte, hem doğrudan hem dolaylı zararlara dayanan başvuruların nitelendirilmesi sorununa her durumda geçerli bir çözüm getirmekten ziyade, karma nitelikli bir başvurunun unsurlarının (doğrudan zararlar ile dolaylı zararların) birbirlerinden nasıl ayrılabilceğini veya nisbeten daha sade (karmaşık unsurlar içermeyen) başvuruların nasıl nitelendirilebileceğini açıklamaya yöneliktir. Bu yaklaşım, hem devlete hem bireye haklar (ya da en azından menfaatler) sağlayan normların ihlal edilmesinden kaynaklanan farklı türdeki zararlara dayanan¹¹⁴ bir başvurunun ne şekilde nitelendirileceği sorununa, her zaman doğrudan bir çözüm getirmemektedir. Neticede bu tür başvuruların, yine ağırlık kriteri tatbik edilerek ve başvuruyu oluşturan çeşitli unsurlar değerlendirilerek nitelendirilebileceği belirtilmelidir¹¹⁵. Ayrıca, UHK'nin Taslağında -muhtemelen belirli bir normun devletlere mi yoksa doğrudan kişilere mi haklar sağladığını tespit etmenin her zaman kolay olmayacağı ve uyumsuzluk konusu hakların ihlalinden (ağırlıklı olarak) kimin zarar gördüğü hususunun nisbeten daha az tartışılabilir olabileceği düşüncesiyle- ihlal edilen hakkın niteliği yerine başvurunun dayandığı zararın türüne göre sınıflandırma yapıldığı hatırlanmalıdır¹¹⁶.

Bu noktada *Marotti*'nin açıklamaları da dikkate değerdir. Yazar, öncelikle, zararın niteliğinden ziyade ihlal edildiği öne sürülen birincil hakkın niteliğini esas alan görüşlerin, -her zaman aynı olmayan- hakkın resmî sahibi ile hakkın yararlanıcısı arasında ayırım yapılmasını vurgulaması sebebiyle, yararlı olduğunu öne sürmüştür. Yazara göre, bir hakkın hem resmî sahibi hem de başlıca yararlanıcısı devletse bu hakkın ihlal edilmesinin doğrudan zararlara yol açtığı; (açık denizlerin serbestliği ilkesi bakımından olduğu gibi) resmî olarak devlete ait olan bir hakkın gerçek yararlanıcısının esasen bireyler veya özel kuruluşlar olduğu durumlarda ise bu hakkın ihlal edilmesinin dolaylı zararlara sebebiyet verdiği kabul edilebilir. Bununla birlikte, belirli bir olayda hakkın sahibi ile hakkın yararlanıcısı arasındaki muhtemel farklılığı değerlendirirken, ağırlık kriteri uygulanırken göz önünde bulundurulacak unsurların dikkate alınması gerekebilir. Bu bağlamda, ihlal edildiği öne sürülen hakkın niteliği incelendikten sonra, uyumsuzluğun konusu, iddianın mahiyeti, talep edilen

¹¹⁴ Bir anlaşmanın hem bir devleti hem de onun vatandaşlarını koruduğu durumlarda aynı davranışın hem devlete hem de vatandaşa zarar verebileceği hakkında bkz Adler (n 49) 642-643.

¹¹⁵ Mesela, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin 36. maddesi, hem bireylere hem devletlere -birbirleriyle bağlantılı olmakla birlikte- ayrı ayrı haklar sağlayan normlar içermektedir. *Avena and Other Mexican Nationals Davasında* da (n 144) her iki hakkın ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunulmuştur. Yine, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davasında* (n 59), diplomat ve konsolosları için devlete tanınan hakların yanında özel kişilerin korunmasıyla ilgili hakların da ihlal edilmesi aynı uyumsuzluğun konusu olmuştur. İşte birden fazla normun ihlal edildiği iddiası içeren bu tür başvuruların nitelendirilmesi için de, başvurunun dayandığı zararların ve/veya hakların tartılması gerekir.

¹¹⁶ *Gautier*, ihlal edilen hakkın niteliğinden ziyade fiilen zarar gören kişinin kimliğine göre bir sınıflandırma yapmanın, meseleyi her zaman açıklığa kavuşturmayacağını; söz konusu Taslağın yaklaşımının, mesela açık denizlerde bir geminin tutuklanması üzerine -her devletin bayrağını taşıyan gemilerle açık denizlerde seyir düzenleme hakkına sahip olduğunu düzenleyen BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 90'a dayanarak- yapılan bir başvurunun nitelendirilmesinde tatmin edici olmayan sonuçlar doğurabileceğini öne sürmüştür. Philippe Gautier, 'On the Classification of Obligations in International Law' iç Holger Hestermeyer ve diğerleri (edr), *Coexistence, Cooperation and Solidarity (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum)* (Martinus Nijhoff Publishers 2012) 865-866.

giderim gibi unsurlar dâhil olayın bütün özellik ve şartları tartılıp, değerlendirilerek başvurunun niteliği hakkında neticeye varılabilecektir. İlgili mahkemenin olayın şartlarını değerlendirirken takdir yetkisi bulunmakla birlikte sağlam hukukî gerekçeler çerçevesinde hareket etmesi gerekir¹¹⁷.

6. Talep Edilen Giderimin Niteliği

Davacı devlet tarafından talep edilen giderim (çözüm), başvurunun nitelendirilmesinde yardımcı olabilecek bir diğer unsurdur. Prensipten, devletin sadece bir tespit kararı (*declaratory judgment/relief*) verilmesini talep ettiği durumlarda başvurunun doğrudan olduğu; devletin zarar gören vatandaş için maddî giderim veya eski hâle iade aradığı durumlarda ise başvurunun dolaylı olduğu değerlendirilebilir. Bu bağlamda, devletin vatandaşının zararları için istemde bulunmayıp sadece bir andlaşmanın yorumlanması ve uygulanması hakkında karar verilmesini talep ettiği durumlarda, iç başvuru yollarının tüketilmesi kuralının uygulanmasına gerek olmayacağı sonucuna ilk bakışta varılabilir¹¹⁸. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği üzere, bir tespit kararı verilmesi isteminin -ister diğer giderim talepleriyle birlikte ister tek başına sunulsun- iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasından her zaman muafiyet sağlamayabileceği de değerlendirilmektedir¹¹⁹. Bu ihtimallerin dışında, esasen bir andlaşmanın sağladığı genel düzeni veya kolektif menfaatleri korumak amacıyla yapılan başvuruların, özel kişilerin zararlarıyla ilgili talepler içerse de, doğrudan başvurular olarak sayılabildiği belirtilmelidir¹²⁰.

UAD, *Interhandel Davasında* İsviçre'nin, *Interhandel*'in el koyulan malvarlığının şirkete iadesini sağlamaya çalıştığını vurgulayarak, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanacağı sonucuna varmıştır¹²¹. Bu Davada, aşağıda açıklanan iki davadan farklı olarak, gerçek anlamda karma nitelikli bir başvuru mevcuttur.

Yine, *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France Davasına* ilişkin hakemlik kararında, talep edilen giderimin niteliği, başvurunun sınıflandırılmasında temel alınmıştır. ABD ile Fransa, bir tahkimnameyle oluşturdukları Hakemlik Mahkemesinin, ABD tarafından tayin edilen (herhangi) bir havayolu taşıyıcısının iki devlet arasında yürürlükte olan Hava Servisleri Anlaşması çerçevesinde ara noktada (Londra'da) uçak değişimi yaparak¹²² West Coast-Paris arasında hava ulaşımı icra etmeye hakkı olup olmadığı hakkında

¹¹⁷ Marotti (n 42) 51-54.

¹¹⁸ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 27. Ayrıca bkz. Oppenheim, Jennings ve Watts (n 42) 523; Okowa 2010 (n 23) 497.

¹¹⁹ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 30.

¹²⁰ Mesela bkz. *The S.S. Wimbledon* (Judgment of 17.08.1923) (n 108) 15 vd.

¹²¹ *Interhandel* (Judgment of 21.03.1959) (n 37) 28-29.

¹²² Havayolu ulaştırmalarında "change of gauge" olarak anılan bu uygulama hakkında bkz. Ali Bal, *Uluslararası Hava Hukuku - Hava Sahasının Hukuki Rejimi* (Seçkin 2019) 392, 435.

karar vermesini istemiştir¹²³. Bu Davada Fransa, ABD'nin, uluslararası alanda talepte bulunmak için, Fransa'nın hukuka aykırı eylemlerinden zarar gördüğü iddia edilen şirketin (*Pan American World Airways*) Fransa'daki iç başvuru yollarını tüketmesini beklemesi gerektiğini ileri sürmüştür¹²⁴. Buna karşılık Mahkeme, karar verilmesi istenen hususun, taraflar arasında uyuşmazlık oluşturan somut bir vakayı kapsamadığını, uluslararası hukukun (özellikle de Anlaşmanın) yorumlanmasıyla cevap verilebilecek saf bir hukuk meselesiyle ilgili olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, uyuşmazlık konusu Anlaşma çerçevesinde tarafların kabul ettikleri hakların bir devletten diğerine tanınan haklar olduğuna da dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, mesele hakkında karar verilmesi için ilgili şirketin iç başvuru yollarını tüketmesini beklemeye gerek olmadığı sonucuna varılmıştır¹²⁵.

Benzer şekilde, *Case of the Swiss Confederation v the German Federal Republic (No I) Davası*na ilişkin hakemlik kararında da, davacı devletin, bankasının uğradığı zararların tazmini için davalı devlete karşı bir talep yöneltmediği, sadece Alman Dış Borçlarına İlişkin Londra Anlaşmasının¹²⁶ yorumlanması ve uygulanması hakkında bir karar verilmesini istediği göz önünde bulundurularak, Almanya'nın iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanması gerektiğine ilişkin savunması kabul edilmemiştir¹²⁷. UHK raportörü *Dugard*, bu kararlardaki yaklaşımın UAD'nin bir danışma görüşüyle de desteklendiğini öne sürmüştür¹²⁸.

Bu kararları göz önünde bulunduran *Adler*'e göre, *ELSI Davası*ndan önce iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek için

¹²³ *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France* (Award of 09.12.1978) (n 42) 418.

¹²⁴ Ibid 419. ABD ise bir devletin kendi haklarının ihlal edildiğini öne sürdüğü durumlarda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağını savunmuştur. ABD'ye göre, bir devlet hem kendi haklarının hem de uyruklarının haklarının ihlal edildiğini öne sürmekteyse de, devletin kendi hakları üstünlük arz ettiği için, söz konusu şart yine uygulanmayacaktır. ABD, mevcut Davada uyuşmazlık konusu olan hakların bir uluslararası anlaşmadan doğduğunu ve bu anlaşmanın uygulanması kapsamında tayin ettiği taşıyıcının haklarının da Fransa'nın eylemlerinden etkilendiğini belirtmiştir. Ibid 424.

¹²⁵ Ibid 430-432.

¹²⁶ Anlaşma metni için bkz (1959) 333 UNTS 3 vd.

¹²⁷ *Case of the Swiss Confederation v the German Federal Republic (No I)* (Award of 03.07.1958) (n 40) 413, 420-421. Burada Hakemlik Mahkemesi, gerek doktrindeki görüşlere gerek uluslararası mahkemelerin ve devletlerin uygulamalarına işaret ederek, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının, sadece bir devletin ülkesinde bir diğer devletin vatandaşlarına karşı ika edilen hukuka aykırı eylemlerden ve böyle bir eylem için bir giderim sağlamanın reddedilmesinden dolayı o devletin uluslararası sorumluluğu bahsi kapsamında dikkate alındığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı, özellikle de devletin, zararların giderilmesine yönelik bir talepte bulunduğu ve bu talebini vatandaşının -uluslararası hukukun ihlali anlamına gelecek şekilde- haklarının ihlal edildiği olgusuna dayandırdığı durumlarda uygulanmaktadır. Ibid 416-417.

¹²⁸ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 27. Söz konusu olayda, ABD'nin Filistin Kurtuluş Örgütünün New York'taki BM daimi gözlem ofisini kapatmak istemesi üzerine BM Genel Kurulu, 1988'de, ABD ile BM arasındaki 1947 tarihli Merkez Anlaşmasının (Bkz. (1947) 11 UNTS 11 vd.) -Anlaşmanın yorumlanması veya uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların hakemliğe tevdi edileceğini öngören- 21. maddesi uyarınca ABD'nin hakemliğe gitmeyi kabul etme yükümlülüğü altında olup olmadığı hususunda Divandan görüş istemiştir. Divanın burada belirttiği üzere, Anlaşmayla öngörülen hakemlik usulünün amacı, tam olarak, Örgüt ile ev sahibi ülke arasında ortaya çıkabilecek bu tür uyuşmazlıkların ulusal mahkemelere başvurulmadan çözümlenmesini sağlamaktır. Hakemlik usulünün uygulanmasının önceden ulusal makamlara başvurulmasına tâbi tutulması, Anlaşmanın lafzına ve ruhuna aykırı olacaktır. Bu bakımdan Anlaşmanın ilgili maddesi, maddenin uygulanması için iç başvuru yollarının tüketilmesini gerektirmektedir. *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947* (Advisory Opinion of 26.04.1988) ICJ Reports 1988.

talep edilen giderimin niteliği esas alınmıştır¹²⁹. Aslında, gerek *ELSI Davasında* gerek *Interhandel Davasında*, diğerlerinden farklı olarak, karma nitelikli giderim (*mixed remedy*) talep edilmiştir. Her ikisinde davacılar, vatandaşlarına yönelik hukuka aykırı eylem sırasında veya sonucunda ihlal edildiğini öne sürdükleri andlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili bir tespit kararı da talep etmişti¹³⁰. Ancak, ikisinde de davacı devletlerin iç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığı iddiası kabul edilmemiştir. Bu iki Dava, bir tespit kararı isteminin vatandaşlara yönelik giderim talebine bağlı olarak sunulduğu durumlarda, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır¹³¹.

Diğer taraftan, yukarıda işaret edildiği gibi, bir andlaşmanın yorumlanması veya andlaşmadan doğan haklar hakkında bir tespit kararı verilmesi -vatandaş yararına tazminat veya eski hâle iade istenmeksizin- talep edilmekteyse, genel olarak, başvurunun doğrudan olduğu kabul edilmektedir¹³². Bununla birlikte, kişilerin haklarıyla ilgili uluslararası yükümlülüklerin ihlal edildiğini bildiren -kesin hüküm niteliğindeki- bir tespit kararı, tazminat talebi içeren başvuruların önünü açabileceği için, davacı devletin iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasından kurtulmasını kolaylaştırabilecektir¹³³. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak m. 14/3'te, bu riskler göz önünde bulundurularak, ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zararlara dayanılarak getirilen uluslararası başvurular ya da tespit kararı talepleri çerçevesinde iç başvuru yollarının tüketilmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. *Dugard*'a göre, bir uluslararası mahkeme, bir tespit kararı verilmesi talebinin -vatandaş yararına tazminat istemiyle birlikte sunulsun ya da sunulmasın- vatandaşın zararlarına ilişkin iddialarla sıkı şekilde bağlantılı olduğu durumlarda ya da iç başvuru yollarının tüketilmesi şartından kurtulmak amacıyla yapıldığına dair kanıtlar varsa, bu talebin ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zararlara dayanılarak getirildiği sonucuna varabilir¹³⁴. Her ne kadar bir kaygıyı gidermeyi amaçlasa da bu yaklaşım, salt bir tespit kararı verilmesi istenen davaların da¹³⁵ esasen vatandaşlara verilen zararlara ilgili olduğunun değerlendirilmesine yol açıp, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulama alanını fazlaca genişletebilecektir.

¹²⁹ Adler (n 49) 643. *ELSI Davasında* ise, yazara göre, olmazsa olmaz kriteri temel alınmıştır. Ibid 651.

¹³⁰ Birçok devletin aynı davayla hem kendilerine haklar sağlayan bir andlaşmanın yorumlanmasıyla ilgili bir tespit kararı verilmesini hem de vatandaşlarına verilen zararların giderilmesini talep ettiği hakkında bkz Okowa 2010 (n 23) 496.

¹³¹ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 28-29; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 46.

¹³² Meron (n 23) 86; Adler (n 49) 652; UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 29.

¹³³ Jiménez de Aréchaga (n 40) 293.

¹³⁴ UN Doc A/CN.4/514 (n 43) p 30.

¹³⁵ *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France Davasında* (n 42) veya *Case of the Swiss Confederation v the German Federal Republic (No I) Davasında* (n 40) olduğu gibi.

C. Yakın Dönem Uygulamalarından Örnekler Işığında Sorunun İncelenmesi

1. Özel Durumlar

Yukarıda yeri geldikçe incelenen uluslararası yargı ve hakemlik kararlarına ilaveten, bu başlık altında nisbeten daha güncel davalar ele alınmaktadır. Bunlara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, acele ve sade yargılama usullerinin uygulandığı kimi özel durumlarda prensip olarak iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağı kabul edilmektedir.

Mesela, tutuklanan bir geminin bayrak devletinin, gemi ile mürettebatın derhal serbest bırakılması için ilgili mahkeme veya yargı yerine başvurabileceğini düzenleyen BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)¹³⁶ m. 292'ye dayanan prosedür¹³⁷ çerçevesinde iç başvuru yollarının tüketilmesinin gerekmediği değerlendirilmektedir¹³⁸. Yine, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM), BMDHS'yle ilgili uyuşmazlıklar çerçevesinde talep edilen geçici tedbirleri ele aldığı aşamada söz konusu şartın uygulanmayacağını kabul etmektedir¹³⁹. Söz konusu istisnalara Sözleşmenin "İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi" başlığını taşıyan 295. maddesinde¹⁴⁰ yer verilmemiş olsa da, bu özel usul veya aşamalarda süratli bir şekilde karar verilmesi ihtiyacından dolayı böyle bir yaklaşımın benimsendiği belirtilebilir¹⁴¹.

¹³⁶ Sözleşme metni için bkz (1994) 1833 UNTS 396 vd. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz Gündüz (n 4) 357 vd.

¹³⁷ "Gemilerin ve Personelinin Derhal Serbest Bırakılması" başlıklı bu maddeye göre, "1. Bir taraf devletin yetkililerinin, başka bir taraf devletin bayrağını taşıyan bir gemiyi tutukladığı ve tutuklamayı yapan devletin mülk bir teminat veya diğer bir mülki güvencenin yatırılması üzerine gemiyi ve personelini derhal serbest bırakmasını öngören Sözleşme hükümlerine uymadığının iddia edildiği durumlarda, tutukluluktan kurtarma sorunu; tarafların üzerinde mutabık kaldıkları herhangi bir mahkemeye veya yargı yerine veya tutuklama zamanından itibaren 10 gün içinde böyle bir anlaşmaya varılmaması hâlinde, tutuklayan devletin 287. maddeye göre kabul ettiği bir mahkeme veya yargı yerine veya UDHM'ye sunulabilir. Ancak taraflar bunun aksini de kararlaştırabilirler. 2. Serbest bırakma ile ilgili müracaat sadece geminin bayrağını taşıdığı devlet tarafından veya onun adına yapılabilir. 3. Mahkeme veya yargı yeri, gecikmeksizin serbest bırakma ile ilgili müracaati inceleyecek ve gemi, gemi sahibi veya gemi personeli aleyhine yetkili bir millî mercide görülen herhangi bir davanın esasına hâlel getirmeksizin sadece serbest bırakma konusunu ele alacaktır. Tutuklamayı yapan devletin yetkilileri, herhangi bir zamanda gemiyi, mürettebatını serbest bırakmakta yetkilidir. 4. Mahkeme veya yargı yerinin saptadığı teminat veya diğer mülki güvencenin yatırılması üzerine tutuklamayı yapan devletin yetkilileri, geminin veya mürettebatın serbest bırakılması ile ilgili mahkeme veya yargı yeri kararına derhal uyacaklardır."

¹³⁸ Bkz *The "Camouco" Case (Panama v France)* (Judgment of 07.02.2000) ITLOS Reports 2000 p 57; Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press 2004) 102; Matthew T Drenan, 'Gone Overboard: Why the Arctic Sunrise Case Signals an Over-Expansion of the Ship-as-a-Unit Concept in the Diplomatic Protection Context' (2014) 45 California Western International Law Journal 129; İgor V Karaman, *Dispute Resolution in the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers 2012) 70-71; Marotti (n 42) 37; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (3. Baskı, Cambridge University Press 2019) 533.

¹³⁹ İç başvuru yollarının tüketilmesi meselesinin yargılamanın sonraki bir aşamasında incelenmesi gerektiği hakkında bkz *The M/V "Louisa" Case (Saint Vincent and the Grenadines v Kingdom of Spain)* (Order of 23.12.2010) ITLOS Reports 2010 p 68. İç başvuru yollarının tüketilmesi meselesinin geçici tedbirler aşamasında ele alınmayacağı hakkında bkz. *The "Enrica Lexie" Incident (Italy v India)* (Order of 24.08.2015) ITLOS Reports 2015 p 67.

¹⁴⁰ Bu maddeye göre, "Bu Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili olarak taraf devletler arasında çıkacak herhangi bir uyuşmazlık, uluslararası hukukun gerektirdiği durumlarda, ancak millî kanun yolları tüketildikten sonra bu Bölümde öngörülen usullere sunulabilir." İç başvuru yollarının tüketilmesinin gerekip gerekmediği meselesinin uluslararası hukuka göre belirleneceği hakkında bkz. *The M/V "Saiga" (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Judgment of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999 p 96. "Uluslararası hukukun gerektirdiği durumlarda" ifadesiyle m. 295'in, uluslararası örf ve âdet hukukuna gönderme yaptığı, özel norm (*lex specialis*) oluşturmadığı ve böylece kontuyla ilgili mevcut uluslararası kuralları genişletmediği veya daraltmadığı hakkında bkz Marotti (n 42) 37.

¹⁴¹ Ibid 38.

İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının geçici tedbirlerin ele alındığı aşamada uygulanabilirliği meselesiyle ilgili olarak UAD de benzer bir yaklaşım göstermiştir. Divan, bir geçici tedbir kararında, mevcut yargılamada Katar'ın Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin¹⁴² ihlallerine dayanarak kendi haklarını ileri sürdüğünü, BAE'nin tüketilmeyen etkili iç başvuru yolları bulunduğunu ortaya koymadığını ve son olarak da geçici tedbirlerin tayin edilmesiyle ilgili bu aşamada iç başvuru yollarının tüketilmesi meselesine girilmesine gerek olmadığını belirtmiştir¹⁴³.

2. Avena and Other Mexican Nationals Davası

Bu Davada Meksika, çok sayıda vatandaşını tutuklayıp yargılayan ve ölüm cezasına mahkûm eden ABD'nin, gerek kendi hakları gerek diplomatik himaye hakkı çerçevesinde hareket eden Meksika'ya karşı üstlendiği uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini; zira bu devletin, söz konusu kişilere tutuklanmalarından sonra Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 36/1(b)'de düzenlenen hakları hakkında gecikmeksizin bilgi vermediğini ve ayrıca Meksika'yı Sözleşme m. 36/1(a) ve 36/1(c) çerçevesinde sunabileceği konsolosluk yardımı sağlama hakkından ve vatandaşlarını da bu yardımı alma hakkından mahrum bıraktığını öne sürmüştür. Ayrıca Meksika, ABD'nin Sözleşme m. 36/1 ihlal edilerek verilen mahkûmiyet ve cezalarla ilgili anlamlı ve etkili bir şekilde gözden geçirme ve yeniden değerlendirme yapılmasını sağlamayarak, Sözleşme m. 36/2'deki yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir¹⁴⁴. ABD ise, başvuruda zikredilen vakalar bakımından -ülkesinde hâlen tüketilmesi gereken başvuru yolları kaldığı için- Meksika'nın diplomatik himayede bulunamayacağını ve hak taleplerinin kabul edilemez olduğunu savunmuştur¹⁴⁵.

¹⁴² Sözleşme metni için bkz (1969) 660 UNTS 211 vd; RG 16.06.2002/24787.

¹⁴³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v United Arab Emirates)* (Order of 23.07.2018) ICJ Reports 2018 p 42. İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının geçici tedbirlerin belirlenmesine yönelik (aciliyet özelliği bulunan) taleplerin değerlendirilmesinde uygulanmayacağı hakkında ayrıca bkz. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v United Arab Emirates)* (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade of 23.07.2018) ICJ Reports 2018 p 48.

¹⁴⁴ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Judgment of 31.03.2004) ICJ Reports 2004 p 14, 49. Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin "Gönderen Devlet Uyrukları ile Temas" başlıklı 36. maddesine göre, "1. Gönderen devletin uyruklarına ilişkin konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin kolaylaştırılması amacıyla: a) Konsolosluk memurları gönderen devletin uyrukları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır; Gönderen devletin uyrukları da keza konsolosluk memurları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır; b) İlgili talep ettiği takdirde, kabul eden devletin yetkili makamları, gönderen devletin bir uyruğunun gönderen devlet konsolosluğu görev çevresinde tutuklanmasından, hapsedilmesinden veya önlleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmasından vakit geçirmeksizin söz konusu konsolosluğu haberdar edeceklerdir. Tutuklanmış, hapsedilmiş veya önlleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmış olan kişiden konsolosluğa hitaben sadır olmuş her türlü haber, keza, anılan makamlarca derhal konsolosluğa intikal ettirecek ve yine bu makamlar, bu bentle tanınmış olan haklar hakkında ilgili kişiye gecikmeksizin bilgi vereceklerdir. c) Konsolosluk memurları, hapsedilmiş, önlleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmış olan gönderen devletin uyruğunu ziyaret etmek, onunla görüşmek ve muhaberatta bulunmak ve onun mahkemeler önünde temsiliyi sağlamak hakkına sahiptirler. Konsolosluk memurları, keza, kendi konsolosluk görev çevrelerinde bir hükmün yerine getirilmesi amacıyla hapsedilmiş veya gözaltına alınmış olan gönderen devletin uyruğunu ziyaret etmek hakkına sahiptirler. Bununla beraber, konsolosluk memurları, hapsedilmiş veya önlleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmış bulunan bir vatandaşın açıkça muhalefet etmesi halinde, bu vatandaş lehine müdahalede bulunmaktan kaçınacaklardır. 2. Bu maddenin 1. fıkrasında istihdaf olunan haklar, kabul eden devletin kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde kullanılacaktır. Bununla beraber, bu kanun ve düzenlemeler bu maddeyle tanınmış olan hakların tam olarak kullanılmasına imkân vereceklerdir."

¹⁴⁵ Ibid p 38.

Bu itiraz karşısında UAD, Meksika vatandaşlarının Viyana Sözleşmesi m. 36/1(b) kapsamındaki bireysel haklarının (*individual rights*) öncelikle ABD iç hukuk sisteminde öne sürülmesi gereken haklar olduğunu; böylece ancak iç başvuru yolları tüketildikten sonra Meksika'nın diplomatik himaye yoluyla vatandaşlarının bireysel taleplerini desteklemeye yetkili olabileceğini belirtmiştir. Bu tespitten sonra ise Divan, Meksika'nın, sadece bu dayanak çerçevesinde hareket etmediğine ve m. 36/1'in "a", "b" ve "c" bentlerindeki yükümlülüklerin ihlali sebebiyle kendisinin -doğrudan ve vatandaşlarının zararları dolayısıyla- gördüğü zararlara dayanarak başvuruda bulunduğu dikkat çekmiştir. Divan, m. 36'daki bireysel hakların ihlallerinin gönderen devletin haklarının ihlaline yol açabileceğini ve devletin haklarının ihlalinin de bireylerin haklarının ihlaline sebep olabileceğini belirtmiştir. Divana göre, devletin hakları ile bireyin haklarının birbirine bağlı olduğu böyle özel bir durumda¹⁴⁶ Meksika hem doğrudan hem de m. 36/1(b) çerçevesinde vatandaşlarına tanınan bireysel hakların ihlallerinden dolayı maruz kaldığı hak ihlalleri hakkında hüküm verilmesini talep edebilir. İç başvuru yollarının tüketilmesi şartı böyle bir talepte uygulanmaz. Divan, Meksika'nın ihlal iddialarını ayrı bir diplomatik himaye başlığı altında ele almaya gerek olmadığını da belirtmiştir. Neticede ABD'nin kabul edilemezlik itirazı reddedilmiştir¹⁴⁷.

Bu Davaya ilişkin karar, *LaGrand Davası*na ilişkin meşhur karara¹⁴⁸ çeşitli yönlerden benzemekle birlikte, belirli noktalarda varılan sonuçlar bakımından ondan farklılık göstermektedir. Bu olayda, aynı *LaGrand* vakasında olduğu gibi, Meksika vatandaşları Viyana Sözleşmesi çerçevesindeki hakları hakkında bilgilendirilmeyerek, vatandaşı oldukları devletin konsolosluk yardımını alma haklarından mahrum bırakılmıştı. Meksika da, aynı önceki olayda Almanya gibi, vatandaşlarının yargılandığı hususunda geç bilgi sahibi olmuş ve onlara konsolosluk yardımı sunma hakkını kullanamamıştı. *LaGrand Davası*na ilişkin kararda Divanın belirttiği üzere, Viyana Sözleşmesi m. 36/1(b), kabul eden devletin gözetimine alınan kişilere ve gönderen devlete karşı yükümlülüklerini düzenlemektedir. Divan, Sözleşme m. 36/1(b) ve (c) hükümlerini göz önünde bulundurarak, m. 36/1'in -gözetimine alınan kişinin vatandaşı olduğu devlet tarafından İhtiyarî Protokol uyarınca başvurulabilecek- birtakım bireysel haklar tesis ettiğini belirtmiştir¹⁴⁹. Divana göre,

¹⁴⁶ Viyana Sözleşmesi m. 36/1'in üç bendinin konsolosluk yardımı sisteminin uygulanmasını mümkün kılacak şekilde birbirine bağlantılı şekilde tasarlandığı hakkında bkz *LaGrand (Germany v United States of America)* (Judgment of 27.06.2001) ICJ Reports 2001 p 74. Böylece Divan, m. 36/1(b)'deki bireysel haklar ile m. 36/1(a) ve (c) bentlerindeki gönderen devletin haklarını, birbirleriyle bağlantılı görüp, konsolosluk himayesi rejiminin parçaları olarak mütalaa ederek; bunları ayrı ayrı ele almayı gerekli bulmamıştır. Bu açıdan bakıldığında m. 36/1(b)'nin ihlali kaçınılmaz olarak "a" ve "c" bentlerinin de ihlalini teşkil edecektir. Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 143.

¹⁴⁷ *Avena and Other Mexican Nationals* (Judgment of 31.03.2004) (n 144) p 40.

¹⁴⁸ Bu kararın en önemli özelliklerinden biri de, Divanın, tayin ettiği geçici tedbirlerin bağlayıcı nitelikte olduğunu bildirerek, uzun yıllar tartışmalı kalan bu meseleyi açıklığa kavuşturmuş olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bal, *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi* (Seçkin, 2020) 202-206.

¹⁴⁹ Bu noktada, kabul eden devlet makamlarının ilgili kişiye bu bentle tanınmış olan "hakları" (*his rights*) hakkında bilgi vereceği ve gönderen devletin gözetimine alınan kişiye konsolosluk yardımı sağlama hakkını, ilgili kişinin bu tür bir yardıma karşı çıkması durumunda kullanamayacağı hususlarına vurgu yapılmıştır.

mevcut olayda bu haklar ihlal edilmiştir¹⁵⁰. Bu Davada ABD, *LaGrand* kardeşler iç başvuru yollarını tüketmediği için, Almanya'nın diplomatik himaye çerçevesindeki iddiasının kabul edilemez olduğunu öne sürmüştür. Divan ise, söz konusu kişilerin Viyana Sözleşmesindeki haklarının ihlal edildiğini ABD mahkemelerinde daha erken bir tarihte ileri sürmesi gerektiği (böylece sorunun yerel yargılamalar sırasında çözüme kavuşturulmuş olacağı) iddiasını yerinde görmeyerek, bu kişileri bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyenin ABD olduğunu vurgulamıştır¹⁵¹.

Avena and Other Mexican Nationals Davasında da Divan, Viyana Sözleşmesi m. 36/1'in bireysel haklar içerdiğini teyit etmiştir¹⁵². Bununla birlikte, Meksika'nın vatandaşlarının haklarının ihlal edildiği iddiasının kabul edilebilirliği -bu devletin diplomatik himayede bulunma şartlarındaki noksanlıkları sebebiyle- kolay gözükmemekteydi¹⁵³. Divanın genel bir biçimde tespit ettiği üzere, Meksika'nın nihai dilekçesinde zikrettiği 52 vatandaşından sadece üçü ABD'deki yargısal başvuru yollarını tüketmişti; diğerlerinin farklı aşamalarda davaları ise devam etmekteydi¹⁵⁴. Bu noktada, elli kadar vaka bakımından iç başvuru yollarının tüketilmiş sayılıp sayılmayacağını -etkili yollar bulunup bulunmadığı meselesiyle birlikte- incelemek gerekeceği ve ABD'nin iç başvuru yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını bertaraf etmek kolay olmayacağı için, Divanın ağırlıklı olarak diplomatik himaye vasfındaki başvuruyu farklı bir şekilde nitelendirdiği değerlendirilebilir¹⁵⁵.

Anlaşılabileceği üzere Divan, Meksika'nın esasen karma nitelikli olan başvurusunun¹⁵⁶ dolaylı zararlara dayanan (ağırlıklı) yönünü pek tatmin edici olmayan gerekçelerle arka plana iterek, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağı sonucuna varmıştır. Divanın kararı, hem Divanın kimi yargıçları tarafından hem de doktrinde eleştirilmiştir.

¹⁵⁰ *LaGrand* (Judgment of 27.06.2001) (n 146) p 77. Bu nitelendirmenin, esasen, Almanya'nın başvurusunun dolaylı zararına (vatandaşının söz konusu hakkının ihlaline) ve dolayısıyla diplomatik himaye hakkına dayandığını ortaya koyduğu hakkında bkz. Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 136. Şunu da eklemek gerekir ki, Divan, bu Davada Almanya'nın ve *Avena and Other Mexican Nationals Davasında* Meksika'nın Viyana Sözleşmesi m. 36/1'de öngörülen hakların aynı zamanda insan hakları olduğu iddiası hakkında bir sonuca varmaya gerek olmadığını belirtmekle birlikte, ikinci Davada Sözleşmenin metninin, amacının ya da hazırlık çalışmalarının bu iddiayı desteklemediğini ifade etmiştir. *LaGrand* (Judgment of 27.06.2001) (n 146) p 78, 126; *Avena and Other Mexican Nationals* (Judgment of 31.03.2004) (n 144) p 124.

¹⁵¹ *LaGrand* (Judgment of 27.06.2001) (n 146) p 58, 60. Bu sonuçla Divanın, Alman vatandaşlarının iç başvuru yollarını tüketmiş olduğunu kabul ettiği hakkında bkz. Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 153. Divanın burada iç başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği meselesini açıkça çözmediği hakkında ise bkz. Thirlway 2010 (n 42) 155.

¹⁵² Divanın, m. 36/1'in devletin haklarından bağımsız olarak bireysel haklar tesis ettiğini kabul ettikten sonra, bunların ihlalinin vatandaşlarına zarar vermesi sebebiyle Meksika'nın yaptığı başvuruyu diplomatik himaye olarak değerlendirmemesini anlamının zor olduğu hakkında bkz. Enrico Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?" (2004) 35 NYIL 129.

¹⁵³ Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 141.

¹⁵⁴ *Avena and Other Mexican Nationals* (Judgment of 31.03.2004) (n 144) p 20.

¹⁵⁵ *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico v United States of America*) (Separate Opinion of Judge Tomka of 31.03.2004) ICJ Reports 2004 p 7-8; Milano (n 152) 130; Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 143. *Vermeer-Künzli*, karşılaşılan zorlukların veya davanın esasına girme arzusunun, Divanı hukuki meseleleri uygun bir şekilde değerlendirmekten alıkoymaması gerektiğini belirtmiştir. Ibid 144, 155.

¹⁵⁶ *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico v United States of America*) (Separate Opinion of Judge Vereshchetin of 31.03.2004) ICJ Reports 2004 p 5; *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico v United States of America*) (Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren of 31.03.2004) ICJ Reports 2004 p 27; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 46; Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 144.

Yargıç Tomka'ya göre, Meksika'nın dava açmasının temel sebebi vatandaşlarına yönelik ihlallerdi; bu devletin öncelikle ilgilendiği husus da vatandaşlarının durumuydu. Ayrıca, Meksika'nın haklarının ihlalinden ve onun gördüğü zarardan ziyade ilgili kişilerin haklarının ihlal edildiğinin ve zarara uğradığının tespiti, ABD'deki ceza yargılamaları bağlamında daha önemli bir etkiye sahip olabilecekti¹⁵⁷. *Yargıç Sepúlveda* da Meksika'nın davasının temelini diplomatik himayeye dayandığını belirtmiştir¹⁵⁸. Konuyla ilgili kapsamlı bir değerlendirme yapan *Yargıç Parra-Aranguren*'e göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği, davacı devletin kendi hakları çerçevesinde talepte bulunup bulunmadığından ziyade bu devletin davalının eylemlerinden doğrudan zarar görüp görmediğinin tespitine bağlıdır. Meksika'nın başvurusu karma nitelikli olduğu için de Divan, başvurunun ağırlıklı olarak vatandaşın zararlarına dayanıp dayanmadığını ve vatandaşa verilen zarar olmasaydı başvurunun yine de yapılıp yapılmayacağını belirlemeliydi. Yargıca göre, Meksika, vatandaşlarının zararları olmasaydı Divan nezdinde dava açmayacaktı. Bu sebeple, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanması ve zikredilen her bir vaka için bu şartın yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi gerekirdi. Bu çerçevede yargıç, kararın -yukarıda belirtilen- 40. paragrafına katılmadığını belirtmiştir¹⁵⁹. Yine, *Yargıç Vereshchetin*, ağırlık kriteri ile olmazsa olmaz kriterini bağlantılı göyerek, Meksika'nın aradığı giderimin vatandaşlarına verilen zararlara yoğunlaştığını ve vatandaşlarını koruma isteği olmasaydı Meksika'nın dava açmayacağını, bunun da davanın ağırlıklı olarak diplomatik himaye niteliğinde olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Yargıca göre, Meksika'ya yönelik doğrudan bir zarar, ancak m. 36/1(b)'deki bireysel hakların ihlalinden sonra ortaya çıkabilecektir¹⁶⁰.

Divanın kararını, en kapsamlı şekilde *Vermeer-Künzli* eleştirmiştir¹⁶¹. Yazara göre, başvuruya konu vakaların tamamı Meksika vatandaşlarıyla ilgili olup; onlara Viyana Sözleşmesi m. 36/1'deki haklarıyla ilgili bilgi verilmemesi ve bu haklara tam etki sağlayan diğer hükümlerin ihlali, ilk bakışta dolaylı zarara yol açmaktadır. Divanın m. 36'daki haklar arasındaki bağılıktan yola çıkarak başvuruyu doğrudan bir başvuru

¹⁵⁷ *Avena and Other Mexican Nationals* (Separate Opinion of Judge Tomka of 31.03.2004) (n 155) p 7. Yine de yargıç, başvuruya konu olayların büyük çoğunluğunun ülkesindeki mahkemelerde derdest olduğunu öne süren ABD'nin, Meksika'nın ABD mahkemelerinin Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlalleri için herhangi bir giderim sağlamayı istikrarlı bir şekilde reddettiği yönündeki eleştirisini çürütmediğine işaret ederek, bu olayda iç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Bir başka deyişle yargıç, olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının istisnalarından birinin mevcut olduğuna (etkili bir giderim ihtimalinin makul olarak bulunmadığına) dikkat çekmiştir. Ibid p 10-13.

¹⁵⁸ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Separate Opinion of Judge ad hoc Sepúlveda of 31.03.2004) ICJ Reports 2004 p 21. Bu yargıç da, olayda etkili iç başvuru yolları bulunmadığını belirtmiştir. Ibid p 31.

¹⁵⁹ *Avena and Other Mexican Nationals* (Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren of 31.03.2004) (n 156) p 26-28.

¹⁶⁰ *Avena and Other Mexican Nationals* (Separate Opinion of Judge Vereshchetin of 31.03.2004) (n 156) p 7. *Vermeer-Künzli*, yargıcın doğrudan ve dolaylı zararlar arasında bunların meydana gelme zamanına göre sıralama yapmasını yerinde görmeyerek, mevcut olayda doğrudan ve dolaylı zararların eşzamanlı olarak ortaya çıktığını, zira Meksika vatandaşlarının haklarıyla ilgili bilgilendirilmemesinin Meksika'yı da haklarını kullanmaktan mahrum bıraktığını belirtmiştir. *Vermeer-Künzli* 2007/a (n 38) 146.

¹⁶¹ Yazarın bu konuya özgü bir makalesi de bulunmakla birlikte (Bkz. Annemarieke Vermeer-Künzli, 'Case Concerning Mexican Nationals' (2005) 18 LJIL 49-64.), yazarın görüşlerini bu makalede de kapsayan daha güncel bir çalışmasından aktarmaktayız.

olarak nitelendirmesi yerinde değildir. Doğrusu, m. 36/1(b)'deki bireysel hakların ihlal edildiği iddiası, Davanın ağırlıklı (*preponderant*) veya baskın (*dominant*) kısmı olarak görülmeliydi¹⁶².

Yazara göre, karma nitelikli bir başvuru sınıflandırılırken göz önünde bulundurulması gereken neredeyse bütün kriter ve unsurlar, mevcut başvurunun esasen dolaylı zararlara dayanarak (diplomatik himaye çerçevesinde) yapıldığına işaret etmektedir¹⁶³. Olmazsa olmaz kriteri çerçevesinde, ilgili kişiler zarar görmemiş olsaydı yine de bu Davanın açılıp açılmayacağını tartışan yazara göre, Meksika'nın özellikle vatandaşlarının ölüm cezası tehlikesiyle karşılaşmış olmaları sebebiyle başvuru yaptığı sonucuna varılabilir¹⁶⁴. Ağırlık kriteri çerçevesindeki değerlendirmesinde de yazar, doğrudan zararlara dayanan iddialarının temelini oluşturan vakaların da vatandaşlara verilen zararla bağlantılı olduğunu belirtip, vatandaşların zararının başvurunun ana unsurunu teşkil ettiği, bir başka deyişle davanın esasının vatandaşların korunmasıyla ilgili olduğu sonucuna varmıştır¹⁶⁵.

Ayrıca Davanın, davacı tarafından aranan ve Divan tarafından kabul edilen giderimin niteliği yönünden ele alındığında da, dolaylı bir başvuru olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir¹⁶⁶. Meksika, hem ABD'nin Viyana Sözleşmesini ihlal ettiğinin saptanmasını hem de vatandaşlarına verilen mahkûmiyet ve cezalar bakımından eski hâle iadeye ve ABD'nin -iptal edilmediği ölçüde- mahkûmiyet ve cezaların anlamlı ve etkili bir şekilde gözden geçirilmesini ve yeniden değerlendirilmesini sağlamasına karar verilmesini talep etmişti¹⁶⁷. İkinci talebin Davanın özel amacını daha fazla yansıttığı ve somut olay bakımından daha etkili sonuçlar doğurabileceği değerlendirilebilir. Nihayetinde Divan da, ABD'nin Viyana Sözleşmesi m. 36'daki -gerek bireylere gerek devletlere haklar sağlayan- çeşitli hükümleri ihlal ettiğini tespit ettikten sonra; uygun bir giderim olarak, ABD'nin -dilediği araçlarla- ilgili mahkûmiyet ve cezaların gözden geçirilmesini ve yeniden değerlendirilmesini sağlama yükümlülüğü altında olduğunu bildirmiştir¹⁶⁸.

¹⁶² Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 144-145. Aslında, her ne kadar Divan, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından, m. 36/1'in bentlerinin bir bütün olarak ele alınması gereken tek bir rejim oluşturduğu ve m. 36/1'in ihlalinin doğrudan zarara yol açtığı sonucuna varmış olsa da, kararın diğer kısımlarında Divan bu bentleri ayrı mütalaa edebilmiştir. Divan, kararın ilerleyen kısımlarında ve özellikle hüküm fıkrasında, ABD'nin, gözaltına alınan 51 Meksika vatandaşı m. 36/1(b)'deki haklarıyla ilgili bilgilendirmeyerek bu bent hükmünü; ilgili Meksika konsolosluğuna 49 Meksika vatandaşının gözaltına alındığını haber vermeyerek ve böylece Meksika'yı onlara konsolosluk yardımı sağlama hakkından mahrum bırakarak m. 36/1(b)'yi; Meksika'yı 49 vatandaşını ziyaret etme, onlarla görüşme ve muhaberetinde bulunma hakkından mahrum bırakarak m. 36/1(a) ve (c)'yi; Meksika'yı 34 vatandaşının mahkemeler önünde temsilini sağlama hakkından mahrum bırakarak m. 36/1(c)'yi ihlal ettiğini bildirmiştir. *Avena and Other Mexican Nationals* (Judgment of 31.03.2004) (n 144) p 106, 153.

¹⁶³ Yine de yazar, iç başvuru yollarının tüketilmesi kuralı uygulanabilir bulunsaydı dahi, başvurunun kabul edilmezliğine hükmedilmeyebileceğini, zira Meksika vatandaşlarının henüz tüketmediği yolların etkisiz ve yararsız olduğunun tespit edilebileceğini öne sürmüştür. Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 152-156.

¹⁶⁴ Ibid 145-146.

¹⁶⁵ Ibid 146-147. Benzer yönde bkz. Milano (n 152) 130; Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *The International Legal Personality of the Individual* (Oxford University Press 2018) 66-67.

¹⁶⁶ Vermeer-Künzli 2007/a (n 38) 147-148.

¹⁶⁷ *Avena and Other Mexican Nationals* (Judgment of 31.03.2004) (n 144) p 14.

¹⁶⁸ Ibid p 153.

3. The M/V “Saiga” (No 2) Davası

UDHM, bu Davaya ilişkin 01.07.1999 tarihli hükmünde¹⁶⁹, diğerleri yanında, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği meselesini incelemiştir. Burada davalı Gine, *Saiga*'ya karşı aldığı önlemler sonucunda gerçek ve tüzel kişilerin gördüğü zararlar bakımından davacının ileri sürdüğü taleplerin, ilgili kişiler (kaptan, gemi maliki ve el koyulan kargonun sahibi) BMDHS m. 295 uyarınca iç başvuru yollarını tüketmediği için, kabul edilemez olduğunu savunmuştur¹⁷⁰. Saint Vincent ve Grenadinler ise, bayrağını taşıyan *Saiga*'ya karşı Gine'nin giriştiği eylemlerin, bayrak devleti olarak -gemilerini BMDHS'nin m. 56, 58 ve diğer hükümlerinde düzenlenen seyrüsefer serbestliğinden ve denizleri uluslararası hukuka uygun şekilde kullanma özgürlüğünden yararlandırma hakkı dâhil- kendi haklarını ihlal ettiğini ve söz konusu şartının bu olayda uygulanmayacağını öne sürmüştür¹⁷¹.

Bu iddialar karşısında UDHM, davacı devletin ihlal edildiğini öne sürdüğü bütün hakların (seyrüsefer serbestliği ve denizleri kullanma hakkı, Gine'nin gümrük ve kaçakçılık mevzuatına tâbi olmama hakkı, hukuka aykırı kesintisiz izlemeye uğratılmama hakkı, Mahkemenin Sözleşme m. 292 çerçevesinde aldığı -gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması- kararına gecikmeksizin uyulması hususundaki hakkı, Gine mahkemelerinde adından söz edilmemesi hakkı) Sözleşme

¹⁶⁹ Davaya konu olayda, Saint Vincent ve Grenadinler sicilinde tescil edilmiş olan ve personelinin tamamı Ukrayna veya Senegal uyrukluluğunu taşıyan *Saiga* isimli tanker, Gine'nin münhasır ekonomik bölgesi dâhil Batı Afrika kıyılarında balıkçı gemilerine petrol satışı yapmaktaydı. Tanker, seyir defterine göre, Gine'nin münhasır ekonomik bölgesi dışında olduğu bir sırada, 28.10.1997'de Gine'ye bağlı gümrük devriye gemileri tarafından saldırıya uğramış ve tutulmuştur. Daha sonra Konakri'ye çekilen geminin mürettebatı burada gözaltına alınmıştır. Gine'de yürütülen kovuşturma neticesinde tankerin kaptanı yasadışı petrol ithalatından suçlu bulunmuş, para cezasının ödenmesinin garantisini olarak gemiye ve geminin kargosuna el koyulmasına karar verilmiştir. Bayrak devletinin gemi ve mürettebatın BMDHS m. 292 uyarınca derhal serbest bırakılmasına yönelik talebi üzerine UDHM, 04.12.1997'de, bayrak devletinden alınacak makul bir teminat veya güvence üzerine Gine'nin gemi ve mürettebatı gecikmeksizin serbest bırakmasını kararlaştırmıştır. Bu kararın akabinde 28.02.1998'de gemi ve geminin daha önceden serbest bırakılmamış bütün personeli serbest bırakılmıştır. Olayın gelişimi ve ilgili kararlar için bkz. *The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Judgment of 04.12.1997) ITLOS Reports 1997 p 26-30, 86; *The M/V “Saiga” (No 2) Case* (Judgment of 01.07.1999) (n 140) p 31-39; Louis B Sohn, *Cases and Materials on the Law of the Sea* (2. Baskı, Brill Nijhoff 2014) 123-124.

¹⁷⁰ *The M/V “Saiga” (No 2) Case* (Judgment of 01.07.1999) (n 140) p 89-90. Şunu da eklemek gerekir ki, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği meselesini inceledikten sonra UDHM, Gine'nin, davacı devletin gemi mürettebatı, kargo maliki gibi kişilerin uğradığı zararlar bakımından haklar öne sürmesinin diplomatik himaye teşkil ettiği ve bu kişilerden hiçbirinin onun uyrukluluğunu taşımadığı için kabul edilemez olduğu yönündeki iddiasını da ele almıştır. Mahkemeye göre, BMDHS'nin çeşitli hükümleri, Sözleşmenin, bayrak devletinin gerek gemiyle ilgili yükümlülükleri gerek 292. madde çerçevesinde yargıya başvurma veya diğer devletlerin gemiye verdiği zararlar için giderim arama hakları bakımından gemiyi bir bütün olarak mütalaa ettiğini (*considers a ship as a unit*) göstermektedir. Böylece gemi, geminin üzerindeki her şey ve işletime katılan veya işletimle ilgili herkes bayrak devletine bağlı bir birim olarak (*as an entity linked to the flag state*) görülmektedir. Bu kişilerin uyrukluluğu da bu noktada önemli değildir. Bu sebeple Mahkeme, davacı devletin, uyrukluluğunu taşımayan gerçek ve tüzel kişilerin zararları bakımından taleplerde bulunamayacağı görüşünde değildir. İbid p 105-106, 108. Bu konunun bir yönü Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın “Gemi Mürettebatının Korunması” başlıklı 18. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bir geminin mürettebat üyelerinin uyrukluluğunu taşıdığı devletlerin diplomatik himaye işletme hakkı, gemiye uluslararası hukuka aykırı bir eylemle verilen zararlar bağlantılı şekilde mürettebat üyelerinin zarar görmesi durumunda bayrak devletinin -hangi uyrukluluğa sahip oldukları önemli olmaksızın- onlar yararına giderim arama hakkından etkilenmez.*” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bal, “Bayrak Devletinin Yabancı Gemi Mürettebatı Üzerindeki (Diplomatik) Himayesi” iç *Karadeniz 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi Kitabı* (UBAK 2020) 292-311 <<https://www.karadenizkongresi.org/kongre-kitapları>> Erişim Tarihi 24.11.2020.

¹⁷¹ *The M/V “Saiga” (No 2) Case* (Judgment of 01.07.1999) (n 140) p 91. Ayrıca, Saint Vincent ve Grenadinler'e göre, geminin tutulmaması Gine'nin ülkesel yetkisinin dışında gerçekleştiği, bir başka deyişle davalı devlet ile zarar gören kişi arasında hukuki bir bağ (*jurisdictional connection*) bulunmadığı için de, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı uygulama bulmaz. Bu noktada, geminin faaliyetleri Gine'nin münhasır ekonomik bölgesinde BMDHS m. 56 uyarınca sahip olduğu hakları etkilemediği için, geminin bu bölgede bulunması Gine'yle arasında hukuki bir bağ kurulmasına yol açmaz. İbid p 92-93.

m. 33, 56, 58, 111 ve 292 hükümleri veya uluslararası hukuk çerçevesinde ona ait haklar olduğunu vurgulamıştır¹⁷². Mahkeme, davacı tarafından öne sürülen ihlallerden hiçbirinin yabancılara yönelik muamelelerle ilgili yükümlülüklerin ihlali olarak tanımlanamayacağını, bunların davacının haklarının doğrudan ihlalleri (*direct violations*) olarak gördüğünü belirtmiştir. Mahkemeye göre, geminin işletimine katılan kişilerin uğradığı zararlar da bu ihlallerden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu zararlarla ilgili hak talepleri, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartına tâbi değildir¹⁷³.

Öte yandan, zarara uğrayan gerçek ve tüzel kişilerin uyrukluğuna ilişkin meseleler hakkındaki -yukarıda aktarılan- gerekçeleri dikkate alındığında Mahkemenin, uyuşmazlığı aynı zamanda ilgili kişilerin diplomatik himayeye benzer bir şekilde korunmasıyla ilgili bir uyuşmazlık olarak da gördüğü anlaşılmaktadır¹⁷⁴. Bu sonucu, Mahkemenin giderim meselesine yaklaşımı da teyit etmektedir¹⁷⁵. Mahkemeye göre, davacı devlet, doğrudan kendisine verilen zararların yanı sıra -geminin işletimine katılan veya işletimle ilgili bulunan kişilerin zararları dâhil- *Saiga*'nın gördüğü zararlar için de giderime hak kazanmıştır. Bu çerçevede, özellikle, kişilere verilen zararlar, haksız şekilde tutuklanma, alıkonma veya diğer kötü muamelelere maruz kalmadan doğan zararlar, malvarlığına el koyulmasından doğan zararlar ve mahrum kalınan kâr dâhil diğer ekonomik kayıplar zikredilmelidir¹⁷⁶. Neticede, davalı devletin, dava konusu eylemlerle davacının haklarını ihlal ettiğine ve geminin ve ilgili kişilerin uğradığı zararlar için davacıya tazminat ödemesine hükmedilmiştir¹⁷⁷.

Görüldüğü üzere UDHM, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından, uyuşmazlık konusu hakların niteliğini dikkate alarak meseleyi prensip olarak doğrudan zararlarla ilgili bir mesele olarak değerlendirmiştir. Oysa burada ağırlık kriteri veya olmazsa olmaz kriteri uygulansaydı tam tersi bir sonuca varılabileceği de belirtilmelidir.

¹⁷² Bu Davada Saint Vincent ve Grenadinler, hem BMDHS'nin ilgili hükümlerinin ihlal edildiğine hem de Gine'nin bu ihlallerden doğan zararlardan sorumlu olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Ibid p 28-30.

¹⁷³ Ibid p 97-98. Mahkeme, davacı devletin gerçek ve tüzel kişilerle ilgili hak taleplerinin onun haklarının doğrudan ihlallerinden kaynaklanmadığını kabul etmiş olsaydı dahi, Gine ile davacı devletin lehlerine hak talebinde bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler arasında hukukî bir bağ bulunmadığı için, yine iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının olayda uygulanamayacağını belirtmiştir. Ibid p 99-100.

¹⁷⁴ UN Doc A/CN.4/538 (04.03.2004): Fifth Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard (Special Rapporteur) p 54; ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection (n 11) 53; Karaman (n 138) 306.

¹⁷⁵ UN Doc A/CN.4/538 (n 174) p 56.

¹⁷⁶ *The M/V "Saiga" (No 2) Case* (Judgment of 01.07.1999) (n 140) p 172.

¹⁷⁷ Ibid p 183. Mahkeme, geminin ve ilgili kişilerin zararlarını ayrıntılı bir şekilde hesaplayıp, bunlar için maddî tazminata hükmederken; davacı devletin haklarının ihlalleri bakımından, davalının hukuka aykırı hareket ettiğini ve davacının haklarını ihlal ettiğini bildirmesinin yeterli bir giderim oluşturduğunu belirtmiştir. Ibid p 175-176.

UDHM'nin bu karardaki yaklaşımı, Mahkemenin kimi yargıçlarının yanı sıra¹⁷⁸ doktrinde de¹⁷⁹ eleştirilmiştir. Bununla birlikte, BMDHS'yle ilgili uyumsuzluklar çerçevesinde verilen diğer kararlarda da UDHM ve diğer mahkemeler benzer bir tutum göstermiştir.¹⁸⁰

4. The M/V “Virginia G” Davası

Konusu yukarıdakine benzeyen bir başka uyumsuzluk, Panama ile Gine-Bissau arasında yaşanmış¹⁸¹ ve özel bir anlaşmayla UDHM'ye havale edilmiştir¹⁸². Mahkeme, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliğiyle ilgili önceki yaklaşımının benzerini burada da benimsemiştir.¹⁸³

¹⁷⁸ *Yargıç Chandrasekhara Rao*, davacı devletin başvurusunun esasen Sözleşmenin 111. maddesinde düzenlenen kesintisiz izleme hakkının hukuka aykırı bir şekilde uygulanmasından kaynaklandığını, bu maddenin 8. fıkrasının söz konusu hakkın yanlış bir biçimde uygulanmasından doğan zararlar için bayrak devleti yerine geminin tazminata hak kazanacağını düzenlediğini, bu açıdan olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yine de yargıç, aynı Mahkeme gibi, zarar gören kişiler ile davalı devlet arasında hukukî bir bağ bulunmadığı için söz konusu şartın uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Yargıca göre, Mahkemenin ilk meseleye yaklaşımı Sözleşmenin 295. maddesinin etkisini büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. *The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999 p 13-16. Yargıcın bu görüşleri için ayrıca bkz. Chandrasekhara Rao, ‘ITLOS: The First Six Years’ (2002) 6 Max Planck Yearbook of United Nations Law 274-276. Benzer şekilde *Yargıç Warioba* da, mevcut olayda ihlal edildiği öne sürülen hakların Sözleşme m. 111/8'de düzenlenen geminin hakları olduğunu, Mahkemenin zararların tazminiyle ilgili kararının da olayın diplomatik himaye hakkı çerçevesinde Mahkemeye sunulmuş olduğunu gösterdiğini ve bu bağlamda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının olayda uygulanması gerektiğini belirtmiştir. *The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Separate Opinion of Judge Warioba of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999 p 59-61. Bu konudaki görüşlerini kapsamlı bir biçimde açıklayan *Yargıç Wolfrum*'a göre, belirli bir olayda iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği hakkında karar vermek için, başvurudaki ifadelerden ziyade zararın ve ihlal edilen hakların niteliğini esas almak gerekir. Her ne kadar davacı devletin taleplerinin önemli bir kısmı kendi haklarının ihlal edildiği iddiasına dayansa da, ilgili gemi tutulanmış olsaydı bu uyumsuzluğun çıkmayacağı açıktı. Mahkemenin hükümde belirlediği maddî tazminatın da gösterdiği üzere, geminin tutulanması ağırlıklı olarak geminin maliki, işleticisi ve mürettebatı üzerinde olumsuz etkiler doğurmuştur. Ayrıca, hukuka aykırı bir kesintisiz izlemeye maruz bırakılmama hakkını da kapsayan seyrüsefer serbestliği ilkesinin devletlerin yanı sıra bireylere ve özel kuruluşlara da hitap ettiği; sonrakiler tarafından girişilen faaliyetlerin de bu ilke kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; seyrüsefer serbestliğinin ihlal edildiği iddiasıyla alakalı olduğu kabul edilirse, ilgili geminin haklarının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bir uyumsuzluktan ayrı ve bağımsız bir uyumsuzluk bulmanın mümkün olmadığını öne sürmüştür. Yine de yargıca göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı, ancak zarar gören birey ile davalı devlet arasında gönüllü bir bağ (*a priori voluntary link*) bulunduğu durumlarda uygulanacağından, mevcut olayda -Mahkemenin de belirttiği gibi- söz konusu şart uygulanmayacaktır. *The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Separate Opinion of Vice-President Wolfrum of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999 p 48-55. *Marotti*'ye göre, seyrüsefer serbestliğinin kime ait olduğu hususundaki görüşleri aşırı görünse de *Wolfrum*'un kullandığı yöntem yerindedir. Zira yargıç, başvuruyu sınıflandırırken, söz konusu hakkın niteliğini değerlendirerek özel bir geminin dâhil olduğu bu uyumsuzluğun karma niteliğine gönderme yapmış, olayın koşullarını inceleyerek geminin tutulanmasının ağırlıklı olarak kimler üzerinde olumsuz etkiler doğurduğuna dikkat çekmiştir. *Marotti* (n 42) 55.

¹⁷⁹ Mesela, *Wittich*'e göre, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının sadece yabancılara muameleyle ilgili uluslararası yükümlülükler bakımından uygulanması durumunda, BMDHS yabancılara yönelik muamelelerle ilgili neredeyse hiçbir yükümlülük getirmediğinden, m. 295'in bir anlamı kalmayacaktır. Yazarın bu ve diğer eleştirileri için bkz. *Wittich* 2000 (n 24) 166-167, 172-177. Benzer yönde bkz. *Marotti* (n 42) 41.

¹⁸⁰ BMDHS'yle ilgili uyumsuzluklarda ilgili mahkemelerin iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından genellikle dar bir yaklaşım benimsediği; ancak belirtilen yaklaşımın, BMDHS m. 295'in amaçlarına uymadığı, bu maddeyi işlevsiz kıldığı ve ilgili mahkemelerin yargı yetkilerini genişletme eğiliminde olduğu eleştirilerini güçlendirdiği hakkında bkz. *Ibid* 38-39, 49, 56-57, 62.

¹⁸¹ Bu olayda, *Virginia G* isimli petrol tankeri, 21.08.2009'da tutuklandığı sırada Panama bayrağı taşımaktaydı. Gemi mürettebatı ise Küba, Gana ve Yeşil Burun Adaları uyrukluluğunu taşıyan kişilerden oluşmaktaydı. Gine-Bissau, münhasır ekonomik bölgesindeki balıkçı gemilerine yetkisiz şekilde petrol satışı yaptığı gerekçesiyle bu gemiyi tutuklayıp, bir yıldan fazla bir süre boyunca mürettebatının bir kısmıyla birlikte alıkoymuştur. *The M/V “Virginia G” Case* (Judgment of 14.04.2014) (n 34) p 55-84.

¹⁸² *Ibid* p 86.

¹⁸³ Benzer yaklaşımın benimsendiği bir başka karar için bkz. *The M/V “Norstar” Case (Panama v Italy)* (Judgment of 04.11.2016) ITLOS Reports 2016 p 268-271. Karar hakkında bkz. *Marotti* (n 42) 47-48; *Tanaka* (n 138) 519.

Panama, bu Davada diplomatik himaye hakkına dayandığını ve zarara uğratılan geminin (üzerindeki her şey ve onun işletimine katılan veya işletimiyle ilgili bulunan herkesle birlikte) meselesini üstlendiğini belirtip, iddialarını desteklemek üzere Mahkemenin *The M/V “Saiga” (No 2) Davası*ndaki yaklaşımına ve Diplomatik Himayeye İlişkin Taslağın -yukarıda aktardığımız- 18. maddesine gönderme yapmıştır¹⁸⁴. Mahkeme ise, Panama'nın taleplerinin, başvurunun konusu (*object of its claim*), yani BMDHS hükümlerinin -gemiye, gemi malikine, gemideki kişi ve mallara zarar verilmesine yol açan- ihlalleriyle ilgili iddialar çerçevesinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁵. Daha sonra Mahkeme, Gine-Bissau'nun gemi malikinin ve mürettebatının Panama uyrukluluğunu taşımadığı yönündeki itirazına ilişkin olarak, Panama'nın Sözleşme kapsamındaki haklarının -ilgili kişilere zarar verilmesine yol açan- ihlalleri bakımından haklar ileri sürmeye yetkili olduğunu belirtmiştir¹⁸⁶.

Ayrıca, Gine-Bissau, Panama'nın bireyler ve özel kuruluşlar yararına ileri sürdüğü iddiaların, bu kişiler (özellikle de gemi maliki) iç başvuru yollarını tüketmediğinden, kabul edilemez olduğunu savunmuştur¹⁸⁷. Daha önce bu Davayı diplomatik himaye hakkı çerçevesinde açtığını belirtmiş olan¹⁸⁸ Panama ise, başta seyrüsefer serbestliğinden yararlanma hakkı olmak üzere ihlal edilen hakların, BMDHS m. 56, 58, 73, 90 hükümleriyle kendisine verilmiş haklar olduğunu; Sözleşme ihlallerinin her şeyden önce ve önemli olarak bayrak devletiyle ilgili olduğunu; ortaya çıkan zararların davalı devletin kendisine karşı üstlendiği uluslararası yükümlülükleri ihlal etmesinin bir neticesi olduğunu ve bayrak devleti olarak kendi haklarının ihlallerine dayanarak hak talebinde bulunduğunu savunmuştur¹⁸⁹.

UDHM, öncelikle, özel bir anlaşmayla yetkilendirilmiş olmasının iç başvuru yollarının tüketilmediği yönünde bir itiraz sunulmasını engellemediğini bildirmiştir¹⁹⁰. Daha sonra iddiaların mahiyetini (*the nature of the claims*) incelemeye geçen Mahkeme, iç başvuru yollarının tüketilmesinin diplomatik himayede bulunmanın bir ön şartı olduğunu ve bu şartın davacı devletin doğrudan zarar gördüğü durumlarda uygulanmayacağını vurgulamıştır. Bu noktada Mahkeme, *The M/V “Saiga” (No 2)*

¹⁸⁴ *The M/V “Virginia G” Case* (Judgment of 14.04.2014) (n 34) p 119-121.

¹⁸⁵ Burada Mahkemenin, iddiaların diplomatik himaye müessesesine dayandırılmasının önemli olmadığına işaret ettiği değerlendirilebilir.

¹⁸⁶ Ibid p 125-129. Mahkeme bu sonuca varırken, *The M/V “Saiga” (No 2) Davası*nda geminin belirli hususlar bakımından içindekiler ve diğer ilgililerle beraber bir bütünlük arz ettiğini ve bu bütünlüğün bayrak devletine bağlı olduğunu benimsediğini hatırlatmıştır. Mahkeme, bir devletin vatandaşları yararına diplomatik himaye işletmesinin, bayrak devletinin uyrukluluğunu taşımayan ve geminin işletimine katılan gerçek veya tüzel kişilerin uğradığı zararlar için haklar ileri sürmesinden farklı olduğunu vurgulayıp; ikinci yöntem çerçevesinde yabancı gemi mürettebatının korunmasının daha çok pratik amaçlara hizmet ettiğine de dikkat çekmiştir. Ibid.

¹⁸⁷ Ibid p 131, 133, 135-139. Bu devlet, gemiyi serbest bırakma kararlarının özellikle geminin çekildiği limanda batma riski altında olmasından kaynaklandığını ve bu kararın gemi malikinin ulusal düzeydeki işlemlerine devam etmesini etkilemediğini de belirtmiştir. Ibid p 140.

¹⁸⁸ Ibid p 119.

¹⁸⁹ Ibid p 142.

¹⁹⁰ Ibid p 151.

Davasında benzer bir meseleyle karşılaştığını ve orada davacı devletin ihlal edildiğini öne sürdüğü hakların niteliğine (*the nature of the rights*) odaklandığını hatırlatıp, burada da aynı yaklaşımı izleyeceğini belirtmiştir¹⁹¹.

Mahkemeye göre, Panama'nın ihlal edildiğini öne sürdüğü hakları düzenleyen BMDHS hükümlerinin çoğu esasen devletlere haklar sağlamakla birlikte, bazı hükümler gemilere veya ilgili kişilere haklar sağlıyor görünmektedir. Bir başvuru hem doğrudan zararlara hem bireylerin zararlarına dayanıyorsa, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği hususunda karar vermek için, hangi unsurun ağırlıklı olduğunu (*which element is preponderant*) belirlemek gerekir. Panama'nın ihlal edildiğini öne sürdüğü başlıca haklar, bir diğer devletin münhasır ekonomik bölgesinde seyrüsefer serbestliğinden ve denizleri uluslararası hukuka uygun şekilde kullanma özgürlüğünden yararlanma hakkı ve kıyı devletinin düzenlemelerini 73. maddeye uygun şekilde tatbik etmesi hususundaki hakkıdır. Bu haklar Panama'ya aittir; bunların ihlalleri de o devlete doğrudan zarar verecektir. Dolayısıyla ihlal edildiği öne sürülen başlıca hakların niteliği dikkate alındığında, başvurunun bir bütün olarak (*as a whole*) doğrudan zararlara dayandığı sonucuna varılmaktadır. Gemi veya kargo ile ilgili kişi veya kuruluşlara verilen zararlara dayanan talepler de, söz konusu ihlallerden kaynaklandığı için, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartına tâbi değildir¹⁹².

Bu karara yönelik de çeşitli eleştiriler getirilmiştir¹⁹³. *Oxman/Cogliati-Bantz* ise, birçok devletin ekonomisinin ve güvenliğinin seyrüsefer serbestliğine bağlı olduğunu ve bu serbestliğin ve ilgili hakların bir uluslararası mahkemede doğrulanmasını gemiyi tutuklayan devletin iç başvuru yollarının tüketilmesine bağlı tutmanın, BMDHS'nin bu serbestliğin korunmasıyla ilgili yapısını zedeleyeceğini belirtip, kararı yerinde bulmuştur¹⁹⁴.

¹⁹¹ Ibid p 152-155.

¹⁹² Ibid p 156-158.

¹⁹³ *Marotti*'ye göre, her ne kadar UDHM, ağırlık kriterine işaret etse de, bu kriteri davacı devletin BMDHS'nin devletlere haklar veren hükümlerine dayanan iddialarını merkeze alarak uygulamıştır. Oysa ağırlık kriteri, davacı devletin başvurusunda dayandığı hükümler yerine, uyumsuzluğun konusu, iddianın mahiyeti, talep edilen giderim gibi etkenler göz önünde bulundurularak uygulanmalıydı. Bu bakımdan kararda, Mahkemenin *The M/V "Saiga" (No 2) Davasında* benimsediği -salt başvurudaki ifadeleri esas alan- yaklaşım teyit edilmekle kalmamış, ağırlık kriteri de yanlış uygulanmıştır. Marotti (n 42) 45. Yine, Mahkemenin yargıçlarından *Cot* ve *Kelly*, müşterek ayrı görüşlerinde, Mahkemenin *The M/V "Saiga" (No 2) Davasındaki* yaklaşımın konuyla ilgili uluslararası hukuku yansıtmadığını belirtmişlerdir. Yargıçlara göre, davalı devletin bayrak devletinin doğrudan haklarını ihlal ettiğini ve bu haklara yönelik doğrudan zarar verilmesi söz konusu olduğu için de iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağını belirtmek yeterli bir gerekçe değildir. Bunun yerine Mahkeme, olayın bütün koşullarını değerlendirerek önündeki uyumsuzluğu hukukî açıdan nitelendirmelidir. Yargıçlara göre, mesele temelde özel kişilere ait malvarlıklarına el koyulması ve bundan dolayı uğranılan zararlar ile ilgili olduğu için, uyumsuzluk konusunun ağırlıklı olarak gemi ve kargo sahiplerinin haklarıyla ilgili olduğu değerlendirilmelidir. Ayrıca, UHK'nin ilgili Taslağının şerhinde belirttiği olmazsa olmaz kriterinin uygulanması durumunda da, gemi malikine yönelik bir zarar bulunmasaydı Mahkeme önüne böyle bir uyumsuzluk getirilmeyeceği için, yine iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının olaya uygulanabilir olduğu sonucuna varılacaktı. *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Joint Separate Opinion of Judges Cot and Kelly of 14.04.2014) ITLOS Reports 2014 p 5, 13, 21-29. Olayın koşullarında diplomatik himayenin unsurlarının baskın olduğu, zarar gören bireyler yararına bir talep olmasaydı böyle bir başvurunun getirilmeyeceği ve bu çerçevede iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının olayda uygulanabilir olduğu yönünde bir başka görüş için bkz. *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia of 14.04.2014) ITLOS Reports 2014 p 5-10.

¹⁹⁴ Bernard H Oxman ve Vincent P Cogliati-Bantz, 'The M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau)' (2014) 108 AJIL 774.

Neticedeyse Mahkeme, el koyulan petrol ve geminin tamir masrafları bakımından davacı devlete maddî tazminat ödenmesine hükmederken; davacı devletin haklarının ihlalleri bakımından, davalı devletin -gemiye ve gemi kargosuna el koymakla¹⁹⁵ ve geminin tutuklanmasından ve sonraki işlemlerden bayrak devletini haberdar etme yükümlülüğünü¹⁹⁶ yerine getirmemekle- hukuka aykırı şekilde hareket ettiğini ve davacının haklarını ihlal ettiğini bildirmesinin yeterli bir giderim oluşturduğunu belirtmiştir¹⁹⁷.

5. The “Arctic Sunrise” Davası

Arctic Sunrise vakasını ele almak üzere Hollanda’nın BMDHS’nin 287. maddesi ile 7. eki uyarınca başlattığı hakemlik prosedürü çerçevesinde oluşturulan Hakemlik Mahkemesi, esasa ilişkin kararında, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği meselesinde UDHM’yle aynı tutumu göstermiştir¹⁹⁸. Bu Davada Hollanda, ağırlıklı olarak seyrüsefer serbestliği ilkesine ve bayrak devleti olarak haklarına dayanarak gemiye ve gemideki kişilere yönelik eylemleriyle Rusya’nın kendisine karşı üstlenmiş olduğu yükümlülükleri ihlal ettiğini savunup, söz konusu eylemlerin doğurduğu maddî ve manevî zararlar için tazminat dâhil birtakım giderimler sağlanmasına karar verilmesini talep etmiştir¹⁹⁹.

Burada Hollanda, BMDHS çerçevesinde doğrudan kendisine karşı üstlenilen hakların ihlalleri için sorumluluğa başvurusunun iç başvuru yollarının tüketilmesi şartına bağlı olmadığını öne sürmüştür²⁰⁰. Mahkeme de, uyuşmazlığı Rusya’nın Sözleşme kapsamında Hollanda’ya karşı üstlendiği yükümlülüklerin ihlaliyle ilgili görüp, bayrak devletinin gemiyi ve gemideki kişileri zarara uğratan Sözleşme ihlalleri bakımından haklar ileri sürebileceğini -geminin bütünlüğü (*the ship as a unit*) yaklaşımı çerçevesinde- teyit ettikten sonra²⁰¹, söz konusu zararlar için getirilen taleplerin doğrudan hak talepleri (*direct claims*) olduğu ve bu sebeple iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmayacağı sonucuna varmıştır²⁰².

¹⁹⁵ Bu eylemin BMDHS m. 73/1’i ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

¹⁹⁶ Bu yükümlülük için BMDHS m. 73/4’e bkz.

¹⁹⁷ *The M/V “Virginia G” Case* (Judgment of 14.04.2014) (n 34) p 446-448, 452.

¹⁹⁸ Davanın konusu, Hollanda bayraklı ve içinde çeşitli uluslardan aktivistler bulunan *Arctic Sunrise* isimli *Greenpeace* gemisinin Eylül 2013’te Rusya’nın Pechora Denizi’ndeki münhasır ekonomik bölgesinde işletilen *Prirazlomnaya* isimli petrol platformuna yönelik protestolar başlatması üzerine, tutuklanarak Murmansk’a çekilmesi ve gemidekilerin burada gözaltına alınması ile ilgilidir. *The Arctic Sunrise Arbitration (Kingdom of the Netherlands v Russian Federation)* (Award on the Merits of 14.08.2015) PCA Case No 2014-02 p 74-115.

¹⁹⁹ *Ibid* p 140-141.

²⁰⁰ *Ibid* p 163.

²⁰¹ *Ibid* p 168-172.

²⁰² *Ibid* p 173.

6. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Davası

Bu Davada Ukrayna, diğerleri yanında, UAD'nin, Rusya'nın Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi -Kırım Tatarları'na ve Kırım'daki Ukrayna topluluklarına sistematik bir şekilde ayrımcılık yaparak, kötü muamelede bulunarak ve baskı uygulayarak- ihlal ettiğini bildirmesini ve Rusya'nın Sözleşmedeki yükümlülüklerine uymasını emreden bir karar vermesini talep etmiştir. Ukrayna, mağdurlar tarafından uğranılan zararlar dâhil, Sözleşme ihlallerinden dolayı gördüğü zararlar için Rusya'nın kendisine maddî tazminat ödemesi gerektiğini de öne sürmüştür²⁰³.

Bu Davada Rusya, diğer itirazları yanında, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesinin devletler ya da bireyler tarafından sunulan konuları, prensip olarak, iç başvuru yolları tüketildikten sonra ele alabileceğini düzenleyen Sözleşme m. 11/3 ve m. 14/7(a) hükümlerine de gönderme yaparak, bu şart yerine getirilmediği için başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür²⁰⁴. Buna karşılık Divanın ilk itirazlara ilişkin kararında belirttiği üzere, Ukrayna, Rusya'nın 2014'ten itibaren tekrarlı eylemlerle adı geçen topluluklara karşı devamlı bir şekilde ırk ayrımcılığı kampanyası yürüttüğünü ileri sürmektedir; zikredilen bireysel vakalarda ırk ayrımcılığı teşkil ettiği iddia edilen eylemlerin örnekleridir. Ukrayna, Sözleşmenin 22. maddesi çerçevesinde başvuru yapmakla, bir veya birkaç vatandaşının meselesini üstlenmemiştir; Rusya'nın belirtilen topluluklara yönelik davranış biçimini (*pattern of conduct*) şikâyet etmektedir. Bu sebeple, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının olayda uygulanmayacağı sonucuna varılmıştır²⁰⁵. AİHM'nin de, bu nitelikteki devlet başvurularında benzer bir yaklaşım gösterdiği belirtilmelidir²⁰⁶.

²⁰³ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)* (Judgment of 08.11.2019) ICJ Reports 2019 p 18-19.

²⁰⁴ *Ibid* p 122-124.

²⁰⁵ *Ibid* p 130. Divanın yaklaşımını yerinde bulan *Yargıç Caetano Trindade*, Ukrayna'nın vatandaşlarını korumak yerine davalı devletin kendisine karşı uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden şikâyetçi olduğunu, bu itibarla söz konusu eylemlerin bir diğer devletin mahkemesinde dava edilemez olduğunu belirtmiştir. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)* (Separate Opinion of Judge Caetano Trindade of 08.11.2019) ICJ Reports 2019 p 33-38. UHK raportörü *Dugard*'ın da belirttiği üzere, bir vatandaşına münferiden zarar verildiği durumlarda diplomatik himayede bulunan devlet, onun haklarını ileri sürmede bir temsilci gibi hareket etmektedir. Böyle bir zararın devlete de zarar verdiği kabulü, hukukî bir varsayımdır. Diğer taraftan, ihlallerin, sistematik olduğu ve belirli bir devletin bütün vatandaşlarına karşı ayrımcılık yapma biçiminde bir politikayı gösterdiği durumlarda, o devletin menfaatleri doğrudan etkilenmiş sayılabilir. UN Doc A/CN.4/506 and Add 1 (n 38) p 19.

²⁰⁶ AİHM'nin belirttiği üzere, AİHS m. 33 çerçevesinde yapılan devlet başvurularında, başvuran devlet bireylere yönelik ihlalleri ihbar etmekten daha fazla bir şey yapmıyorsa, 35. maddede belirtilen iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı -aynı bireysel başvurularda olduğu gibi- uygulanır. Bununla birlikte, başvuran devlet, bir uygulamanın devam etmesini veya tekrarlanmasını önlemek amacıyla şikâyette bulunmuş; ancak bu uygulamanın örneği veya kanıtı olarak sunulan vakalardan her biri için bir karar verilmesini talep etmemişse, söz konusu şart prensip olarak uygulanmaz. *Georgia v Russia (II)* App no 38263/08 (ECHR (Fifth Section), 13.12.2011) p 84-85; *Georgia v Russia (I)* App no 13255/07 (ECHR (Grand Chamber), 03.07.2014) p 125, 159. İnsan hakları ihlalleri için yapılan devlet başvurularında diplomatik himayenin şartlarının her zaman uygulanamayacağı hakkında ayrıca bkz. Vasileios Pergantis, "Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?" (2006) 66 ZaöRV 363-364.

Sonuç

Geçmişte, devletin uluslararası sorumluluğu, daha çok devletlerin ülkelerindeki yabancılar karşı yükümlülükleri, bunların ihlali ve diplomatik himaye gibi meseleler çerçevesinde tartışılıp, düzenlenmeye çalışılmıştır. Devletin sorumluluğuna ilişkin kodifikasyon çalışmalarında UHK de, başlangıçta konunun bu tarafına odaklanmakla birlikte, sonradan herhangi bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, böyle bir ihlalin devlete isnad edilmesi, sorumluluğun neticeleri ve işletilmesi ile ilgili genel kuralları belirlemeye yönelip, Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğu Hakkında Taslağı tamamlamıştır. Diplomatik himayede bulunabilmenin şartlarıyla ilgili ayrıntılı hükümlere ise Diplomatik Himayeye İlişkin Taslakta yer verilmiştir. Devletin uluslararası sorumluluğa başvururken doğrudan zararlarına mı yoksa -vatandaşına verilen zararlar sebebiyle uğradığı varsayılan-dolaylı zararlarına mı dayandığı hususu, başvurunun kabul edilebilirliği bakımından hangi şartların uygulanacağını tespiti için temel ayırım noktasını oluşturmaktadır. Diplomatik himayenin uluslararası örf ve âdet niteliğindeki şartları, ikinci durumda uygulanabilirken, ilk durumda uygulanabilir değildir.

Uygulamada özellikle iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının belirli bir başvuruda uygulanıp uygulanmayacağı hususunda görüş ayrılıkları çıkmaktadır. Devletlerin uluslararası hukuka aykırı bir eylemle bir yandan doğrudan kendilerine zararlar verildiğini diğer yandan vatandaşlarına zarar verilmesi sebebiyle dolaylı bir şekilde zarara uğradıklarını sık sık aynı başvuru içinde ileri sürmeleri, bu meselenin ortaya çıkmasındaki temel sebeptir. İç başvuru yollarının tüketilmesi şartının devletler bakımından dolaylı zarar teşkil eden vakalar çerçevesinde uygulanabileceği hususunda şüphe bulunmamakla birlikte, devletin hem vatandaşına hem de kendisine verilen zararlara dayandığı (karma nitelikli bir uluslararası başvuruda bulunduğu) durumda, başvurunun ne şekilde sınıflandırılacağı ve dolayısıyla söz konusu şartın uygulanabilirliği hakkında karar vermek kolay değildir. Böyle bir başvurunun, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından, bir bütün hâlinde doğrudan (zararlara dayanan) bir başvuru olarak mı yoksa dolaylı (zararlara dayanan) bir başvuru (diplomatik himaye) olarak mı nitelendirileceğine birtakım kriterler çerçevesinde cevap aranmaktadır. Bununla birlikte, her şeyden önce, bir başvuruyu oluşturan unsurların tanımlanması ve bu bağlamda neyin doğrudan zarar neyin dolaylı zarar teşkil ettiğinin saptanması da gerekebilir. Ne var ki, belirtilen zarar türlerinden birini diğerinden ayıran hususun ne olduğunu kategorik olarak belirlemek de kolay değildir; bu ayırım daha çok örnekler üzerinden yapılmaktadır.

UHK, Diplomatik Himayeye İlişkin Taslakta, bir uluslararası başvurunun ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zararlara dayanarak getirildiğinde iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekeceğini düzenleyerek, başvurunun öne sürülen ihlallerden ağırlıklı olarak kimin zarar gördüğü noktasına göre nitelendirilmesini benimsemiş

gözükmektedir. Taslağın şerhinde söz konusu ağırlık kriteri uygulanırken uyuşmazlığın konusunun, iddianın mahiyetinin ve talep edilen giderimin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Uluslararası mahkemeler de, çeşitli kararlarında ağırlık kriterini bu unsurlardan bir veya birkaçını hesaba katarak uygulamıştır. Zaman zaman ihlal edildiği iddia edilen maddî hakların niteliği ile bu hakların devletin mi yoksa bireylerin mi menfaatlerini korumaya matuf olduğu hususuna da dikkat edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bu yaklaşım da uygulamada, özellikle UDHM içtihadında, belirli bir kabul görmüştür.

Gerçekten de -uluslararası hukukun en karmaşık sorunlarından biri olan- iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanabilirliği bakımından bir uluslararası başvurunun nitelendirilmesi meselesi hakkında bir sonuca varmak için, somut olayın bütün özellik ve şartları ile başvuruyu ilgili çeşitli unsurların ve yönlerin göz önünde bulundurulması gerekebilir. Bu noktada, başvuruyu oluşturan veya başvuruya ilgili farklı hususlar tefrik edilip tartılmalı, başvuruda hangi noktaların ağırlıklı ve daha önemli bir yer tuttuğu değerlendirilmelidir. Dahası, uluslararası mahkemeler, duruma göre, iddia ve taleplerin formüle edilmiş biçimine mutlak bir değer atfetmeden başvurunun gerçek mahiyetini belirleyebilir. Ayrıca, bazen ağırlık kriterinin esnek bir şekilde uygulanması da gerekebilir. Bu bağlamda, devletin bir uluslararası normun temelini oluşturan (ve zarar gören kişiler lehine ulusal mahkemelerde tazminata hükmedilmesiyle muhafaza edilemeyecek) değerleri korumak istediği durumlarda, başvurunun ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zararlara dayanarak getirilmiş olması, başvurunun nitelendirilmesinde önemini yitirebilecektir. Diğer taraftan, bir uluslararası normun ihlal edildiğini bildiren bir tespit kararı verilmesi talebi -ister vatandaşa yararına tazminat istemiyle birlikte ister tek başına sunulmuş olsun- vatandaşın zararlarına ilişkin iddialarla sıkı şekilde bağlantılıysa ya da iç başvuru yollarının tüketilmesi şartından kurtulmak amacıyla yapılmışsa, bu talebin ağırlıklı olarak vatandaşa verilen zararlara dayanılarak getirildiği sonucuna da varabilecektir. Bunların yanında, ihlallerin sistematik olduğu ve bir devletin vatandaşlarını toplu biçimde hedef aldığı durumlarda, o devletin doğrudan zarar gördüğü ve zarar gören vatandaşları tarafından iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekmeden uluslararası alanda başvuruda bulunabileceği kabul edilebilmektedir.

Uluslararası başvuruların iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının tatbik edilebilirliği bakımından nitelendirilmesi hususunda uygulama yeknesaklık göstermediği gibi, bazen uluslararası mahkemeler sağlam hukukî gerekçelere dayanmadan bu konuda sonuca varabilmektedir. UHK'nin ilgili Taslağının, her durum için geçerli bir çözüm getirdiğini savunmak zor olsa da, önemli bir rehberlik sağladığı göz ardı edilemez. Uluslararası ilişkilerin gittikçe karmaşık bir hâl alması, bireylerin ülke dışı yatırım ve girişimlerinin artması, bireylerin uluslararası alanda tanınan haklarının çoğalması gibi etkenler göz önünde bulundurulduğunda, konunun,

değişik örnekler çerçevesinde hukukî yönden tartışılmaya ve geliştirilmeye devam edeceği öngörülebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar - Makaleler

- Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (11. Baskı, Seçkin 2020).
- Adede A O, 'A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies' (1977) 18 *Harvard International Law Journal* 1-17.
- Adler M H, 'The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI' (1990) 39 *ICLQ* 641-653.
- Akehurst M ve Malanczuk P, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7. Baskı, Routledge 1997).
- Akkutay A İ, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet 2013).
- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C 2* (5. Baskı, Seçkin 2019).
- Amerasinghe C F, *Local Remedies in International Law* (2. Baskı, Cambridge University Press 2004).
- Bal A, 'Bayrak Devletin Yabancı Gemi Mürettebatı Üzerindeki (Diplomatik) Himayesi' iç *Karadeniz 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi Kitabı* (UBAK 2020) 292-311 <<https://www.karadenizkongresi.org/kongre-kitapları>> Erişim Tarihi 24.11.2020.
- Bal A, *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi* (Seçkin, 2020).
- Bal A, *Uluslararası Hava Hukuku - Hava Sahasının Hukukî Rejimi* (Seçkin 2019).
- Bilge A S, *Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi* (AÜSBF Yayınları 1953).
- Bodansky D ve Crook J R, 'Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview' (2002) 96 *AJIL* 773-791.
- Borchard E M, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims* (The Banks Law Publishing Co 1925).
- Brownlie I, *Principles of Public International Law* (6. Baskı, Oxford University Press 2003).
- Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) (2013).
- Crawford J, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press 2002) (2002).
- Çamyamaç A ve İnci Z Ö, *Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet* (Seçkin 2020).
- Doehring K, 'Local Remedies, Exhaustion of' iç R. Bernhardt (ed), *EPIL, Vol 3* (Elsevier 1997) 238-242.
- Drenan M T, 'Gone Overboard: Why the Arctic Sunrise Case Signals an Over-Expansion of the Ship-as-a-Unit Concept in the Diplomatic Protection Context' (2014) 45 *California Western International Law Journal* 109-167.
- Dugard J, 'Diplomatic Protection' (Güncelleme Ocak 2007) MPEPIL.
- Erkiner H H, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010).
- Fitzmaurice G, 'Hersch Lauterpacht: The Scholar as Judge, Part I' (1961) 37 *BYIL* (1961) 1-71.
- Fitzmaurice G, 'The Case of the I'm Alone' (1936) 17 *BYIL* 82-111.
- French D, 'Trail Smelter (United States of America/Canada) (1938 and 1941)' iç Eirik Bjorge ve Cameron Miles (edr), *Landmark Cases in Public International Law* (Hart Publishing 2017) 159-188.

- Gaja G, 'States having an Interest in Compliance with the Obligation Breached' iç James Crawford, Alain Pellet ve Simon Olleson (edr), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 957-964.
- Gautier P, 'On the Classification of Obligations in International Law' iç Holger Hestermeyer ve diğerleri (edr), *Coexistence, Cooperation and Solidarity (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum)* (Martinus Nijhoff Publishers 2012) 853-879.
- Geck W K, 'Diplomatic Protection' iç R. Bernhardt (ed), *EPIL, Vol 1* (Elsevier 1992) 1045-1067.
- Guilfoyle D, 'Article 91' iç Alexander Proelss (ed), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Nomos 2017) 692-699.
- Gündüz A, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar* (5. Baskı, Beta 2003).
- Hyde C C, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States, Vol 2* (2. Baskı, Little, Brown & Co 1947).
- Ilyumade B O, 'Dual Claim and the Exhaustion of Local Remedies Rule in International Law' (1977) 10 Vanderbilt Journal of Transnational Law 83-95.
- Jessup P C, *A Modern Law of Nations: An Introduction* (The Macmillan Co, 1948).
- Jiménez de Aréchaga E ve Tanzi A, 'International State Responsibility' iç Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 347-380.
- Jiménez de Aréchaga E, 'International Law in the Past Third of a Century' (1978) 159 Recueil des Cours 1-343.
- Kaczorowska A, *Public International Law* (4. Baskı, Routledge 2010).
- Karaman I V, *Dispute Resolution in the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers 2012).
- Kato N, 'Protection of a Ship by the Flag State and Diplomatic Protection: Conceptual Relationship and Admissibility of Claims' (15.03.2015) 297-316 < <http://hokuga.hgu.jp/dspace/handle/123456789/2861> > Erişim Tarihi 25.03.2021.
- Kjeldgaard-Pedersen A, *The International Legal Personality of the Individual* (Oxford University Press 2018).
- Klein N, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press 2004).
- Kokott J, 'Interim Report on the Exhaustion of Local Remedies' iç *London Conference Report of International Law Association Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property* (2000) 3-27.
- Kolb R, *The International Law of State Responsibility: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2017).
- Lourie G, 'Diplomatic Protection under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties' (2015) Austrian Yearbook on International Arbitration 511-542.
- Madders K J, 'Trail Smelter Arbitration' iç R. Bernhardt (ed), *EPIL, Vol 4* (Elsevier 2000) 900-903.
- Marotti L, 'Determining the Scope of the Local Remedies Rule in UNCLOS Disputes' (2017) 21 Max Planck Yearbook of United Nations Law 36-62.
- Matsui Y, 'The Transformation of the Law of State Responsibility' iç René Provost (ed), *State Responsibility in International Law* (Routledge 2016) 3-63.
- Meray S L, *Devletler Hukukuna Giriş, C 1* (3. Baskı, AÜSBF Yayınları 1968).
- Meron T, 'The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies' (1959) 35 BYIL 83-101.

- Milano E, 'Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?' (2004) 35 NYIL 85-142.
- Murphy S D, 'The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice' (1991) 16 YJIL 391-452.
- O'Brien J, *International Law* (Cavendish Publishing Limited 2001).
- Okowa P, 'Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility' iç Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (3. Baskı, Oxford University Press 2010) (2010) 472-503.
- Okowa P, 'Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility' iç Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2003) 473-502.
- Oppenheim L, Jennings R ve Watts A, *Oppenheim's International Law, Vol 1: Peace, Introduction and Part 1* (9. Baskı, Longman 1996).
- Oxman B H ve Cogliati-Bantz V P, 'The M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau)' (2014) 108 AJIL 769-775.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2005).
- Pellet A, 'The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection' (2008) 7 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 33-58.
- Pergantis V, 'Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?' (2006) 66 ZaöRV 351-397.
- Potestà M, 'Republic of Italy v Republic of Cuba' (2012) 106 AJIL 341-347.
- Rao C, 'ITLOS: The First Six Years' (2002) 6 Max Planck Yearbook of United Nations Law 183-300.
- Sachariew K, 'State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the 'Injured State' and its Legal Status' (1988) 35 Netherlands International Law Review 273-289.
- Shaw M, *International Law* (8. Baskı, Cambridge University Press 2017).
- Sohn L B, *Cases and Materials on the Law of the Sea* (2. Baskı, Brill Nijhoff 2014).
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (14. Baskı, Beta 2020).
- Tanaka Y, *The International Law of the Sea* (3. Baskı, Cambridge University Press 2019).
- Thirlway H, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960-1989, Supplement 2009, Parts Seven and Eight' (2010) 80 BYIL (2010) 10-216.
- Thirlway H, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960-1989, Part Seven' (1996) 66 BYIL (1996) 1-96.
- Vattel E, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains* (1758) iç Charles G Fenwick (çev), *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns* (Carnegie Institution of Washington 1916).
- Vermeer-Künzli A, 'A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*' (2007) 56 ICLQ (2007/b) 553-581.
- Vermeer-Künzli A, 'Case Concerning Mexican Nationals' (2005) 18 LJIL 49-64.
- Vermeer-Künzli A, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (Leiden University 2007) (2007/a).
- Wendel P, *State Responsibility for Interferences with the Freedom of Navigation in Public International Law* (Springer 2007).
- Whiteman M M, *Damages in International Law, Vol 1* (U. S. Government Printing Office 1937).

- Wittich S, 'Direct Injury and the Incidence of the Local Remedies Rule' (2000; Basım 2002) 5 Austrian Review of International and European Law (2000) 121-187.
- Wittich S, 'The International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading' (2002) 15 LJIL 891-919.
- Yang H, *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea* (Springer 2006).
- Yee S, 'Article 40' iç Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm ve Christian J. Tams (edr), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2. Baskı, Oxford University Press 2012) 922-999.

Özel Belgeler

- 'Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners' (1929) 23 AJIL Special Supplement 133-239.
- Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)* (Judgment of 24.05.2007) ICJ Reports 2007.
- Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France (USA/ France)* (Award of 09.12.1978) 18 RIAA 417 vd.
- Alabama Claims of the United States of America against Great Britain (United States of America v Great Britain)* (Award of 14.09.1872) 29 RIAA 127 vd.
- Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947* (Advisory Opinion of 26.04.1988) ICJ Reports 1988.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)* (Judgment of 08.11.2019) ICJ Reports 2019.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)* (Separate Opinion of Judge Cañado Trindade of 08.11.2019) ICJ Reports 2019.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v United Arab Emirates)* (Order of 23.07.2018) ICJ Reports 2018.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v United Arab Emirates)* (Separate Opinion of Judge Cañado Trindade of 23.07.2018) ICJ Reports 2018.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)* (Judgment of 19.12.2005) ICJ Reports 2005.
- Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)* (Judgment of 14.02.2002) ICJ Reports 2002.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Judgment of 31.03.2004) ICJ Reports 2004.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Separate Opinion of Judge Tomka of 31.03.2004) ICJ Reports 2004.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Separate Opinion of Judge Vereshchetin of 31.03.2004) ICJ Reports 2004.

- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren of 31.03.2004) ICJ Reports 2004.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Separate Opinion of Judge ad hoc Sepúlveda of 31.03.2004) ICJ Reports 2004.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v Spain)* (Judgment of 05.02.1970) ICJ Reports 1970.
- Case of the Swiss Confederation v the German Federal Republic (No I)* (Award of 03.07.1958) 29 RIAA 405 vd.
- Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania)* (Judgment of 09.04.1949) ICJ Reports 1949.
- Elektronika Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy)* (Judgment of 20.07.1989) ICJ Reports 1989.
- Factory at Chorzów (Merits) (Germany v Poland)* (Judgment of 13.09.1928) PCIJ Series A No 17.
- Georgia v Russia (I)* App no 13255/07 (ECHR (Grand Chamber), 03.07.2014).
- Georgia v Russia (II)* App no 38263/08 (ECHR (Fifth Section), 13.12.2011).
- I'm Alone (Canada v United States)* (Joint Final Report of 05.01.1935) 3 RIAA 1609 vd.
- ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (2006) 2(2) Yearbook of the ILC (ILC, Draft Articles/Commentaries on Diplomatic Protection).
- ILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries' (2001) 2(2) Yearbook of the ILC (ILC, Draft Articles/Commentaries on Responsibility).
- Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Dissenting Opinion of President Klaestad of 21.03.1959) ICJ Reports 1959.
- Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Dissenting Opinion of Judge Winiarski of 21.03.1959) ICJ Reports 1959.
- Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Dissenting Opinion of Sir Hersch Lauterpacht of 21.03.1959) ICJ Reports 1959.
- Interhandel (Switzerland v United States of America)* (Judgment of 21.03.1959) ICJ Reports 1959.
- LaGrand (Germany v United States of America)* (Judgment of 27.06.2001) ICJ Reports 2001.
- Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v Great Britain)* (Judgment of 30.08.1924) PCIJ Series A No 2.
- Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)* (Judgment of 06.04.1955) ICJ Reports 1955.
- Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonia v Lithuania)* (Judgment of 28.02.1939) PCIJ Series A/B No 76.
- Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France/Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes)* (Judgment of 12.07.1929) PCIJ Series A No 20.
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion of 11.04.1949) ICJ Reports 1949.
- The "Camouco" Case (Panama v France)* (Judgment of 07.02.2000) ITLOS Reports 2000.
- The "Enrica Lexie" Incident (Italy v India)* (Order of 24.08.2015) ITLOS Reports 2015.
- The Arctic Sunrise Arbitration (Kingdom of the Netherlands v Russian Federation)* (Award on the Merits of 14.08.2015) PCA Case No 2014-02.

- The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v Kingdom of Spain)* (Order of 23.12.2010) ITLOS Reports 2010.
- The M/V “Norstar” Case (Panama v Italy)* (Judgment of 04.11.2016) ITLOS Reports 2016.
- The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Judgment of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999.
- The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999.
- The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Separate Opinion of Judge Warioba of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999.
- The M/V “Saiga” (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Separate Opinion of Vice-President Wolfrum of 01.07.1999) ITLOS Reports 1999.
- The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)* (Judgment of 04.12.1997) ITLOS Reports 1997.
- The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia of 14.04.2014) ITLOS Reports 2014.
- The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Joint Separate Opinion of Judges Cot and Kelly of 14.04.2014) ITLOS Reports 2014.
- The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Judgment of 14.04.2014) ITLOS Reports 2014.
- The S.S. Wimbledon (Great Britain, France, Italy, Japan v Germany)* (Judgment of 17.08.1923) PCIJ Series A No 1.
- Trail Smelter Case (United States of America v Canada)* (Award of 16.04.1938 and 11.03.1941) 3 RIAA 1905 vd.
- UN Doc A/CN.4/134 and Add 1 (26.01.1961): Sixth Report on International Responsibility by F V Garcia-Amador (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/217 and Add 1 (20.01.1970): First Report on State Responsibility by Roberto Ago (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/302 and Add 1-3 (14.07.1977): Sixth Report on State Responsibility by Roberto Ago (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/344 (01.05.1981): Second Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility by Willem Riphagen (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/506 and Add 1 (20.04.2000): First Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/514 (28.02.2001): Second Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/523 and Add 1 (16.04.2002): Third Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/538 (04.03.2004): Fifth Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/567 (07.03.2006): Seventh Report on Diplomatic Protection by John Dugard (Special Rapporteur).
- UN Doc A/CN.4/96 (20.01.1956): (First) Report on International Responsibility by F V Garcia-Amador (Special Rapporteur).

UN Doc A/CN.4/L.647 (24.05.2004): Diplomatic Protection: Titles and Texts of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran) (Judgment of 24.05.1980) ICJ Reports 1980.

İnternet Siteleri

<<https://hudoc.echr.coe.int>>

<<https://legal.un.org/>>

<<https://treaties.un.org/>>

<<https://www.icj-cij.org/>>

<<https://www.itlos.org/>>



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 05.03.2021
Kabul: 18.04.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Halk Egemenliği ve Millî Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık

Sabahattin Nal^{*}, Furkan Çirkin^{**}

Öz

Bu makale, anayasacılığa egemenlik teorileri bağlamında yeni bir bakış açısı getirmeyi amaçlamaktadır. Anayasacılık, iktidarın sınırlandırılmasını amaçlayan bir anlayışa dayanmaktadır. Ancak bu sınırlandırma devletin kendi içinde olmalıdır. Anayasacılık, dışarıdan bir müdahaleyle gelen sınırlandırmayı içermemektedir. İlk olarak egemenliğin kaynağını tanıdıra gören teokratik egemenlik teorileri, hiçbir şekilde anayasacılıkla bağdaşmamaktadır. Aslında egemenliğin kaynağı ne kadar geniş bir tabana yayılırsa egemenliği kullanan iktidar da o kadar çok sınırlandırılır. Bu bakımdan anayasacılık, geçmiş ve geleceği de kapsayan millet kavramına dayanan millî egemenlik teorisiyle sıkı bir ilişki içindedir. Millî egemenlik teorisine göre egemenliğin kaynağı ile onu kullanan iktidar birbirinden oldukça uzaklaşmakta ve anayasacılığın amacı olan iktidarın sınırlandırılması düşüncesi sağlıklı bir şekilde ortaya konulmaktadır. Günümüz demokrasilerinde anayasacılığın amacı, halkın çoğunluğunun iktidarını sınırlandırmak ve bireylerin haklarını çoğunluğa karşı güvenceye almak şeklinde okunabilir. Bu bakımdan somut bireylerin toplamından oluşan halka dayanan ve halkın çoğunluğunun genel iradesini en üstün sayan halk egemenliği teorisi, anayasacılık düşüncesiyle bağdaşmamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Anayasacılık, Egemenlik teorileri, Millî egemenlik, Halk egemenliği, İktidarın sınırlandırılması

Constitutionalism in the Context of Popular Sovereignty and National Sovereignty Theories

Abstract

This article aims to bring a new perspective to constitutionalism in the context of sovereignty theories. Constitutionalism is based on an idea that aims to limit power; however, this limitation must be within the state as constitutionalism does not include external limitations. The theory of theocratic sovereignty, which posits that the source of sovereignty comes from God, is incompatible with constitutionalism. Indeed, the more widely the source of sovereignty is, the more restricted power is. In this respect, constitutionalism is closely related to the theory of national sovereignty, which is based on the concept of nation as including the past and future. According to the theory of national sovereignty, power is far from the source of sovereignty; thus, the idea of limiting power, which is the aim of constitutionalism, is realized in a healthy way. The aim of constitutionalism can be considered as limiting the power of the majority and securing the rights of individuals against it. In this respect, the theory of popular sovereignty, which is based on the people and regards the general will of the majority as supreme, is incompatible with the idea of constitutionalism.

Keywords

Constitutionalism, Sovereignty theories, National sovereignty, Popular sovereignty, Limitation of the power

* **Sorumlu Yazar:** Sabahattin Nal (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-Posta: senal79@hotmail.com ORCID: 0000-0002-2260-6746

** Furkan Çirkin (Arş. Gör.), Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-Posta: cirkinfurkan@gmail.com ORCID: 0000-0003-3293-9525

Atıf: Nal S, Çirkin F, "Halk Egemenliği ve Millî Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 599. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0099>



Extended Summary

State is defined as a community of people who have sovereignty within a specified territory; hence, elements of state are a community of people, a specified territory, and sovereignty. According to this definition, the existence of the state dates back to ancient times. The first states emerged a long time ago and had elements similar to those of modern state, such as a community of people, a specified territory, and sovereignty. However, these states did not have a constitution as we now understand it. Although most discussions are not in terms of territory and population but in terms of sovereignty, and considering that the concept of sovereignty emerged together with that of the modern state, some only view the state as the modern state. However, it is clear that some states in the past had sovereignty over a territory and a community of people, and this element of sovereignty was generally theocratic in origin. On the other hand, when its source shifted from theocracy to democracy, constitutionalism began to emerge.

Constitutionalism aims not only to regulate any state organization but also to create a state that limits the power and guarantees the freedom of individuals. We believe that theories of democratic sovereignty—and especially the theory of national sovereignty—also constitute the basis of constitutionalism; therefore, this study aims to bring a new perspective to constitutionalism in the context of sovereignty theories.

Although the elements of community and specified territory are basic material conditions of the state, the main factor that ensures its existence must be sovereignty because the power of the state over the territory and the community is related to it. Some theories have been proposed to explain sovereignty and its origin. States and their constitutions are shaped according to the theory of sovereignty that they are based on or adopt. Contemporary democratic states are based on popular sovereignty or national sovereignty.

A state uses its sovereignty equally with and independently from other states externally; nevertheless, it uses its sovereignty having absolute and permanent power against its own people internally. As a matter of fact, the word “sovereignty” is derived from the Latin *superannus*, meaning supreme; in short, it means supreme power.

There are different theories about the origin of sovereignty. First, theocratic theories had emerged and dominated for a long time. Later, with the development of democratic thought, the origin of sovereignty ceased to be God and began to be found in the people/nation. Nowadays, democratic theories have been adopted by most contemporary states. In the theory of popular sovereignty, it is claimed that sovereignty belongs to the people and that the people are the sum of the individuals living in that state. On the other hand, in the theory of national sovereignty, it is claimed that sovereignty belongs to the nation, which is an abstract personality

separate from the sum of the individuals living in that state. Thus, the concept of nation includes not only the present but also the past and the future; in this respect, it is necessary to limit even the majority of the people within the understanding of the theory of national sovereignty.

Constitutionalism is the antithesis of arbitrary power, although it does not include external limitation. Therefore, limitation that undermines the sovereignty of the state is incompatible with constitutionalism. In our opinion, the wider the source of sovereignty, the more limited the power; for instance, as the idea of human rights is based on very wide framework, the ideas of human rights and international courts of human rights significantly limit power. However, it cannot be considered the source of sovereignty, and it undermines the sovereignty of the state. In contrast, constitutionalism claims that power must be limited within the state itself. In this respect, the theory of national sovereignty stands out as the state limits its own power within itself.

Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen states that “[a]ny society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no constitution.” In this respect, the limitation of the power, which is the aim of constitutionalism, can only be achieved with the separation of powers, and the guarantee of rights is possible with a superior constitution and a functional constitutional court. Then, these features of constitutionalism are closely related to the theory of national sovereignty. Moreover, constitutionalism aims to limit the power of the majority and aims to protect individuals against it. As a result, by seeking to provide a limited power within the state, constitutionalism is closely related to the theory of national sovereignty, which bases the source of sovereignty on the widest framework within the state itself.

Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık

Giriş

Devletin temel unsurlarından biri egemenliktir. Hatta belirli bir toprak parçası ve insan topluluğu unsurları maddi temel şartlar olmakla beraber devletin var olmasını sağlayan asıl önemli unsur egemenliktir. Devletin toprak parçası ve insan topluluğu üzerindeki gücü egemenlikle ilişkilidir. Bir devlet egemenliğini dışta diğer devletlerle eşit ve diğer devletlerden bağımsız olarak içte ise kendi halkına karşı mutlak ve sürekli bir biçimde kullanır. Egemenliğin kaynağı konusunda farklı teoriler bulunmaktadır. İlk olarak teokratik egemenlik teorileri ortaya atılmıştır. Daha sonra ise demokratik düşüncenin gelişmesiyle birlikte egemenliğin kaynağı tanrıdan ziyade halka/millete dayandırılmaya başlanmıştır. Günümüz çağdaş demokratik devletleri, demokratik egemenlik teorileri olan halk egemenliğine ya da milli egemenliğe dayanmaktadır. Bu çalışma, anayasacılığa egemenlik teorileri bağlamında yeni bir bakış açısı getirmeyi amaçlamaktadır. Kanaatimizce egemenliğin kaynağı ne kadar geniş bir tabana yayılırsa egemenliği kullanan iktidar da o kadar sınırlı olacaktır.

Anayasacılık, sadece herhangi bir devlet teşkilatlanmasını düzenlemeyi değil aynı zamanda iktidarı sınırlandıran ve bireylerin özgürlüklerini güvence altına alan bir devlet teşkilatlanmasını amaçlamaktadır. Bu makalede ele alınan konu, liberal anayasacılık olarak da adlandırılan sınırlı iktidarı amaçlayan düşüncedir. Ancak bu anayasacılık düşüncesi, devletin egemenliğini zedeleyen ve dışarıdan bir müdahaleyle gelen sınırlandırmayı içermemektedir. Anayasacılık, devletin bir egemenliğe sahip olduğunu ve fakat egemenliği kullanan iktidarın devletin kendi içinde sınırlandırılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Hatta anayasacılık, halkın çoğunluğun iradesini de sınırlandırmak istemektedir. Zira anayasacılık, kuvvetler ayrılığıyla dengelenmiş sınırlı bir iktidar ve çoğunluk karşısında azınlığın haklarını güvence altına alan bir sistem amaçlamaktadır. Bu bakımdan devletin iktidarını kendi isteğiyle sınırlandırması yani otolimitasyon bakımından milli egemenlik teorisi ön plana çıkmaktadır. Anayasacılığın amacı olan iktidarı sınırlandırmak ve bireylerin özgürlüklerini güvence altına almak fikri, milli egemenlik teorisine uyumludur ve kanaatimizce milli egemenlik teorisinden kaynaklanmaktadır.

I. Devlet, Anayasacılık ve Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik

A. Devlet ve Anayasacılık

Devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde egemenlik kurmuş olan belirli bir insan topluluğunun oluşturduğu varlıktır.¹ Geleneksel genel devlet teorisi tanımından hareketle devletin temel unsurları toprak, insan ve egemenlik

¹ Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi* (10. Bası, Ekin Yayınevi 2020) 4.

başlıkları altında incelenebilir.² Bu unsurları barındıran devletler, tarihsel olarak çok eskilere dayanmaktadır. Ancak yaygın görüşe göre ilk anayasa 1787 Amerika Birleşik Devletleri anayasasıdır.³ Tabii ki tarihteki birçok devletin kendince siyasi sistemi bulunmaktadır. Ancak bu sistemler, iktidarı sınırlandırmak amacıyla teşkilatlandırılmadığından anayasacılıkla ilişkilendirilemez.⁴

1. Toprak, İnsan ve Egemenlik Unsurları

Devlet olarak adlandırılan siyasi iktidar, sürekli kontrolü altında olan bir toprak parçasına sahip olmalıdır.⁵ Başka bir ifadeyle devlet, bir toprak parçasına sahip olmalıdır ve bu toprak parçasının sınırlarının belirli olması gerekmektedir. Dolayısıyla sınırları belirli bir toprak parçası üzerinde yerleşmemiş olan insanlar devleti meydana getiremezler.⁶ İkinci olarak devlet, kalıcı veya istikrarlı bir insan topluluğuna (*a permanent or stable population*) sahip olmalıdır.⁷ Tabii ki bu insanların sayısı on binlerle de yüz milyonlarla da ifade edilebilir.⁸ Önemli olan bir ülke üzerinde belirli sayıda insanın egemen olmasıdır.⁹ Yani bir devletten bahsedebilmemiz için sınırları belirli bir toprak parçası ve belirli bir insan topluluğu gerekmektedir. Bu insan topluluğu ise o toprak parçası üzerinde egemen olmalıdır. Toprak ve insan unsuru için devletin maddi unsurları diyebiliriz.¹⁰ Ancak devletin var olabilmesi için bu iki unsur yeterli değildir. Ayrıca bunlara ek olarak egemenlik unsuru da gereklidir.¹¹ Hatta devletin temel unsurlarından en önemlisi ve en ayırt edicisi, egemenliktir. Zira devleti, bütün diğer insan topluluklarından ayıran en önemli özellik, egemenliktir.¹²

² Bob Jessop, 'The State: Past, Present, Future' (2016) 7 *Journal of Ritsumeikan Social Sciences and Humanities* 73, 74 <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/re/k-rsc/hss/book/pdf/vol07_08.pdf> Erişim Tarihi 20.12.2020.

³ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar* (15. Bası, Legal Yayınevi 2020) 2.

⁴ Giovanni Sartori, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion' (1962) 56 (4) *The American Political Science Review* 853, 860; "Sınırlı devlet fikri/anayasacılık, keyfi kararlara dayanan yönetimin karşıtı olarak kendisini belli eder. Anayasacılık, keyfi yönetimin antitezidir." Adil Şahin, 'Siyasal Düşünceler Tarihinde 'Sınırlı Devlet' Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme' (2011) 15 (3) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 311, 311; "Bazı yazarlar anayasacılığın köklerini çok daha eski tarihlere götürmektedir. Bu çerçevede anayasa teriminin Aristoteles'in politeia kavramından türediği söylenmektedir." Kaboğlu (n 3) 7; Mete Tunçay, Aristoteles'in Politika kitabında politeia kavramını anayasa olarak çevirmiş ve kullanmıştır. Bkz. Aristoteles, *Politika* (Mete Tunçay çev, 22. Bası, Remzi Kitabevi 2020).

⁵ Selçuk Özçelik, *Anayasa Hukuku 1: Umumi Esaslar* (Beta Yayınevi 1984) 19; Gözler, *Devlet Teorisi* (n 1) 4; Jessop (n 2) 74.

⁶ "Göçebe kavimler devlet kuramamışlardır." Özçelik, (n 5) 20.

⁷ Jessop, (n 2) 74.

⁸ "İnsanlar olmaksızın bir devletin kurulması mümkün değildir. Ancak insan topluluğunun büyüklüğünün bir önemi yoktur. Bir tarafa on-onbeş bin nüfuslu Andorra, Saint-Marin, Kiribatu, Nauru Tuvalu gibi küçük devletler, diğer tarafa nüfusu yüz milyonlarla ifade edilen Çin, Hindistan, Amerika Birleşik Devletleri, Rusya gibi devletler de vardır." Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, (29. Bası, Ekin Yayınevi 2020), 34.

⁹ ibid.

¹⁰ "Devletin meydana gelmesini hazırlayıcı mahiyetteki iki maddi unsur insan ve toprak unsurudur." Özçelik (n 5) 31.

¹¹ ibid, 57.

¹² Murat Sarıca, *100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi* (Milenyum Yayınları 2017) 95.

2. Devleti ‘Devlet’ Yapan En Önemli Unsur: Egemenlik

Yukarıda da belirtildiği gibi belirli bir toprak parçası ve belirli bir insan topluluğu devleti oluşturmaya yetmemektedir. Burada kilit nokta olarak karşımıza egemenlik çıkmaktadır. Bir insan topluluğu belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olamıyorsa orada bir devletin varlığından söz edemeyiz.¹³ Dolayısıyla devletin temel üç unsurundan biri hatta devleti devlet yapan en önemli unsur egemenliktir.¹⁴ Örneğin İbni Haldun’a göre devlet, bir toplumun diğer bir toplum üzerinde egemenlik kurmasıyla ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Zaten tarihsel süreçte de ilk devletlerin ortaya çıkış anı ile egemenliğin belirgin hâl alması aynı zaman dilimine denk gelmektedir. Devlet, ya göçebe toplulukların çiftçi topluluklar üzerinde egemenlik kurmasıyla artı aktarımı sömüren uygarlık olarak ya da büyük sulama tarımına geçişle birlikte merkezi bir egemenliğin ortaya çıkmasıyla hidrolik uygarlık (*hydraulic civilization*) olarak kurulmaktadır.¹⁶ Sonuç olarak devletin ortaya çıkışı, egemenlikle olmaktadır.¹⁷

3. Anayasacılığın Amacı: Devlet İktidarının Sınırlandırılması

Anayasacılık, keyfi yönetimin antitezi olarak sınırlı iktidarın sağlanması ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması amacıyla hiyerarşik olarak en

¹³ Gözler, *Anayasa Hukuku* (n 8) 34; “Diğer yandan mademki egemenlik devletin kurucu ve olmazsa olmaz şartıdır; böyleyse devlet ancak egemenliğini koruduğu sürece hukuken vardır. Bu bağlamda, eğer devlet, zorlayıcılığını kaybetmişse veya tekel güç olmaktan çıkmışsa, sözünü geçirebilme gereksinimleri baş göstermişse artık devletin varlığından söz edilemeyecektir. Aynı şekilde egemenliğin kaybı ya da egemenliğin başka bir devlete ya da uluslararası kuruluş ya da oluşuma bütünüyle devri devletin yine hukuken varlığını yitirmesiyle sonuçlanır.” Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkelere, Kavram ve Kurumlar*, (3. Bası, Seçkin Yayınevi 2020) 243.

¹⁴ “Geniş anlamıyla devlet yönetim aygıtından, ulustan ve ülkeden oluşur. Ancak devletin her şeyden önce bir yönetim aygıtı olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Ulus da ülke de eninde sonunda devletin buyurma yetkisini kullanabileceği alanı sınırlayan öğelerdir. Görüldüğü gibi önemli olan bu buyurma yetkisidir. Buna egemenlik adı verilir.” Cem Eroğul, *Anatüze Giriş: “Anayasa Hukuku”na Giriş* (7. Bası, İmaj Yayıncılık 2004) 6; “Devletin temel unsuru olan egemenliği, kavramsal olarak modern anlamda kullanan ilk düşünür Bodin’dir. Bodin’den daha sonra da egemenlik kavramını tanımlamaya yönelik birçok düşünce ortaya atılmıştır.” Abdurrahman Saygılı, ‘Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış’ (2014) 63 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 185, 185.

¹⁵ İbni Haldun, *Mukaddime Cilt I* (Turan Dursun çev, Onur Yayınları 1977) 142; Aynı şekilde Oppenheimer da insan topluluklarının birbiri üzerinde egemenlik kurmalarıyla devletin ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Oppenheimer’a göre devlet; zafer kazanmış bir insan grubunun yendikleri üzerindeki egemenliğini bir düzene bağlamak ve kendini içten gelecek ayaklanmalarla dıştan gelecek saldırılara karşı güvenceye almak amacıyla yendiği gruba zorla kabul ettirdiği bir toplumsal kurumdur. Franz Oppenheimer, *Devlet* (Alaeddin Şenel, Yavuz Sabuncu çevr, Phoneix Yayınevi 2005) 38; Albert Jay Nock da devletin kökenini fetih ve el koyma yani zapt ve müsadere olarak açıklamaktadır. Nock’a göre ilk yağmacı insan grubunun bir araya gelmesiyle devlet ortaya çıkmıştır. Albert Jay Nock, ‘Kriminal Bir Örgüt Olarak Devlet’ Mustafa Erdoğan (çev) (2021) <<https://www.sosyalbilimler.org/wp-content/uploads/2021/02/Albert-Jay-Nock-Kriminal-Bir-Orkut-Olarak-Devlet.pdf>> Erişim Tarihi 12.02.2021.

¹⁶ Gözler, *Devlet Teorisi* (n 1) 41; Alaeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş* (7. Bası, Bilim ve Sanat Yayınları 2019) 41 vd.; Karl W. Butzer, *Early Hydraulic Civilization in Egypt: A Study in Cultural Ecology* (Chicago Press 1976) 19 vd <oi.uchicago.edu> Erişim Tarihi 01.01.2021.

¹⁷ Bununla birlikte modern anlamda egemenlik kavramını ilk kez kullanan Jean Bodin, modern devletle egemenliği özdeşleştirmektedir. İçte feodal senyörlere ve dışta da papalığa karşı gücünü ispat eden krallık, mutlak monarşisini hukuki anlamda egemenlik kavramıyla bir temele oturtmaktadır. Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, (BB101 Yayınları 2019) 65.

üstün olan, zor değiştirilen, katı bir anayasanın yapılmasını isteyen akımdır.¹⁸ Fakat buradaki en önemli husus, anayasacılığın güçlü bir ulus devlet anlayışıyla sıkı bir bağ içinde oluşudur. Öyle ki anayasacılık, bir ulus devlet içinde kendi devlet iktidarını sınırlandırmayı ve yine kendi iç hukukunda üstün bir anayasaya dayanan temel hak ve hürriyetleri koruma altına almayı amaçlamaktadır. Bu sınırlama, uluslararası hukuk veya insan hakları sözleşmelerinden değil ulus devletin kendisinden yani anayasadan kaynaklanmaktadır.¹⁹ Bu bakımdan anayasanın devletteki ana rolü, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak için otolimitasyon ile iktidarı sınırlandırmaktır.²⁰ Ancak anayasanın devletteki rolü nedir sorusuna tam bir cevap verebilebilmesi için öncelikle anayasanın ne olduğu sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.²¹ Anayasa, maddi anlamda devletin temel organlarının kuruluş ve işleyişini belirleyen, şekli anlamda da hiyerarşik olarak en üstün olan ve zor değiştirilebilen hukuk kuralları bütünü olarak tanımlanabilir.²² Ancak bu tanım salt pozitivist bir tanımdır. Oysa anayasacılık, özgür toplumun herhangi bir şekilde köleşmesini engellemeyi ve uygun bir anayasal düzenleme ile özgürlüğü kurumsallaştırmayı amaçlamaktadır.²³

¹⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 1* (Ekin Yayınevi 2011) 133; “Bir hareket olarak anayasacılık, polisi, ordusu, savaşları ve bunların sonucu kendini gerçekleştirme ve kendini ifade etme özgürlüğü üzerine getirdiği baskıcı sınırlamaları ile monarşik mutlakiyetçiliğe karşı yönelmiştir.” Carl J. Friedrich, *Sınırlı Devlet* (Mehmet Turhan çev, Gündoğan Yayınları 1999) 17; “Anayasacılık, genel olarak keyfî yönetimi önleme çabalarını ifade etmektedir.” *Britannica Dictionary*, <https://www.britannica.com/topic/constitutionalism> Erişim Tarihi 19.01.2021; “Anayasacılık, keyfî yönetimin antitezidir.” Şahin (n 4) 311; “Yaygın olan anayasacılık teriminin iktidarı sınırlandırmak anlamında kullanılmasıdır.” Erdoğan Keskin, *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi: Gelişimi ve Temel Unsurları* (Adalet Yayınevi 2020) 28; “Anayasacılık: Anayasal yönetimi, yani sınırlı ve vatandaşların hak ve özgürlüklerine öncelik veren bir anayasaya dayalı idare biçimini savunmak.” Atilla Yayla, *Siyasi Düşünce Sözlüğü* (2. Bası, Adres Yayınları 2003) 23.

¹⁹ T. Alexander Aleinikoff, ‘Sovereignty Studies in Constitutional Law: A Comment’ (2000) 17 (2) *Constitutional Commentary* 197, 197 <<https://core.ac.uk/download/pdf/217203098.pdf>> Erişim Tarihi 01.01.2021; “Çağımızın önde gelen anayasa teorisyenlerinden Jon Elster, “Ulysses and Sirens” adlı eserinde, egemen toplumların ya da egemen kurucu meclislerin neden kendilerini bağlamak üzere bir anayasa yaptıklarını, Yunan mitolojisinde “Ulysses” efsanesi benzetmesiyle açıklamaya çalışmıştır. Bilindiği gibi, Ulysses, sirenlerin büyüleyici şarkılarının etkisiyle yoldan çıkmamak için kendisini, geminin direğine bağlamış, kürekçilerinin kulaklarına da balmumu tıkamıştır. İşte anayasalar, politik iktidarı ellerinde tutan yöneticileri yoldan çıkmalarını önleyecek direklerdir.” Aylin Kılıç Cepdibi, ‘İrade ve Egemenliğin Politik Alana Yansımalarının Tiranik Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme’ in Saim Üye, Nadire Özdemir, Zeynep İspir, Funda Kaya, Elif Çağla Yıldız (edr) *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 28. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları 2019) 68; “Anayasanın kilit rolü, kendi kendini düşüncesiz tepkilerden ve ani hareketlerden korumak için sınırlandırmaktır.” Jon Elster, ‘Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process’ (1995) 45 (2) *Duke Law Journal* 364, 382 <<https://core.ac.uk/download/pdf/190850377.pdf>> Erişim Tarihi 02.01.2021; “Senatör John Potter Stockton’un dikkat çektiği üzere ‘anayasalar, insanların çıldırmış oldukları zamanlarda intihar ederek ölmemeleri için akılları başlarındaiken kendilerini bağladıkları zincirlerdir’. Biz, anayasal kurullarla gelecekte yoldan çıkma ihtimalimize karşı kendimizi bağlarız.” John E. Finn, *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law* (Oxford University Press 1991) 5.

²⁰ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (13. Bası, Siyasal Kitabevi 2017) 4; Paine de bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin garanti altına alındığı yasalar tarafından yönetilmeyen ülkelerde uygulamada monarşi ya da mutlakiyetin devam ettiğini söylemektedir. “Seçimle işbaşına gelme sistemi de, eğer sonunda iş başına gelen sınırsız yetki kullanacaksa, doğal hakları ihlal edecekse, fiiliyatta monarşidir, mutlakiyettir.” Thomas Paine, *İnsan Hakları* (Mehmet Osman Dostel çev, İletişim Yayınları 2017) 20.

²¹ Sartori (n 4) 857.

²² Hatta Gözler, şekli kriteri doğru sayarak anayasanın tanımını şekli tanıma daha uygun bulmaktadır. Gözler’e göre içeriği çok farklı konulardan da oluşa şekli kriterleri sağlayan düzenleme anayasa düzenlemesidir. Bkz. Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 106.

²³ Friedrich (n 18) 19.

Dolayısıyla anayasacılığın asıl amacının iktidarı sınırlandırmak olduğu göz önünde bulundurulursa anayasa, iktidarı sınırlandırmak amaçlı devlet siyasal teşkilatlanmasını düzenlemelidir.²⁴

Anayasa, devlet iktidarını farklı organlara bölüştürmek suretiyle karşılıklı bir denge sistemi kurarak iktidarı sınırlandırmaktadır. Burada da iktidarı sınırlandırmayı amaçlayan kuvvetler ayrılığı teorisi karşımıza çıkmaktadır.²⁵ Yine anayasa, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini koruma altına alarak iktidarı sınırlandırmaktadır. Sonuç olarak anayasanın devletteki rolü, maddi anlamda devlet iktidarını sınırlandırmak ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almaktır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesinde “hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığına dayanmayan hiçbir toplumda Anayasa yoktur”²⁶ ifadesi yer almaktadır. Bu amaçların gerçekleşebilmesi için anayasanın şekli anlamda da hiyerarşide en üstte ve zor değiştirilebilir olması gerekmektedir.²⁷

İktidarın sınırlandırılması temel olarak kuvvetler ayrılığı ile sağlanabilir. Burada doğrudan aklımıza egemenliği bir bütün olarak gören halk egemenliği teorisi gelmektedir. Halk egemenliği teorisine göre egemenlik bölünüp farklı organlara verilemez.²⁸ Bireylerin temel hak ve hürriyetleri anayasa ile güvence altına alınmak istenmektedir. Buna göre çoğunluk iradesine dayanarak yasa koyucu organ tarafından çıkarılmış olsa bile bireylerin temel hak ve hürriyetlerini zedeleyici kanunların anayasaya aykırılığını denetleyen anayasal bir denetim organı gereklidir. Ancak bu da halk egemenliği teorisiyle bağdaşmamaktadır.²⁹ Sonuç olarak anayasacılık ile halk egemenliği teorisi uyumlu değildir diyebiliriz. Kanaatimizce anayasacılığın amacı bir

²⁴ “Anayasa, keyfi iktidarı sınırlandırmak amaçlıdır.” Sartori (n 4) 857; “Bir anayasanın felsefi temeli ne olursa olsun, anayasa yapmanın önemli politik amacının özgürlük olduğunu söylemek gerekir.” Friedrich (n 18) 17; Buna karşılık keyfi iktidarı sınırlandırmak amacıyla yapılmayan anayasalar da mevcuttur. Bir tarafta Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesinde belirtilen özellikleri taşımayan metinleri anayasa saymayan düşünceler varken diğer tarafta bu metinleri bir anayasa sayan düşünceler mevcuttur. Bu ikinci düşünceler ise bir devlette anayasa adı altında herhangi bir metnin olması durumunda o devleti anayasalı devlet olarak tanımlamakta ama anayasal devlet olarak görmemektedir. Dolayısıyla yaygın olan kullanıma göre anayasacılık, anayasanın keyfi iktidarı sınırlandıran bir metin olmasından bahisle, iktidarı sınırlandırmayı amaçlayan düşünceye denilmektedir. Buna karşılık anayasayı içeriğine bakmadan salt şekli anlamda düşünürsek anayasacılık bir devletin kendi anayasasına bağlılığı şeklinde anlaşılabilir. O devlet anayasal bir devlet olmasa bile... Ergun Özbudun’a göre anayasacılık, bir devletin kendi anayasasına uygun olarak hareket etmesi anlamına gelmektedir. Özbudun, bu çalışmada da iktidarı sınırlandırmak anlamında kullanılan anayasacılık kavramı yerine anayasacılık kavramını önermektedir. Özbudun’a göre iktidarı sınırlandırmayı amaçlayan düşünce akımı anayasacılıktır. Bkz. Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi* (2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 3; İktidarı sınırlandırmak ve bireylerin haklarını güvence altına almak amacıyla yapılmayan anayasa metinlerini de anayasa olarak kabul eden görüşler, anayasacılığı devletin kendi anayasasına bağlılık ya da devletin ana teşkilatlanmasını içeren anayasalar yapmak şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bakımdan anayasacılık, genel anlamda iktidarı sınırlandırmayı amaçlamak şeklinde değil de liberal, sosyalist ve İslami anayasacılık başlıkları altında incelenmektedir. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2020) 97 vd.

²⁵ Mehmet Turhan, ‘Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı’ in Hayrettin Ökçesiz (ed) *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 2. Kitap* (Afa Yayıncılık 1995) 107.

²⁶ *Declaration of Human and Civic Rights*, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/_as/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf Erişim tarihi 29.10.2020.

²⁷ “Yazılı, katı ve zor değiştirilebilir somut bir anayasası olmayan İngiltere için anayasasız anayasacılık tabiri kullanılmaktadır.” Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 135.

²⁸ ibid 446.

²⁹ ibid 447.

bakıma halkın iradesini ya da diğer bir deyişle çoğunluğun iradesini anayasa denen üstün bir yazılı metinle sınırlandırmaktır. Bu nedenle de anayasacılık halk egemenliği teorisiyle çatışmaktadır.

B. Egemenlik Kavramı

Egemenlik, sözlükte “milletin ve onun tüzel kişiliği olan devletin yetkilerinin hepsi” anlamına gelmektedir.³⁰ Yine egemenlik, farklı şekillerde “bir devletin sahip olduğu tüm insan gücünün birliği ve uygulaması” ya da “bir devletin kendi toprak parçasını üzerinde hesap vermesi gerekmeden istediği her şeyi bir yapabilme gücü” olarak tanımlanabilir.³¹ Özetle egemenliği, bir devletin en üstün ve mutlak gücü olarak ifade edebiliriz. Aslında egemenlik temel referansı siyasi olan bir kavramdır.³² Egemenlik kavramını kullanan ve tanımlayan kişiler de genellikle siyasi bir açıklama getirmeye çalışmışlardır.³³

Egemenlik kavramını modern anlamda ilk kez kullanan Jean Bodin, egemenliği üç temel özelliklerle ifade etmektedir. Bodin’e göre egemenlik; mutlak, sürekli ve devredilemezdir.³⁴ Bu çalışmanın temel konusu olan anayasacılık, iktidarı sınırlandırmayı amaçladığı için ilk defa egemenliği modern anlamda kullanan Bodin’in egemenliğin kullanımını aslında sınırlı bir şey olarak gördüğüne de değinmek yerinde olacaktır. Bodin’e göre egemenliği kullanan tanrı buyruğunun ve

³⁰ TDK Sözlük “Egemenlik”, www.sozluk.gov.tr. Erişim tarihi 10.11.2020.

³¹ Law Dictionary “Sovereignty”, www.dictionary.thelaw.com Erişim tarihi 10.11.2020.

³² Raia Prokhorovnik, ‘Internal/ External: The State of Sovereignty’ (1996) 2 (3) *Contemporary Politics* 7, 7 <https://doi.org/10.1080/13569779608454737> Erişim Tarihi 20.12.2020.

³³ Ortaçağ boyunca tartışılmayan egemenlik kavramı, ticaretin artması ve burjuvazinin gelişmesiyle birlikte tartışılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla egemenlik kavramı ve egemenlik teorisi modern çağla birlikte ortaya çıkmıştır. Zira önceleri iktidar yetkisi doğal olarak kralda, monarkta ya da tanrı adına yöneten dini kurumlarda, kilisedeydi. Daha sonraları parasal anlamda güçlenen burjuvazi, yönetimde yer almak istedi ve bu talebi reddedilince de egemen kimdir, egemenlik kimdedir tartışmaları ortaya çıkmaya başladı. Rıza Arslan, *Siyaset Bilimine Giriş: Kavramlar* (Dora Yayınevi, 2016) 68.

³⁴ Saygılı (n 14) 186; “Bodin, egemenliğe bazı özellikler atfetmektedir. Bu özellikler; egemenliğin mutlak, sınırsız, sürekli, tek, bölünemez ve devredilemez oluşudur. Bodin’e göre; egemenlik, siyasi topluluğu birleştiren ve bir arada tutan güçtür. Egemenlik olmazsa siyasi topluluk parçalanır.” Cemil Meriç, *Umrandan Uygarlığa* (28. Bası, İletişim Yayınları 2015) 189; “Egemenliği kavramsal olarak modern anlamda ilk kullanan isim Bodin olmakla birlikte bu kavramın doğmasından önceki düşünsel altyapıyı, orta çağın ahlak ve dini yerine politikayı benimseyen yeni bir sistemi savunan Machiavelli ortaya koymuştur.” Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (7. Bası, On İki Levha 2020) 181.

doğal hukukun altındadır dolayısıyla bunlara uygun olarak davranmak zorundadır.³⁵ Fakat bir diğer taraftan Bodin, egemenlik kavramını getirerek devletin başındaki kişiyi güçlendirmektedir.³⁶ Hatta Bodin'in egemenlik kavramı, temelde milli egemenlik adını alarak günümüzde halkın çoğunluğunun ya da salt anlamıyla demokrasiyi sınırlandıran bir miras olarak kalmıştır.³⁷

Bodin, egemenliği iki şekilde anlamaktadır. İlk anlamına göre egemenlik, soyut bir kavram olarak en üstün ve mutlak emretme gücüdür. İkinci anlamına göre ise siyasi iktidar olarak bu üstün gücün somutlaşmış görünümüdür. Bu bakımdan aslında egemenlik ile siyasi iktidar aynı kavramın farklı görünümleridir.³⁸ Anayasacılığın temel amacı iktidarı sınırlandırmak olduğuna göre soyut anlamda egemenlik ile somut anlamda siyasi iktidar birbirinden ne kadar çok ayrışırsa sınırlandırma amacı o kadar çok gerçekleşecektir. Örneğin tanrı-kral düşüncesi üzerine kurulu bir monarşide soyut anlamda egemen de somut anlamda siyasi iktidar da aynı kişidir, kraldır. Bu durumda kralın sınırsız yetkili olduğu görülecektir. Aynı şekilde küçük çaplı bir site devlette doğrudan demokrasinin işlediğini düşünelim. Bu durumda da soyut olarak egemen olan genel irade ile somut olarak orada bulunan vatandaşların çoğunluğu yani siyasi iktidar aynı olacaktır. Dolayısıyla iktidarın sınırlandırılması düşüncesi burada da karşımıza çıkmayacaktır. Ancak milli egemenlik teorisine dayanan devlet modelinde soyut olarak egemen olan millet ve somut olarak siyasi iktidar birbirinden oldukça

³⁵ Sarca, *Siyasi Düşünce* (n 12) 96; "Egemenin yasama yetkisinin mutlak olduğunu fakat bu yetkisini kullanırken ilahi ve doğal yasalar ile sınırlandığını belirten Bodin, bir çelişki gibi görünen bu yaklaşımını ilahi ve doğal yasaların her durumda adalet ilkesini içerdiğini varsayarak açıklamaktadır. Bodin'e göre prensin mutlak egemenliğinin sınırı ilahi ve doğal yasalardır, prens bunlarla bağlıdır." Serkan Ekiz, 'Jean Bodin'in Siyaset Felsefesinde Devlet ve Egemenlik' (2020) 22 (2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 633, 663; "Bodin egemen iradenin en üstün otorite olduğunu düşünür. Bu iradeyi sınırlayacak hiçbir güç yoktur. Şüphesiz ki tanrı devletten daha üstündür. Ancak tanrı adına kralları denetleme yetkisini kendinde göre kiliseden farklı olarak somut bir sınırı ifade etmez bu tanrı inancı." Armağan Öztürk, 'Egemenliğin Cumhuriyetçi Yapı Sökümü: Machiavelli, Rousseau ve Ulus Devlet' (2020) (58) *Muhafazakar Düşünce* 85, 87. Günümüzde de egemenlik, klasik egemenlik anlayışından farklı olarak sınırlı bir egemenlik olarak anlaşılmaktadır. Tabi ki bu sınırlı oluş Bodin'in ifade ettiği doğal hukuk ve tanrı buyruğundan kaynaklı bir sınırlılıktan farklıdır. Modern devletin gelişimi çizgisinde anayasacılığın amacının gerçekleşmesi ve siyasi iktidarın sınırlandırılmış olmasının yanı sıra uluslararası insan haklarının gelişmesi de klasik egemenlik anlayışında esaslı bir değişim meydana getirmiştir. Hatice Derya Ormanoğlu, 'Modern Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik ve Uluslararası Ceza Mahkemesi' (2018) 9 (4) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 245, 255; Örneğin; Avrupa Birliği gibi ulusalüstü topluluklar, devletlerin kendi egemenlik alanlarına da müdahale edebilmektedir. Özellikle insan hakları mahkemeleri, klasik egemenlik anlayışının değişimine en çarpıcı örnektir. "Egemenliklerini, belli alanlarda ulusalüstü olarak kabul edilen bir örgütlenmeye devreden üye devletler, bu belirlenmiş alanlar içinde kalmak koşuluyla, Topluluğun bir takım işlem ve kuraları ile karşı karşıya kalmaktadır." Bülent Yücel, 'Westphalia Anlaşmasından Nice Anlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği' (2006) 10 (1-2) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 165, 182.

³⁶ Bodin, zamanının kademelendirilmiş feodal iktidar anlayışının aksine tüm yetkilerin kaynağını devletin başındaki kişiye veren bir teori geliştirmiştir. Feodal iktidar merkezlerinin kralın üstün iktidarına tabi kılınması, ulus devletin doğuşunun habercisidir. Levent Korkut, 'Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramsallaştırmaları' (2015) 2 (1) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, 34.

³⁷ Sarca, *Siyasi Düşünce* (n 12) 97.

³⁸ Anayurt (n 13) 243; "Jean Bodin, aslında monarşi savunucu biri olduğu için egemenlik kavramını da en üstün ve mutlak bir monark gücüyle özdeşleştirmek için ortaya atmıştır. Bodin'e göre aristokrasi ve demokrasinin harmanlandığı Aristotelesçi karma yönetim düşüncesi aynı anda hem zenginlerin fakirler üzerinde hem de fakirlerin zenginler üzerinde egemenlik kurmasıdır ki bunun da sürdürülebilir olması mümkün değildir. Dolayısıyla doğası gereği bunlardan birinin diğerine hâkim olmasıyla ya baskıcı bir oligarşi ya da çoğunluğun tiranlığı ortaya çıkacaktır. Sonuçta Bodin üstün ve mutlak güce sahip tek bir monarğin zengin-fakir çatışmasını sınırlayabileceğini düşünüyordu." Edward Andrew, 'Jean Bodin on Sovereignty' (2011) 2 (2) *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics and the Art* 75, 82 <https://arcade.stanford.edu/sites/default/files/article_pdfs/roflv02i02_Andrew_060111_0.pdf> Erişim Tarihi 01.01.2021.

ayrışmış durumdadır. Bu durumda iktidarın sınırlandırılması düşüncesi büyük oranda ortaya çıkmaktadır.³⁹

Egemenlik kavramı denilince akla ilk gelen bir diğer isim Hobbes'tur. Hobbes da Bodin'e benzer bir egemenlik tanımı geliştirmiştir. Hobbes'a göre egemenlik; bölünemez, mutlak ve sınırsızdır.⁴⁰ Sonuç olarak egemenlik kavramı incelendiğinde karşımıza çıkan en önemli özellik egemenliğin bölünemez olduğu ve egemenliğin bölünmesi durumunda ortadan kaybolacağıdır. Ancak egemenliğin kullanımı bakımından anayasal devletler, bazı bölüşmeleri öngörmektedir. Özellikle kuvvetler ayrılığına dayanan anayasal düzenlerde egemenliğin tek ve bölünmez olduğu ama kullanımın farklı organlara paylaştırıldığı söylenebilir. Bu çalışmanın konusu daha çok egemenliğin kaynağı bakımından ortaya konulmuş olan demokratik egemenlik teorileriyle ilgilidir. Bu nedenle egemenliğin bölünmezliğiyle ilgili tartışmaya bu çalışmada daha fazla yer verilmemektedir. Devlette egemenlik tek ve bölünemez olmakla birlikte egemenliğin görünümü iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Yani egemenliğin iç ve dış olmak üzere iki şekilde görünümü mevcuttur.⁴¹

1. Dış Egemenlik

Devletlerin egemenliği, dış ilişkilerinde bağımsızlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Dış egemenlik; devletlerin eşit egemenliği, birbirlerinin egemenlik alanlarına saygı duyması, birbirlerinin iç işlerine karışmaması ve kendi iradeleri dışında uluslararası bir sınırlamaya tabi tutulamaması anlamına gelmektedir.⁴² Dolayısıyla bir devlet egemenlik yetkisini kullanırken tamamen bağımsızdır ve hiçbir başka otoriteden izin istemek zorunda değildir.⁴³

³⁹ Her ne kadar milli egemenlik teorisi, ilk olarak burjuvazinin çıkarlarını savunmak amacıyla ortaya çıkmış olsa da günümüzdeki kazanmış olduğu anlamıyla tüm bireyler açısından faydalı bir şekilde yorumlanabilmektedir. İlk etapta burjuvazinin, zengin bir kesimin, yeni bir aristokratik sınıf oluşturmasını amaçlayan ve bunu milli egemenlik teorisine dayandıran görüşler, belirli bir zenginliğe sahip olmayan vatandaşlara oy hakkı verilmemesini savunmaktaydı. Soyut bir kavram olan millet adı altında burjuvazinin egemenliğini meşrulaştırmak istemekteydi. Babeuf, Fransız devrimi sonrasında ortaya çıkan hukuki eşitliğin gerçek eşitlik olmadığını savunmuştur. Gerçekten aristokrasinin hukuki ayrıcalıklar sayesinde egemen güç olduğu eski dönemin yerini artık burjuvazinin parasal güç sayesinde yeni bir aristokrat sınıf gibi egemen olmak istediği bir dönem almıştır. Bu dönemde de soyut bir kavram olan millet ve milleti ancak bir burjuva azınlığın temsil edebileceği düşüncesi ortaya atılmıştır. Daha sonralarda uzun mücadeleler sonucu genel oy ilkesinin kabulü ve diğer demokratik gelişmelerle milli egemenlik teorisi de dönüşüme uğramıştır. Günümüzde ise milli egemenlik, siyasi iktidarın sınırlandırılması açısından oldukça önemli bir teorik temel haline almıştır. Alper Işık, 'Sieyes Hala Yaşıyor mu?' (2016) 22 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi* 183, 186 vd.; Sarıca, *Siyasi Düşünce Tarihi* (n 12) 153 vd.

⁴⁰ Aysel Doğan, 'Hobbes'un Mutlak Egemenlik Hakkındaki İnkilemi' (2004) (35) *Liberal Düşünce* 117, 118.

⁴¹ Özçelik (n 5) 59.

⁴² Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku: Cilt 1* (Baha Matbaası 1960) 178.; Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 432; Özçelik (n 5) 59; Tarihsel süreçte ortaçağdaki kilise hakimiyetinden kurtulan ve dışarıya karşı tam olarak bağımsız olduğunu gösteren monarşi (Fransa kralları) egemenlik kavramını ülke dışında kendilerinden üstün bir güç kabul etmediklerini ifade eden hukuksal kavram olarak kullanmışlardır. Kapani, *Politika Bilimi* (n 17) 65.

⁴³ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 433; Tabi ki globalleşme, uluslarüstü birlikler, yerel özerklikler, sivil toplumun gelişmesi ve bunların uluslararası mekanizmaları irtibatı, uluslararası mahkemelerin ortaya çıkması vb. gelişmelerle birlikte klasik egemenlik anlayışından sapmalar yaşanmaktadır ve Bodinci, Westfalyan egemenlik anlayışı hakkında artık sorgulamalar ortaya çıkmaktadır. Artık ulus devletlerin gerçekten tam anlamıyla bağımsız hareket edebilecekleriyle ilgili büyük soru işaretleri ve bu sorulara dair önemli tartışmalar mevcuttur. Ancak bu çalışmanın konusuyla ilgili olmadığı için bu tartışmalara girmiyoruz.

2. İç Egemenlik

İç egemenlik, devletin kendi toprak parçası ve bu toprak parçasında yaşayan insanları üzerindeki en üstün egemenliğini ifade etmektedir.⁴⁴ Egemenlik, ilk olarak düzeni sağlayan hukuk kurallarını yapmayı ve uygulamayı içermektedir.⁴⁵ İç egemenliğe göre devlet, ülkesinde yaşayan insanlara emir verici hukuk kurallarını yapma ve uygulama tekeline sahiptir.⁴⁶ Burada egemenlik, iki anlamda kullanılmaktadır. İlk olarak egemenlik, devlet iktidarının kendisi anlamına gelmektedir.⁴⁷ İkinci olarak devlet iktidarının özellikleri anlamında egemenlik, en üstün, sınırsız, bölünemez ve devredilemez özellikleri belirtmektedir.⁴⁸

3. Anayasacılığın Dış Egemenlik ve İç Egemenlik ile İlişkisi

Kanaatimizce anayasacılık doğrudan iç egemenlikle ilişkilidir. Anayasacılık ile devletin kendi toprak parçası ve burada yaşayan vatandaşları üzerindeki iktidarının sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Yoksa dış egemenlik bakımından tam bağımsız bir ulus devlet anlayışıyla sıkı bağ içerisinde olan anayasacılık, iktidarın dışarıdan bir sınırlamaya tabi olmasını istememektedir. Kısacası anayasacılık, iç egemenlikte egemenin kendi kendini sınırlandırmasını amaçlamaktadır. Bunu da önceleri bölünemez olarak görülen egemenliğin kuvvetler ayrılığına dayanan ve birbirini dengeleyen organlar eliyle kullanılmasıyla ve ayrıca iktidarın da uymakla mükellef olduğu en üstün anayasa normunun bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almasıyla sağlamayı amaçlamaktadır.⁴⁹

4. Egemenin Kendi Kendini Sınırlandırabilip Sınırlandıramayacağı Problemi

Egemenliği ilk olarak kavramlaştıran Bodin, onu hem soyut bir kavram olarak görmekte hem de somutlaşmış bir siyasi iktidar olarak görmektedir. Bu bakımdan aslında egemen ile siyasi iktidar aynı kavramın farklı görünümleridir.⁵⁰ Burada da egemenin kendi kendini gerçekten sınırlandırabilip sınırlandıramayacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Carl Schmitt, Bodin'i yukarıda incelediğimiz meşhur

⁴⁴ Monarşi (Fransa kralları) egemenlik kavramını ülke içinde kendi iktidarlara rakip olabilecek bir iktidar tanımadıklarını ifade eden bir hukuksal kavram olarak kullanmışlardır. Kapani, *Politika Bilimi* (n 17) 65.

⁴⁵ Prokhovnik (n 32) 7.

⁴⁶ Özçelik (n 5) 59.

⁴⁷ “Örneğin Jean Bodin’e göre, egemenlik, devletin kanun yapmak, savaş veya barış ilan etmek, yargılama yapmak, para basmak, vergi toplamak gibi yetkilerinden oluşur.” Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 435.

⁴⁸ ibid 435.

⁴⁹ “Dolayısıyla anayasacılık, dışarıdan bir sınırlamayı içermemektedir. Yine anayasacılıkla bahsi geçen temel hak ve hürriyetler, uluslararası hukuk veya insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanmamaktadır.” Aleinikoff (n 19) 197.

⁵⁰ Anayurt (n 13) 242; “Carl Schmitt de siyasi iktidar ile egemen arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaktadır. Schmitt, siyasi iktidarı güçlendirmeye ve Aydınlanma devrimleriyle monarşiden alınan şeyleri siyasi iktidarda tekrar ele geçirmeye çalışmaktadır.” Anne Norton, ‘Pentecost: Democratic Sovereignty in Carl Schmitt’ (2011) 18 (3) *Constellations* 389, 389 <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00653.x> Erişim Tarihi 25.12.2020.

egemenlik tanımı dolayısıyla değil başka bir eserde vurguladığı “egemen, kendi koyduğu hukuk kurallarıyla ne ölçüde bağlıdır” sorusu dolayısıyla modern devlet teorisinin başlangıcına koymaktadır.⁵¹ Örneğin; bir monarşide bir fermanla kendini sınırlandırdığını ilan eden kral, aslında her zaman bu sınırlandırmayı kaldırma yetkisini de kendinde barındırmaktadır. Ya da tamamen halk egemenliği teorisine dayanan bir demokraside bir kanunla kendini sınırlandırdığını ilan eden çoğunluk, aslında her zaman bu sınırlandırmayı başka bir çoğunluk kararıyla kaldırma yetkisini de kendinde barındırmaktadır. Böyle bir sınırlandırmanın geri alınması hali, genellikle olağanüstü bir durumun ortaya çıktığı bahanesiyle olacaktır.

Modern anayasal gelişmelere dair tüm eğilimler, iktidarı ya da egemeni sınırlandırmaya odaklanmış olsa da bu düşüncelerin her zaman bir istisna hali içerdiği görülmektedir. Schmitt’e göre istisnaların tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı ise hukuki bir soru değildir.⁵² Fakat burada Schmitt’in “egemen, istisna hâline karar verendir”⁵³ tanımından da hareketle egemenliğin kaynağının ne olduğu sorusu önem arz etmektedir. Zira yukarıdaki paragrafta verilen örneklerde de görüleceği üzere egemenliğin kaynağı tanrı ise ve tanrı adına egemen kral ise zaten aslolan sınırsız iktidardır. Tarih boyunca kralların kendilerini sınırlandıracak bir düzenlemeleri kabul etmeleri az görülen bir durumdur. Yine de böyle bir sınırlama varsa o kralın bunu ortadan kaldırması pek zor olmayacaktır. Dayanılan egemenlik anlayışı bunu gerektirmektedir. Hakeza aynı şekilde egemenliğin kaynağını halk olarak gören ve çoğunluğun genel iradesinin egemen olduğu bir devlette de aslolan genel iradenin sınırsız iktidardır. Sınırlı bir çoğunluk iktidarı kabul edilmiş olsa bile, kanunların çıkarılırken uyulması gereken sınırlamalar düzenlenmiş olsa bile çoğunluğun bu sınırlamayı kaldırması zor olmayacaktır. Burada da dayanılan egemenlik anlayışı bunu gerektirmektedir.

Schmitt’in eleştirisi, liberal burjuvazi eleştirisidir. Schmitt’in eleştirisi, görünürde sınırlı bir iktidar düzeni sunuyormuş gibi görünen anayasal düzenlerin aslında içinde barındırdıkları istisna hali nedeniyle hiç de göründükleri gibi olmadığı üzerinedir. Tersten okunduğunda egemen olan burjuvazinin, kendi çıkarlarını tehdit eden bir durum ortaya çıktığında istisna haline karar verip kendi ilkelerini bile yok sayacağı anlaşılabilir. Anayasacılık hem halkın çoğunluğuna karşı hem de aristokrasi ve monarşiye karşı kendi çıkarlarını güvence altına almak isteyen burjuvazinin millet soyut kavramı üzerinden sınırlı bir iktidar kurmak istemesidir. Ancak bu sınırlı iktidar

⁵¹ Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab çev, The University of Chicago Press 2005) 8; Böylece Schmitt devlet içinde siyaseti çok önemli bir noktaya koymaktadır. Cem Eroğul’a göre devlet eyleminin tümü siyasettir. Özel bir benzetme yapılacak olursa kişi ne yapıyorsa odur. O halde devlet ne yapmaktadır sorusuna genellikle siyaset cevabı verilmektedir. Devletin yaptığı işe genel olarak siyaset adı verilmektedir. Cem Eroğul, *Devlet Nedir?* (İmge Kitabevi 1990) 23; “Siyaset üretim dışında kalan ancak üretimin sürdürülebilmesi ve geliştirilebilmesi için toplumsal çapta yürütülmesi zorunlu olan işlerin toplamıdır.” Eroğul, *Anatüzye Giriş* (n 14) 1.

⁵² Schmitt (n 51) 7.

⁵³ ibid 5.

düşüncesi, aslında burjuvazinin kendi kendini sınırlandırmak istemesi anlamına gelmemektedir. Egemen sınıf olan burjuvazinin hiçbir zaman kendi iktidarını sınırlandırmayı amaçlamadığını söyleyebiliriz. Anayasacılık aslında burjuvazi değerlerinin hüküm sürmesini sağlamaktadır. Örneğin; mülkiyet hakkının kutsal sayılıp anayasal güvence altına alınmış olması, bir iktidarı sınırlandırmaktan ziyade, tam tersine güçlenip kendine ekonomik iktidar sağlayan burjuvazinin bu iktidarını hiçbir başka gücün sınırlandıramayacağını güvence altına almak amacını gütmektedir. Yine aynı şekilde ulus devletin, kendi varlığını tehdit eden durumlar karşısında ne pahasına olursa olsun kendini savunacağı da açıktır. Dolayısıyla ulus devlet ve burjuvaziyle sıkı ilişki içerisinde olan anayasacılığın asıl amacı, egemen sınıfın kendi iktidarını sınırlandırmak değil geçmişteki tek kişinin (monarşi) ve bir azınlığın (aristokrasi) yanı sıra gelecekteki halk çoğunluğunun (halk egemenliği) kendi temel değerlerine dokunmalarını engellemek olduğu şeklinde okunabilir. Böylece zaten egemen olmayan demokratik çoğunluğun egemen olan sınıfın çıkarları lehine susturulması, egemenin aslında kendi kendini sınırlandırmayı amaçlamadığı şeklinde yorumlanabilir.⁵⁴

C. Egemenliğin Kaynağı Bakımından Egemenlik Teorileri

Egemenlik teorileri, egemenliğin kaynağını açıklamak ve devlet gücünü elinde bulunduran kişilerin meşruiyetinin nereden geldiğini izah etmek için ortaya atılmıştır.⁵⁵ Devletin, belirli bir insan topluluğunun belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olması sonucu var olduğunu söyledik. Dahası devlet, en üstün ve mutlak egemenlik gücüne sahiptir dedik. Peki bu egemenliğin kaynağı nedir diye sordüğümüzda karşımıza iki ayrım çıkmaktadır. İlk olarak egemenliği tanrıya dayandıran teokratik egemenlik teorilerine göre egemenlik tanrıya aittir ve bütün iktidarlardan tanrıdan gelmektedir.⁵⁶ Demokratik egemenlik teorilerine göre ise egemenlik insanlara aittir ve egemenliğin kaynağı beşeridir.⁵⁷

1. Teokratik Egemenlik Teorileri

Egemenliğin nereden geldiğine dair klasik egemenlik teorileri ortaya atılırken ilk olarak tanrıya ve dinlere başvurulmuştur.⁵⁸ Teokratik egemenlik teorilerine göre her ne kadar egemenlik tanrıya ait ise de bu egemenliğin yeryüzündeki kullanıcıları krallardır.⁵⁹ Aslında zaten devleti tanımlarken kullanılan unsurlardan hareket edildiğinde bu durumun kabulü zorunludur. Zira devletin temel unsurlarından biri olarak egemenlik kabul edilmekte ve daha sonra bu egemenliğin meşruiyet

⁵⁴ Norton (n 50) 390.

⁵⁵ Özçelik (n 5) 59.

⁵⁶ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 441.

⁵⁷ ibid 442.

⁵⁸ Kapani, *Politika Bilimi* (n 17) 78.

⁵⁹ “O halde krallar da iktidalarını doğrudan doğruya tanrıdan, onun kutsal iradesinden alırlar.” ibid 79.

kaynağını açıklamak amacıyla egemenlik teorileri ortaya atılmaktadır. Bir devletin var olabilmesi için insan ve toprak maddi unsurlarının yanı sıra bu insanların o toprak parçası üzerinde bir egemenliğinin var olması da gerekmektedir. Dolayısıyla egemenliği kullananlar her zaman insanlardır. Hatta ileride teokratik egemenlik teorileri açıklanırken her ne kadar egemenliği tanrı adına kullananın bir kişi olduğu durumlara yer verilse de bu durumlarda bile aslında egemenliğin meşruiyeti, o toprak parçası üzerindeki insanların bu bir kişinin tanrıdan yetki aldığını kabul etmesine dayanmaktadır. Teokratik egemenlik teorilerinden bazıları tanrının egemenliği kullanacak kişiyi doğrudan belirlediğini ileri sürülmektedir. Ancak bu durumda dahi egemenlik, o toprak parçasındaki insanların egemenliği kullanan o tek kişiyi meşru kabul etmesine dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle söz konusu toprak parçası üzerinde yaşayan insanların egemenliğin kullanılmasını tanrının o kişiye verdiği kabul etmesi, aslında gerçek meşruiyet sebebidir.

Teokratik egemenlik teorileri, genellikle iki başlık altında incelenmektedir. İlki doğaüstü ilahi hukuk doktrindir. Buna göre, egemenliği kullanacak kişiyi doğrudan tanrı belirlemekte yani egemenlik bir ülkede tanrının seçtiği kişiye verilmektedir.⁶⁰ Bu teoriye göre egemenliğin kaynağı olan tanrı, onu yeryüzünde kullanacak olan kişileri de doğrudan belirlemektedir. Dolayısıyla bu teoriye göre egemenliği kullanan kişinin, örneğin kralın, ülkedeki halka karşı hiçbir sorumluluğu yoktur. Ancak kanaatimizce her ne kadar bu teori ülke üzerindeki insan unsurunun egemenlik üzerindeki etkisini yok saysa da gerçekte durum böyle değildir. Zira bu teori var olan gerçeklikten hareketle ortaya atılmıştır. Ortada belirli bir insan topluluğu ve belirli bir toprak mevcuttur. Buradaki insan topluluğu, kralın egemenliği tanrıdan doğrudan almış olduğunu kabul ederek egemenliğin kullanımını zımnen krala bırakmaktadır.

Teokratik egemenlik teorilerinden bir diğeri ise providansiyel ilahi hukuk doktrindir. Bu teorinin temel düşünürü Aquinalı Thomas, iktidarı ilahi bir kanunla sınırlandırarak aslında keyfi iktidarı önlemeyi amaçlamaktadır. Bu teoriye göre egemenliğin kaynağı tanrı olmakla birlikte onu yeryüzünde kullanan kişiler, insanlar tarafından belirlenmektedir. Başka bir deyişle “bütün iktidarlar, tanrıdan halk aracılığıyla gelir”.⁶¹ Teokratik egemenlik teorileri her ne kadar metafizik nitelikte olsa da providansiyel ilahi hukuk doktrini, doğaüstü ilahi hukuk doktrinine göre daha gerçekçi görünmektedir. Bu teori, var olan gerçekliği daha fazla kabul edip insan unsuruna daha fazla önem atfetmektedir. Ancak bu teori de her halükarda tanrıya dayanmaktadır. Bu teoriye göre egemenliği kullanacak kişiler, insan unsuru tarafından beşeri olaylarla seçilmektedir ancak bu olaylar görünmez bir elle tanrı tarafından tasarlandığı için nihai kaynak tanrıdır. Başka bir ifadeyle iktidarlar, dolaylı da olsa, tanrıya dayanmaktadır.

⁶⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta Yayınevi 2020) 93; Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 441.

⁶¹ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. Bası, Yetkin Yayınları 1993) 23 vd.

2. Teokratik Egemenlik Teorilerine Dayanan Devlet Modeli: Anayasasız Devlet

Yukarıda da belirtildiği gibi anayasacılık, egemenliği kullananın iktidarını sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan teokratik egemenlik teorilerine dayanan devletlerde böyle bir düşüncenin olması düşünülemez. Egemenliğin kaynağının tanrısal olarak düşünüldüğü zamanlarda iktidarı kullanan kralın kendisini ilahi kaynaklı görmesi ve yetkisini tanrıdan aldığı ilan etmesi yeterliydi.⁶² Bu şekilde düşünülen teokratik egemenlik teorilerine göre egemenliğin kaynağı tanrı ise ve egemenliği kullanan da tanrıdan aldığı yetkiyle hareket ediyorsa burada ancak dini kurallara uygunluk bakımından bir sınırlandırma düşünülebilir ki bu da çalışma konusuyla ilgili değildir. Ayrıca egemenlik kullanım hakkını bizzat tanrıdan almış birinin iktidarını kim hangi yetkiyle sınırlandıracaktır? Bu devlet modelinde iktidarı kullananları sınırlayan bir anayasa bulunmamaktadır. Bu tür devletlerde devlet teşkilatını düzenleyen bir kurallar bütünü olsa bile bu, anayasacılık anlamında bir anayasa olarak kabul edilemez. Buna karşılık örneğin milli egemenlik teorisinde millet adına egemenliği kullanan organlar ve hatta yaşayan halkın çoğunluğu bile egemenliğin asıl kaynağı olan millet soyut kişiliği adına sınırlandırılabilir.

3. Demokratik Egemenlik Teorileri

Tanrısal ve dini kaynaklı egemenlik teorilerinin zamanla geçerliliğini yitirmesi sonucunda egemenliğin halka ait olduğu görüşler ve demokratik egemenlik teorileri, teokratik egemenlik teorilerinin yerini almıştır.⁶³ Bu teorilere göre artık egemenlik tanrısal değil beşeri kaynaklıdır.⁶⁴ Artık iktidarın meşruiyeti de insana dayanmaktadır. Böylece demokratik egemenlik teorilerine geçilmiştir. Buna bağlı olarak da egemenliğin kaynağı konusunda metafizik açıklamalar bırakılmış, beşeri ve rasyonel açıklamalara başvurulmaya başlanmıştır. Demokratik egemenlik teorileri ise “milli egemenlik” ve “halk egemenliği” olmak üzere iki ayrı teoriye ayrılmaktadır.⁶⁵ Kısaca halk egemenliğine göre halk, belirli bir anda yaşayan bireylerin toplamıyken milli egemenliğe göre millet belirli bir anda yaşayan bireylerin, geçmişte yaşamışların ve gelecekte yaşayacakların toplamıdır. Bu çalışmanın ikinci bölümünde milli egemenlik ve halk egemenliği teorileri ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁶² “Hükmetmek inandırıcı olmayı gerektirir. Nasıl ki günümüzde temsilcilerin, halkın sesi olduğuna inandırılan bir milli egemenlik tasavvuru mevcutsa geçmişte de kralın tanrının sesi olduğuna inanılmaktaydı. Kralın ilahi kaynaklı olduğuna, yanlış yapmayacağına, tanrının sesi olduğuna inanılan bir egemenlik anlayışı mevcuttu.” Edmund S. Morgan, *Inventing the People: the Rise of Popular Sovereignty in England and America* (W. W. Norton and Company 1989) 13.

⁶³ Mustafa Koçak, *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi: Devlet ve Egemenlik: Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar* (Seçkin Yayınları 2006) 110.

⁶⁴ “Aslında demokratik egemenlik teorilerinin demokratik bir rejime yol açıp açmayacakları fevkalade tartışmalıdır. O nedenle bu teorilere “beşeri egemenlik teorileri” demek daha doğru olur.” Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 442.

⁶⁵ ibid 442.

4. Egemenliğin Kaynağı Ne Kadar Geniş Bir Tabana Yayılırsa Egemenliği Kullanan İktidar da o Kadar Çok Sınırlandırılır

Teokratik egemenlik teorilerine göre egemenliğin kaynağı tanrıdır. Dolayısıyla bütün iktidarlar tanrıdan gelmektedir. Bu bakımdan egemenliği kullanan iktidarın en geniş ve en sınırlanamaz yetkilere sahip olduğu devletler teokratik egemenlik teorisine dayanan devletlerdir. Kanaatimizce egemenliğin kaynağı tek bir varlıktan, tek bir kişiden geliyorsa orada iktidarı sınırlanması en zordur. Buna karşılık demokratik egemenlik teorilerine göre egemenliğin kaynağı beşeridir ve çok sayıda kişilerden oluşmaktadır. Halk egemenliği teorisine göre halk, belirli bir anda yaşayan bireylerin toplamıdır. Buna göre zaten iktidar otomatik olarak daha az keyfi bir hale bürünmektedir. Egemenliğin kullanım yetkisini tanrıdan alan tek bir kişidense halkın çoğunluğu çok daha az keyfi bir iktidar sürecektir. Fakat burada da çoğunluk iradesini sınırlandırmak mümkün görünmemektedir. Son olarak ise milli egemenlik teorisine göre millet belirli bir anda yaşayan bireylerin, geçmişte yaşamışların ve gelecekte yaşayacakların toplamıdır. Dolayısıyla egemenliğin kaynağı milli egemenlik teorisinde en geniş tabana yayılmakta ve çok büyük bir genişliğe sahip soyut bir kişilik olan millete dayanmaktadır. Milli egemenlik teorisine göre artık belirli bir anda yaşayan bireylerin çoğunluk iradesi bile geçmiş ve gelecek kuşaklar adına tek başına karar veremez nitelikte sınırlıdır. Bu soyut millet kişiliğinde yetki alan organlar birbirlerini dengelemek suretiyle iktidarı sınırlandırmaktadır. Yine anayasa mahkemesi gibi organlar, geçmiş ve gelecek kuşakların iradesine aykırı belirli bir andaki çoğunluğun iradesini sınırlandırmaktadır.⁶⁶ Sonuç olarak egemenliğin kaynağının en geniş tabana yayılmış bir şekilde soyut bir kişilik olan millete dayandığı milli egemenlik teorisi, anayasacılıkla en ilişkili teoridir.⁶⁷

II. Demokratik Egemenlik Teorileri: Milli Egemenlik ve Halk Egemenliği

A. Milli Egemenlik

Demokratik egemenlik teorilerine göre egemenlik artık tanrısal kaynaklı olmaktan çıkmış ve beşeri bir hale gelmiştir. İnsanların yönetilebilmesi için artık daha rasyonel

⁶⁶ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 444.

⁶⁷ Bu çalışmanın konusuyla ilgili olmamakla birlikte bir diğer örnek olarak günümüzde uluslararası insan hakları, iktidarı etkin bir şekilde sınırlandırmaktadır. 1789 Fransız devrimi, yani burjuva devrimi, sonrasında soyut bir 'millet' kavramı üreten ve 'milli egemenlik' adı altında iktidarı sınırlandırmayı amaçlayan burjuvazinin yerini günümüzde çok daha geniş bir soyut 'insan' kavramı üreten ve 'insan hakları' adı altında iktidarlara çok daha sınırlı hale getiren uluslararası ya da küresel bir burjuvazi almaktadır diyebiliriz. Burjuvazinin kendi mülkiyetini koruyacak olan siyasal otoritelerin, kendine karşı da olabildiğince sınırlı iktidara sahip olmasını istemesi başka bir çalışmanın konusudur. Fakat aynı teori çerçevesinde değerlendirildiğinde evrensel bir soyut 'insan' kavramına dayanan düşünce çok daha geniş bir çerçeveye yayıldığı için iktidarlara daha fazla sınırlandırılacaktır. Zira artık iktidarın sınırlandırılması, bireyin o millete ait bir vatandaş olmasından dolayı sahip olduğu haklardan değil evrensel nitelikli bir insan topluluğuna ait bir insan olmasından dolayı sahip olduğu haklardan kaynaklanmaktadır. Ki bu insan topluluğu da -aynı milli egemenlik teorisinin ulus devlet düzeyinde kabul ettiği gibi- küresel düzeyde sadece yaşayan bireylerin toplamı değildir aksine geçmişi, bugünü ve geleceği kapsayan soyut bir kavramdır.

teorilere inandırılması gereği ortaya çıkmıştır.⁶⁸ İlk olarak milli egemenlik teorisi, egemenliğin millete ait olduğunu savunmaktadır.⁶⁹ Bu teori, Fransız Devrimi döneminde, ilk olarak Gabriel Bonnot de Mably tarafından geliştirilmiş ve daha sonra Emmanuel Joseph Sieyes tarafından sistemli hale getirilmiştir.⁷⁰ Millet kavramının ne anlama geldiğini anlamak içinse Sieyes'in görüşlerine bakmak gerekmektedir.

1. Sieyes'in Görüşleri ve Millet Kavramı

Milli egemenlik teorisinin arka planındaki en önemli düşünür Sieyes'tir. Fransız devriminde de önemli bir rol oynamış olan Sieyes, Rousseau ile bazı önemli konularda ortak yönler barındırır da birçok konuda Rousseau'dan ayrılmaktadır.⁷¹ Devlet egemenliğinin meşruiyetinin insanlara dayanması gerektiğini savunan Sièyes, egemen olanı bir millet olarak düşünmektedir.⁷² Sièyes, millet egemenliği kavramının kurucusu kabul edilmektedir. Sieyes'in tanımına göre millet, kendisini meydana getiren gerçek kişilerin toplamından farklı ve onların üstünde soyut bir kişiliktir.⁷³ Milli egemenlik anlayışına göre egemenlik, bir devlette yaşayan tek tek vatandaşlara değil hem şimdi yaşayan hem geçmişte yaşamış hem de gelecekte yaşayacakların toplamına aittir.⁷⁴ Dolayısıyla dikkat edilecek olursa bu yaklaşıma göre egemenliğin ait olduğu millet, bir bütündür. Yani egemenliğin tek tek kişilere ait olduğu düşünülemez ve kişilerin tek başlarına hiçbir güçleri yoktur. Zaten bu yaklaşıma göre millet, sadece bugünü değil geçmişi ve geleceği de kapsayan bir soyut bir kişilik olduğu için bir bütün olarak düşünölmek zorundadır. Bu soyut kişiliği bütün olarak bir araya toplamak mümkün değildir ve milleti somut olarak göremeyiz. Milli egemenliğin kullanılmasından bahsederken kişilerin iradelerinden ayrı ve onların iradelerinden üstün bir iradeden bahsedilmelidir. Yani bu bütün soyut kişilik olan milleti, yaşayan

⁶⁸ Morgan (n 62) 13.

⁶⁹ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 443.

⁷⁰ Adnan Küçük, 'Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm' (2015) 0 (6) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 311, 323.

⁷¹ Örneğin Sieyes "Tiers Etat Nedir?" makalesinde şöyle demektedir: "Bir siyasi topluluk, üyelerin tümünden başka bir şey olamaz. Bir millet millet olmamağa veya belirli bir tarzda millet olmağa karar veremez. Çünkü bu her hangi başka bir tarzda millet, millet olmayacak demektir. Aynı veçhile, bir millet, müşterek iradesinin artık müşterek iradesi olmak vasfını kaybetmesine karar veremez. Basitliği budalalık derecesinde görölecek olan bu kaziyeleri bunlardan çıkarılmak istenilen neticeler düşünölmzse belirtmek durumunda kalmak acıdır. İmdi, bir millet hiç bir zaman müşterek iradeye yani çokluğa ait hakların azınlığa geçmesine karar vermiş olamaz. Müşterek irade kendi kendisini tahrip edemez. Eşyanın tabiatını değiştiremez, ve azınlık oyunun çokluk oyu olmasını sağlıyamaz." Emmanuel Sieyes, 'Tiers Etat Nedir?' Süheyp Derbil (çev) (1951) 8 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 126, 190. Göröldüğü üzere Sieyes'in bu görüşleri, Rousseau'nun halkın çoğunluğunu ve genel iradeyi öncelediği görüşlerine benzemektedir. Ancak Sieyes, ortaya attığı millet kavramının geçmişi ve geleceği de kapsayan soyut bir kavram olması nedeniyle Rousseau'dan ayrılmaktadır. Yine çalışmanın sonraki kısımlarında da bahsedileceği üzere Rousseau da bazen genel iradeyi ayrı bir soyut irade gibi tanımlamaya girişerek Sieyes'in görüşlerine yaklaşmaktadır.

⁷² Gülce Tarhan, 'Rousseau ve Sieyes'de Egemenlik Kuramı' (2009) 2 (4) *ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar* 1, 14.

⁷³ Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969) 198; Özçelik (n 5) 99.

⁷⁴ Özçelik (n 5) 63; Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 443; Hamza Eroğlu, 'Milli Egemenlik İlkesi ve Anayasalarımız' (1984) 1 (1) *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 137, 138.

insanların iradesinden üstün ve başka bir irade olan millet iradesi temsil etmektedir.⁷⁵ Sieyes'e göre Anayasa da millet iradesine dayanacak ve devlet, anayasa tarafından millet temeli üzerine inşa edilecektir.⁷⁶

Bu çalışmanın konusu egemenlik teorileri ve anayasacılık olduğuna göre millî egemenlik teorisinin kurucusu Sieyes hakkındaki bazı bilgilere yer vermekte fayda bulunmaktadır. Örneğin Prof. Barthelemy, “Sieyes bir filozof, bir ahlakçı ya da bir iktisatçı değil, bir anayasacı ve kafasının içinde bir anayasa taşıyor” demektedir.⁷⁷ Bu çalışmada da millî egemenlik teorisiyle anayasacılığın arasında sıkı bir ilişkinin olduğu söylenmektedir. Hatta -halk egemenliğinin aksine- anayasacılık, halkın çoğunluğunun iradesini sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Her ne kadar günümüzdeki anayasaların iktidarı sınırlandırma amacıyla burjuva düzenini hukukileştirmek isteyen Sieyes'in amacı farklı olsa bile sonuçta millî egemenlik teorisi anayasacılıkla ve iktidarın sınırlandırılması meselesiyle yakından ilgilidir.⁷⁸ Sonuç olarak; Sieyes'in millî egemenlik teorisine göre millet soyut bir kişiliktir ve milleti temsilciler temsil etmektedir. Temsilcilerin iradesi ise seçmenlerden alınan talimatla değil anayasayla sınırlandırılmıştır.⁷⁹

2. Millî Egemenlik Teorisinin Temel Özellikleri

Millî egemenliğe göre temsili demokrasi teorik bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁰ Temsili demokrasi ile seçilen temsilciler, kendilerini seçen mevcut vatandaşları değil geçmişte yaşamış ve gelecekte yaşayacak olanları da kapsayacak bir şekilde bütün milleti temsil etmektedir⁸¹. Fransız devriminde de önemli bir etkiye sahip olan millî egemenlik teorisi, teokratik egemenlik teorilerinin yerine beşeri bir egemenliği getirmiştir. Fakat burada egemenliği kullananlar ya da temsilciler, somut insanları aşan soyut bir millet kişiliğini temsil etmektedir. Bu nedenle millî egemenlik

⁷⁵ Eroğlu (n 74) 139.

⁷⁶ Sarıca, *Siyasi Düşünce* (n 12) 156.

⁷⁷ ibid 153.

⁷⁸ Sieyes, aslında genel oy ilkesini bile kabul etmeyen ve burjuva dışındaki proleteryanın mümkün olduğunca yönetim dışında kalmasını isteyen bir düşündürür. Millet gibi soyut bir kavramı ortaya atarak ve aktif-pasif vatandaş ayrımı gibi ayrımlara giderek sadece burjuvazinin hükümlerini süreceği bir anayasal düzen kurmak istemektedir. Öyle ki belirli bir mülkiyete sahip olmayan ya da belirli bir vergi vermeyen vatandaşları pasif vatandaş statüsüne sokmakta ve onlara oy hakkı verilmemesini istemektedir. Kısacası Sieyes, sadece burjuvazinin temsil edildiği ve bu burjuva düzeninin hukukileştirilerek meşrulaştırıldığı bir anayasa ve devlet istemektedir. ibid 159; Yine benzer şekilde Rousseau'nun mutlak demokrasisine karşı olan Constant da modern vatandaşın özgürlüklerinin korunmasından bahsederek tam bir anayasacılık fikri ileri sürmektedir. Constant, bireyin halk egemenliği adına bile sınırlanamayan bir yanı olduğundan bahsetmektedir. Fakat burada da asıl dert, yine burjuvazinin çıkarlarını korumaktır. Zira aynı şekilde kitlelerin etkisini azaltmak amacıyla sınırlı oy ilkesi gibi ilkeler benimsenmektedir Constant'ın düşüncesinde. ibid 168.

⁷⁹ ibid 160.

⁸⁰ Eroğlu (n 74) 138.

⁸¹ “Millî hakimiyet telakkisine göre hakimiyet millete aittir. Millet de bir şahıstır, bir hükmi şahıstır. Hakimiyet, mahiyetinden hiçbir şey kaybetmeksizin evvelce hükümdara yani tek bir şahsa ait iken, ondan alınmış ve millet dediğimiz topluluğa, millet hükmi şahsına tevdi edilmiştir. Yani evvelce hakimiyet şahsi iken anonim bir hale sokulmuş ve fakat mutlak karakterinden hiçbir şey kaybetmemiştir. Böylece millî hakimiyet teorisi hakimiyetin sadece sahibini değiştirmiş bulunmaktadır.” Özçelik (n 5) 63.

ile halk oylaması, halk vetosu ve halk teşebbüsü gibi yarı doğrudan demokrasi araçları bağdaşmaz.⁸² Yani temsilci, bir defa seçildikten sonra artık soyut bir kişilik olan millet adına hareket etmeye başladığı için milli egemenlik, emredici vekâlet ve temsilcilerin azli gibi usullerle bağdaşmaz.⁸³ Bir nevi seçmenlerin sadece millet soyut kişiliğini temsil edecek kişileri yine kendilerinden ayrı ve üstün bir varlık olan millet adına seçtikleri söylenebilir. Seçmenler, milleti temsil edecek temsilcileri belirleme görevine sahiptir ama o temsilciler üzerinde emir ve talimatta bulunma yetkisine sahip değildir. Milli egemenliğe göre seçmenlik bir hak değil görevdir ve zorunlu oy ilkesi bu teori ile bağdaşmaktadır.⁸⁴ Seçmenler, milleti temsil edecek temsilcileri belirleme görevine sahiptir ama o temsilcilere emir ve talimat verme yetkisine sahip değildir. Bazı zorlamalarla seçmenlerin oy verme konusunda zorunluluğa tabi tutulması milli egemenlik ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi özellikleri bakımından milli egemenliğin soyut ve şekilci bir demokrasi anlayışına yol açtığı söylenebilir.⁸⁵ Ancak teori kendi içinde tutarlılığa sahiptir. Hatta sınırlı oy ilkesi gibi günümüz demokrasi anlayışıyla uyuşmayacak bazı özellikler de milli egemenlik teorisiyle bağdaşmaktadır. Millettin iradesini açıklamaya en yetenekli olan kişileri seçmek için oy verme görevi herkese değil sadece bu görevi layıkıyla yerine getirebilecek kişilere verilmelidir.⁸⁶

Millet, mevcut yaşayan bireylerden farklı bir soyut kişilik olduğu için çoğunluğun frenlenmesi milli egemenlik ilkesinin bir gereği olarak düşünülebilir. Bu bakımdan çift meclislilik, kuvvetler ayrılığı ve anayasa mahkemesinin varlığı milli egemenlik teorisi yaklaşımıyla bağdaşır niteliktedir.⁸⁷ Zaten çift meclislilik, yasama organını kendi içinde sınırlandırmayı ve kuvvetler ayrılığı da egemenliği kullanan yasama-yürütme-yargı organlarını birbirine karşı sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Anayasa mahkemesi ise birey hak ve hürriyetlerinin iktidar karşısında korunmasını sağlamaktadır.⁸⁸

⁸² Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 444.

⁸³ ibid 444.

⁸⁴ ibid 443.

⁸⁵ Eroğlu (n 74) 139.

⁸⁶ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 444.

⁸⁷ ibid 444; Ancak bazı anayasalarda milli egemenlik teorisinden etkilenecek anayasanın üstünlüğü kabul edilmiş olsa da bunu denetleyecek etkin bir mekanizma kabul edilmemektedir. Örneğin; Hollanda'da yazılı bir anayasa mevcut olmasına rağmen kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin açıkça yasaklandığı görülmektedir. Bu durumda yasama organı, kendi çıkardığı kanunların anayasaya uygun olup olmadığını kendi denetlemektedir. Sonuç olarak yürürlükteki bütün kanunlar, yasama organının yorumuna göre anayasaya uygundur. Zira bu kanunlar anayasaya aykırı olsaydı yasama organı onları kabul etmeyecekti. ibid 358; Benzer şekilde 1924 Türkiye Cumhuriyeti anayasası her ne kadar kanunların anayasaya aykırı olamayacağını kabul etmiş olsa da bu durumu denetleyecek herhangi bir mekanizmaya yer vermediğinden çoğunluk iradesini sınırlandırmamaktadır. Bu anlamda 1924 anayasası çoğunluk değil çoğunlukçu bir anayasadır. Zaten 1924 anayasasının çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimseyerek azınlıkta kalanların haklarını güvence altına almaktan uzak olduğu sıkça ifade edilmektedir. Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, (16. Bası, Der Yayınları 2020) 395.

⁸⁸ Anayasa mahkemesi, çoğunluk demokrasinin, sınırlı iktidarın ve insan haklarının çoğunlukçu demokrasi anlayışına karşı korunmasının bir sonucudur. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (13. Bası, Seçkin Yayınları 2020) 328.

3. Milli Egemenlik Teorisinin Tarihsel Olarak Anayasacılıkla İlişkisi

Anayasacılık kuvvetler ayrılığı ve anayasa mahkemesi ile iktidarı sınırlandırmak istemektedir. Milli egemenlik teorisi, halk egemenliği teorisinin aksine bu özelliklerle bağdaşır niteliktedir. Hatta kanaatimizce anayasacılık bir bakıma da soyut bir varlık olan milletin bu soyutluğundan kaynaklanmaktadır. Zira milli egemenlik teorisi “millet sadece somut olarak yaşayan bireylerin toplamından ibaret değil, geçmiş ve geleceği de kapsar” diyerek çoğunluğunun iradesini sınırlandırmanın önünü açmaktadır. Milli egemenlik, tarihsel açıdan da Fransız Devrimi sonrasında bir yandan kralın mutlak iktidarı yıkılırken diğer yandan mutlak iktidarın halkın eline geçmesini engelleyen bir formül olma görevini ifa etmiştir⁸⁹.

Tarihsel olarak incelendiğinde de milli egemenlik teorisi, -her ne kadar zamanla anlamı nispeten değişmiş olsa da- burjuvazi düşüncesi olarak ortaya çıkmış ve anayasa yapım süreçleri de bu sınıfın (burjuvazinin) kurumsallaşması olarak gelişmiştir. Fransız devrimi burjuva sınıfı öncülüğünde yapılmış, sonrasında ise (Robespierre ve Babeuf gibi radikal devrimcilere rağmen) burjuvazinin iktidarı ele geçirmesiyle sonuçlanmıştır.⁹⁰ Fransız devriminin öncülüğünü yapanlara göre ortak aklın buyruklarını bulmak herkesin yapabileceği bir iş değildir.⁹¹ Sieyès de görüşlerinde aktif-pasif vatandaş ayırımına gitmektedir, devrim sonrası meclisler de çoğunlukla burjuva kökenli temsilcilerden oluşmaktadır. İlk zamanlarda seçimler bile sadece belirli bir mülkiyete ve özelliklere sahip burjuvalara hak olarak tanınmaktadır. Bu bakımdan egemenliğin millete ait olduğu kurgusu üzerine temellendirilmiş olan milli egemenlik teorisi, ilk zamanlarda aristokratların ayrıcalıklarından kurtulan burjuva sınıfının kendi iktidarlarını sağlama alma ve yeni bir meşru otorite kurma çabasının ürünü gibi hizmet etmiştir.⁹² Kanaatimizce anayasacılığı, bir diğer taraftan okursak, burjuva sınıfını başta mülkiyet olmak üzere kendi ayrıcalıklarını koruma altına alma amacı olarak düşünebiliriz. Örneğin 1791 Fransız anayasası açıkça aktif-pasif yurttaş ayırımı yapmakta ve aktif yurttaşlar olarak burjuva sınıfını saymaktadır.⁹³ Böylece burjuvazi, mülkiyet ve vergi verme ayırımı ile belirlenen aktif yurttaşlık sayesinde Tiers Etat içindeki müttefiklerinden ayrılmakta ve kendi üstünlüğünü kurumsallaştırmaktadır.⁹⁴

⁸⁹ Teziç (n 60) 101.

⁹⁰ “Geniş halk yığınlarını peşinden sürüklemek için demokratik ilkeleri bayraklaştıran burjuvazi, zaferden sonra ziyafet sofrasına tek başına oturur. 1789 yeni bir aristokrasi türetmiştir, illi emlak alım satımıyla zenginleşen köksüz ve hayasız bir para aristokrasisi.” Cemil Meriç, *Saint-Simon: İlk Sosyolog, İlk Sosyalist* (21. Bası, İletişim Yayınları 2019) 38; “Aslında artık bir azınlık halkın çoğunluğunu yönetirken bazı inandırmalar üzerine hüküm sürmektedir. Temsilcilerin milletin sesi olduğuna inandırmak, hükümetin halkın hizmetkar olduğuna inandırmak...” Morgan (n 62) 13.

⁹¹ Murat Sarıca, *100 Soruda Fransız İhtilali* (Gerçek Yayınevi 1981) 48.

⁹² “Modern zamanların siyasal örgütlenme modeli olarak liberal ulus devletin, egemenliğin ulusa ait olduğu kurgusu üzerine temellendiğini ama gerçekte sanayi devrimi sonrasında yükselen burjuva sınıfının, aristokratlar lehine düzenlenmiş feodal orta çağ toplumsal yapısıyla kanlı bir hesaplaşmasının ürünüdür.” Aslan Delice, ‘Bürokrasi: Monarşiden Cumhuriyete Değişmeyen İktidar’ (2014) (17) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 41, 42.

⁹³ Yavuz Yıldırım, ‘Fransız Devrimi’nde Yurttaşlık ve Etkilerine Dair Bir Değerlendirme’ (2019) 21 (Ek Sayı) *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 251, 260.

⁹⁴ Server Tanilli, *Dünyayı Değiştiren On Yıl: Fransız Devrimi Üstüne* (Sayı Yayınları 1989) 88; Aktaran: Yıldırım (n 92) 261.

Sonuç olarak; milli egemenlik teorisi ve anayasacılık, her ikisi de, tarihsel olarak burjuvazinin bir düşüncesi olarak ortaya çıkmıştır. Eski kralın mutlak iktidarına karşı bir araç olarak kullanılan “milli egemenlik”, mutlak iktidarın halka geçmesinin önündeki en büyük engel olma görevini de ifa etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir tarafta monarşideki mutlak iktidar diğer tarafta da halkın mutlak iktidarı mevcuttur. Milli egemenlik teorisi ise soyut bir “millet”e dayandırdığı egemenlik düşüncesiyle hem kralın mutlak iktidarını yıkmakta hem de çoğunluğun mutlak iktidara sahip olmasını engellemektedir. Kısacası milli egemenlik, burjuvazinin istediği “sınırlı” iktidarın formülüdür. Anayasacılık da sınırlı iktidarı amaçlamakta olduğundan, kanaatimizce, milli egemenlikle sıkı ilişki içindedir. Günümüzde bazı değişikliklere uğramış olsalar da kazandıkları yeni anlamlar bakımından bu iki kavram birbiriyile sıkı ilişkisini sürdürmektedir.

4. İlk Anayasayı Yapan Devlet Amerika Birleşik Devletleri ve Yazılı Bir Anayasaya Sahip Olmayan Devlet İngiltere

Dünya üzerindeki ilk anayasanın 1787 Amerika Birleşik Devletleri anayasası olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵ ABD anayasasının dünya genelinde tarihsel bir etkiye sahip model anayasa olduğu açıktır.⁹⁶ İngiltere'nin koymuş olduğu ağır vergilere karşı isyan eden Amerika'daki on üç koloninin İngiliz hükümetine karşı başlattığı bağımsızlık mücadelesi bu anayasayla sonuçlanmıştır. İngiltere'den ayrılıklarını resmen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesiyle ilan eden koloniler, federal bir devlet kurma yoluna gitmiştir. Böylece 1787 yılında dünyanın ilk yazılı anayasası olan Amerika Birleşik Devletleri anayasası kaleme alınmıştır.⁹⁷ Anayasa, başlangıç metninde saymış olduğu refahı ve özgürlüğü “kendimize ve gelecek kuşaklarımıza temin etmek amacıyla bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ediyor ve yapıyoruz”⁹⁸ demektedir. Bu anayasa, milli egemenlik teorisinin sunmuş olduğu ve gelecek kuşakları da kapsayan soyut bir millet varlığının refah ve özgürlüğünü sağlayacak hakları güvence altına almak istemektedir. Ayrıca 1787 ABD anayasası, bir bakıma popülizme karşı bir saldırıdır.⁹⁹ 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri

⁹⁵ Kaboğlu (n 3) 2.

⁹⁶ Fakat her ne kadar geçmişte ABD anayasasının önemli etkileri olmuş olsa da günümüzde bu etkinin giderek azaldığı iddia edilmektedir. Bkz. Mila Versteeg, Emily Zackin, ‘American Constitutional Exceptionalism Revisited’ (2014) 81 (4) *University of Chicago Law Review* 1641, 1642 <<https://www.jstor.org/stable/43151587>> Erişim Tarihi 31.12.2020.

⁹⁷ Ancak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ilk yazılı anayasa olmasına rağmen yazılı olmayan anayasanın karakteristik özelliklerini de taşımaktadır. Pu Zengyuan, ‘A Comparative Perspective on the United States and Chinese Constitutions’ (1989) 30 (4) *William and Mary Law Review* 867, 873 <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=wmlr>> Erişim Tarihi 15.12.2020.

⁹⁸ Preamble, *Constitution of United States of America*, constitutionproject.org/constitution/United_States_of_America_1992 Erişim tarihi 15.12.2020.

⁹⁹ Hideaki Shinoda, ‘Conflicting Notions of National and Constitutional Sovereignty in the Discourses of Political Theory and International Relations: A Genealogical Perspective’ (Doktora Tezi, London School of Economics and Political Science 1998) 57 <<https://core.ac.uk/download/pdf/46519243.pdf>> Erişim Tarihi 20.12.2020.

anayasası, bir bakıma Federal ABD'nin de kurucu belgesi niteliğindedir.¹⁰⁰ Federalizm içindeki küçük olan ya da azınlıkta kalan federe devletlerin haklarını güvenceye alan ABD anayasası, bu yönüyle de açık bir şekilde çoğunluk iradesini sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Kanaatimizce bu ilk anayasa, açık bir şekilde halk egemenliği teorisinden uzaktır. Her ne kadar bu anayasa “biz, Birleşik Devletler halkı” diye başlasa da kurucu referandumla yapılmamıştır. İlk anayasa olarak kabul edilen 1787 ABD anayasasının bu konudaki önemli bir özelliği, tüm birleşik devletler halkı tarafından yapılmamış, sınırlı bir grup tarafından kaleme alınmış olmasıdır.¹⁰¹ Bu da ilk anayasanın yapımında milli egemenlik teorisine dayanan kurucu meclis usulünün kullanılmış olduğu anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak; ilk anayasa olan 1787 ABD anayasası, federal bir devlet kurmak amacıyla bir araya gelen ve çoğunluğa karşı kendi federe devletlerini güvence altına almayı amaçlayan bir belgedir. Bu bakımdan ilk anayasa, hem egemenliğin kullanılmasında iktidarı federe ve federal düzeyde paylaştırarak sınırlandırmakta hem de azınlıkları çoğunluğa karşı, popülizme karşı korumaktadır. Aslında anayasacılığın amacına baktığımızda da aynı şekilde iktidarı sınırlandırmayı ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvenceye almayı görmekteyiz. Bütün bunlar, milli egemenlik teorisinin soyut millet anlayışıyla uyum içinde görünmektedir. Halk egemenliği teorisindeki çoğunluğun iktidarına karşılık belki şu anda yaşamayan ama gelecekte yaşayacak olan farklı düşüncelerin bile millet soyut kişiliği içinde düşünülerek şimdiden korumaya alınmasını amaçlayan düşünce anayasacılıkla oldukça ilişkili görünmektedir.

İngiltere’de anayasal devletin özellikleri bulunmakta ancak yazılı bir anayasa bulunmamaktadır.¹⁰² Anayasacılık iktidarı sınırlandırmak ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almak ise bunu en iyi başaran devletlerden birinin İngiltere olduğu açıktır. İngiltere, parlamentonun ilk ortaya çıktığı ülke olarak da demokrasi açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak İngiltere’de parlamento, Kral, Lordlar ve Avam arasında bölüştürülmüş bir egemenliği temsil etmekteydi.¹⁰³ Tarihsel süreçte İngiltere’de hep bir iktidarın sınırlandırılması fikri pratiğe yansımıştır. Milli egemenlik teorisi bakımından bir değerlendirmede bulunulacak olursa milletin soyut bir varlık olması, iktidarın hep sınırlandırılmasını gerektirmektedir denilebilir. Hatta günümüzde İngiltere’de kraliçenin hala varlığını sürdürmesi, kanaatimizce kraliçenin millet soyut kişiliğini oluşturan geçmişin temsilcisi olarak var olmaya

¹⁰⁰ *Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası*, <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> Erişim tarihi 16.12.2020.

¹⁰¹ Charles Austin Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (Simon Schuster 1986) 325.

¹⁰² Buna karşılık Sartori, İngiltere’yi yazısız anayasaya sahip bir devlet olarak görmemektedir. Sartori’ye göre tek bir en üst hukuk belgesinde bu kuralların toplanmaması İngiltere’nin yazısız anayasaya sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Sartori, İngiltere’nin sistemleştirilmiş bir anayasaya sahip olmadığını söylemeyi tercih etmektedir. Ona göre İngiltere’nin parça parça ve kısmen yazılı, çeşitli kaynaklara dağılmış bir anayasası vardır. Sartori (n 4) 855.

¹⁰³ ibid 853.

devam ettiği şeklinde yorumlanabilir.¹⁰⁴ Çoğunluk iradesinin çıkarmış olduğu bir kanunun sembolik de olsa kraliçenin onayından geçmesi, milli egemenlik teorisi çerçevesinde millet soyut kişiliğinin geçmişi de kapsadığı düşüncesi açısından değerlendirilebilir. Sonuç olarak anayasacılık, günümüz demokrasilerinde artık kanaatimizce çoğunluğun iktidarını sınırlandırmak anlamına gelmektedir. Bu bakımdan ilk anayasayı yapan ABD de şimdi incelenen İngiltere de anayasacılık düşüncesini barındıran ve çoğunluk iktidarını sınırlandırıp bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alan devletlerdir.

5. Milli Egemenlik Teorisine Dayanan Devlet Modeli: Anayasal Devlet

Anayasacılık,geçmişi ve geleceği de kapsayan bir şekilde iktidarı sınırlandırmaktadır. Kanaatimizce anayasacılık, anayasanın yapıldığı anda o devlette belirli bir görüşte bir bireyin bile bulunmaması durumunda bile gelecek bir zaman diliminde o görüşte birileri olabilir düşüncesini içinde barındırır. Böyle yorumlandığında, anayasacılığın bariz bir şekilde milli egemenlik teorisi temeli üzerinde yükseldiği görülmektedir. Halk egemenliği teorisine göre belirli bir anda yaşayan halk egemenliğin kaynağını oluşturmaktadır. Fakat anayasacılık, kanaatimizce belirli bir anda yaşayan halkın hiçbirisinin benimsemediği bir insanın bile temel haklarını, böyle bir insanın gelecekte bir gün o devlette yaşayabileceğinden bahisle, bu halkın tamamına karşı güvenceye alınmasını amaçlamalıdır. Soyut bir millet kavramına dayanan egemenlik teorisi, geçmişi ve geleceği kapsayacak bir şekilde iktidarı sınırlandırmayı ve bireylerin haklarını güvenceye almayı amaçlayan anayasacılıkla uyum içindedir. Anayasal devlet modeli, kanaatimizce milli egemenlik teorisiyle ilişkilidir.

B. Halk Egemenliği

Halk egemenliğine göre egemenlik, milli egemenlik anlayışından farklı bir şekilde yaşayan kişilerin her birine aittir. Dolayısıyla egemenlik, kişilerin her birinin birer payına bölünmüş durumdadır ve bu payların toplamı anlamına gelmektedir.¹⁰⁵ Halk egemenliği, kaynağını Rousseau'da bulmaktadır. Halk egemenliği, kaynağını Rousseau'nun *Toplum Sözleşmesi* eserinde bulmaktadır.¹⁰⁶

1. Rousseau'nun Görüşleri ve Halk Kavramı

Rousseau'nun toplum sözleşmesi düşüncesi, özellikle de egemenliğin devredilmezliği ve bölünmezliği fikri halk egemenliği teorisinin kökenini oluşturmaktadır. Rousseau'ya göre halk hem egemenliğin kaynağı hem de onun

¹⁰⁴ Kraliçenin, geleneği ve geçmişi yansıtan bir konumda olduğu düşünülürse aslında sembolik olarak varlığını sürdürmesinin bir sonucu da milleti oluşturan geçmişi temsil etmesidir diyebiliriz.

¹⁰⁵ Kubalı (n 73) 202.

¹⁰⁶ Özçelik (n 5) 64; Tarhan (n 72) 5.

kullanandır. Bu düşünce halk egemenliğinin doğuşunu oluşturmaktadır.¹⁰⁷ Dolayısıyla dikkat edilecek olursa Rousseau'nun görüşlerinden hareketle egemenin somut olarak halkı meydana getiren kişilerin toplamı olduğu görülmektedir.¹⁰⁸ Görüldüğü üzere halk kavramı, millet kavramından farklı olarak soyut değil somut bireylerin toplamını ifade etmektedir. Dolayısıyla halk egemenliği teorisi, somut bireylerin çoğunluğuna dayanan genel iradenin en üstün iktidar olduğunu iddia etmektedir. Zaten halk egemenliğinin teorisyeni Rousseau da genel iradenin ortak değerlerin yansıması olduğu için sınırlandırılmayacağını söylemektedir.¹⁰⁹

2. Halk Egemenliği Teorisinin Genel Özellikleri

Halk egemenliği, ilk olarak temsili demokrasiyle bağdaşmayıp doğrudan ve yarı doğrudan demokrasi sistemlerini gerektirmektedir.¹¹⁰ Bu teoriye göre aslında egemenlik doğrudan halk tarafından kullanılan bir şey olduğu için devir, ferağ ve temsil edilemez.¹¹¹ Bu bakımdan halk egemenliği teorisi, özünde, doğrudan demokrasiyle bağdaşır bir teori olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak günümüz geniş devletlerinde ve yüksek nüfus oranları düşünüldüğünde doğrudan demokrasinin uygulanması imkânsız görünmektedir. Temsili demokrasinin milli egemenliğin aksine teorik olarak halk egemenliği için bir zorunluluk olmadığı aşikardır. Ancak

¹⁰⁷ Küçük (n 70) 336.

¹⁰⁸ “Halk Hakimiyeti nazariyesi kaynağını J. J. Rousseau'nun “İçtimai Mukavele” eserinde bulur. Orada bir pasajda Rousseau hükümler (siyasi hey'etin) kendisini teşkil eden, meydana getiren fertlerin yekunundan ibaret olduğunu şu şekilde beyan etmektedir. “Bir devletin 10.000 vatandaştan meydana geldiğini farzedelim. Bu halde devletin her üyesi (vatandaş, teb'a) nin devletin üstün otoritesinde (hakimiyet hakkında) 1/10.000 nisbetinde bir hissesi (şâyi hakkı) vardır.” Özçelik (n 5) 64.

¹⁰⁹ Atilla Yayla, ‘Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler’ (2012) (66) *Liberal Düşünce* 13, 17; Aslında Rousseau tam anlamıyla eşitliği benimsemektedir. Ancak John Stuart Mill gibi demokratik liberalizmin savunucularının belirttiği üzere bu durum, çoğunluk tiranlığına dönüşebilecektir. Dolayısıyla iktidarın sınırlandırılması bir yana, tam aksine çoğunluk iradesinde vücut bulan iktidarın tam anlamıyla sınırsız bir tiranlık olacağı görülmektedir. Tocqueville bu durumu şu şekilde eleştirmektedir: “Her şeyi yapabilme gücümü nasıl kendi eşitim birine vermeyi reddediyorsam, bu gücü bir grup insana da vermem.” Bihterin Dinçkol, ‘Çoğunluk Tiranesine Karşı Bir Çözüm Yolu: Tocqueville'nin Siyasal Kuramı’ (2004) 3 (5) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 149, 154; Aslında Tocqueville, Rousseau'nun genel iradesini bir devlette yaşayan halkın iradesinden ziyade tüm insanlığın genel iradesi olarak genişletmektedir. Bir grup insana –ki bunlar o devletteki halkın çoğunluğu olsalar bile- buyurma yetkisini vermemesini, aslında tüm insanlığın çoğunluğunun iradesine başvurarak açıklamaktadır. Tocqueville, halkın çoğunluğunun buyurma hakkını yadsırken aslında halkın egemenliğine değil insanlığın egemenliğine başvurmaktadır. Alexis de Tocqueville, *Çoğunluğun Zorbalığı* (İnci Malak Uysal çev, Can Yayınları 2020) 47; Tocqueville, eşitlik isteğinin insanın doğasından kaynaklı ahlaki bir istek olduğunu düşünüyordu. Ancak Rousseau'nun genel irade yanılmaz ve çoğunluğa katılmayan azınlık için bile iyi olan kararı verir düşüncesinin aksine Tocqueville, ileri götürülmüş bir eşitliğin özgürlüğü tehdit edeceğini ve çoğunluğun tiranlığına dönüşeceğini düşünüyordu. Sanford Lakoff, ‘Liberty, Equality, Democracy: Tocqueville's Response to Rousseau’ in George Feaver, Frederick Rosen (edr), *Lives, Liberties and the Public Good: New Essays in Political Theory for Maurice Cranston* (Palgrave Macmillan, 1987) 101; Kanaatimizce Rousseau, düşüncesinde çok somut bir şekilde çoğunluğu oluşturan insanların sınırlandırmayan iktidarlara yer vermiş olmasına rağmen bu sınırsız iktidar fikrini kendi de mantıklı bulmamaktadır. Bu nedenle Rousseau, genel iradenin yanılmazlığına, genel iradenin aslında somut bir toplamdaki ibaret olmadığına ve azınlıkta kalanların aslında sadece genel irade denilen bu soyut iradeyi tespit etmeye çalıştığına vurgu yapma gereği görmektedir. Fakat bu durum kanaatimizce içinde bir çelişki barındırmaktadır. Öyle ki milli egemenlik teorisinin soyut millet kavramının karşısına somut bir şekilde tek tek bireylerin toplamını oluşturan halk kavramını koyan Rousseau, genel iradenin bireylerin iradelerinin toplamı olmadığına aksine topluluğun bir iradesi olduğunu söyleyerek büyük bir çelişki içine düşmektedir. Bu çelişki, kanaatimizce Rousseau'nun aslında içten içe salt sayısal çoğunluğa sahip oldu diye bir somut iktidarın sınırsız olmasını kabul etmediğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Rousseau, genel iradeyi ayrı bir soyut irade gibi düşünerek meşrulaştırmak istemektedir. Fakat sonuçta halk egemenliği teorisi, çoğunluğun iradesinin sınırlandırılmasına uzak bir teoridir. Kısacası Rousseau'nun fikirleri ve halk egemenliği teorisi, iktidarı sınırlandırmayı amaçlayan anayasacılıkla bağdaşmamaktadır.

¹¹⁰ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 446.

¹¹¹ Özçelik (n 5) 65.

günümüz koşulları göz önünde bulundurulduğunda halk egemenliği ile temsilcilerin halk tarafından yönlendirildiği ve doğrudan demokrasi araçlarının kullanıldığı bir temsil sistemi bağdaşabilir. Aslında buna temsil sistemi demek de doğru olmayacaktır. Halk egemenliği teorisine göre temsilciler ya da milletvekilleri, gerçek anlamda kendilerini seçen halkın temsilcileri değildir. Rousseau'ya da göre temsilciler halkı temsil eden kişiler değil de olsa olsa geçici görevliler olabilir, hiçbir kesin karara kendi başlarına varamazlar.¹¹² Burada kanaatimizce yüksek nüfustan kaynaklı olarak zorunlu bir milletvekilliği sisteminin kabulü söz konusudur. Milletvekili ya da temsilcilerin ise her an halk tarafından emir ve talimatlarla yönlendirilebilecek ve istenildiğinde görevden alınabilecek kişiler olması gerekmektedir.¹¹³ Ayrıca halkın her zaman doğrudan yönetime katılması da bu teoriyle bağdaşır bir özellik olacaktır. Dolayısıyla halk oylaması, halk teşebbüsü, halk vetosu gibi yarı doğrudan demokrasi araçları bu teoriyle bağdaşmaktadır.¹¹⁴ Halk egemenliğinde millet egemenliğinin aksine seçmenlik bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır, ihtiyari oy bu teorinin bir sonucudur ve bu teori için sınırlı oy ilkesi değil genel oy ilkesi geçerlidir.¹¹⁵ Günümüz demokrasileri açısından düşünüldüğünde reşit olmuş her kadın ve erkeğin hiçbir sınırlama olmaksızın ve vergi verme ya da belli miktar mülkiyete sahip olma gibi şartlar aranmaksızın seçmen olması, halk egemenliği teorisinin sonucudur. Son olarak halk egemenliği, bir bütün olarak egemenin halk olduğunu kabul ettiği için kuvvetler ayrılığı ilkesiyle, iki meclislilikle ve anayasa mahkemesi gibi organların varlığıyla bağdaşmaz.¹¹⁶

Sonuç olarak hem milli egemenliğin hem de halk egemenliğinin temel özelliklerinde bir karşıtlık göze çarpmaktadır. Bu ayrımın temel sebebi de bir teorinin egemenliği soyut bir kişilik olarak millete diğer teorinin ise somut bireylerin toplamı olarak halka dayandırmasından kaynaklanmaktadır.

3. Halk Egemenliğine Dayanan Devlet Modeli: Anayasalı Devlet

Anayasacılık, daha önce de ifade edildiği gibi, geçmişi ve geleceği kapsayan bir millet kavramı üzerine şekillenerek ortaya çıkmış olduğu için belirli bir anda yaşayan halkın iradesini sınırlandırmaktadır. Gerçek anlamda bir anayasal devlette belirli bir andaki halkın çoğunluğunun iradesi anayasa mahkemesi gibi mekanizmalarla denetlenmektedir ve zaten kuvvetler ayrılığı gibi iktidarın dengelenmesi mekanizmalarıyla sınırlandırılmış bir vaziyettir. Dolayısıyla bu bakımdan anayasayı yapan kurucu iktidar, millet adına hareket ederek bugünü ve geleceği

¹¹² Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 446.

¹¹³ “Dolayısıyla bu teori, emredici vekalet sistemini gerektirir. Yani bu teoride egemenlik halka ait olduğuna göre halkın temsilcileri halkın emirleriyle bağlıdır ve bu emirleri yerine getirmek zorundadırlar. Halk verdiği emirleri yerine getirmeyen temsilcileri görevden alabilir. Yani temsilcilerin azli usulü halk egemenliği teorisine uyum içindedir.” ibid 446.

¹¹⁴ ibid 446.

¹¹⁵ ibid 445

¹¹⁶ ibid 446.

bağlayan kararlar almaktadır ve böylece bir bakıma halkı, doğrudan demokratik işleyiş sürecinde bulunmaktan uzaklaştırmaktadır.¹¹⁷ Egemenlik teorileri bakımından incelendiği zaman, aslında bariz bir şekilde böyle bir sonucun halk egemenliği teorisiyle uyşamayacağı görülecektir. Sonuçta halk egemenliği teorisi temelinde inşa edilen bir devlet teşkilatlanması, her zaman belirli bir anda yaşayan insanlardan oluşan halkın demokratik iradesini öncelemek isteyecektir. Böyle bir düşünce temelinde ise bir anayasa metninin var olması sembolik olacaktır. Halk egemenliği teorisine dayanan bir devlet modelinde anayasa metninin var olması o devleti anayasal devlet yapmayacaktır. Zira anayasal devlet, günümüz demokrasilerinde artık halkın çoğunluğunun iktidarını sınırlandıran bir devlet modeli olarak yorumlanmalıdır.

Halkın çoğunluğunun iradesini en üstün tutmayı amaçlayan bir devlet modeli, bu iradeyi sınırlandırmayı amaçlayan bir anayasayı en üstün tutmak isteyen bir devlet modelinden uzak görünmektedir. Gerçekten içerik olarak anayasa denilebilecek bir belge hazırlanıp kabul edilmiş olsa bile bu devlet modelinde halkın demokratik iradesi daha üstün tutulacaktır. Örneğin anayasal denetim yasaklanacak, kanunların anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptali mümkün olmayacak, her konuda son sözü halkın çoğunluğunun söylemesi gerektiği gibi popülist söylemler dile getirilecektir. Hatta anayasacılığın temel amaçları olan iktidarın sınırlandırılması ve bireylerin haklarının güvenceye alınması gibi özelliklerin bile halkın çoğunluğu tarafından değiştirilebileceği ve bunun demokratik olarak meşru olduğu savunulacaktır.

Halk egemenliği teorisinin demokrasi anlamında daha değerli olduğu savunulabilse bile anayasal devlet modeli bakımından savunulamaz olduğu açıktır. Halk egemenliği teorisine dayanılarak bir anayasanın yapılması, anayasacılığın amaçlarının benimsendiği anlamına gelmeyecektir.

5. Halk Egemenliği Teorisine Dayanan Kurucu Referandumun Halkın İradesini Sınırlandırması Çelişkisi

Kanaatimizce anayasanın yapım süreçleri millî egemenlik teorisine daha uygundur. Anayasacılığın amacının iktidarı sınırlandırmak olduğunu ve anayasaların iktidarı sınırlandırmak için yapıldığını düşündüğümüz zaman demokratik ülkelerde o iktidarın aslında halkın yansıması olduğunu da göz önünde bulundurmalıyız. Hatta daha da ileri giderek anayasanın halkı sınırladığını iddia edebiliriz. Yani anayasacılık belirli bir zaman diliminde karar alma çoğunluğuna sahip bireyleri sınırlandırmayı amaçlamaktadır ve anayasalar bu nedenle yapılmaktadır. Bu bakımdan halk egemenliği teorisine dayanan kurucu referandum ile halkın iradesini sınırlandıran bir anayasanın yapılması, kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır.

¹¹⁷ Mithat Sancar, 'Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?' in Ozan Ergül (ed), *Demokrasi ve Yargı* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2005) 45.

Kurucu referandum, kurucu iktidarın anayasa yapım sürecindeki bir usulüdür. Öncelikle kurucu iktidar kavramına bakacak olursak kurucu iktidar, devleti ve anayasayı kuran güçtür diyebiliriz.¹¹⁸ Dolayısıyla burada sıfırdan ve ilk elden kuran-yapan ya da mevcut bir sistem içinde yeniden kuran-değiştiren bir güç söz konusudur. Kısaca kurucu iktidar, anayasayı yapma ve değiştirme iktidarı olarak tanımlanabilir.¹¹⁹ Anayasaların ilk elden yapılması gücü, asli kurucu iktidar olarak ve sonrasında mevcut anayasal sistem içerisinde o anayasaların değiştirilmesi gücü de tali kurucu iktidar olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²⁰ Yani asli kurucu iktidar, sıfırdan ve ilk elden anayasa yapma gücüne sahip olan iktidardır. Bu bakımdan asli kurucu iktidarın, hukuk dışı ve sınırsız bir iktidar olduğu söylenebilir.¹²¹ Ortada bir devlet ve anayasal düzen yokken sıfırdan ve ilk elden hukuk dışı bir şekilde ve sınırsız olan iktidar, asli kurucu iktidar olarak adlandırılmaktadır. Kurucu iktidarın doktrin bakımından kökeni aslında Fransız düşüncesine dayanmaktadır.¹²² Bu bakımdan milli egemenlik teorisinin fikir babası Sieyes ve halk egemenliği teorisinin fikir babası Rousseau, kurucu iktidar kavramı ve asli kurucu iktidar kavramı oluşumu üzerinde de oldukça etkili olmuşlardır. Asli kurucu iktidarın kimliği konusuna da bu açıdan bakmak, bu çalışmanın temel konusu olan egemenlik teorileri bağlamında değerlendirme yapmaya yardımcı olacaktır. Asli kurucu iktidarın kimliği, bu bakımdan iki ayrı şekilde değerlendirilebilir. İlk olarak asli kurucu iktidar, soyut bir kavram olan milletin kendisidir. Sieyes'in milli egemenlik teorisinden hareketle millet, asli kurucu iktidarın kendisidir ve anayasa onun eseridir.¹²³ İkinci olarak asli kurucu iktidar, Rousseau'nun halk egemenliği teorisinden hareketle halktır yani halkı oluşturan tek tek bireylerin toplamıdır.¹²⁴ Sonuç olarak; demokratik bir toplumda anayasayı yapan asli kurucu iktidar ya millettir ya da halktır.

¹¹⁸ Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (Ekin Kitabevi, 1998) 13.

¹¹⁹ ibid 10.

¹²⁰ Teziç (n 60) 156; Gözler, *Kurucu İktidar* (n 117) 11.

¹²¹ Teziç (n 60) 156; "Buna karşın özellikle doğal hukuk savunucuları, asli kurucu iktidarın sınırlı olduğunu iddia etmektedir. Yine bazı görüşler, asli kurucu iktidarın da hukuki olduğunu savunmaktadır. Fakat buradaki asıl ayrım hukuki pozitivizm ve doğal hukuk görüşlerindeki ayırmadan kaynaklanmaktadır." Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (n 117) 24.

¹²² Gözler (n 117) 18.

¹²³ "İlk adım olarak bir anayasa yapılması gerektiğinden bahseden Sieyes, bu anayasayı kimin, nasıl yapabileceğini tartışırken siyasal toplum, ulus ve ulusal iradeye ilişkin tanımlamalarda bulunmuştur. İlk olarak siyasal toplumu ele almıştır. Siyasal toplumun oluşmasında Sieyes'e göre üç evre vardır. İlk olarak birleşmek isteyen sayıca az ya da çok bağımsız bireyler mevcuttur. Bu durumda bile ulus oluşturmuşlardır, kullanmasalar da tüm haklara sahiplerdir. Bu dönem bireysel iradelerle ifade edilir, birleşmek onların eseridir ve iktidarın kaynağı onlardır." Işık (n 39) 190.

¹²⁴ Gözler, *Kurucu İktidar* (n 117) 86.

İlk olarak milletin geçmişi ve geleceği kapsayan soyut bir varlık olduğundan hareketle asli kurucu iktidarın bu milleti temsil eden bir kurucu meclis tarafından kullanılması gerekmektedir.¹²⁵ Dolayısıyla anayasa, milli egemenlik teorisine göre kurucu meclis tarafından yapılmalıdır. Diğer taraftan halk egemenliği teorisinde ise anayasa, hukuki meşruiyetini doğrudan halktan almakta ve halkoylamasıyla (kurucu referandumla) oluşmaktadır.¹²⁶

Kanaatimizce halk egemenliği teorisi, bugün yaşayan bireylerin toplamı olan bir halkın halkoylaması yaparak ileride yaşayacak bireylerden oluşan bir halkın egemenliğini sınırlandırmasını doğru bulmamalıdır. Buna karşılık milli egemenlik teorisi ise milletin bir karar alma anındaki bireylerin toplamından ayrı bir soyut kişiliği olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla buna göre milleti temsil eden bir meclis, soyut millet kişiliğini somut bireylerin toplamından bile korumak için yani çoğunluğun iktidarını sınırlandırmak için bir anayasa yapabilir. Pratik anayasalar ve yapım süreçleri incelendiğinde de mevcut anayasaların aslında o ülkedeki halk tarafından tam anlamıyla desteklenmediği görülmektedir. Anayasalar, halkın çoğunluğunun kararı şeklinde tezahür edip popüler değerleri tanımlayan beyanlar işlevi gördüğünde birey haklarını ve anayasal ilkeleri göz ardı edebilmektedir.¹²⁷

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve halkın iradesini bölüp parçalayacak düşüncelerin varlığı, halk egemenliği teorisine bağdaşmamaktadır. Halk egemenliği teorisi egemenliği bir bütün olarak görmektedir. Bu teoriye göre egemenlik bir bütün olarak halka aittir.¹²⁸ Yine bu teoriyle çoğunluğun iradesini sınırlandıran anayasa mahkemesi gibi kurumların varlığı bağdaşmamaktadır.¹²⁹ Buna karşılık anayasacılık, iktidarı sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Ayrıca malumdur ki anayasal değerlerle halkın çoğunluğunun popüler istekleri genellikle bir çatışma içerisindedir.¹³⁰ Halk egemenliği teorisi ise açıkça halkın isteklerini ön plana almaktadır. Halk egemenliği teorisine göre genel irade en üstündür. Genel iradenin yani halkın iradesinin üstünde başka hiçbir güç kabul edilemez. Peki nasıl oluyor da halk egemenliği teorisine dayanarak bir kurucu referandumla halk, kendi iradesini sınırlandıran bir anayasa

¹²⁵ ibid 83.

¹²⁶ ibid 86; “Anayasaların demokratik usullerle yapım aşamalarına bakılacak olursa halkın katılmadığı bir şekilde hazırlanan anayasanın halkoyuna sunulması, halkın seçtiği bir meclisin hazırladığı anayasanın halkoyuna sunulması ve halkın seçtiği bir meclisin anayasayı hazırlayıp kendisinin kabul etmesi şeklinde üç usul karşımıza çıkmaktadır.” Kaboğlu (n 3) 24; Dikkat edilecek olursa her ne kadar halk egemenliği teorisinin sonucu olarak anayasanın halkoyuyla kabul edilmesi usulü ortaya çıkmış olsa da bu usulün tam anlamıyla halk egemenliğinin uygulanması şeklinde işlemediği iddia edilebilir. Tabi ki bu usulde son söz halka tanınmaktadır. Halkın hazırlanmış olan anayasa tasarısını reddetme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu usulde halkın doğrudan doğruya bir anayasayı yaptığını iddia etmek güç olacaktır. Zira doğrudan demokrasinin gerçek anlamda işletilerek tüm halkın aktif bir şekilde her maddeyi tartışması ve üzerinde istişare ederek anayasayı kabul etmesi mümkün görülmemektedir.

¹²⁷ Mila Versteeg, ‘Popüler Olmayan Anayasacılık’ Şafak Evran Topuzkanamış (çev) (2018) 20 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125, 126.

¹²⁸ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 446.

¹²⁹ ibid 447.

¹³⁰ Versteeg, ‘Popüler Olmayan Anayasacılık’ (n 126) 128.

yapmaktadır?¹³¹ Anayasacılık, kanun koyucu organı ya da halkın iradesini bile örneğin anayasada sayılan temel hak ve hürriyetlere dokunmama bakımından sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Halk egemenliği teorisi, halkın genel iradesini sınırlandırmayı amaçlar ve bu amaç için yine halk referandumuyla bir anayasa yapar mı acaba? Bu bakımdan değerlendirildiğinde halk egemenliği teorisi, halk referandumunu öngörmüş olsa bile bu şekilde yapılan bir anayasayı en üstün saymaz diyebiliriz. Halk egemenliği teorisine göre anayasanın kanunlardan bir farkı olmamalıdır. Zira halk egemenliği teorisine göre halkın genel iradesi nasıl ki her zaman bir kanunu değiştirebiliyorsa ve halk egemenliği teorisi bunu halkın iradesinden başka denetleyebilecek bir üst organ veya yapıyı tanıımıyorsa aynı şekilde anayasa için de benzer şeyleri düşünebiliriz. Halk egemenliği teorisine dayanan halk referandumuyla yapılan bir anayasa, gerçek anlamda anayasal bir devlet sunamayacaktır. Zira halk egemenliği teorisine göre en üstün olan anayasal değerler değil en üstün olan her zaman halkın iradesidir.

C. Parlamento Çoğunluğunun ya da Halk Çoğunluğunun Sınırlandırılması Amacı Olarak Anayasacılık

Anayasacılık, temel olarak iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla hiyerarşik olarak en üstün olan, zor değiştirilen, katı bir anayasanın yapılmasını isteyen bir anlayışa dayanmaktadır.¹³² Bu bakımdan günümüz modern demokrasilerinde anayasalar, bir bakıma çoğunluk iradesini sınırlandıran belgelerdir. Buna karşın halk egemenliği anlayışının hâkim olduğu sosyalist devletlerde halk, işçi ve köylülerden oluşan emekçi sınıftır.¹³³ Dolayısıyla işçi ve köylülerden oluşan emekçi sınıfın yani halkın iradesi, proletarya diktatörlüğünde vücut bulmalı ve bu çoğunluk iradesi sınırlandırılmamalıdır.¹³⁴

Anayasacılığa göre anayasanın üstünlüğü temel ilkedir ve kanun koyucu organ da çoğunluk iradesi de anayasayla sınırlandırılmalıdır.¹³⁵ Anayasanın üstünlüğünü sağlayacak başlıca hukuki teknikler ise katı anayasa ve bir anayasa mahkemesi tarafından yapılan anayasallık denetimidir.¹³⁶ Bu teknikler, halk egemenliği

¹³¹ “Zaten popülist anayasaların azınlık haklarını korumada başarısı olduğu, evrenselci perspektiften uzak olduğu, sınırlı iktidarı sağlayamadığı görülmektedir.” ibid 196.

¹³² ibid 133.

¹³³ Eren (n 24) 64.

¹³⁴ Aslında Marksist düşüncenin kendi içinde tutarlı olması da bunu gerektirir. Anayasacılık mutlak anlamda doğru bir düşüncedir ön kabulü yanlıştır. Sosyalist bir devletin iktidarı sınırlandırmak gibi bir amacı olmamalıdır. Zira devletin sönümlenmesinden önceki evre olan ve özel mülkiyetin ortadan kaldırılması için gerekli olan devrim sonrası proletarya diktatörlüğünün, iktidarı sınırlandıracak bir anayasacılığa ihtiyacı yoktur. Burada zaten iktidar, emekçi halktır. Ve ayrı bir hukuk normunun üstünlüğünü tanımak zorunda değildir. Örneğin; Lenin’in siyasal düşüncesi, emekçi halkın iradesinin yansması olan merkezi iktidarın tamamen sınırsız olması üzerine kuruludur. Lenin’in siyasal düşüncesi, hareket özgürlüğünü tehdit eden, iktidarı sınırlandırıcı ve kuvvetleri bölücü her türlü mekanizmaya karşıdır. ‘Demokratik Merkezîyetçilik’ adı verilen bu düşünce, azınlığın çoğunluğa bağımlı olması, ilkesine dayanmaktadır. George Sabine, *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi* (Özer Ozankaya çev, Cem Yayınevi 2013) 323 vd.

¹³⁵ Versteeg, ‘Popüler Olmayan Anayasacılık’ (n 126) 132.

¹³⁶ Erdoğan (n 20) 26.

teorisiyle bağdaşmamaktadır. Buna karşılık Schmitt, halk egemenliğine dayanan güçlü bir anayasacılık biçimi geliştirmeye çalışmıştır.¹³⁷ Schmitt'in anayasal teorisi parlamentodaki çoğunluğun sınırlandırılmasını savunmaktadır. Ancak Schmitt, bu sınırlandırma yetkisini parlamentodaki çoğunluğa karşı güçlü bir halk çoğunluğuna dayanan popülist ve siyasal bir kuruma vermek istemektedir. Sonuç olarak aslında Schmitt, parlamentodaki çoğunluğun potansiyel tiranlığını basitçe Schmittyen ve popülist bir halk çoğunluğunun potansiyel tiranlığıyla değiştirmektedir.¹³⁸ Dolayısıyla Schmitt'in halk egemenliği teorisine dayanan saf siyasal anlayışa ayrıcalık verme eğilimi, kendi anayasacılık düşüncesinin de altını oymaktadır.¹³⁹

Anayasacılığa göre parlamentonun yapmış olduğu bir kanun anayasaya aykırı olamaz. Aynı şekilde anayasacılığa göre halk iradesinin yapmış olduğu bir kanun da anayasaya aykırı olamaz. Bu bakımdan anayasacılık, azınlıkları çoğunluk iradesinden korumayı ve halkın iradesini sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Buna karşılık millî egemenlik teorisi, anayasacılığın öngördüğü anayasanın üstünlüğünü sağlayan anayasa mahkemesinin anayasallık denetimi gibi ilkelerle bağdaşmaktadır.¹⁴⁰ Millî egemenlik teorisine göre egemenliğin kaynağını oluşturan millet, soyut bir kişilik olduğu için belli bir zaman dilimindeki hiçbir çoğunluk, tüm milletin çoğunluğu olamayacaktır. Aslında bir parlamentonun iradesi de tam anlamıyla milletin iradesini yansıtamaz. Anayasa yargısı ise geçmiş ve gelecek kuşakların iradesine aykırı belirli bir andaki çoğunluğun parlamento iradesini frenlemek suretiyle sınırlandırabilir.¹⁴¹ Dolayısıyla millî egemenlik teorisine göre belirli bir anda oluşmuş olan parlamentonun da belirli bir anda yaşayan halkın da iradesi egemenliğin asıl sahibi olan millet soyut kişiliği adına sınırlandırılmalıdır.

¹³⁷ Lars Vinx, 'Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship' in Matilda Arvidsson, Panu Minkkinen, Leila Brannström (edr), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology* (Routledge 2015) 34 vd <<https://www.repository.bilkent.edu.tr/handle/11693/50886>> Erişim Tarihi: 15.01.2021.

¹³⁸ "Sonuç olarak Schmitt, anayasal yargı ile sınırlanmamış çoğunluk arasında bir orta yol sunmakta başarısız olmuştur." ibid 35; Schmitt'in burada siyaseti ön plana çıkarması, Marksist düşünceyle ilgisi bakımından önem taşımaktadır. Zira Marksist hukuk teorisinde de "hukuk ve siyaset birbirinden ayrılmaz; hukuk siyasetin bir şeklidir." Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri* (2. Bası, On İki Levha 2020) 166.

¹³⁹ Vinx (n 136) 35; "Gao Quanxi ve Chen Duanhong gibi Çin'in önde gelen bazı anayasa teorisyenleri 'anayasacılık' ruhunu içermeyen bir siyasal anayasa düşüncesi ortaya koymaktadır. Siyasal anayasacılık ya da politik anayasacılık (*political constitutionalism*) denilen bu düşünceye sahip düşünürler, Çin anayasasını anlama çabalarında Schmitt'ten ilham almışlardır. Ne var ki Gao, anayasanın normatif doğası gereği siyasi iktidarı sınırlama eğiliminde olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla Gao, anayasayı her ne kadar siyasal olarak yorumlasa da sadece halkın siyasi kararının yansımaları olarak tanımlanması gerektiğini belirtmektedir. Fakat yine de bu düşünceye göre anayasanın iktidarı sınırlandırmasından anlaşılan nihai nokta, partinin liderlik gücünü Ulusal Halk Kongresinin (*National People's Congress*) halk egemenliğine nasıl tabi kılınacağıyla ilgilidir." Qi Zheng, 'Chinese Political Constitutionalism and Carl Schmitt' 2 vd <<https://ssrn.com/abstract=3414042>> Erişim Tarihi 16.01.2021; "Çin anayasası başta olmak üzere sosyalist anayasalarda daha çok Rousseaucu bir halk egemenliği düşüncesine dayanan ve anayasanın üstünlüğünden ziyade halk egemenliğinin (ve halkın iradesinin yansımaları olan Ulusal Halk Kongresinin) üstünlüğünü kabul eden bir düşünce hâkimdir. Örneğin Çin'de halk egemenliğinin yansımaları olan ve en üstün organ olarak görülen Ulusal Halk Kongresi, anayasayı yorumlamak ve anayasal denetim yapmakla yetkilidir. (Ulusal Halk Kongresinin Daimi Komitesi, Kongre adına bu görevi yerine getirmektedir.)" Zengyuan (n 96) 875; Aslında bu düşünceye göre egemenliğin kaynağı halktır. İktidar da halkın çoğunluğudur ve genel irade halkın çoğunluğunun iradesidir. Ulusal Halk Kongresini denetleyecek ayrı bir anayasal yargı organı olamaz. Proleter diktatörlük (ya da halk diktatörlüğü) anayasal yargı organı gibi organlarla sınırlandırılmaz.

¹⁴⁰ Erdoğan (n 20) 25.

¹⁴¹ Gözler, *Anayasa Genel Teori* (n 18) 445.

Sonuç

Anayasacılık, devlet iktidarını sınırlandırmayı ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan anayasacılık, hangi kişi, sınıf veya çoğunluğun elinde olursa olsun iktidarın keyfi olamayacağı ve sınırlı olacağıyla ilgilidir. Ancak bu sınırlılık, devletin kendi içinde olmalıdır. Anayasacılık, devletin egemenliğini zedeleyici olan ve dışarıdan bir müdahaleyle gelen sınırlandırmayı içermemektedir. Egemenliğin kaynağı ne kadar geniş bir tabana yayılırsa egemenliği kullanan iktidar da o kadar sınırlı olacaktır. Örneğin daha sonraları gelişen insan hakları düşüncesi ve bu düşünceye bağlı uluslararası insan hakları mahkemeleri, iktidarlara önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Fakat bu düşünce, egemenliğin kaynağı olarak sayılamayacak, hatta devletlerin egemenliğini zedeleyecek bir düşüncedir. Oysa anayasacılık, devletin en üstün güce sahip bir egemenliği olduğunu ve fakat egemenliği kullanan iktidarın devletin kendi isteğiyle sınırlandırılması gerektiğini yani otolimitasyonu ortaya koymaktadır. Bu bakımdan devletin kendi içinde kendi iktidarını sınırlandırması bakımından milli egemenlik teorisi ön plana çıkmaktadır.

Anayasal devlet, geçmişi ve geleceği kapsayan soyut bir millete dayanarak belirli bir andaki halkın çoğunluğunun iradesini de sınırlandırmaktadır. Anayasal devlet modeli, milli egemenlik teorisine dayanmakta ve soyut bir kavram olan milletten kaynaklı egemenlik düşüncesi sayesinde sınırlı bir iktidar sunmaktadır. Hem iktidarın kuvvetler ayrılığı sayesinde sınırlandırılmış olduğu hem de bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin anayasal güvence altına alınıp denetleniyor olduğu bir anayasal devlet modeli, kanaatimizce milli egemenlik teorisi temelinde yükselmiştir. Buna karşılık halk egemenliği teorisi, temel anayasal ilkelerin bile halkın çoğunluğunun iradesinden üstün olamayacağını savunmak durumundadır. Bu durumda da halkın çoğunluğunun demokratik iradesinin anayasal bir devlet modeli içinde sınırlandırılması kabul edilemeyecektir.

Tarihsel olarak ortaya çıkışları bakımından milli egemenlik teorisinin ve anayasacılığın burjuvaziyle sıkı ilişkisi bulunmaktadır. Eski kralın mutlak iktidarına karşı bir araç olarak kullanılan milli egemenlik, mutlak iktidarın halka geçmesinin önündeki en büyük engel olma görevini de ifa etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir tarafta monarşideki mutlak iktidar diğer tarafta da halkın mutlak iktidarı mevcuttur. Milli egemenlik teorisi ise soyut bir millete dayandırdığı egemenlik düşüncesiyle hem kralın mutlak iktidarını yıkmakta hem de halkın mutlak iktidara sahip olmasını engellemektedir. Kısacası milli egemenlik teorisi, her halükarda sınırlı bir iktidarı sağlamak amacına hizmet etmektedir.

Burjuva sınıfı, milli egemenlik teorisi ile aslında kendi sınıfının çıkarlarını gözetmiş ve anayasa yapım süreçleriyle kendi iktidarını kurumsallaştırma yoluna gitmiştir.

Ancak zamanla kadınların ve mülkiyet sahibi olmayanların da oy verebilmesi gibi gelişmelerle milli egemenlik teorisi artık farklı bir anlama bürünmüş durumdadır. Günümüzdeki anlamları bakımından da milli egemenlik teorisi ile anayasacılık arasında hala sıkı bir ilişkinin var olduğu açıktır. Milli egemenlik teorisi, somut bireylerin toplamından çok daha geniş bir millet tanımı yaparak çoğunluğun iktidarını bile sınırlandırmayı uygun görmektedir.

Demokratik yönetimlerin hâkim olduğu günümüz dünyasında artık anayasacılık, çoğunluğun iktidarını sınırlandırmayı ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini çoğunluğa karşı korumayı amaçlayan bir akım olarak okunmalıdır. Artık günümüz demokratik toplumlarında anayasalar, azınlıklar lehine çoğunluk iktidarını sınırlandırmalı ve bireylerin temel haklarını çoğunluk iktidarına karşı güvence altına almalıdır. Bu bakımdan halk egemenliği teorisine dayanan çoğunluk iradesinin en üstün olduğu kanısının anayasacılıkla ve anayasal devlet modeliyle bağdaşması mümkün değildir. Buna karşılık çok daha geniş bir millet tanımı yapan milli egemenlik teorisinde, egemenliğin kaynağı geçmiş ve geleceği de kapsayan çok geniş bir tabana dayanmaktadır. Dolayısıyla milli egemenlik teorisine göre bir iktidar, çoğunluğa dayansa bile tüm millet adına keyfi karar alamamalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkarlar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: S.N., F.Ç.; Veri Toplama: S.N., F.Ç.; Veri Analizi /Yorumlama: S.N., F.Ç.; Yazı Taslağı: F.Ç.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: S.N.; Son Onay ve Sorumluluk: S.N., F.Ç.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Authors Contributions: Conception/Design of study: S.N., F.Ç.; Data Acquisition: S.N., F.Ç.; Data Analysis/Interpretation: S.N., F.Ç.; Drafting Manuscript: F.Ç.; Critical Revision of Manuscript: S.N.; Final Approval and Accountability: S.N., F.Ç.

Bibliyografya/Bibliography

- Akad M, Vural Dinçol B ve Bulut N, *Genel Kamu Hukuku* (16. Bası, Der Yayınları 2020).
- Aleinikoff TA, 'Sovereignty Studies in Constitutional Law: A Comment' (2000) 17 (2) *Constitutional Commentary* 197-203 <<https://core.ac.uk/download/pdf/217203098.pdf>> Erişim Tarihi 01.01.2021.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (3. Bası, Seçkin Yayınevi 2019).
- Andrew E, 'Jean Bodin on Sovereignty' (2011) 2 (2) *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics and the Art* 75-84 <https://arcade.stanford.edu/sites/default/files/article_pdfs/roflv02i02_Andrew_060111_0.pdf> Erişim Tarihi 01.01.2021.
- Aristoteles, *Politika* (Mete Tunçay çev, 22. Bası, Remzi Kitabevi 2020).
- Arslan R, *Siyaset Bilimine Giriş* (Dora Yayınevi 2016).
- Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (13. Bası, Seçkin Yayınları 2020).
- Başgöl AF, *Esas Teşkilat Hukuku Cilt 1* (Baha Matbaası 1960).
- Beard CA, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (Simon Schuster 1986).
- Butzer KW, *Early Hydraulic Civilization in Egypt: A Study in Cultural Ecology* (Chicago Press 1976) <oi.uchicago.edu> Erişim Tarihi 01.01.2021.
- Delice A, 'Bürokrasi: Monarşiden Cumhuriyete Değişmeyen İktidar' (2014) (17) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 41-61.
- Dinçol, B, 'Çoğunluk Tiranisine Karşı Bir Çözüm Yolu: Tocqueville'nin Siyasal Kuramı' (2004) 3 (5) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 149-163.
- Doğan A, 'Hobbes'un Mutlak Egemenlik Hakkındaki İnkilemi' (2004) (35) *Liberal Düşünce* 117-126.
- Ekiz S, 'Jean Bodin'in Siyaset Felsefesinde Devlet ve Egemenlik' (2020) 22 (2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 633-691.
- Elster J, 'Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process' (1995) 45 (2) *Duke Law Journal* 364-396 <<https://core.ac.uk/download/pdf/190850377.pdf>> Erişim Tarihi 02.01.
- Erdöğän M, *Anayasal Demokrasi* (13. Bası, Siyasal Kitabevi 2017).
- Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2020).
- Eroğlu H, 'Milli Egemenlik İlkesi ve Anayasalarımız' (1984) 1 (1) *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 137-163.
- Eroğul C, *Anatüzeğe Giriş: "Anayasa Hukuku"na Giriş* (7. Bası, İmaj Yayıncılık 2004).
- Eroğul C, *Devlet Nedir?* (İmge Kitabevi 1990).
- Finn JE, *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law* (Oxford University Press 1991).
- Friedrich CJ, *Sınırlı Devlet* (Mehmet Turhan çev, Gündoğan Yayınları 1999).
- Gözler K, *Anayasa Hukukuna Giriş* (29. Bası, Ekin Yayınevi 2020).
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1* (Ekin Yayınevi 2011).
- Gözler K, *Devletin Genel Teorisi* (10. Bası, Ekin Yayınevi 2020).
- Gözler K, *Kurucu İktidar* (Ekin Kitabevi 1998).
- İşık A, 'Sieyes Hala Yaşıyor mu?' (2016) 22 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi* 183-199.

- İbni Haldun, *Mukaddime Cilt I* (Turan Dursun çev, Onur Yayınları 1977).
- Jessop B, 'The State: Past, Present, Future' (2016) 7 *Journal of Ritsumeikan Social Sciences and Humanities* 73-86 <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/re/k-rsc/hss/book/pdf/vol107_08.pdf> Erişim Tarihi 20.12.2020.
- Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar* (15. Bası, Legal Yayınevi 2020).
- Kapanı M, *Kamu Hürriyetleri* (7. Bası, Yetkin Yayınları 1993).
- Kapanı M, *Politika Bilimine Giriş* (BB101 Yayınları 2019).
- Keskin E, *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi: Gelişimi ve Temel Unsurları* (Adalet Yayınevi 2020).
- Kılıç Cepdibi A, 'İrade ve Egemenliğin Politik Alana Yansımasının Tiranik Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme' in Saim Üye, Nadire Özdemir, Zeynep İspir, Funda Kaya, Elif Çağla Yıldız (edr) *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 28. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları 2019).
- Koçak M, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi: Devlet ve Egemenlik: Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar* (Seçkin Yayınları 2006).
- Korkut L, 'Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramsallaştırmaları' (2015) 2 (1) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31-78.
- Kubalı HN, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969).
- Küçük A, 'Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm' (2015) 0 (6) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 311-361.
- Lakoff S, 'Liberty, Equality, Democracy: Tocqueville's Response to Rousseau' in George Feaver, Frederick Rosen (edr) *Lives, Liberties and the Public Good: New Essays in Political Theory for Maurice Cranston* (Palgrave Macmillan 1987).
- Meriç C, *Umrandan Uygarlığa* (28. Bası, İletişim Yayınları 2015).
- Meriç C, *Saint- Simon: İlk Sosyolog, İlk Sosyalist* (21. Bası, İletişim Yayınları 2019).
- Morgan ES, *Inventing the People: the Rise of Popular Sovereignty in England and America* (W. W. Norton and Company 1989).
- Nock AJ, 'Kriminal Bir Örgüt Olarak Devlet' Mustafa Erdoğan (çev) (2021) <<https://www.sosyaltbilimler.org/wp-content/uploads/2021/02/Albert-Jay-Nock-Kriminal-Bir-Orgut-Olarak-Devlet.pdf>> Erişim Tarihi 12.02.2021.
- Norton A, 'Pentecost: Democratic Sovereignty in Carl Schmitt' (2011) 18 (3) *Constellations* 389-402 <<https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00653.x>> Erişim Tarihi 25.12.2020.
- Openheimer F, *Devlet* (Alaeddin Şenel, Yavuz Sabuncu çevr, Phoneix Yayınevi 2005).
- Ormanoğlu HD, 'Modern Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik ve Uluslararası Ceza Mahkemesi' (2018) 9 (4) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 245-274.
- Özbudun E, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015).
- Özçelik S, *Anayasa Hukuku 1: Umumi Esaslar* (Beta Yayınevi 1984).
- Öztürk A, 'Egemenliğin Cumhuriyetçi Yapı Sökümü: Machiavelli, Rousseau ve Ulus Devlet' (2020) (58) *Muhafazakâr Düşünce* 85-106.
- Paine T, *İnsan Hakları* (Mehmet Osman Dostel çev, İletişim Yayınları 2017).
- Prokhnovnik R, 'Internal/ External: The State of Sovereignty' (1996) 2 (3) *Contemporary* 7-20 <<https://doi.org/10.1080/13569779608454737>> Erişim Tarihi 20.12.2020.
- Sabine G, *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi* (Özer Ozankaya çev, Cem Yayınevi 2013).

- Sancar M, 'Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?' in Ozan Ergül (ed) *Demokrasi ve Yargı* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2005).
- Sarıca M, *100 Soruda Siyasal Düşünce Tarihi* (Milenyum Yayınları 2017).
- Sarıca M, *100 Soruda Fransız İhtilali* (Gerçek Yayınevi 1981).
- Sartori G, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion' (1962) 56 (4) *The American Political Science Review* 853-864.
- Saygılı A, 'Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış' (2014) 63 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 185-198.
- Schmitt C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwah çev, The University of Chicago Press 2005).
- Shinoda H, 'Conflicting Notions of National and Constitutional Sovereignty in the Discourses of Political Theory and International Relations: A Genealogical Perspective' (Doktora Tezi, London School of Economics and Political Science 1998) <<https://core.ac.uk/download/pdf/46519243.pdf>> Erişim Tarihi 20.12.2020.
- Sieyes E, 'Tiers Etat Nedir?' Süheyp Derbil (çev) (1951) 8 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 126-207.
- Şahin A, 'Siyasal Düşünceler Tarihinde 'Sınırlı Devlet' Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme' (2011) 15 (3) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 311-362.
- Şenel A, *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşüncesi* (7. Bası, Bilim ve Sanat Yayınları 2019).
- Tanilli S, *Dünyayı Değiştiren On Yıl: Fransız Devrimi Üstüne* (Sayı Yayınları 1989).
- Tarhan G, 'Rousseau ve Sieyes'de Egemenlik Kuramı' (2009) 2 (4) *ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar* 1-23.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta Yayınevi 2020).
- Tocqueville A, *Çoğunluğun Zorbalığı* (İnci Malak Uysal çev, Can Yayınları 2020).
- Turhan M, 'Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı' in Hayrettin Ökçesiz (ed) *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 2. Kitap* (Afa Yayıncılık 1995).
- Uygun O, *Devlet Teorisi* (7. Bası, On İki Levha 2020).
- Uygun O, *Hukuk Teorileri* (2. Bası, On İki Levha 2020).
- Versteeg M, 'Popüler Olmayan Anayasacılık' Şafak Evran Topuzkanamış (çev) (2018) 20 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125-197.
- Versteeg M ve Zackin E, 'American Constitutional Exceptionalism Revisited' (2014) 81 (4) *University of Chicago Law Review* 1641-1707 <<https://www.jstor.org/stable/43151587>> Erişim Tarihi 31.12.2020.
- Vinx L, 'Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship' in Matilda Arvidsson, Panu Minkinen, Leila Brannström (edr), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology* (Routledge 2015) 34-49 <<https://www.repository.bilkent.edu.tr/handle/11693/50886>> Erişim Tarihi 15.01.2021.
- Yıldırım Y, 'Fransız Devrimi'nde Yurttaşlık ve Etkilerine Dair Bir Değerlendirme' (2019) 21 (Ek Sayı) *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 251-271.
- Yayla A, 'Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler' (2012) (66) *Liberal Düşünce* 13-22.
- Yayla A, *Siyasî Düşünce Sözlüğü* (2. Bası, Adres Yayınları 2003).

Yücel B, ‘Westphalia Anlaşmasından Nice Anlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği’ (2006) 10 (1-2) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 165-202.

Zengyuan P, ‘A Comparative Perspective on the United States and Chinese Constitutions’ (1989) 30 (4) *William and Mary Law Review* 867-880 <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=wmlr>> Erişim Tarihi 15.12.2020.

Zheng Q, ‘Chinese Political Constitutionalism and Carl Schmitt’ <<https://ssrn.com/abstract=3414042>> Erişim Tarihi 16.01.2021.

Diğer Kaynaklar

Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> Erişim tarihi 16.12.2020.

Britannica Dictionary, <https://www.britannica.com/topic/constitutionalism> Erişim tarihi 19.01.2021.

Constitution of United States of America, [constituteproject.org/constitution /United_States_of_America_1992](https://constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992) Erişim tarihi 15.12.2020.

Declaration of Human and Civic Rights, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf Erişim tarihi 29.12.2020.

Law Dictionary, www.dictionary.thelaw.com Erişim tarihi 10.11.2020.

TDK Sözlük, Erişim, www.sozluk.gov.tr Erişim tarihi 10.11.2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 06.09.2020
Revizyon Talebi: 15.02.2021
Son Revizyon: 17.02.2021
Kabul: 15.03.2021

Sokağa Çıkma Yasağına İlişkin Emirnameler: KKTC’de Salgın Hastalıkla Mücadelede Olağan Hukuk ile Olağanüstü Tedbirler

Demet Çelik Ulusoy^{*}, Emine Uzuner^{**}

Öz

Tüm dünyada etkisini gösteren yeni tip korona virüs (Covid 19) salgın hastalığı, hükümetlerin etkin ve hızlı kararlar almasını ve anayasal devletin sınırlarının sorgulanmasını gerektiren bir dönem olmuştur. İçinde bulunduğumuz dönemin, koşulları ve ortaya çıkardığı sonuçları itibarıyla olağanüstü olduğuna şüphe yoktur. Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir devlette, ister olağan isterse olağanüstü dönemlerde olsun, iktidarın kullanılması bakımından siyasi iktidarlar her koşulda hukukla sınırlıdır. Olağanüstü durumlarda olağan hukuk çerçevesinde hareket etmek hukuk devletinin sınırlarını zorlayabilir. Bu tür olağanüstü durumlarla mücadele etmek için olağan hukukun uygun araçları da sunması gerekir. Bu araçların bulunmadığı durumlarda ise olağanüstü hukukun uygulanması beklenir. Bu süreç içerisinde Kuzey Kıbrıs’ta da salgın hastalığın önlenmesi amacıyla hızlı tedbirler alınarak uygulanmıştır. Çalışmada, olağanüstü durum ilanına gerek duyulmaksızın, temel hak ve hürriyetlerin durdurulması sonucunu ortaya çıkaran sokağa çıkma sınırlamasının hukuki boyutu üzerinde durulacaktır. Konu, Anayasa’nın temel ilkeleri üzerinden incelenecek, olağan hukuk kurallarıyla alınan salgın tedbirlerinin anayasallığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

KKTC Anayasası, Sokağa Çıkma Yasağı, Gezi ve Yerleşme Özgürlüğü, Emirnameler, KKTC’de Temel Hak ve Özgürlükler

Orders for Curfew: Extraordinary Measures with Ordinary Law in Struggle against Epidemic Disease

Abstract

A new type of coronavirus epidemic affects the entire world. It requires governments to make quick and impactful decisions that push the limits of the constitutional state. There is no doubt that this period is extraordinary due to the circumstances of the situation and the consequences it produced. However, political power is limited in a democratic state based on the rule of law, whether circumstances are ordinary or extraordinary. Legal boundaries get pushed in exceptional circumstances within the framework of existing rules. Ordinary law must offer appropriate tools to combat extraordinary times. In the absence of these tools, extraordinary law is usually enforced. In the process, the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) Government has started to implement rapid measures to prevent epidemics. This study focuses on the legal dimension of the curfew. It reveals the outcome of the cessation of fundamental rights and freedoms without the need for an emergency declaration. The curfew will be evaluated based on the constitutional principles and the constitutionality of epidemic measures taken under the usual law regulations.

Keywords

TRNC Constitution, Curfew, Freedom of Movement and Residence, Orders, Fundamental Freedom and Rights in TRNC

* **Sorumlu Yazar:** Demet Çelik Ulusoy (Yrd. Doç. Dr.), Doğu Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Gazimağusa, KKTC. E-posta: demet.celik@emu.edu.tr 0000-0002-5542-9467

** Emine Uzuner (Yüksek Lisans), Doğu Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Gazimağusa, KKTC. E-posta: emine.uzuner@emu.edu.tr ORCID: 0000-0002-7567-8858

Atf: Çelik-Ulusoy D, Uzuner E, “Sokağa Çıkma Yasağına İlişkin Emirnameler: KKTC’de Salgın Hastalıkla Mücadelede Olağan Hukuk ile Olağanüstü Tedbirler” (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 637. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0007>



Extended Summary

Extraordinary circumstances such as epidemics, economic depression, or natural disasters can cause arbitrary government action in certain circumstances. In these circumstances, governments must make rapid and effective decisions to deal with extraordinary crises. Therefore, power restrictions can be halted temporarily and political powers rarely remain on the edge of the constitutional state borders. Emergency declarations and international conventions are suspended, especially in democratic countries, since extraordinary measures are not taken with existing laws in the battle against epidemics. Therefore, the announcement of an unusual situation is preferred because the political power is not competent enough to appeal to extraordinary measures with legal powers in democratic countries. It was debated whether to impose a curfew with the emergency declaration of coronavirus cases that first appeared in the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC).

The President of the TRNC requested a state of emergency per the Constitution, but the current government stated it was not necessary on that date. There have been several discussions on emergency declarations in public, and they have caused tension between the President and the government. The Constitution states that the Council of Ministers (CM) needs to meet under the minister of the Republic to declare a state of emergency. After that, the deputy Prime Minister and the Foreign Minister said a curfew was out of the question. However, due to the increasing number of cases, more extreme measures were needed.

The government resorted to preventative measures limiting constitutional rights and freedoms. In this context, the curfew, which limits the freedoms of movement and residence, protected by the Constitution (Article 22), is the main subject of this study. The study focuses on the legal dimension of the curfew. It reveals the result of ceasing fundamental rights and freedoms without the need for an emergency declaration. In this context, according to the Curfew Law (1955, Chapter 156) by the CM's Order, partial curfew was declared with few exceptions on March 23 2020. A regulation that predicts a curfew is an Order. The basis of the Order is Chapter 156, an English-era law on the island. An Order is a decision, verdict, written order, or legal process stemming from the Anglo-Saxon legal system in TRNC, especially in administrative law and judicial body proceedings.

In our current extraordinary time, the legislature gives broad regulatory power to the executive. Epidemic disease is a legitimate cause for declaring a curfew that imposes restrictions on travel freedom in the TRNC Constitution. Most importantly, rights and freedoms are limited only by law. Considering these basic constitutional rules, the legality and judicial supervision of the Curfew Law and the procedures carried out accordingly and their compliance with the Constitution, especially the

fundamental rights and freedoms, should be examined. The law does not reflect the current political power enacted and applied here by the English government on that date. This law should not be enforced under the Constitution since it is unconstitutional. In our opinion, it is unconstitutional because Transitional Article 4 of the Constitution states, “The legislation in force on the date of the coming into operation of this Constitution shall continue to be in force, in so far as such legislation is not contrary to or inconsistent with the provisions of this Constitution.” Therefore, the law is not in line with the restraint regime of rights and freedoms (Article 11). Its limits must be clear, predictable, and transparent by law with legitimate reasons. The legislative branch has recently enacted the Law on Infectious Diseases. This law has been inadequate in the fight against the current epidemic in terms of limiting travel freedom. In the Curfew Law context, the Order, as an administrative regulatory action, its enforcement, and related decisions, should be discussed within a constitutional framework.

Sokağa Çıkma Yasağına İlişkin Emirnameler: KKTC’de Salgın Hastalıkla Mücadelede Olağan Hukuk ile Olağanüstü Tedbirler

Giriş

Salgın hastalık, ekonomik bunalım veya doğal afet gibi olağanüstü durumlarda siyasi iktidarlar hızlı ve etkin kararlar almalıdır. Bu gibi durumlarda idarenin keyfi hareket etmesi söz konusu olabilir, iktidarın sınırlandırılması geçici olarak durdurulabilir. Siyasi iktidarlar bu tür özel durumlarda anayasal devletin sınırları içerisinde nadiren kalabilmektedirler¹. Salgın hastalık mücadelesinde de olağan hukuk ile olağanüstü tedbirler alınmayacağından, özellikle demokratik ülkelerde olağanüstü hâl ilanları yapılmış ve uluslararası sözleşmeler askıya alınmıştır. Demokratik ülkelerde olağanüstü hâl ilanının daha fazla tercih edilmesinin nedeni, siyasi iktidarın olağanüstü tedbirlere olağan hukuk yetkileriyle başvurabilecek kadar yetkili olmayışıdır². Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde (KKTC) ilk ortaya çıkan korona virüs vakaları nedeniyle, olağanüstü durum ilanı³ sokağa çıkma yasağı konulup konulmayacağı tartışılmıştır. 13.03.2020 tarihinde KKTC Cumhurbaşkanı, KKTC Anayasası (AY) 124. madde (md) çerçevesinde, Başbakan ve Bakanlar Kurulu’nu olağanüstü toplantıya çağırarak, olağanüstü durum ilanı için gerekli usulün başlatılmasına öncülük etmişti. Olağanüstü durum ilanı kararının alınması için, Bakanlar Kurulu’nun Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanması gerekmektedir. Ancak toplantıda olağanüstü durum ilanı için uzlaşa sağlanamamış, Bakanlar Kurulu bu konuda “daha temkinli ilerlemeyi” tercih etmiştir. Kamuoyunda olağanüstü durum ilanı üzerinden ciddi tartışmalar yaşanmış, Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında da gerginliğe sebep olmuştur.

Müteakiben KKTC Başbakan Yardımcısı ve Dışişleri Bakanı sokağa çıkma yasağının söz konusu olmadığını dile getirmiştir⁴. Ancak artan vaka sayıları nedeniyle, salgın hastalığın yayılmasını önlemek amacıyla daha ciddi tedbirler alınmasının gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede 1955 tarihli Sokağa Çıkma Yasağı Yasası’nın (Fasıl 156) 2. maddesine göre çıkarılacak Bakanlar Kurulu Emirnamesiyle, 23.03.2020 tarihinden bazı istisnalara bağlı olarak kısmi sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir⁵. Sokağa çıkma yasağını öngören düzenleme bir emirname olup dayanağı ise İngiliz

¹ Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti* (1. Bası, Adalet Yayınevi 2010) 239.

² Christian Björnskov ve Stefan Voigt, *The State of Emergency Virus*, ‘Verfassungsblog On Matters Constitutional’ (2020) <<https://verfassungsblog.de/the-state-of-emergency-virus/>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2020.

³ 1985 KKTC Anayasası (AY), Kabul Tarihi: 05.05.1985 RG 07.05.1985. 124. maddesi (md): “Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi üç ayı geçmemek üzere, olağanüstü durum ilan edebilir.”

⁴ KKTC Başbakanlık, ‘Bakanlar Kurulu Kararları Açıklandı’ (13 Mayıs 2020) <<http://kktcbasbakanlik.org/ArtMID/3765/ArticleID/124068/>> Erişim Tarihi 13 Mayıs 2020.

⁵ Kısmi Sokağa Çıkma Emirnamesi, EK III AE202, EK IV BÖLÜM I, ET(K-I) 459-2020 KKTC Resmî Gazete (RG) 22.03.2020/Sayı 48, <<https://basimevi.gov.ct.tr/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020 357. İstisnalar için bakınız: 22.03.2020 tarihli ve 48 Sayılı RG 541.

döneminden kalan kısaca Fası 156 olarak belirtilen yasadır⁶. Bakanlar Kurulu’nun sokağa çıkma yasağını dayandırdığı bu Yasa’nın, sokağa çıkma yasağının yeri, zamanı, sınırları kısacası kapsamı ile istisnalarını belirleyen ve düzenleyici işlem niteliğindeki emirnamelerin hukuken tartışılması gerekmektedir. Ayrıca Yasa ile birlikte emirnamelerde öngörülen yaptırım ve buna bağlı olarak alınan kararların anayasallığı da tartışılmalıdır. İçinde bulunduğumuz olağanüstü durumlarda devletler ya olağanüstü durumun gereklerini karşılamak için yasayı feda eder ve gerekli tedbirleri, hukuka aykırı olsa dahi alırlar veya yasama organı yürütmeye geniş bir düzenleme yetkisi verir. Özellikle ikinci durumda idarenin yetkileri genişlemiş olur ancak hukuk devleti ilkesi ihlâl edilmemiştir⁷. Hukuk devleti idarenin, en temel anlamda devlet faaliyetlerinin belirli olmasını gerektirir. Bunun için hukukun açık, belirgin ve herkese eşit uygulanması gerekir. Hukuk devleti ile somutlaşan hukuki güvenlik, belirginlik, ölçülülük, düzenli ve istikrarlı idare, kazanılmış hak veya suç ve cezada yasallık gibi birçok ilke hukuk devletine güvenin ihtiyacı olan kurallardır⁸. Burada incelediğimiz konu tam da bu ikilemin değerlendirmesi üzerinedir. Zira burada sokağa çıkma yasağına ilişkin mevzuat ile buna bağlı olarak gerçekleştirilen işlemlerin, hukuka uygunluğu ve yargısal denetimi incelenmeli, bunların temel hak ve özgürlükler başta olmak üzere KKTC Anayasası’na uygunluğu irdelenmelidir.

I. KKTC Hukukunda Emirname Rejimi

Emirname; karar, emir (*order*), yazılı emir anlamına gelen ve KKTC’de Anglo-sakson hukuk sisteminin etkisiyle, özellikle idare hukuku alanında⁹ ve kural olarak yargı organının hukuki işlemleri arasındadır. KKTC Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) bir kararında emirname sözcüğünün İngiliz hukuk sisteminin bir kavramı olarak Türk hukuk sistemine yabancı olduğu belirtilmiştir¹⁰. AY’de geçen emirnamelerden ilki (md 151)¹¹ yargısal nitelikli işlemler olup, münhasıran Yargıtay tarafından

⁶ Sokağa Çıkma Yasağı Yasası, Kanun Numarası: Fası 156, Kabul Tarihi: 2 Mayıs 1955, The Cyprus Gazette/ Supplement No 2/ No 3821 5.05.1955.

⁷ Ergun Özbudun, ‘İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları’ (1961) 18(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333, 335.

⁸ Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (1. Basım, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2013) 370 ff.

⁹ KKTC Yüksek İdare Mahkemesi (YİM), Karar Sayısı (KS) 81/2007, D 4/2009, 27.02. 2009. Emir veya yazılı emir bu çalışmada KKTC özelinde ve anayasa hukuku bağlamında incelenecektir. Ancak bu işlemlerin düzenleyici işlem niteliği idare hukuku açısından ayrıca başka bir çalışmayla ele alınıp incelenmelidir. Genel olarak bu tür adsız işlemler arasında ifade edilen işlemlerin, “hiyerarşik üst” niteliği olan yetkililerce, hiyerarşi yetkilerine dayanarak, yasaları yorumlamak ya da açıklamak üzere çıkarıldığı, ancak maddi açıdan, kural koyucu nitelikte olmaları durumunda ise “adsız düzenleyici işlem” olarak kabul edilecekleri belirtilir. Emirnameleri de kapsayacak biçimde adsız düzenleyici işlemlere ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Yeliz Şanlı Atay, ‘*Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*’ (2011) (Yayımlanmamış Doktora Tezi T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin Günday, Ankara) 23-28. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/33957/Sanli%20Atay_Yeliz_tez.pdf?sequence=1> Erişim Tarihi 15.02.2021.

¹⁰ KKTC Anayasa Mahkemesi (AYM), KS 9/93 (D 5/95), 29.06.1995.

¹¹ KKTC AY md 151(3)’e göre bu emirnameler; ‘Yetkisiz tutuklamanın kaldırılması için emirname (Habeas Corpus), bir yetkinin kullanılmasını sağlamak için emirname (mandamus), herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın yanlış bir kararının uygulanmasını önlemek için emirname (Prohibition), bir makamın herhangi bir yetkiye dayanarak işgal edildiğinin soruşturulmasına ilişkin emirname (quo warranto) ve herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın kararının iptali için emirname (certiorari)’dir.

çıkarılmaktadır. Diğer emirnameler ise (md 158)¹², Başsavcı tarafından Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girenlerdir. Bu kuralların dayanağı ‘common law’ hukuk sisteminin etkisinden kaynaklanır¹³. Yüksek İdare Mahkemesi (YİM), emirname çıkarma yetkisinin idarenin bir hukuksal işlem türü olarak yasalarda düzenlendiğini belirtmektedir. Farklı yasalarda geçen emirnameler, idarenin düzenleyici işlemi olarak veya birel idari işlemi olarak kabul edilmektedirler¹⁴.

KKTC Anayasası’nda yürütme organına emirname çıkarma konusunda özel ve ayrıca bir yetki verilmemiştir. Yürütme yetkisi ve görevini kullanan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’nun şekli anlamda, Anayasa ve yasalara uygun olarak (KKTC AY md 5) yaptıkları işlemler yürütme işlemidirler. Bu işlemler belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır. Yürütmenin ayrıca genel, soyut, sürekli ve objektif nitelikte “düzenleyici işlemler”i de bulunur¹⁵. İdarenin, özel hukuktaki gerçek ve tüzel kişilerin irade açıklamalarına oranla daha üstün olan bu türden nitelikli irade açıklamaları, icra ve infaz edebilme yani tek yanlı yürütebilme gücünü haizdir. Bu işlemlerin hukuk düzeninde yürütülebilirlik özelliği bulunur¹⁶.

Yürütme organının düzenleyici işlemler yapabilmesine ilişkin yetkisi Anayasa’da belirtilmiştir. Madde 110’da yürütmenin düzenleyici işlemler yapabileceği,¹⁷ “yürürlükteki mevzuatın, Başbakan ve Bakanlar Kurulunun kendilerine verdiği diğer yetkileri” kullanıp, görevlerini yerine getirebilecekleri ifade edilmektedir. Anayasa’da belirtilen yürütmenin düzenleyici işlemleri; yasa gücünde kararname (YGK), tüzük, yönetmelik ve “diğer düzenleyici işlemler”dir. Her ne kadar sadece ilk üç düzenleyici işlem sayılmış olsa da uygulamada yürütmenin “tebliğ”, “karar”, “ilan”, “duyuru” vb adsız düzenleyici işlemleri de bulunduğu kabul edilmektedir. Doktrinde de yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin takdir yetkisi olduğu ve Anayasa’da belirtilmeyen düzenleyici işlemlerin de yapılabileceği belirtilmektedir¹⁸. KKTC AY’sinde de yürütmeye adsız düzenleyici işlemler yapabilmesi konusunda takdir yetkisi verildiği kabul edilmelidir (md 110/5). KKTC AYM’nin bir kararında yürütmenin düzenleyici işlemlerine karşı oyunda değişen Yüksek Mahkeme’nin

¹² KKTC AY md 158(4) gereğince Başsavcı gerekli gördüğü hallerde Resmi Gazete’de yayımlayacağı bir emirname ile; (b) ...davasız çözümlenmesine yasa ile olanak tanınan yol trafik suçlarını, kendi yönerisi ve sorumluluğu çerçevesinde mahkemelerde kovuşturmak üzere, uygun göreceği bir polis mensubunu” ve (c) “...bakanlıkların veya diğer kamu kuruluşlarının taraf olduğu davalarda, ilgili bakanlık veya diğer kamu kuruluşlarında görevli ve avukatlık yapmak ehliyetine sahip bir hukukçuyu, bu davaları mahkemelerde yürütmekle” yetkilendirebilir.

¹³ Zaim Necatigil, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları* (2. Bası, Lefkoşa: Işık Kitabevi 2015), 18, 300.

¹⁴ KKTC YİM, KS 81/2007, D 4/2009, 27.02. 2009.

¹⁵ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (22. Bası, Bursa: Ekin Yay,2018) 373. Bu hususta ayrıca Yönetimin İşlem ve Eylemleri bakımından hukuksal işlemlerin çeşitleri için bkz. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku* (13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi 2000) 250 vd.

¹⁶ İlhan Özyay, *Gümsüşünde Yönetim* (1. Bası, İstanbul: Alfa Yay 1994) 12.

¹⁷ AY’nın 110. md’si 3(b) bendi gereğince “Başbakan ve Bakanlar Kuruluna sunulmak üzere bakanlığını ilgilendiren kararname, tüzük ve yönetmelikleri hazırlamak...” ve (c) bendi gereğince “Kendi bakanlığını ilgilendiren herhangi bir yasa ve bu yasalara uygun olarak çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerin uygulanabilmesi için yönerge, genelge ve benzeri metinleri yayımlamak...”.

¹⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (n 15) 360 ff.

bir üyesi, hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi olduğunu, Anayasa ve yasalardan sonra gelen düzenlemelerin tüzük veya yönetmelik olabileceğini belirtmiştir. Yargıca göre bu husus Anayasa’da açıkça belirtilmiş olup yürütme organınca emirname gibi “başka düzenlemeler yapılması veya yapılan düzenlemelere başka bir isim verilmesi doğru” değildir. Bunun nedeni ise AYM’nin bu işlemleri soyut norm denetimi yoluyla denetlememesidir. Bu koşullar altında adı emirname olan düzenlemeler soyut norm denetiminden kaçırılabilir¹⁹. Yürütmenin adsız düzenleyici işlemleri kural olarak “yönetmelik benzeri” şeklinde anılmakta, yönetmelikler de sadece yazılı olmak ve ilan edilmek koşulları dışında, özel bir şekil şartına bağlı olmaksızın kamu hukukunun serbestçe yapabildiği işlemlerdir²⁰.

Yürütme organının düzenleyici işlemleri yasaya dayanmalı (*secundum legem*), yasama organı gibi ilk elden bir düzenleme yapmamalıdır²¹. Yürütme organının düzenleme yetkisinin kaynağı yasadır. Dolayısıyla yürütme yetkisi, kendisine yasayla verilen yetki çerçevesinde kullanılabilir. Bu yetki aynı zamanda yasaya aykırı (*intra legem*) olmamalıdır²². Anayasa’nın 5. maddesi de yürütme yetkisinin Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılması gerektiğini belirterek, yürütme organı düzenleyici işlemlerin yasanın çizdiği sınırlar içerisinde olması gerektiğini ortaya koymuştur.

KKTC’de salgın hastalıkla mücadelede başvurulmuş tedbirlerden biri olan ve sokağa çıkma yasağını düzenleyen 202 sayılı Emirname de yürütme organının düzenleyici işlemidir. İşlem şekli anlamda yürütme işlemi ancak maddi anlamda ise genel, soyut, objektif ve sürekli nitelikte olduğundan yasama işlemidir. Maddi kriter genel, soyut, objektif kişilik dışı ve sürekli nitelikteki işlemlerin sadece yasama işlemi niteliğinde olabileceğini belirtmektedir. Hâlbuki yürütmenin düzenleyici işlemleri de kural-işlem niteliğinde, genel, soyut objektiftir. Maddi nitelikleri açısından yasama işleminden ayrılmazlar. Bu nedenle maddi kriter idari fonksiyonu yasama fonksiyonundan ayırmaya imkan vermez²³. Emirname yürütme organı tarafından yapılmakta, kaynağını yasalardan almaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, “Bakanlar Kurulu kararlarına istinaden yapıldığı için bir nevi Bakanlar Kurulu kararı sayılırlar”. AYM emirnamelerin denetiminde ihtiyatlı davranmaktadır ancak bazı kararlarında verilen karşı oylarda emirnamelerin yönetmelik veya tüzük biçiminde düzenleyici işlem olmaları halinde iptal davasına konu olmaları gerektiği belirtilmiştir²⁴.

Bakanlar Kurulu’nun sokağa çıkma yasağının dayanağı olan bu Emirnameler, İngiliz döneminden kalan 1955 tarihli Fasil 156’ya dayanmaktadır. Bu Yasadan hareketle kabul edilen 202 sayılı Emirname ile gezi ve yerleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesi dışında, sokağa çıkma yasağına uymayanlar hakkında da

¹⁹ KKTC AYM, KS 9/93 (D 5/95), s. 173 29.06.1995.

²⁰ Özay (n 16) 375.

²¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (n 15) 360.

²² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (10. Bası, Bursa: Ekin Yay 2018) 374.

²³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (n 22) 373. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I* (2. Bası, Bursa: Ekin Yay 2020) 893-894.

²⁴ KKTC AYM, KS 9/93 (D 5/95), 29.06.1995.

yürürlükteki mevzuat çerçevesinde yaptırım uygulanacağı ifade edilmiştir. Bakanlar Kurulu bu yaptırımı düzenleyen Fası 156'nın suç ve cezalara ilişkin son hükmünü (md 4) değiştirerek güncellenmiştir. Ancak bu değişiklik, 8/2020 sayılı Yasa Gücünde Kararname ile kabul etmiştir²⁵. Bu çerçevede öncelikle bütün bu işlemlerin temeli olan Fası 156'nın anayasaya uygunluğu tartışılmalıdır.

II. Sokağa Çıkma Yasağının Anayasaya Uygunluğunun İncelenmesi

Salgın hastalık mücadelesinde özellikle en temel başvuru tedbir gezi ve yerleşme özgürlüğünü sınırlayan ve sokağa çıkma yasağı öngörerek bunu yaptırımı bağlayan sokağa çıkma yasaklarıdır. Bu çerçevede öncelikle Sokağa Çıkma Yasağı Yasası, Bakanlar Kurulu'nun Sokağa Çıkma Yasağı koymasına ilişkin yetkisi ve bu çerçevede yürürlüğe konulan emirnamelerin anayasal denetimi incelenmelidir.

A. Sokağa Çıkma Yasağı Yasası'nın Anayasaya Uygunluğu

Kanunlar doğru oldukları için değil yasa oldukları için yürürlükte kalırlar.

Michel de MONTAIGNE²⁶

Yürütme organı sokağa çıkma sınırlamalarına ilişkin yetkisini, Fası 156'ya (md 2) dayandırmıştır. Buna göre;

“Bakanlar Kurulu, kamu güvenliği ve kamu düzeninin idamesi için emretmeyi uygun görmesi halinde, herhangi bir zaman bir Emirname ile hiçbir kişinin, Emirnamede belirlenecek bir kişinin vereceği yazılı bir izin verdiği yetki olmadan Emirnamede belirlenecek alan içinde ve saatler arasında sokağa çıkmamasını emredebilir”²⁷.

İlgili madde, hukuk dili açısından anlaşılır nitelikte olmadığı gibi, yürütme organına sınırları çizilmemiş, belirsiz ve geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Bugüne değin 202 Sayılı Emirname başta olmak üzere diğer birçok emirnameyle sokağa çıkma yasakları öngörülmüş, salgın hastalıkla ilgili gelişmelere göre bu emirnamelerde değişiklikler yapılmıştır²⁸.

²⁵ İlgili 8/2020 Sayılı Yasa Gücünde Kararname, 50 Sayılı RG İle 25.03.2020'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Sokağa Çıkma Yasağı Yasası Hakkında Yasa Gücünde Kararname, Kabul Tarihi: 23.03.2020 Kararname Sayı: 8/2020.E.T(K-I) 488-2020 RG 25 Mart 2020/50/s 127.

²⁶ Özyay (n 16) 695.

²⁷ Fası 156 Sokağa Çıkma Yasağı Yasası'nın ilgili 2. md devamında ‘Ancak Bakanlar Kurulu, Emirnamede belirlenecek kişileri veya belirli sınıflardaki kişileri Emirname kurallarından bağışık tutabilir. Yine ancak, Bakanlar Kurulu, Emirnamede belirlenecek herhangi bir kişiye, mutlak takdirine göre, Emirnamedeki herhangi bir belirli alanda (veya herhangi bir kısmında) Emirnamenin uygulanmasını askıya almaya, askıya almayı sona erdirmeye ve Emirnamenin yürürlükte olduğunu ilân etmeye yetki verebilir’ ibaresi yer almaktadır.

²⁸ KKTC Bakanlar Kurulu 22.03.2020 tarihinde 48 Sayılı RG İle ilk olarak 202 Sayılı Kısmı Sokağa Çıkma Yasağı Emirnamesi kabul ederek yayınlamıştır. Bugüne değin aynı konuda birçok emirname yayınlanmıştır. Ancak ilk emirnamenin ardından Bakanlar Kurulu, 25.03.2020 tarihinde 50 Sayılı RG'de 8/2020 sayılı Sokağa Çıkma Yasağı Yasası Hakkında Yasa Gücünde Kararname yayınlamıştır. 202 Sayılı Emirnameye uymayanlar aleyhinde yaptırım öngörmüş ve Fası 156'nın 4. maddesinde öngörülen suç ve cezalara ilişkin hükmünü bu kararname ile değiştirmiştir. BK bunun dışında sırasıyla; 51, 54, 57, 58, 59, 62, 68, 71, 73, 76 ve 79 sayılı Resmî Gazetelerde sokağa çıkma yasaklarına ilişkin emirnameler yayınlamıştır. <http://basimevi.gov.ct.tr/>

Emirnamelerin dayandığı ilgili Fasil 156 Kıbrıs'ın İngiliz döneminde çıkarılmış bir yasadır²⁹. 1955 tarihli Yasa, bugün ne Güney Kıbrıs'ta ne de İngiltere'de uygulanmamaktadır³⁰. Yasa'nın KKTC'de halen yürürlükte olması, Jefferson'ın yeni kuşaklar teorisini akla getirmektedir. Bu teoriye göre geçmiş kuşakların iradeleri gelecek kuşakları bağlamaz. Her anayasa ve her yasa doğal olarak 19 yılın sonunda yürürlükten kalkmalıdır. Böylelikle bir sonraki kuşağın yürürlükten kaldırma yetkisini kullandığı söylenebilir, bu da onları özgür kılacaktır³¹. Jefferson “Dünya yaşayanlara aittir, ölümlere değil”³² sözüyle, her kuşağın hangi siyasal, hukuki ve ekonomik kurumlar içinde yaşamak istediğine karar verme konusunda özgür olduğuna işaret etmiştir³³. Dolayısıyla Fasil 156'nın yürürlükte olması bugün salgın hastalık nedeniyle uygulanmış olması bugünün kuşaklarının belirli bir ihtiyacından kaynaklanmamaktadır. Yasa'nın hala yürürlükte olması hem siyasal iktidarların bu tür boşlukları doldurma konusundaki zayıflığını göstermekte hem de çok yakın zamanda KKTC'de yürürlüğe giren 45/2018 sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası'nın yeterince nitelikli olmadığını göstermektedir. Zira içinde bulunduğumuz salgın hastalık ile mücadelede öncelikle uygulama alanı bulması gereken norm Bulaşıcı Hastalıklar Yasasıdır. Ayrıca, Anayasa'da açıkça güvence altına alınan gezi ve yerleşme özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar da bu koşullarda yine bu 45/2018 sayılı Yasada öngörülmüş olmalıydı.

Şüphesiz Fasil 156'nın hala yürürlükte olmasının kaynağını Anayasa'da aramak gerekir. Öncelikle 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti (KC), daha sonra 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD) ve son olarak 1985 KKTC Anayasalarında bu tür eski dönemlerden kalan yasaların yürürlüğü için geçici maddeler öngörülmüştür. Fasil 156 KKTC Anayasası gereğince yürürlükteki mevzuat sayıldığına göre, 1975 KTFD ve hatta 1960 KC döneminde de yürürlükte olduğu söylenebilir. Nitekim KC AY'sine göre (md 188) cumhuriyetin kurulduğu süreçte yürürlükte olan yasalarla ilgili olarak şu hüküm bulunmaktadır;

²⁹ İngiliz idaresi altında 1957 yılında bu Yasaya bağlı olarak Karavas, Larnaca ve Lapithou bölgelerinde sokağa çıkma yasakları getirilmiştir. The Cyprus Gazette, Supplement No. 3, Subsidiary Legislation (28.11.1957) <https://sbaadministration.org/home/legislation/01_02_09_02_PartII-SubLeg-Cyprus/CyGaz-.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020. Yasa'nın o tarihte uygulanması Yunanistan ve İngiltere arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiği gerekçesiyle davaya konu olmuştur. *Greece v. United Kingdom* kararı AIHS 15. maddeye ilişkin ilk dava olarak ifade edilir. Bu Karar'da İngiliz Hükümetinin Kıbrıs'ta o dönemde olağanüstü hal ilan etmesi özellikle Yunan Devleti tarafından tartışmalara konu olmuştur. Komisyon İngiltere İmparatorluğunun bir parçası olarak Kıbrıs'ta böyle bir ilanın yapılmasının hükümetin ilgili takdir yetkisini belirli sınırlar içinde muhafaza edeceğini belirtmiştir. Karara göre Hükümet milletin hayatının tehdit edildiği durumlarda bir takdir yetkisi sahiptir ancak bu takdir yetkisi Avrupa denetimine tabi olacaktır. *Greece v. United Kingdom*, Appl. No. 176/56, (26.09.1958) Ayrıca bkz Bart van der Sloot, ‘Is All Fair in Love and War? An Analysis of the Case Law on Article 15 ECHR’ (2014) 53 (1) *Military Law and the Law of War Review* <https://bartvandersloot.com/onewebmedia/Is_all_fair_in_love_and_war_forthcomming.pdf> 26.04.2020.

³⁰ Adada Kıbrıslı Türklerin idaresinde sırasıyla; 1878-1960 yılları arasında “İngiliz” idaresi; 1960 “Kıbrıs Cumhuriyeti”; 1963-1967 arasında Türk toplumu “Genel Komite”; 1967’de “Kıbrıs Geçici Türk Yönetimini”; 1974 sonrası “Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi”; 1975’te “Kıbrıs Türk Federe Devleti” ve 1983 tarihinde “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti” ilanı edilmiştir. KKTC Anayasası 07.05.1985’te yürürlüğe girmiş bugüne değin uygulanmaktadır. Necatigil (n 13) 1 ff.

³¹ Thomas Jefferson, ‘Thomas Jefferson to James Madison’ (1789) 15(27) Princeton University Press 1958, 392 <<https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>> Erişim Tarihi 20 Mart 2020.

³² David A Strauss, ‘Common Law, Common Gorund and Jefferson’s Principle’ (2003) 112 *The Yale Law Journal* 1717, 1721.

³³ Salih Akkanat, ‘Kurucu İktidara Dayalı Bir Demokrasinin İmkânı: Siyasal Bir Yaklaşımı’ (2015) 48(2) *Amme İdaresi Dergisi* 1, 6.

“...Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan bütün yasalar, ...gerek değiştirme, gerek ilave veya gerekse kaldırma sureti ile, tadil edilinceye kadar; bahis konusu tarihte ve bundan sonra yürürlükte kalırlar ve bahis konusu tarihten itibaren bu Anayasaya uymaları için yapılması gerekli tahvillerin yapılması suretile yorumlanır ve uygulanır”³⁴.

Fasıl 156 sayılı Yasa'nın orijinal metninde, sokağa çıkma sınırlaması konması konusundaki yetki, o dönemin İngiliz hükümetince atanan Vali'ye verilmiştir. Vali, “kamu güvenliği” ve “kamu yararı” doğrultusunda gerek görürse, herhangi bir yerde sokağa çıkma yasağı ilan edebilir. Vali'nin bu yetkisini bir karar biçiminde kullanacağı belirtilmiştir³⁵. Yasa'nın İngiliz döneminde Vali'ye verdiği sokağa çıkma yasağına ilişkin Karar yetkisinin, bugünkü şekliyle Bakanlar Kurulu'na emirname çıkarması biçiminde değiştirildiği görülmektedir. Yasa'nın nasıl güncel hukuk düzenine uyarlanacağı konusundan KC AY'sinde ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Anayasa'nın md 188/3 (b) bendinde İngiliz dönemindeki yasalarda Valiye veya Valilik Meclisi'ne yapılan atflar;

“bu Anayasanın açık hükümlerine göre, ayrı ayrı veya müştereken Cumhurbaşkanına ve Cumhurbaşkan Muavinine, Cemaat Meclislerine açıkça ayrılanlar dışında teşrii kuvvetin kullanılması ile ilgili konularda Temsilciler Meclisine, bu Anayasa gereğince yetkisine dâhil bütün konularda ilgili Cemaat Meclisine ve icra kuvvetinin kullanılmasına dair konularda Bakanlar Kuruluna” yapılan atflar olarak kabul edilecektir.

Ayrıca AY'nin “...herhangi bir hükmüne aykırı veya uyuşmaz olan” (md 188/2) hiç bir yasa yürürlükte kalamayacaktır. KC AY'sinin ardından gelen 1975 KTFD AY'sine göre, o tarihe kadar kabul edilmiş mevzuatın “anayasanın kurallarına veya bu anayasa uyarınca uyulacak kurallara aykırı olmayanları, yürürlükte”dir³⁶. KKTC'de Fasıl 156'nın yürürlükte olmasının dayanağı ise, KKTC AY'nin Geçici 4. maddesidir. Maddeye göre “...Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte” kalacaktır.

Yukarıda verilen geçici hükümler arasında en detaylısı 1960 KC Anayasasında bulunmaktadır. AY'de (md 188/4) “...yürürlükte kalan herhangi bir yasanın hükümlerini uygulayan Cumhuriyet dahilindeki herhangi bir mahkeme, bu Anayasa hükümlerine uygun kılmak için gerekli olabilecek tahvilleri yaparak uygular” denilmektedir. Buna göre İngiliz döneminde kabul edilmiş yasalarda, geçen her ifadenin otomatik olarak belirli bir organa tevdi edilmeyeceği, işlemin niteliğine

³⁴ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası madde 188, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, Numarası:0/1960, Kabul Tarihi:06.04.1960 Yürürlük Tarihi:16 Ağustos 1960.

³⁵ Curfew Law, 1955 Cyprus Law, <http://www.cylaw.org/nomoi/arith/1955_1_017.pdf> Erişim Tarihi 02 Nisan 2020; Yasa'nın ilgili orijinal metni şu şekildedir; “The Governor may, if he deems it expedient so of to do in the interests of public safety and the, Curfews maintenance of public order, at any time by Order direct that no person in any area specified in the Order shall be out of doors between such hours as may be prescribed by the Order except under the authority of a written permit granted by such person as may be specified in the Order.” Yasanın tam orijinal adı “A Law to Provide for The Imposition of Curfews in the Interests of Public Safety and the maintenance of Public Order” biçimindedir. Supplement No. 2, Legislation The Statute Laws of Cyprus No. 11 of 1955 The Cyprus Gazette No. 3821, Kabul Tarihi: 05.05.1955.

³⁶ Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası (KTFD), Numarası: 0/1975, Kabul Tarihi: 13 Şubat 1975 Yürürlük Tarihi: 08.06.1975 Geçici md 1.

göre yorumlanacağı belirtilmiştir. Özellikle yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin konularda bu yetkinin yasama organının yetkisi biçiminde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Somut olayda da Fasil 156 gibi kapsamı ve içeriği ile sınırlı olan bir Yasa'ya dayanılarak, yürütmeye temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte idari bir işlem olan Emirname ile sokağa çıkma yasağının getirilmesi yetkisi verilmektedir. Bu açıdan bakıldığında ilk etapta Anayasa'ya yasallık, hukukun üstünlüğü, hukuki güvenlik ve belirlilik açısından aykırıdır. KKTC AYM iç hukuk düzenlemeleri bakımından devletlerin hukuki kesinlik veya yasallık ilkelerine uyum göstermesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları bakımından gerekli olduğu, bu gerekliliği yerine getirilmediği durumlarda sınırlama tedbirleri açısından devletin amaçlarının meşruiyetini veya orantılığını ele almak için de bir sebep kalmayacağı aktarılmıştır³⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) KKTC Hukuku bakımından da iç hukukta ve yasalarla eş değer kabul edilmektedir³⁸. AİHM'in yerleşik içtihatlarına göre temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların yasa ile öngörülmesi, sadece iç hukukta bir dayanağının olmasını değil, aynı zamanda onun 'yasa niteliğine' de sahip olmasını gerektirir. Mahkeme maddi anlamda yasa anlayışını benimsemekte ve somut olayda sınırlama aracının adı ile bağlı olmayıp, yasa niteliğini taşıyıp taşımadığını araştırmaktadır³⁹. Mahkeme sınırlama aracı olarak yasanın kaliteli olmasını, sınırlamada başvuru tedbirin aynı zamanda "yasa kavramının niteliklerini taşıması" gerektiğini belirtir. Kısaca bir düzenlemenin adının yasa olması yeterli değildir aynı zamanda nitelikli, kaliteli olması da gerekir. Buna göre yasa aynı zamanda ulaşılabilir, "erişilebilir" olmalı, "kişilerin belirli bir eylemin doğurabileceği sonuçları, şartların izin verdiği ölçüde öngörebilmelerini ve davranışlarını düzenlemelerini, gerekirse uygun tavsiyeler ile birlikte sağlayacak şekilde yeterli kesinlikte formüle" edilmiş olmalıdır. Her ne kadar AİHM içtihatlarında bir düzenlemenin yasa biçiminde nitelendirilmesi, Sözleşmeye uygun bir sınırlama yapıldığı anlamına gelmez. Bunun yanında yasa ulaşılabilir olmalı ve bireylerin davranışlarını kurallara göre ayarlayabileceği ölçüde açık ve sarih, öngörülebilir olmalıdır⁴⁰. Mahkeme bu tür bir yasanın "öngörülebilir", "belirli olması" kriterlerini de "hukuki güvenlik" açısından aramaktadır⁴¹.

³⁷ KKTC AYM, KS 14/2015, D 9/2017, 29.06.2017, 26.

³⁸ KKTC AY md 90.39/1962 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi Ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Yasa Kanun Numarası: 39/1962, Kabul Tarihi:24.05.1962, Cyprus Government Gazette No 157, Supplement I.

³⁹ Kerem Altıparmak ve Onur Karahanoğulları, 'Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun' (2004) 3 (1) Hukuk ve Adalet Dergisi 249, 254 ff.

⁴⁰ *Gülcü v Türkiye* App no 17526/10 (ECHR, 2016) ; *Sunday Times v Birleşik Krallık*, (no 1) Series A no 30 App No:6538/74 (ECHR,26 Nisan 1979) para 49.

⁴¹ *Association Ekin v Fransa* App no 39288/98 (ECHR,2001) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid:\[001-59603\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid:[001-59603]})> Erişim Tarihi 19 Nisan2020.

Mahkeme “yasa” kavramını oldukça geniş yorumlamaktadır. Ona göre yasa kısaca yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümdür⁴². Common law hukuk düzeninde, yazılı olmayan hukuk da yasayla düzenleme kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. AİHM, idarenin düzenleyici işlemleri ve yargıç yapımı hukukun da yasallık ilkesini karşıladığını kabul etmektedir⁴³. Yasayla öngörülme kriteri yukarıda belirtilen; ilgili kişiler açısından yeterli derecede ulaşılabilir olması ve hükmün ilgili kişilerin, davranışlarını bu hükmü göre yönlendirebilme ve eylemlerinin sonuçlarını belli koşullar altında öngörebilmeye olanak sağlayacak kadar açık olması ilkeleri dışında, müdahalenin mevzuatta ya da yargı içtihatlarında yer alan bir hükmü dayanması ilkesini de içerir⁴⁴. Sokağa çıkma yasaklarına ilişkin emirnameler maddi niteliği itibariyle bir yasa işlemi olarak kabul edilse dahi, Fası 156 da dâhil olmak üzere, AİHM’in kaliteli yasadaki beklediği kriterleri karşılamamaktadır. TC Anayasa Mahkemesi sınırlamalar bakımından hem şekli anlamda yasa kriterini, hem de içerik olarak belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır⁴⁵.

KKTC konum itibariyle birçok medeniyetin ve dolayısıyla birçok hukuk sisteminin etkisi altında kalmış, ancak kendi iç hukukunu yenileme konusunda yeterince etken olamamıştır. KKTC’ye oranla vaka sayısı daha fazla olan Güney Kıbrıs’ta sokağa çıkma yasağı da dâhil olmak üzere birçok tedbir alınmaktadır. Orada alınan tedbirlerin 1932 tarihli ve Fası 260 sayılı Karantina Yasası’na (Fası 260) dayandırıldığı görülmektedir⁴⁶. Fası 260 KKTC’de de yürürlükteydi ve içeriğinde kısaca kamu sağlığı nedeniyle alınacak tedbirler öngörülmekte, salgın hastalık nedeniyle Bakanlar Kurulu’nun alacağı tedbirlerin çerçevesini, bu tedbirlerin hangi amaçla nasıl alınacağı, tedbirlere uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımları biraz daha kapsamlı düzenlemekteydi. Daha detaylı nitelikteki bu Yasa, 2018 tarihli Bulaşıcı Hastalıklar Yasasıyla yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁷. Ancak ne ilginçtir ki 2018 yılında yürürlüğe giren bu Yasa salgın hastalık kapsamında alınan tedbirleri karşılayamamış, KKTC hükümeti salgın hastalıkla ilgili aldığı sınırlayıcı tedbirleri daha eski tarihli ve kapsamı dar olan 4 maddelik Fası 156 kapsamında almıştır. Tam olarak salgın hastalıklarla ilgili olsa da ne yazık ki Bulaşıcı Hastalıklar Yasası konuya ilişkin hükümlerde yeterince net değildir.

⁴² *Gülçü v Türkiye*, para 58.

⁴³ Altıparmak ve Karahanoğulları (n 39) 255.

⁴⁴ Haşim Özpolat, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri’ (2018) 9(33) *TAAD* 609, 610.

⁴⁵ Ali Karatay Başvurusu, AYM 2012/990, 10.12.2014 para 48; Özpolat (n 44) 610 ff.

⁴⁶ Güney Kıbrıs bu süreçte Karantina Yasası’ndan aldığı yetkiyle kararnamele düzenleme yapmaktadır. Bkz Minister of Health, ‘Minister of Health to issue new decree under the Quarantine Law Act’, (*Minister of Health Cyprus*, 30.03.2020) <https://www.pio.gov.cy/coronavirus/en/press/30032020_19.pdf> Erişim Tarihi 18 Nisan 2020. Karantina Yasası, The Quarantine Law, 1932, Kabul Tarihi: 26.02.1932. RG 09.03.19327 Cyprus Gazette No. 2201 of the No. 17 of 1932 <http://www.cylaw.org/nomoi/arith/1932_1_017.pdf> Erişim Tarihi 03 Nisan 2020

⁴⁷ 45/2018 Sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası, Kanun Numarası: 45/2018, Kabul Tarihi: 10 Aralık 2018. <<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/45-2018.docx>> Erişim Tarihi 17 Mart 2020.

Yasa çağın gereklilikleri ve salgın hastalıklar konusunda oldukça detaylı düzenlemeler içermesine rağmen, salgın hastalık nedeniyle sokağa çıkma sınırlaması öngörmemiştir. Yasa böyle bir sınırlama getirmiş olsaydı, gezi özgürlüğüne uygun nitelikte olabilecekti. Zira AY’de gezi özgürlüğü, ancak ulusal güvenliği sağlama ve salgın hastalıkları önleme amaçlarıyla ve yasayla sınırlanabileceği öngörülmüştür (md 22). 45/2018 sayılı bu Yasa’da KKTC’de “tehlikeli bir epidemik veya bulaşıcı hastalığın tehdidi veya etkisi altında olduğunda, Bakanlık, bir hastalığın önlenmesi ve hafifletilmesi için Dünya Sağlık Örgütü’nün önerilerini dikkate alarak uygun bulunduğu hususlarda tedbirler” (md 36) alınabileceği belirtilmiştir. Burada da Fasil 156’da olduğu gibi yürütmeye geniş, çerçevesi ve sınırları belirtilmemiş bir yetki verilmiş, tedbirlerin sınırları açık, öngörülebilir bir çerçevede ortaya konulmamıştır. 2018 tarihli bu Yasa’da değişiklik yapılmalı, salgın hastalıkların engellenmesi adına sokağa çıkma yasağı konulabilmesi için hükümetin yetkilerini açıkça ortaya koymalıdır. Bu yetkilerin sınırları da açıkça belirtilmelidir. Kanımızca ancak bu şekilde AY’deki gezi ve yerleşme özgürlüğüne uygun bir yasal düzenlemeden söz edilebilir.

Mevcut sokağa çıkma yasağının dayanağı olan Fasil 156 önemli ölçüde meşruiyetini kaybetmiş bir yasadır. Meşruiyet sadece yasallık kavramına indirgenemez. Kavram, “bir kurum veya kuralın kendinin üstünde bulunan hukuksal ya da etik bir norma uygun olmasını” ifade eder⁴⁸. Dolayısıyla bir defalığına tanımlanan ve her dönem geçerliliği bulunan bir olgu değildir, sürekli yenilenir⁴⁹. Atay’a göre “zaman içerisinde gelişen ve değişen şartların sonucu olarak toplumda egemen olan meşruluk anlayışı değişebilir” sonuçta da pozitif normların toplumsal dayanakları ve etkinlikleri zayıflar. Dolayısıyla meşruiyet kaybedilir, siyasi iktidarın yasallık temeli ortadan kalkar⁵⁰. Fasil 156, yürürlüğe girdiği dönemin ruhunu yansıtan, o dönemin siyasi iktidarınca yürürlüğe konulmuş ve o dönem itibarıyla uygulanmış bir Yasadır. O dönemin siyasi iktidarının olan kaynağı İngiltere’de dahi uygulanmamaktadır. Cumhuriyet, anayasal devlet ve hukukun üstünlüğüyle tanımlanan anayasal bir rejimde meşruiyetini büyük ölçüde yitirmiştir. Fasil 156 sayılı Yasa da öngörülebilir, belirli, açık ve net kaliteli bir yasa olmadığı gibi, buna bağlı olarak Bakanlar Kurulu’nun sokağa çıkmayı sınırlayan Emirnamesi’nin de yetki yönünden hukuka uygunluğu tartışılmalıdır. Düzenleyici işlem niteliğindeki sokağa çıkma sınırlamasına ilişkin emirnamenin yürütme organına verilen yetki bakımından anayasal boyutunu da tartışmak gerekmektedir.

B. Sokağa Çıkma Yasağı Yasasında Bakanlar Kuruluna Verilen Düzenleme Yetkisinin Anayasaya Uygunluğu

Fasil 156’nın sınırlı ve çerçeve nitelikte bir düzenleme olması, yürütmeye ise sınırsız takdir yetkisi vermesi söz konusudur. Bu dar ve kısıtlı çerçeve yasa

⁴⁸ Ender Ethem Atay, ‘Hukukta Meşruiyet Kavramı’ (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 122.

⁴⁹ Hamit Görür, ‘Hukuk Devletinde Meşruiyet Sorunu’ (2010) Hukuk Politik <<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/12/05/hukuk-devletinde-mesruiyet-sorunu>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2020.

⁵⁰ Atay (n 48) 127.

biçimindeki içeriğine rağmen bu Yasa'ya dayanılarak çıkarılan Emirname yasa değer ve gücündedir. Zira Emirname, sokağa çıkma yasağı konusunda genel, soyut, konuyu ilk elden düzenleme içerir niteliktedir. İlk elden düzenleme yapma yasama yetkisinin asliliği ilkesi olarak onun bir özelliğidir.

İlgili Yasa'da (md 2) Bakanlar Kurulu'nun belirleyeceği kişilerin sokağa çıkma yasaklarından, kısacası Emirname kurallarından muaf tutulabileceği düzenlenmiştir. Bakanlar Kurulu belirleyeceği bir kişiye emirname kurallarını askıya alma veya yürürlüğünü ilan etme yetkisi verebilir. Burada idareye sınırsız bir takdir yetkisi verildiği gibi bu yetkileri de başka kişi/organlara sınırsız devri imkânı taşıyan bu düzenlemenin hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaştırılması başka bir sorundur.

Fasıl 156 ile içerik itibariyle gezi özgürlüğüne sınırlama getirerek, sokağa çıkmayı yasaklamak üzere Bakanlar Kurulu'na verilen emirname yetkisinin, yasama yetkisinin yürütmeye devri niteliğinde olduğu açıktır. Yasama yetkisinin genellik, aslilik ve devredilmezlik olmak üzere üç özelliği bulunmaktadır⁵¹. Yasama organının kendisine anayasayla verilen yetkileri, Anayasada açıkça istisna getirilmediği sürece devredilmezdir. Yürütme organı yetkisini aldığı yasadaki genel esaslar ve sınırlar içerisinde ayrıntıları düzenleyebilir. Şayet yürütme organı yasanın düzenlemediği bir konuyu ilk elden düzenliyor veya sınırları çizilmemiş bir yetkiyi kullanıyorsa yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur⁵². Bu yürütme organının türev niteliği ve yetkisini kullanırken mutlaka yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalması gerektiğine işaret eder. Bu noktada Fasıl 156'nın yürütmenin çerçevesini çezecek derinlikte ve genişlikte bir yasa olmadığı hatırlatılmalıdır.

Yasama yetkisinin genelliği, yasama yetkisinin dilediği genişlikte ve derinlikte ayrıntılı düzenleme yapılabilmesi, konu bakımından sınırlandırılmamış olması anlamına gelmektedir. Genellik ilkesi yürütmeye bırakılmış saklı bir alanının olmamasıdır⁵³. Buna karşılık yürütme yetkisi türev ve ikincil bir niteliğe sahip olup, bu yetkinin Anayasa'ya veya yasaya dayanma zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁴.

Yasama yetkisinin asliliği, anayasaya aykırı olmamak koşulu ile anayasaya dayanma zorunluluğu olmadan yasama organının ilk elden düzenleme yapabilmesidir. Yasama yetkisinin asliliği çerçevesinde "idarenin koyacağı düzenleyici kuralların idarenin, yetkisi sınırlarını aşmamış ve yasama yetkisi alanına taşmamış bulunması,

⁵¹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (n 22) 356.

⁵² Cengiz Arkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi* (Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi 2011) 117.

⁵³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (n 22) 364.

⁵⁴ 1985 KKTC AY md 5; Harun Yılmaz, 'Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği' (2014) 110 Türkiye Barolar Birliği 220, 230 <<http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF- i-1345>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020; Arkan (n 52) 115.

vazgeçilmez bir koşul” olarak kabul edilir⁵⁵. Fası 156’da da sokağa çıkma yasağı konusunda yürütmeye “yalnızca” yetki verilmesi söz konusudur. Bu durumda yasa koyucunun ilk-el düzenleme yetkisine taşan bir yürütme yetkisini ortaya çıkarabileceğinden anayasaya aykırılık oluşturacaktır⁵⁶.

Yasama organının en temel yetkilerinden biri genel, soyut, kişilik dışı, sürekli nitelikte kural işlemler, yani yasa yapmaktır⁵⁷. Ancak yasama organının uygulamadan kaynaklanan, uzmanlık gerektiren teknik konularda düzenleme yapması kolay değildir⁵⁸. Yasama organının, bu tür geniş alana yayılmış yürütme organının ve/veya idarenin işlem ve eylemlerini önceden yasayla düzenlemesi de olanaksızdır⁵⁹. Bu sebeple yürütme organı bireysel nitelikli somut işlemlerinin yanında genel, soyut, kişilik dışı düzenleyici işlemler de yapmaktadır. Keza yürütme organının ve idarenin yapısı gereği düzenleyici işlemler yapabilecek yetkiye sahip olduğu kabul edilir⁶⁰.

İyi bir yönetim için sadece kuralların uygulanması yeterli değildir, toplumsal ihtiyaçlarının karşılanmasına da cevap verilmelidir. Yürütme organının ve/veya idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetler bakımından takdir yetkisi gereklidir. Aksi halde yasamanın genel ve soyut işlemleriyle, sonradan ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde boşluk ortaya çıkabilir⁶¹. Şüphesiz yürütme organının ve/veya idarenin bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Yasayla yürütme organına verilen yetkilerin çerçevesi konusunda farklı fikirler ileri sürülse de genel olarak kabul edilen ilke, yasayla yetki verilirken ortaya konulacak genel esasların veya temel ilkelerin, yürütmenin sınırsız takdir yetkisi kullanmasını ve keyfi hareket etmesini önleyecek nitelikte olmasıdır. Genel esasların belirlenmesi adına ilgili yasada “müdahale, yetki, şart ve şeklin” belirtilmesi gerekir. Aksi halde yasama yetkisinin devredilmezliği ile yürütmenin kanuna dayanma zorunluluğuna ilişkin ilkeler anlamsız kalır⁶².

Yürütmeye verilen yetkinin, genel esasları ve uyulması gereken genel kuralları belirlendikten sonra “uzmanlık ve teknik iş gerektiren hususlarda” yasama organının bu yetkiyi yürütme organına verebileceği belirtilir⁶³. Bu kapsamda verilen yetki sınırlı

⁵⁵ TC AYM, E 1967/41, K 1969/57, 25.10.1969.

⁵⁶ Abdurrahman Eren, ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 1, 21.

⁵⁷ 1985 KKTC AY md 78: ‘Cumhuriyet Meclisinin görev ve yetkileri, yasa koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bütçe ve kesin hesap yasa tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek, uluslararası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak; kalkınma planlarını onaylamak; genel ve özel af ilanına, mahkemelere verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir’.

⁵⁸ Arkan (n 52) 116.

⁵⁹ Halil Kalabalık, ‘İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması’ (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205, 206 - 207.

⁶⁰ 1985 KKTC AY md 110/3.

⁶¹ Kalabalık (n 59) 207.

⁶² Arkan (n 52) 117-119.

⁶³ TC AYM, E 1993/5,K 1993/25, 06.07.1993.

bir yetkidir ve bu sınır aşılsa yasama yetkisi devredilmiş olur. Bu da Anayasa'ya (md 4) aykırılık teşkil eder⁶⁴. Dolayısıyla yasayla yürütmeye verilecek yetkinin sınırları belirsiz olursa, yasama yetkisinin devri söz konusu olacak, bu da anayasaya aykırı olacaktır.

Yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin olarak, eğer yasama bir yasayla yürütme organına yetki vermişse, düzenlemeye ilişkin herhangi bir sınır çizilmemiş olsa bile, yürütmenin o yetkiyi kullanabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş, yasama yetkisinin devredilmezliği ve yürütme yetkisinin yasalara dayanılarak kullanması ilkelerini anlamsız kaldığı gerekçesiyle kabul görmemiştir⁶⁵. Diğer bir görüşü ortaya koyan Duran'a göre; yürütmeye yasayla düzenleme yetkisi verilirken “genel esaslarının” gösterilmesi gerekir. Ancak burada genel esasların ne olduğu açık değildir, yasada sadece “müdahale, yetki, şart ve şeklin” belirtilmesi gerektiğine değinilmiştir⁶⁶. Güneş, yasama ve yürütme işlemlerinin birbirinden ayrılmadığını, anayasal anlamda yasama organının “temel ilkeler” ve “genel esaslar” belirleyerek yürütmeye yetki vermesinin anlaşılabilir olduğunu belirtmiştir⁶⁷.

TC Anayasa Mahkemesi'nin genel görüşü⁶⁸ ise yürütmeye verilen yetkinin, genel esaslar ve uyulması gereken genel kurallar belirlendikten sonra “uzmanlık ve teknik iş gerektiren hususlarda” yasama organının bu yetkiyi yürütme organına verebileceğidir. Yetki verilen yasada temel ilkelerin belirlenmesi, yani yasanın çerçevesinin yeterince sınırlandırılması ve keyfi hareket edilmesini önleyecek nitelikte olması gerekmektedir⁶⁹. Dolayısıyla yasayla yürütmeye verilecek yetkinin sınırları belirsiz olursa, yasama yetkisinin devri söz konusu olacaktır.

KKTC AYM, Anayasaya aykırılığı iddia edilen 41/2001 sayılı KKTC Merkez Bankası Yasasına dayanılarak kabul edilen bir karara ilişkin, “*yasama organının, bir konunun çerçevesini, temel ilkelerini ve sınırlarını çizdikten sonra onun ayrıntılı düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasının her iki organın yapısı ve işleyişi bakımından doğal ve ideal*” olduğunu belirtmiştir⁷⁰. TC Anayasa Mahkemesi kararlarından ve doktrininden etkilenen Mahkeme, geçmiş kararlarından hareketle yasama organının bir konunun ayrıntılarının belirlenmesi için, düzenleme yetkisini yürütme organına veya yetkilendirdiği başka bir organa verilebileceği belirtilmiştir. Bu gibi hallerde verilen yetkinin “*yasada açıklıkla belirtilmesi, sınırlarının açıklıkla tespit edilmesi, temel ilkelerin koyulması, çerçevesinin çizilmesi ve sınırsız belirsiz bir alan bırakılmaması*” gerekmektedir. Ayrıca ilgili organa keyfi hareket edecek

⁶⁴ KKTC AYM, KS AM 5/97, AM 5/97 (D 1/98),1998.

⁶⁵ Ragıp Sarıca, ‘Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Selâhiyeti’, (İstanbul, Türk Hukuk Kurumu Yayını, 1943), s. 259-263’den aktaran Arıkan (n 52) 118-119.

⁶⁶ Duran’dan aktaran Arıkan (n 52) 119.

⁶⁷ Güneş’den aktaran Arıkan (n 52) 119.

⁶⁸ Örneğin TC Anayasa Mahkemesi 6.7.1993 tarihli E 1993/5, K1993/25 sayılı karar.

⁶⁹ Sarıca’dan aktaran Arıkan (n 52) 117.

⁷⁰ KKTC AYM, KS 4/2006, 2007, 22.

bir yetkinin verilmemesine özen gösterilmesi gerektiği üzerinde de durulmuştur⁷¹. Bu bakımdan verilen yetki sınırlı bir yetkidir ve bu sınır aşılsa, yasama yetkisi devredilmiş olur. Bu durumda Anayasa'ya (md 4) aykırılık teşkil eder. Yasama organı anayasal çerçevede sınırsız bir yetkiyi başka bir organa devredemez.

KKTC AYM “yasama organının, bir konunun çerçevesini, temel ilkelerini ve sınırlarını çizdikten sonra onun ayrıntılı düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasının her iki organın yapısı ve işleyişi bakımından doğal ve ideal” olduğunu belirtmiştir⁷². Mahkeme, yasama organının bir konunun ayrıntılarının düzenlenmesi için, düzenleme yetkisini yürütme organına veya yetkilendirdiği başka bir organa verilebileceğini belirtmektedir. Yürütmeye verilen yetkinin “yasada açıklıkla belirtilmesi, sınırlarının açıklıkla tespit edilmesi, temel ilkelerin koyulması, çerçevesinin çizilmesi ve sınırsız belirsiz bir alan bırakılmaması” gerekmektedir. Ayrıca ilgili organa keyfi hareket edecek bir yetkinin verilmemesine özen gösterilmesi gerekir⁷³.

KKTC AYM 2011 tarihli bir kararında, İmar Yasası'na dayanılarak çıkarılan bir emirnamenin mülkiyet hakkına, yani anayasaya aykırılığına (md 36) ilişkin başvuruyu incelemiştir. Mahkeme, AY'de her ne kadar (md 11 ve 36) temel hak ve özgürlüklerin “yalnızca yasayla” sınırlanacağı hükmü olsa da yasama organının, sınırlarını çizip temel ilkeleri belirlemesi şartıyla yürütme organına ayrıntılar için yetki vermesi, oybirliğiyle yetki devri niteliğinde sayılmamıştır. Mahkeme, davaya konu emirnamenin maddi yönden incelemesini yaparak, su kaynaklarının korunması maksadı taşıyan bu düzenlemenin kamusal bir yararı temsil ettiğini belirtmiştir. Mahkeme bu gerekçelerle yetki devrinin uygun olduğuna ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin temel ilkelere aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Buna rağmen kararda yürütmenin “tasarruflarda bulunabilmesi için, ... Yasada esaslarını saptaması, amacı belirlemesi, alınacak önlemlerin gereksinimlere uygunluğunu sağlamak üzere” yürütmenin görevlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁴.

Sonuç olarak yasama organı, yürütmeye belirli bir konuda yetki verecekse; yukarıda ifade edilen genel esasların belirlenmesi koşuluyla uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için hükümete yetki verebilmesi gerekir. Anayasa uyarınca yasayla düzenlenmesi zorunlu olan konularda, münhasır yasa alanlarında, yürütmeye düzenleme yetkisinin tanınmaması ve sübjektif hakların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılmaması ilkelerine uyulması da gerekir⁷⁵. Somut olayda ise Cumhuriyet Meclisi'nin sokağa çıkma yasağı konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilebileceği ve Bakanlar Kurulu'nun da bu yetkiye dayanarak düzenleyici işlemler yapabileceği

⁷¹ KKTC AYM, KS 4/2006, 28. KKTC AYM, KS (D 3/2012), 2012, 25. KKTC AYM, KS AM 5/97.

⁷² KKTC AYM, KS 4/2006, (D 1/2007), 2007, 22.

⁷³ KKTC AYM, KS 4/2006, (D 1/2007), 2007, 28; KKTC AYM, KS (D 3/2012), Birleştirilmiş 12-13-14-15-16/2012 (D 3/2012), 2012, 25.

⁷⁴ KKTC AYM, KS 21/2009, 21/2009 (D 3/2011), 2011, 12-13.

⁷⁵ Selim Kaneti, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları' (1994) 54(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 33, 33 vd.

sonucu ortaya çıkmaktadır. Ne var ki Fasil 156’da Bakanlar Kurulu’na sadece yetki verilmiş, ancak bu yetkiye dayanılarak yapılacak işlemlerin temel ilkeleri, esasları veya sınırları belirlenmemiştir. Yasa, salgın hastalık sebebiyle sokağa çıkma yasağı getirilebileceğini dahi öngörmemektedir. Dolayısıyla Anayasanın 4. maddesi uyarınca bir yetki devri söz konusudur. Bu bakımdan Yasaya bağlı olarak kabul edilen sokağa çıkma yasağına ilişkin emirnamelerin de anayasaya uygunluğundan söz edilemez. Bu noktada yukarıda ifade edilen AİHM standartlarında öngörülen kaliteli bir yasadan söz etmek mümkün görünmemektedir.

C. Emirnamelerin Anayasaya Uygunluk Denetimi

Yukarıda ifade edilen mevzuat içerisinde şüphesiz denetim açısından incelenmesi gereken işlemler emirnamelerdir. Emirnamelerin anayasal denetimi hususunda ilk olarak KKTC anayasa yargısında, KKTC AYM’nin diğer yetkileri yanında, iptal davası yoluyla denetim, itiraz (havale) yoluyla denetim ve Cumhurbaşkanı’nın yasa ve meclis kararlarının ön denetim yoluyla denetiminde yetkili olduğunu belirtmek gerekir⁷⁶.

AYM’de; yasa, kararname, tüzük, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü, Cumhuriyet Meclisi kararları ve yönetmeliklere karşı iptal davası açılabilir⁷⁷. İptal davası yoluyla düzenleyici işlemler de denetlenmekte ancak AYM, Bakanlar Kurulu’nun kararları veya emirnamelerine karşı 147. maddenin lafzından hareketle iptal davası açılmayacağına karar vermiştir⁷⁸. Mahkemeye göre maddede geçen “karar” sözcüğünden Bakanlar Kurulu kararı değil, Cumhuriyet Meclisi kararı anlaşıldığı açıktır. Ona göre anayasa koyucu başka tür kararların da denetimini öngörmüş olsaydı sadece “karar” ibaresi kullanırdı⁷⁹. Mahkeme emirnamelerin, Bakanlar Kurulu kararı niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁰. Dolayısıyla anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle bu emirnameler, AYM’de iptal davasına konu olamayacaktı. KTFD döneminde AYM’ye yapılan bir başvuruda, 1975 tarihli Askeri Yasak Bölgeler Emirnamesi’nin gezi ve yerleşme özgürlüğüne aykırı olduğu, “kaynağını herhangi bir yasadan almadığı nedeni ile Anayasaya aykırı olduğu iddia” edilmiştir. Mahkeme “Herhangi bir emirnamenin yasal olup olmadığı konusu Anayasa kurallarını ilgilendiren bir konu değil” demiştir. Ona göre “böyle bir konu ancak alelade yasa

⁷⁶ Demet Çelik Ulusoy, ‘Kıbrıs’ta Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru’ (2017) <doi:https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/10/Demet-CCCA7elik-Ulusoy-KC4B1brC4B1sE28099ta-Anayasa-YargC4B1sC4B1-ve-Bireysel-BasCCA7vuru1.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.

⁷⁷ 1985 KKTC AY md 147(1): ‘Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasi partiler, siyasi gruplar ve en az dokuz milletvekili veya kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda diğer kurum, kuruluş veya sendikalar bir yasanın, kararnamenin, tüzüğün, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğünün, Cumhuriyet Meclisi kararının, yönetmeliğinin veya bunların herhangi bir kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olmadığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler.’

⁷⁸ Can Azer, ‘KKTC’de Düzenleyici İşlemlerin Denetlenme(me)si Sorunu ve Buna Çözüm Yolu: İyi İdare Yasası’ (2018) 32(142) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 429, 437 <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-142-1854> Erişim Tarihi 21 Mart 2020.

⁷⁹ KKTC AYM, KS 23/85 (D 8/87) , 04.06.1987.

⁸⁰ KKTC AYM, KS 7/89 (D 6/89), 30.06.1989.

kurallarını ve hukuk ilkelerini ilgilendirmektedir. Bu konular hakkında da karar verme yetkisi davaya bakan mahkemelerindir” ve bağlamda başvuru reddedilmiştir⁸¹.

Kararlar ifadesinin yalnızca AY'nin 147. maddesinde sayılmış olan kararname, tüzük ve yönetmelikleri değil, bunların dışında kalan düzenleyici işlemleri kapsadığı da belirtilebilir⁸². Nitekim KKTC AYM'sinin hem 147. maddede geçen tüzüğün hem de maddede sayılmamış diğer düzenleyici işlemlerin itiraz yoluyla denetlenmesine dair kararları da vardır⁸³.

AYM daha sonraki başka bir kararının karşı oyunda, emirname adı altında yapılmış bir işlemin “...tüzük olduğunun kesin bir şekilde anlaşılması halinde bu tür bir düzenlemenin emirname ismi altında yayımlanmasına bakılmaksızın anayasal yargı denetimine tabi” tutulabileceğine değinmiştir⁸⁴. Bu değerlendirmeye göre AYM işlemin adıyla kendisini bağlı görmemekte, hukuki nitelendirmeyi kendisi yapmaktadır. Mahkeme, emirnameleri, iptal davasına konu olabilecek düzenleyici işlemlerden biri olarak görmesi halinde dava konusu olabileceğini belirtmiştir⁸⁵.

1995 tarihli bu kararın karşı oyunda tüzük veya yönetmelikleri başka bir hukuk sistemine ait bir sözcük ile niteleyerek onları iptal davası konusu olmaktan çıkarılmasının Anayasa'ya aykırı olacağı ifade edilmiştir. Adsız düzenleyici işlemlerin adları her ne olursa olsun bunları “yönetmelik” biçiminde kabul ederek bu işlemin hukuki rejimine tabi tutulmaları gerekir⁸⁶.

Anayasa yargısında bir diğer denetim yolu olan somut norm denetimine (AY md 148/1) göre⁸⁷ “...herhangi bir mahkeme işlemindeki bir taraf, ... bu işlemdeki uyumsuzluk konularından herhangi birinin karara bağlanmasında etkisi olabilen herhangi bir yasanın veya kararın...” anayasaya aykırılığı iddiasında bulunabilirler. Maddede geçen “karar” ibaresiyle, soyut norm denetimine konu olan düzenleyici işlemler dışında kalan diğer düzenleyici işlemler anlaşılabilir. Dolayısıyla itiraz yoluna ilişkin bu maddede geçen “karar” AYM tarafından daha geniş yorumlanarak, hem 147. maddede sayılanlar hem de diğer düzenleyici işlemler biçiminde nitelendirilmiş, bu

⁸¹ KTFD AYM, KS 18/78, 27.04.1979.

⁸² Tufan Erhürman, *Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı* (1. Bası, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2013) 214.

⁸³ Azer çalışmasında AY'nin 148. Maddesinde geçen denetime konu işlemlerin, yine AY'nin iptal davasına ilişkin 147. Maddesinde geçen düzenlemelerden farklı olarak, tüzük, kararname ve yönetmelik biçiminde sayılmadığına, 148'de sadece yasa ve kararlardan söz edildiğinden “kararlar” dan ne anlaşılacağına ilişkin değerlendirmesini aktarmaktadır. Azer (n 78) 439.

⁸⁴ KKTC AYM, KS 9/93 (D 5/95), 29.06.1995

⁸⁵ Azer (n 78) 437.

⁸⁶ Özey (n 16) 383.

⁸⁷ 1985 KKTC AY md 148(1): ‘ İstinaf işlemleri de dâhil olmak üzere, herhangi bir mahkeme işlemindeki bir taraf, bu işlemin herhangi bir safhasında bu işlemdeki uyumsuzluk konularından herhangi birinin karara bağlanmasında etkisi olabilen herhangi bir yasanın veya kararın veya söz konusu yasa veya kararın herhangi bir kuralının Anayasaya aykırılığını ileri sürebilir ve bunun üzerine, mahkeme bu konuyu, Anayasa Mahkemesine sunar ve bu konu hakkında Anayasa Mahkemesince bir karar verilinceye kadar söz konusu işlemi durdurur. Ancak Anayasa Mahkemesince herhangi bir yasanın veya kararın veya söz konusu yasa veya kararın herhangi bir kuralının Anayasaya aykırılığı konusunda aynı veya benzeri bir konuda daha önce karar verilmişse, mahkeme konunun Anayasa Mahkemesine iletilmesinin reddine karar verebilir.’

işlemleri bireyler lehine olacak biçimde daha geniş tutmuştur⁸⁸. Ancak itiraz yoluyla yapılan denetim için AY’de ifade edilen diğer şartların da gerçekleşmesi gerekir (md 148). Bazı şartların gerçekleşmemesi halinde AYM başvuruları reddedebilmektedir⁸⁹. Ayrıca AYM’nin itiraz yolunda verdiği anayasaya aykırılık kararı sadece tarafları bağlayıcı nitelikte verebilir⁹⁰. Mahkeme isterse aykırı bulunan kuralın, herkes için bağlayıcı nitelikte olmasına da karar verebilir⁹¹.

AYM emirnameleri iptal davasına konu olabilecek işlemler arasında görmemiş olsa da bunların birçok açıdan KKTC hukukuna yayıldığını belirtmek gerekir. Önceki kararlarda değinilen hukuki nitelendirme konusundaki hassasiyetler yerindedir. Yukarıda da gördüğümüz gibi AYM itiraz yolu ile önüne gelen davalarda tüm düzenleyici işlemleri karar olarak nitelendirerek kabul etmektedir⁹². Emirnamelerin iptali konusunda bir diğer yöntem şüphesiz idari yargı denetimidir. Emirname gibi düzenleyici işlem veya kararlar, kişi haklarını olumsuz etkilemeleri sebebiyle idarenin yargısal denetimi söz konusu olacaktır⁹³. İyi İdare Yasası’na göre (md 2) “düzenleyici işlem”, idarenin genel ve soyut kurallar koyan idari işlemleridir. Yasa uyarınca tüm idari işlemlere karşı YİM’de yetmiş beş gün içerisinde iptal davası açılabilir (md 19). Emirnamelerin denetlenmesinin önü İyi İdare Yasası kapsamında mümkün olmakta, bu denetimi ise KKTC YİM üstlenmektedir. Bu Yasa yürürlüğe girene kadar, KKTC YİM’in çok sayıda düzenleyici işlemi denetlemekten kaçınmış, aynı yaklaşımın tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri kural olarak anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren KKTC AYM’si tarafından da ortaya konulmasıyla, KKTC’de emirnameler özelinde bazı düzenleyici işlemlerin denetlenememesi sorununu ortaya çıkmıştır⁹⁴. KKTC YİM verdiği kararların önemli bir kısmında, KKTC idare hukukunun Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin hâkim olduğu karma bir hukuk sistemi olduğu yönündedir. Bu bağlamda düzenleyici işlemlerin de Anglo Sakson hukuk sisteminde denetlenemediği gerekçesi kararlarında yer almıştır⁹⁵.

KKTC’de belirli bir dönem hem idari yargının hem de anayasa yargısının görev alanına girmediği yargı organlarınca ileri sürülen düzenleyici işlemler söz konusu

⁸⁸ Azer (n 78) 439-440.

⁸⁹ KKTC AYM, KS D 3/2016- 15/2015, 07.04.2016; KTFD AYM, KS D 1/82, D 1/82, Yargıtay/Asli Yetki İstinaf 1/82, 01.06.1982.

⁹⁰ Çelik Ulusoy (n 76) 16.

⁹¹ 1985 KKTC AY md 148(3): ‘Anayasa Mahkemesinin, bu maddenin (2). fıkrası gereğince verdiği herhangi bir karar, konuyu sunan mahkemeyi ve ilgili tarafları bağlar. Alman karar, yasanın veya kararın veya söz konusu yasa veya kararın herhangi belli bir kuralının Anayasaya aykırı olduğu yolunda ise, söz konusu yasa veya karar veya söz konusu yasa veya kararın herhangi belli bir kuralı, Anayasa Mahkemesince aksine karar verilmedikçe yalnız söz konusu mahkeme işlemine uygulanmaz.’

⁹² Azer (n 78) 445.

⁹³ Necatigil (n 13) 191.

⁹⁴ Azer çalışmasında tamamiyle bu soruna işaret etmektedir. Yazar, KKTC AYM’sinin de kararname, tüzük ve yönetmelik dışında kalan düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarını reddetmiş olduğu ve bu durumda da hiçbir yargı organının anayasaya uygunluk bakımından denetlenemediği düzenleyici işlemler kategorisinin ortaya çıktığı eleştirisini yapmaktadır. Azer (n 78) 446, 449. 27/2013 Sayılı İyi İdare Yasası, Kanun Numarası: 27/2013, Kabul Tarihi:11.11.2013, md 13 <https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/27-2013.doc> Erişim Tarihi 10 Ocak 2020.

⁹⁵ KKTC YİM, KS 81/2007, D 4/2009, 27.02. 2009.

olmuştur. Bunların odağında şüphesiz emirnameler gelmekte, yargının bu yaklaşımı neticesinde hukuk devletinde yargı eliyle denetim dışında bırakılan işlemler söz konusu olmaktadır. Hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bu ciddi sorunu ilk kez ele alan Erhürman, YİM ve AYM kararları ışığında İngiliz hukuk sisteminden etkilenecek KKTC’de düzenleyici işlemlerin, “ikinci derecede yasal mevzuat” veya Karahanogulları’nın belirttiği gibi “ikincil yasama” olarak kabul edildiklerine işaret etmektedir⁹⁶. Yazar yargı organlarının ret kararları ve o döneme yapılan sınırlı yorumlardan hareketle, ilgili düzenleyici işlemlerin “yasa” niteliğinde oldukları gerekçesiyle idari yargı denetiminin dışında bırakıldığının altını çizmiştir. Hâlbuki İngiliz hukuk sisteminde bu tür işlemlerin fonksiyonel anlamda yasama işlemi niteliğinde oldukları ve bu kabulün ikincil yasama (*secondary legislation*) niteliğindeki bu işlemlerin denetlenmemesi sonucunu doğurmayacağını açıklamıştır⁹⁷. Yargı organının verdiği kararların aksine İngiltere’de *delegated legislation, subordinate legislation, secondary legislation*⁹⁸ gibi kavramlarla ifade edilen işlemler yasamanın “primary legislation” yani ilk-el işlemlerinden ayrıdır. İngiltere’de parlamentonun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde denetlenmeyen “legislation” yasamanın “primary legislation” yani ilk-el işlemleridir⁹⁹.

Somut olayda Bakanlar Kurulu’nun sokağa çıkma yasağına ilişkin genel, soyut ve sürekli nitelikteki bu düzenleyici işlemin denetlenerek iptali söz konusu olmalıdır. Bunun dışında işlemin anayasaya aykırılık bakımından somut norm denetiminin konusu olacağı açık olmakla birlikte, Emirname kapsamında özellikle sokağa çıkma yasağına riayet etmeyenlere uygulanan yaptırımların yargısal denetiminin de söz konusu olacaktır. İleriki başlıkta anayasaya aykırılık yönünden incelenecek olan 8/2020 sayılı YGK da anayasaya uygunluk denetimine tabidir. YGK ile öngörülen yaptırımların iptali için YİM’de dava açılması ve emirnamelerin bu yolla somut norm denetimine konu olması mümkündür Dolayısıyla ileriki tarihlerde bu emirnameler hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası gündeme gelebilir.

⁹⁶ Yazar çalışmanın başında bizim de dikkatini çektiğimiz hukuk işlemlerinin birbirinden ayrılmasında kullanılan maddi ve şekli kriter ayırımına değinmiştir. Buna göre İngiliz Hukukunda yasal içeriksel (maddi) yönüyle tanımlanır ve yürütmenin yaptığı her kural koyma yasama (düzenleme) sayılmaktadır. Onur Karahanogulları, ‘İngiliz Hukukunda İkincil Yasama’ (1995), AÜSBF, 03 (50), 3 vd. < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/36423>> Erişim Tarihi 16 Mart 2020.

⁹⁷ Tufan Erhürman, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku*, (1. Bası, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2012) 141 ff.

⁹⁸ *Delegated legislation, subordinate legislation, secondary legislation* gibi kavramların kullanıldığına işaret eden Karahanogulları, Türk hukukunda “sırf yürütmece yapıldığı için “idari” olarak kabul edilen yürütmenin düzenleme tasarruflarının İngiltere’de yasama kategorisine dâhil edildiğini de belirtmiştir. Karahanogulları, (n 94) 228.

⁹⁹ Hemen belirtmek gerekir ki Erhürman bahse konu sorunu ele aldığı çalışmalarda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) Sayılı Tavsiye Kararı’na eklenen İyi İdare Yasasının Avrupa idare hukukundaki gelişmeleri ortaya konulması bakımından incelemiştir. Bu belgenin aydınlatıcı olması umidiyle değerlendirdiği çalışmada yargı organlarının İngilizce metinleri aktarırken daha dikkatli yorum yapmaları gerektiğine işaret etmiştir. Erhürman (n 95) 146. Erhürman, çalışmalarından kısa bir süre sonra milletvekili olarak KKTC Cumhuriyet Meclisi’ne girmiştir. Bu kapsamda öncülüğünde ilk yapılan Yasa 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’dır. Bu Yasa yürürlüğe girdikten sonra YİM düzenleyici işlemlerin denetimini açıkça üstlenmiştir.

D. Sokağa Çıkma Yasağının Yaptırımı ve Yasa Gücünde Kararname Rejimi

Sokağa çıkma yasağının eski bir Yasa olarak Fasıllık 156'daki biçimiyle caydırıcı bir yaptırımı bulunmamaktaydı. Nitekim Yasa güncelliğini oldukça yitirmişti. Bakanlar Kurulu, durumun hassasiyeti ve aciliyetini göz önünde bulundurarak, Fasıllık 156'nın suç ve cezalara ilişkin (md 4) yaptırım hükmünün¹⁰⁰ güncellenmesine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Bakanlar Kurulu'nun kararname çıkarma yetkisi için bir yasayla önceden yetkilendirilmesine gerek yoktur. Kısmi sokağa çıkma sınırlamasına ilişkin emirname "yürürlükte kaldığı sürece asgari ücretin %10'u oranında artırılması amacıyla" hazırlanan 8/2020 Sayılı YGK¹⁰¹, AY'deki Bakanlar Kurulu'nun kararname çıkarma yetkisinden hareketle yapılmıştır. Ancak AY'ye göre Bakanlar Kurulu, "ekonomik konularda" ve "ivedilik" halinde kararname çıkarabilir (md 112)¹⁰². Dolayısıyla sadece aciliyeti olan ekonomik konularda YGK çıkarabilir. Bu noktada 8/2020 sayılı YGK'nın ivedi bir konuya ilişkin olduğu ifade edilse bile aciliyeti olan ekonomik bir konuda düzenleme içermediği açıktır¹⁰³.

Yüksek Mahkeme YGK'lara ilişkin denetiminde AY'deki (md 112) iki koşulu oldukça ihtiyatlı değerlendirmektedir. Mahkeme; (1) konunun ekonomik olması ve (2) ivediliğin varlığı koşullarının tatmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ekonomik konuların nasıl yorumlanacağına ilişkin ise "kararnamenin konusunun doğrudan ve sıkı sıkıya ekonomi ile bağlantılı olması gerektiği, ekonomi ile dolaylı ve uzak olan ilişkilerin yeterli olmadığı" kanısındadır. Mahkeme kararlarında YGK'lara ilişkin "yasaklanan alan"lar olduğuna, "mali yükümlülükler getirilemeyeceği" ve "kişisel ve siyasal hak ve özgürlüklerin kısıtlanamayacağına" (AY md 112/4)¹⁰⁴ açıkça işaret etmiştir. Mahkeme zorunluluk nedeniyle yapılmış bir YGK'yı incelemiş, "Anayasa'ya aykırı olan bir düzenlemeyi zaruret/zorunluluk ilkesi ışığında geçerli kabul etmekten" kaçınılması gerektiğine ve zorunluluk ilkesi için "fevkalade istisnai

¹⁰⁰ Fasıllık 156 md 4: '2.madde uyarınca yapılan Emirname kurallarına aykırı bir davranışta bulunan herhangi bir kişi bir suç işlemiş olur ve bir yıla kadar hapis cezasına veya yüz Kıbrıs Lirasına kadar para cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir'.

¹⁰¹ Sokağa Çıkma Yasağı Yasası Hakkında Yasa Gücünde Kararname, Kararname Sayı: 8/2020 E.T(K-I) 488-2020 RG 25 Mart 2020/S 50/sayfa 127. KKTC Başbakanlık Basımevi (25.03.2020) 27-28 <<https://basimevi.gov.ct.tr/>> Erişim Tarihi 25 Mart 2020.

¹⁰² KKTC AY md 112/1: 'Ekonomik konularda, ivedilik varsa, Bakanlar Kurulu yasa gücünde kararname çıkarabilir. Yasa gücünde kararname, Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer ve aynı gün, gerekçesi ile birlikte Cumhuriyet Meclisine sunulur'.

¹⁰³ 8/2020 Sayılı Yasa Gücünde Kararname md 4: Sokağa Çıkma Yasağı Yasası'nın 2. maddesi uyarınca yapılan Kısmi Sokağa Çıkma Yasağı Emirnamesi'ne aykırılık halinde yaptırım öngörmektedir. Buna göre Emirname "kurallarına aykırı bir davranışta bulunan herhangi bir kişi bir suç işlemiş olur ve bir yıla kadar hapis cezasına veya asgari ücretin %10 (yüzde on)'una kadar para cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir'. Fasıllık 156 (n 6); 202 Sayılı Kısmi Sokağa Çıkma Yasağı Emirnamesi (n 5).

¹⁰⁴ KKTC AY md 112(4): 'Bu maddede öngörülen yasa gücünde kararnameler ile, yeni mali yükümlülükler getirilemez, kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler kısıtlanamaz'.

ve kaçınılmaz olarak zorlayıcı şartların varlığı ve başvurulabilecek başka bir çare olmaması” koşullarının bulunması gerekliliğine işaret etmiştir¹⁰⁵.

Burada dikkati çeken ilk husus; gezi ve yerleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın esaslarının, çerçevesinin, koşullarının, sınır ve istisnalarının Emirname ile öngörülmüş olması ve buna ilişkin yaptırım konusunda YGK çıkarılmış olmasıdır¹⁰⁶. Bir kere gezi ve yerleşme özgürlüğü Anayasa’nın kişi hakları kısmında düzenlenmektedir. Bu hususta hem emirname hem de YGK ile doğrudan ya da dolaylı düzenleme yapılması Anayasa’ya aykırılık teşkil eder. Bir diğer husus; YGK’nın organik anlamda yürütme fonksiyonel anlamda yasama işlemi sayılmasından kaynaklanabilir. KKTC AY’sine göre Bakanlar Kurulu kararname çıkarma yetkisini Anayasa’dan almakta, yasama organından ayrıca yasayla kararname çıkarma konusunda yetki almamaktadır. Dolayısıyla bu kararnameler “kanun kuvvetinde kararname” niteliğinde değildirler. Teziç, yasama organının, bir kanunla, belli konularda yürütmeye verdiği geniş düzenleme yetkisi üzerine Bakanlar Kurulu’nca bu tür kararnamelerin çıkarılabileceğini belirtmiştir. Bunların kanun kuvvetinde olmaları, yürürlükteki şekli kanunları değiştirebilmesini ifade eder ve bu tip kararnamelerin diğer bir özelliği, yürütme organının kararnameyle düzenlediği hususların ayrıca belli bir süre içinde yasama organının onayına sunulmasıdır¹⁰⁷. Bahse konu YGK Cumhuriyet Meclisi’nin onayına sunulmakta ve meclis bu kararnameler üzerindeki onay yetkisini yasa biçiminde kullanmaktadır. Bu noktada YGK’nın hüviyeti değişmektedir. İçinde bulunduğumuz süreçte de Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen YGK’lar Cumhuriyet Meclisi’nin bugünlerde gündemindedir. Bu bilgiler ışığında 8/2020 Sayılı YGK’nın Fası 156 sayılı Yasa’da değişiklik meydana getirmesi açısından ekonomik bir konuya ilişkin boyutu olmadığı gibi, kişi haklarına ilişkin dolaylı bir yaptırım öngörmesi nedeniyle tartışmalıdır.

Suç ve cezada yasallık ilkesini dar yorumlayanlar, bir yasak davranışı belirleyerek suç ve ceza oluşumunun, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması mahiyetinde olduğunu belirterek ancak yasayla yapılması gerektiğini savunur¹⁰⁸. Aksi halde yürütme organına verilecek böyle bir düzenleme yetkisi yasama yetkisini devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. İlkeyi geniş yorumlayanlar ise, yasanın çizdiği belirli bir çerçeve dâhilinde kalmak kaydıyla yürütme organına suçun teşkili için verilen yetkinin Anayasaya aykırı oluşturmayacağı görüşündedirler¹⁰⁹. Buna göre toplum hayatının hızlılığı, yasa koyucunun değişiklikleri takip etmesi ve fiili suç

¹⁰⁵ KKTC AYM, KS D 2/2012, D 2/2012, Birleştirilmiş Anayasa Mahkemesi: 20 ve 21/2012, 16.08.2012. Ayrıca; KKTC Hukukunda zorunluluk ilkesine ilişkin bir değerlendirme için bkz Çelik Ulusoy D, ‘Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Erteleme ve Cumhurbaşkanının Göreve Devamına İlişkin Parlamento Kararının Yaratığı Anayasal Sorunlar’ (2020) 22(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

¹⁰⁶ 202 Sayılı Emirname’nin 3. md ‘Bu kısmi sokağa çıkma yasağına uymayanlar hakkında yürürlükteki mevzuat çerçevesinde cezai kovuşturma yapılacaktır’.

¹⁰⁷ Erdoğan Teziç, ‘Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler’ (1972) 5 (3) Amme İdaresi Dergisi 3, 3 vd.

¹⁰⁸ Arkan (n 52) 131.

¹⁰⁹ ibid 132.

sayıp yasaya koyması, yapısı ve yoğun çalışması nedeniyle imkânsızdır. Ancak bu türden bir yürütme yetkisinin sadece tüzük ve yönetmelik ile mümkün olabileceği, diğer düzenleyici işlemlerle mümkün olamayacağı belirtilir. Burada sadece suçların yürütme organınca belirlenebilmesi ileri sürülmüş, cezaların belirlenmesi kabul edilmemiştir. Cezaların mutlaka önceden yasayla belirlenmesi gerekir¹¹⁰.

Kararnameyle yapılan bu değişiklik Anayasa'yla¹¹¹ çelişmektedir. Keza kararnamelerle hangi konularda karar alınabileceği belirtilmiş yani konu bakımından sınırlandırılmıştır. Anayasa'nın hiçbir hükmünde kararnameyle ceza koyulabileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Ayrıca genel ilke olarak yürütme organı ve/veya idare yeni bir idari suç ve ceza yaratamayacağı, idari suçlar bakımından da yasallık ilkesinin geçerliliği belirtilmelidir¹¹². Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan yasallık, hangi eylemlerin önceden suç sayılacağına yasa ile belirlenmesi (suçta yasallık) ve bir suç işleyenlerin önceden hangi yaptırıma tabi olacaklarının yasa ile belirlenmesidir (cezada yasallık)¹¹³. Bu ilkenin temeli, kişiler için önceden yasak davranışların belirlenmesi sonucu kişi özgürlüklerinin sınırını belirlemektir¹¹⁴. Suçta ve cezada yasallık evrensel ilkesi, suçların ve cezaların yasayla öngörüleceği, yürütmenin herhangi bir düzenleyici işlemiyle (yönetmelik, tüzük, kararname) öngörülemeyeceğine dönük temel hukuk prensibidir. YGK, her ne kadar Fası 156'nın yaptırımına ilişkin değişiklik meydana getirirse de hukuki güvenlik ilkesi gereği öngörülebilir olmayan bir Yasa'da bu şekilde getirilen değişikliğin de Anayasaya uygun olmadığı belirtilmelidir. Salgın hastalık sürecinde, anayasaya göre hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının asıl belirleyicisi olan parlamentolar etkisiz organlar haline dönüşmüştür. Bundan sonraki süreçte devletin tüm organlarının etkili katılımının sağlandığı "kriz dönemi" düzenlemeleri üzerinde çalışılması gerekmektedir.

III. Sokağa Çıkma Yasağının Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yukarıda Bakanlar Kurulu'nun sokağa çıkma yasaklarına ilişkin yetkisinin dayanağı olan Fası 156 ve buna bağlı olarak oluşturulan emirnameler incelenmiş, Bakanlar Kurulu'nun bu sınırlamalara ilişkin yetkilerinin "kaliteli bir yasaya" dayanması gerektiği belirtilmiştir. Yasa ve buna bağlı sokağa çıkma yasağına ilişkin emirnamelerin; Anayasa'nın gezi ve yerleşme özgürlüğüne ilişkin 22. md hükmüne¹¹⁵

¹¹⁰ ibid 134.

¹¹¹ 1985 KKTC AY md 18/1 ve 112/1.

¹¹² Ezgi Aygün Eşitli, 'Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi' (2013) 104 TBB Dergisi 226,235 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1249>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.

¹¹³ Arıkan (n 52) 130.

¹¹⁴ Eşitli (n 112) 226.

¹¹⁵ 1985 KKTC AY md 22(1): 'Her yurttaş, gezi özgürlüğüne sahiptir; bu özgürlük ancak ulusal güvenliği sağlama ve salgın hastalıkları önleme amaçlarıyla ve yasa ile sınırlanabilir'. Maddenin devamında; '(2) Her yurttaş, dilediği yerde yerleşme özgürlüğüne sahiptir, bu özgürlük, ancak ulusal güvenliği sağlama, salgın hastalıkları önleme, kamu mallarını koruma, sosyal, ekonomik ve tarımsal gelişmeyi ve sağlıklı kentleşmeyi gerçekleştirme zorunluluğuyla ve yasa ile sınırlanabilir. (3) Her yurttaş, yurda girme ve çıkma özgürlüğüne sahiptir. Yurt dışına çıkma özgürlüğü yasa ile düzenlenir. (4) Hiçbir yurttaş, isteği dışında Devlet sınırları dışına çıkarılamaz ve aynı şekilde girmekten alıkonulamaz' düzenlenmiştir.

ve temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemde sınırlandırılmasına ilişkin genel hükmüne göre irdelenmesi gerekir (md 11)¹¹⁶.

KKTC AY’si temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi bakımından, bazı farklılıklar olsa da TC 1961 Anayasası’ndaki kademeli sınırlama rejimine benzemektedir¹¹⁷. Kademeli sınırlama rejimine göre, sınırlama sebebi özel olarak öngörülmüş maddelerde (örneğin md 22) nitelikli yasa kaydı söz konusudur. Bu özgürlüklere getirilecek sınırlamalar sadece bu maddelerde öngörülen özel sınırlama sebeplerine dayanmalıdır. Hiçbir sınırlama sebebi öngörülmeven maddeler, (örneğin md 23/1)¹¹⁸, mutlak hak kategorisi içerisinde kabul edilmektedir. Bu çerçevede bir diğer kategori ise, sınırlama sebebi öngörülmeyip sadece “yasayla” sınırlama kaydının bulunduğu basit yasa kaydır. Bu tür hak ve özgürlüklerin (örneğin md 21/2)¹¹⁹ sınırlandırılması bakımından yasa koyucunun, AY’deki genel sınırlama sebeplerine (md 11) dayanması mümkündür. AY’de sınırlamaların yasayla yapılacağı sıklıkla tekrarlanmakta ancak bazı maddelerde ne yasayla sınırlama ne de sınırlama sebeplerine rastlanmamaktadır. Nitelikli yasa kayıtlarında yer alan nedenlerden bir kısmı, genel sınırlama sebeplerinin (md 11) tekrarı niteliğindedir¹²⁰.

KKTC AYM Anayasa’daki hak ve özgürlüklerin mutlak ve sınırsız olmadığı, bu hakların anayasa maddelerinde belirtildiği şekilde veya Anayasa’nın genel sınırlama maddesinde belirtildiği gibi yasalar ile kısıtlanabileceği görüşündedir. Anayasa’daki bazı hak ve yasaklamalar açık bir şekilde ifade edilmekte, bunların 11. maddedeki genel sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlandırılmasının söz konusu olamayacağına işaret edilmektedir¹²¹.

Anayasa’da, gezi ve yerleşme özgürlüğünde olduğu gibi, nitelikli yasa kaydı türündeki bazı hak ve özgürlüklerin sınırlama sebepleri, ancak ya da yalnız gibi sözcüklerle vurgulanmış ve tüketici bir biçimde belirlenmiştir. Bunların yalnızca o maddede sayılan sebeplerle sınırlandırabileceği öngörülmüşse, bunun dışındaki sebeplerle sınırlandırılmayacağı açıktır¹²². AY’nin 22. maddesi de gezi özgürlüğünün “ancak” “ulusal güvenliği sağlama” ve “salgın hastalıkları önleme amaçlarıyla” sınırlandırabileceğini düzenlemektedir¹²³. Bu açıdan tam bir nitelikli yasa kaydı örneği olduğunu ve gezi hürriyetine getirilecek sınırlamanın; “yasayla” ve ancak “ulusal

¹¹⁶ 1985 KKTC AY md 11: ‘Temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir’.

¹¹⁷ Fazıl Sağlam, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri* (1. Bası, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2015) 101 ff.

¹¹⁸ 1985 KKTC AY md 23/1: ‘Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahiptir.’

¹¹⁹ 1985 KKTC AY md 21/2: ‘Haberleşmenin gizliliği esastır. Yasanın gösterdiği durumlarda mahkeme veya yargıç tarafından yasaya uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.’

¹²⁰ Sağlam (n 117) 101 ff.

¹²¹ Necatigil (n 13) 44.

¹²² Sağlam (n 117) 105.

¹²³ 1985 KKTC AY md 22.

güvenlik” veya “salgın hastalıkları” önleme sebeplerine dayanması gerekir. Bu durumda AY’nin 11. maddesinde geçen genel sınırlama sebeplerine dayanmak söz konusu olmayacaktır. Bu husus hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, AİHM’in de gözettiği meşru sebebe bağlılık ilkesini ortaya koymaktadır.

Fasıl 156 sayılı Yasa’da Bakanlar Kurulu’na bu yetkinin “kamu güvenliği” ve “kamu düzeninin idamesi” amacıyla verildiği görülmektedir. Bu açıdan Yasa doğrudan gezi özgürlüğünü sınırlandırdığı ve bu özgürlükte öngörülen özel sınırlama sebeplerine dayanmadığından anayasaya aykırı niteliktedir. Her ne kadar kamu düzeninin “kamu huzuru”, “kamu güvenliği” ve “kamu sağlığı (genel sağlık)” kavramlarını da içerdiği¹²⁴ belirtile de somut olayda Anayasa’daki açık düzenlemeler karşısında dolaylı bir ilişki kurulmasına yöneliktirler.

AYM’nin gezi özgürlüğüne ilişkin birkaç kararı¹²⁵ bulunmaktadır. Özgürlüğe ilişkin yaklaşımı bakımından önemli olanlarına kısaca değinmek gerekir. Yüksek Mahkeme’nin önüne gelen bir davada, yurt dışına çıkışına sınırlama getirilen bir kamu görevlisinin açtığı davadır. KKTC Yüksek İdare Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkeme, gezi hürriyetine sınırlama getiren ilgili işlemin öncelikle yasallığı üzerinde durmuştur¹²⁶. Mahkeme, Anayasa’ya göre gezi özgürlüğü ancak yasa ile sınırlandırılacağı belirtilmesine rağmen böyle bir yasa yapılmamış olduğuna işaret etmiştir. Bu durumda idari işlemlerle bu özgürlüğün sınırlandırılmayacağına karar verilmiştir. Mahkeme bu özgürlüğün “ancak özüne dokunmamak şartı ile yasa ile kısıtlanabileceğini” ve somut olaydaki idari işlemi yapan “Başbakanlığa böyle bir yetki ve görev veren herhangi bir yasal mevzuatın” bulunmadığını belirtmiştir¹²⁷. Bu karar, idari işlemlerin gezi özgürlüğü gibi özgürlükleri sınırlayamayacağı konusunda yasallık ilkesine ilişkin olarak verdiği önemli bir karardır. Çalışmada dile getirilen anayasaya aykırılıklar açısından da son derece önemlidir.

AİHS’de sınırlamanın sınırı olarak “demokratik toplumda gereklilik” ilkesi geçmektedir. Demokratik toplumda gereklilik, KKTC AY’de yer alan hakkın özü kriterine göre daha belirgin, kullanılması daha kolay uluslararası sözleşmelerde de sınırlamanın sınırı olarak belirtilen bir güvencedir. Bu güvence ölçütü KKTC Anayasasında yer almasa dahi 39/1962 sayılı Onay Yasası ile iç hukuka geçirildiğinden, bu ilke bakımından bir boşluk olmadığını belirtmek gerekir¹²⁸. AİHM bu kavramı, hakları sınırlamaya yönelik müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılaması yani toplumun zorunlu bir ihtiyacına cevap vermesi ve “izlenen

¹²⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (n 15) 230.

¹²⁵ KKTC AYM, KS 9/2009, D 4/2011, 20.10.2011.

¹²⁶ KKTC’de Yüksek Mahkeme’nin yapısı için bkz KKTC AY md 144.

¹²⁷ KKTC YİM, KS 103/98 (D 7/2003), 16.05.2003.

¹²⁸ Necatiğil (n 13) 47.

meşru amaçla orantılı olması” biçiminde açıklamıştır.¹²⁹ AİHM ölçütü ayrıca, sınırlandırmanın zorunlu olması, yapılacak son çare ya da alınabilecek son önlem olması şeklinde ifade etmektedir¹³⁰. Demokratik toplumda gereklilik, ölçülülük ilkesiyle de ayrılmaz bir bütün içindedir. Ölçülülük ilkesi, seçilen müdahalenin amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve orantılı olması gerektiği şeklinde açıklanmıştır¹³¹. Bu hususlar olağan dönemde yapılan sınırlandırmanın sınırlarını ifade etmektedir. Fasil 156’da BK’ya emirname çıkarma yetkisi verilmiş ancak yukarıda ifade edildiği gibi yasamanın yetkisinin çerçevesiz, sınırsız bir biçimde devri niteliğinde olup, AİHM’in ifade ettiği kaliteli bir yasa değildir.

Ayrıca KKTC AYM’nin başka bir kararında, Şans Oyunu Salonlarına KKTC yurttaşı olmayan veya ikametgâhı KKTC’de bulunmayan yurttaşlar dışında kimsenin giremeyeceğine ilişkin Yasa hükmünün gezi özgürlüğüne (AY md 22) aykırı olup olmadığı tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme “İkametgâhı bu ülkede bulunan yurttaşların Şans Oyunu Salonlarına girmesini yasaklayan bu düzenlemeyi yurttaşların gezi özgürlüğü ile ilişkilendirmeyi doğru” bulmadığını ifade etmiştir. Mahkeme “yurttaşların Şans Oyunu Salonu İzni olan tesislere girişleri dahi yasaklanmamıştır, yasaklanan bu tesislerde yer alan Şans Oyunu Salonlarına girmeleridir” şeklindeki gerekçesiyle Anayasa maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir¹³²

Özgürlüklerin anayasal ilkelerle güvence altına alınmış ölçütlerine bakıldığında, (AY md 11 ve 12) getirilecek sınırlamaların “yasa ile öngörülme” ve “meşru bir sebebe” dayanması gerekir. Bir diğer ölçüt ise sınırlamanın özgürlüğün veya “hakkın özüne” dokunmamasıdır. Bir hak ve özgürlüğün amacına uygun biçimde kullanılmasını zorlaştıran veya onu kullanılmaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunmuş olur¹³³. Hakkın özü ilk olarak 1961 TC Anayasası’nda sınırlamaların güvence ölçütü olarak benimsenmiş, 1982 Anayasasında ise ancak 2001 değişiklikleri ile getirilmiştir¹³⁴. KKTC Anayasa Mahkemesi kararlarında da hakkın özü bu şekilde açıklanmıştır¹³⁵.

¹²⁹ Zühtü Arslan, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler’ (2002) 19 Anayasa Yargısı 139, 150; Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması’ (2002) 18(1) Anayasa Yargısı 111, 137. Ayrıca TC AYM’si de demokratik toplumda gereklilik kavramını açıklarken yukarıdaki AİHM içtihadından yola çıkarak benzer tanımlamalarda bulunmuştur. Bekir Coşkun Başvurusu, AYM 2014/12151, 04.06.2015 para 51.

¹³⁰ Betül Durmuş, ‘Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklilik Ölçütü’ (2017) 2 <<https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/BetuCC881-DurmusCCA7-Bireysel-BasCCA7vuru-KararlarC4B1nda-Demokratik-Toplumda-Gereklilik-.pdf>> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.

¹³¹ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (2. Bası, Bursa: Ekin Yayınevi 2018) 370.

¹³² KKTC AYM, KS 9/2009, 2011.

¹³³ KKTC AYM, KS 4/88, 4/88 (D 10/88) , 27.10.1988.

¹³⁴ Değişiklik öncesi TC AYM’si birçok kararında demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını, hakkın özü kavramı ile tanımlamış ve/veya birlikte kullanmıştır. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (n 15) 242.

¹³⁵ KKTC AYM, KS 4/88, 1988.

Hakkın özü ölçütünden daha belirgin, kullanılması kolay ve uluslararası sözleşmelerde (AİHS) benimsenen “demokratik toplumda gereklilik” ölçütü ise¹³⁶ KKTC AY’de bulunmamaktadır. Ancak yine de KKTC iç hukukunda hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak uygulanmalıdır. Zira 39/1962 sayılı Onay Yasası ile AİHS iç hukuka geçirildiğinden, bu güvence ölçütü bakımından da bir boşluk bulunmamaktadır¹³⁷. AİHM bu kavramı, hakları sınırlamaya yönelik müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılması yani toplumun zorunlu bir ihtiyacına cevap vermesi ve “izlenen meşru amaçla orantılı olması” biçiminde açıklamıştır¹³⁸.

Bu güvence ölçütleri üzerinden Fası 156 incelendiğinde, yasama yetkisinin sınırsız bir biçimde devredildiği ve AİHM’in sıklıkla ifade ettiği kaliteli bir yasa olmadığı öncelikle belirtilmelidir. Yasallık ilkesi, özgürlüklere yapılacak müdahale bakımından yasanın çerçevesini aşmayacak şekilde yürütme organının düzenleyici ikincil işlemlerle düzenlemesine engel değildir. Temel esaslar ve genel çerçeve yasayla belirlendikten sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlarda yürütme organınca düzenleyici işlemler çıkarılabilir¹³⁹. Sınırlamaların meşru bir sebebe bağlılık açısından dayanması ölçütüne göre Yasa’nın, gezi ve yerleşme özgürlüğünde (md 22) sayılan sebeplere dayanması gerekmektedir. Dolayısıyla idari işlem niteliğindeki emirnamelerin yetki, sebep, konu, maksat ve şekil-usul yönünden hukuka uygun olması gerekir. Emirnameyle hak ve özgürlükler sınırlanabilmesi için, yürütmeye verilen bu yetkinin ifade edildiği Yasa yukarıda belirtilen ilkeleri içermelidir¹⁴⁰.

Tüm bu değerlendirmelerden hareketle salgın hastalıkla mücadelede olağanüstü durum ve koşullar hâkim olmuş ve bunlar olağan hukuk kurallarıyla uzlaştırılmaya çalışılmıştır. Anayasal açıdan, olağanüstü bir dönemin koşulları altında olağan hukukun uygulanması, yukarıda görüldüğü gibi birçok açıdan ciddi sorunları beraberinde getirebilir. KKTC Cumhurbaşkanı bir açıklamasında, “korona virüs sürecinde, olağanüstü durum ilan edilmeden olağanüstü kararlar uygulandığını, ekonomi dışındaki alanlarda da kanun gücünde kararnameler çıkarıldığını” belirtmiştir. Cumhurbaşkanı “olağanüstü durum ilan edilmese de olağanüstü kararlar uygulandığının” altını çizerek, bu işlemlerin ileride hukuk sorunu haline gelmemesini temenni ettiğini belirtmiştir. Salgın hastalık sürecinde olağanüstü durum ilanı söz konusu olsaydı Cumhurbaşkanı Hükümet ve Meclis birlikte çalışabilirdi¹⁴¹.

¹³⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (n 131) 394.

¹³⁷ Necatigil (n 13) 47.

¹³⁸ Arslan (n 129) 150; Fendoğlu (n 129) 137; Durmuş (n 130) 2.

¹³⁹ TC AYM, BB No: 2012/1246, § 60, Tahsin Erdoğan, 06.02.2014.

¹⁴⁰ Bu açıdan KKTC AY md 12’nin de dikkate alınması gerekir ‘Bu Anayasanın hiçbir kuralı, herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye, zümre veya sınıfa, bu Anayasa ile güvence altına alınan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ni ve Kıbrıs Türk Halkının hak ve statüsünün değiştirilmesini veya bu Anayasanın kurduğu düzenin yok edilmesini veya tanınan temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasını amaçlayan hareketlere girişmek ve faaliyetlerde bulunmak hak ve yetkisini verir biçimde anlaşılabilir ve yorumlanamaz’.

¹⁴¹ KKTC Cumhurbaşkanlığı B O, ‘Kişilerden çok, kurumların demokratik, eşitlikçi ilişkileri önem taşır’ (08.05.2020) <<https://kktcb.org/tr/cumhurbaskani-akinci-kisilerden-cok-kurumların-demokratik-esitlikci-iliskileri-onem-tasir-7592>> Erişim Tarihi 08 Mayıs 2020.

Cumhurbaşkanı değerlendirmeleri bu açıdan yerindedir, salgın hastalık sürecinde AY’ye uygun bir biçimde olağanüstü durumun ilanı yapılmış olsaydı, yukarıda ifade edilen birçok anayasal sorun ortaya çıkmayabilirdi. Böyle bir ilanın, iktidarın keyfiyetine ve takdir alanını genişleteceğine ve hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması endişesiyle karşı çıkmıştır. Ancak olağanüstü hâllerde dahi, yasaya uygun hareket edilmesi zorunluluğu, hukukun üstünlüğünün temel bir ilkesidir¹⁴². Yukarıda ifade edilenler, olağan hukukun olağanüstü duruma uygulanması sonucunda ortaya çıkan hukuki ve özelde de anayasal sorunlardır. Bu nokta, her ne kadar ayrı bir çalışmanın konusu olsa da KKTC AY’sine göre olağanüstü durum ilanı halinde sokağa çıkma yasaklarının hukuki rejimi hakkında kısa bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

IV. Sokağa Çıkma Yasağının Olağanüstü Hal Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

KKTC Anayasası’na göre “tabii afet, salgın hastalıklar ve ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi üç ayı geçmemek üzere, olağanüstü durum” ilan edilebilir¹⁴³. Ayrıca olağanüstü durum ilanı, “ancak olağanüstü durumu oluşturan nedenlerin giderilmesi amacıyla” ve “sadece bu süre ile sınırlı kalınarak”, (md 126/1) Anayasadaki bazı maddelerin kısmen veya tamamen durdurulması söz konusu olabilir (md 126)¹⁴⁴. Anayasa’ya göre kısmen veya tamamen durdurulması söz konusu olabilecek özgürlüklerden biri de somut olaya konu olan gezi ve yerleşme özgürlüğüdür. Anayasa’da olağanüstü durum ilanının sebeplerinden biri de “salgın hastalık” olduğundan düzenleme bu yönüyle makuldür.

Olağanüstü durum ilanı halinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde olağan kurallar (md 11) değil, AY’nin 126/2. maddesi uygulanır. Bu durumda da olağan hukuk çerçevesinde yukarıda ortaya koyduğumuz yasallık, meşru sebebe bağlılık, yasamanın yetki devri konusundaki anayasal sorunlar söz konusu olmayacak, gezi ve yerleşme özgürlüğüne hukuka uygun bir biçimde sınırlama getirilebilecekti.

Olağanüstü durumlar tamamıyla hukuksuz istisnai dönemler değildir. İçinde

¹⁴² AK Genel Sekreterliği, ‘COVID-19 Sağlık Krizi Çerçevesinde Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarına Saygı’ (2020) <<https://rm.coe.int/ak-genel-sekreteri-covid-19-uye-devletlere-yonelik-set>> Erişim Tarihi: 30 Nisan 2020.

¹⁴³ 1985 KKTC AY md 124.

¹⁴⁴ 1985 KKTC AY md 126/1: ‘Anayasanın 124. ve 125. maddeleri uyarınca olağanüstü durum ilanına karar verilmesi halinde, bu karar Resmî Gazete’de yayımlanır ve derhal Cumhuriyet Meclisinin onayına sunulur. Cumhuriyet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Cumhuriyet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğu ile, olağanüstü durum kararını veya süresini değiştirebilir; olağanüstü durumu kaldırabilir; Bakanlar Kurulunun istemi üzerine her defasında iki ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir’. Aynı maddenin 2. fıkrası şu şekildedir; Herhangi bir olağanüstü durum ilânında, ancak olağanüstü durumu oluşturan nedenlerin giderilmesi ile sınırlı olarak sözü edilen olağanüstü durumun devamı süresince yürürlüğü kısmen veya tamamen durdurulan Anayasa maddeleri açıkça gösterilir. Ancak, bu gibi herhangi bir olağanüstü durum ilânında,, Anayasanın aşağıda öngörülen maddelerinin yürürlüğü durdurulabilir: 16. madde; 20. madde; 21. madde; 22. madde; 24. madde; 32. madde; 33. madde; 41. maddenin (5). fıkrasının (ç) bendi; 42. madde; 48. madde; 49. maddenin (3). fıkrası; 53. madde ve 54. madde.

bulduğumuz salgın hastalıklar gibi kriz dönemlerinde hukuken tedbirlerin, “ancak olağanüstü durumu oluşturan nedenlerin giderilmesi amacıyla” ve “sadece bu süre ile sınırlı kalınarak” alınması anayasal bir zorunluluktur. Olağanüstü durumlarda hak ve özgürlüklerin durdurulması düzeyine varmayacak tedbirler de alınabilir. Durdurma halinde hak tamamen geçici olarak ortadan kalktığı için kullanılmayacaktır. Sınırlandırma halinde ise, o temel hak ve özgürlük tamamen ortadan kalkmamış sınırlandırılmıştır, dolayısıyla bazı kullanım alanları hala daha vardır¹⁴⁵.

Olağanüstü durumda alınacak tedbirler, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından alınır ve “Olağanüstü durum ve sıkıyönetim süresince, Bakanlar Kurulu, olağanüstü durumun veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda, yasa gücünde kararname çıkarabilir”¹⁴⁶. Olağanüstü durum ilanı ile olağanüstü durumlarda çıkarılacak kararnameler, “olağanüstü durumun gerekli kıldığı konularda” çıkarılmalıdır. Bu kararnameler ile olağanüstü durum gereği 126. maddeye uygun olmak şartıyla, mali yükümlülükler getirilebilir veya olağan dönemin sınırlama rejimi dışında kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler kısıtlanabilir. Ancak olağanüstü durum kararnameleri RG’de yayımlanarak, olağanüstü durum ilanında olduğu gibi (md 126/1) Meclis’in onayına sunulur. Meclis, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kararnameleri reddedebilir veya onaylayabilir. Meclis bu yetkisini 90 gün içerisinde kullanmak zorundadır¹⁴⁷.

Olağanüstü durum ilanına ilişkin kamuoyunda ortaya çıkan endişeler genellikle idareye güvensizlikten kaynaklanır. Korona virüs salgın hastalığı sürecinde birçok demokratik ülkede olağanüstü hâl ilanı söz konusu olmuş, AİHS askıya alınmıştır. Zira olağan hukuk düzeninde bu tür olağanüstü dönemlerle başa çıkabilecek hukuk kuralları genellikle bulunmamakta veya olağan hukuk yetersiz kalmaktadır. Avrupa Konseyince salgın hastalıkla başa çıkmak üzere alınacak her yeni kuralın, anayasaya ve uluslararası standartlara uygun olması gerektiği ve devletlerin bu kapsamda olağanüstü ilanı öngörmelerinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Ayrıca böyle bir yetki bakımından, “muhtemel suiistimalinin önlenmesi için parlamento tarafından yürütmeye sınırlı bir yetki” verilmelidir. Bu istisnai süreç ve beraberindeki tedbirlerin “süreyle sınırlı olması” ve krizi “en kısa sürede atlatmak amacıyla” olması ve “hukukun üstünlüğü” ile “demokratik ilkelere saygının” zedelenmemesi gerekir¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (n 15) 253.

¹⁴⁶ 1985 KKTC AY md 128/1: ‘Olağanüstü durum ve sıkıyönetim süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü durumun veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda, yasa gücünde kararname çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmi Gazete’de yayımlanır ve derhal Cumhuriyet Meclisinin onayına sunulur. Bu kararnameler, Cumhuriyet Meclisinin üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile reddedilmedikçe, olağanüstü durum ve sıkıyönetim süresince yürürlükte kalır’.

¹⁴⁷ 1985 KKTC AY md 128 ve 112.

¹⁴⁸ ‘COVID-19 Sağlık Krizi Çerçevesinde Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarına Saygı’ (n 142) (2020) Erişim Tarihi: 30 Nisan 2020.

Süreç alınması gerek tedbirlerin olağanüstü olmasını doğal olarak zorunlu kılmaktadır. KKTC’de sokağa çıkma yasağını öngören emirnameler ile bu yasağı uymayanlar bakımından yasa gücünde kararnamelele yaptırım öngörülmüştür. Kararnamelerle öngörülen yaptırım ise en temel hukuk ilkelerinden biri olan “suç ve cezada kanunilik” ilkesi bakımından yukarıda da görüldüğü üzere tartışılmıştır.

Sonuç

Anayasa’ya göre hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlet olarak KKTC’de gezi ve yerleşme özgürlüğüne aykırı bir biçimde getirilen sınırlamalar, yasayla değil adsız düzenleyici işlem olan “emirnameler” ile getirilmiştir. İçinde bulunulan durumun zorunluluklar ve tedbirleri beraberinde getirdiği düşünülebilir. Ancak çalışmada ele alınan konuda bir değil birçok hukuki sorun olduğu görülmektedir. Haklara ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar yasallık ilkesini ihlal etmesi dışında, meşruiyetini yitirmiş yasalarla kriz yönetimi yapılmıştır. Bundan en az hükümet kadar parlamento da sorumludur. Zira KKTC Cumhuriyet Meclisi 2018 tarihli güncel bir Bulaşıcı Hastalıklar Yasası kabul etmiş, epidemi, Dünya Sağlık Örgütü gibi çağdaş kamu sağlığı ilkeleri içeren bu düzenlemede, AY’de açıkça belirtilmesine rağmen gezi ve yerleşme özgürlüğünün salgın hastalıklar halinde sınırlanabilmesi konusunda, yürütmeye yetki verilmemiştir. Hukukun üstün olduğu KKTC’de sokağa çıkma yasakları İngiliz döneminin 4 maddelik bir Yasasına dayandırılmış, hatta esasları emirname ile ortaya konulmuştur. KKTC yönetim sistemine ve hukukuna son derece yayılmaya başlamış olan emirname rejiminin hukuk devleti ilkesinden sapmayı beraberinde getirdiğini belirtmek gerekir.

Avrupa Konseyi, korona virüsle ilgili müdahalelerin meşru olduğunu, ancak bunun demokrasi, insan hakları ve hukuk devletine aykırı bir biçimde yapılmaması gerektiğine vurgu yapıyor¹⁴⁹. Avrupa Konseyi salgın hastalıkla mücadelede, üye devletlerin olağanüstü hallerde, şartlara bağlı olarak, AİHS’de yer alan bazı yükümlülükleri, iç hukukta temeli olması ve demokratik toplumda gerekli olması koşullarıyla askıya alabileceklerini olağan karşılamaktadır¹⁵⁰. Ancak devletler insan hakları standartlarına uygun davranmalıdırlar. Olağanüstü istisnai dönemler, devletin normal hukuk düzeninin kuralları ile karşılanmasına imkân olmayan tehlike veya tehditlerin söz konusu olduğu dönemlerdir. Yeni korona virüs salgın hastalığı da şüphesiz bu tür bir tehdit içermektedir. İdarenin bu tür dönemlerde, mahiyeti gereği takdir yetkilerini genişletmesi ve temel hak ve özgürlüklere olağan zamanlara oranla daha ileri ölçüde sınırlamalar getirmesi söz konusudur¹⁵¹. Burada çelişki yaratan

¹⁴⁹ Deutsche Welle, ‘Koronavirüs İnsan Haklarına da Bulaşıyor’ (2020) < <https://www.dw.com/tr/koronavirC3BCs-insan-haklarC4B1na-da-bulaC59FC4B1yor/a-53127730> > Erişim Tarihi: 17 Nisan 2020.

¹⁵⁰ ‘COVID-19 Sağlık Krizi Çerçevesinde Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarına Saygı’ (n 142) Erişim Tarihi: 30 Nisan 2020.

¹⁵¹ Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları 2017) 333.

durum olağanüstü dönem içerisinde olağan hukuk kurallarının örtüşmemesidir. Süreç, tehdit ve hatta alınan tedbirler olağanüstü ancak hukuk olağandır. Dolayısıyla olağanüstü tedbirlerin olağan hukukla uzlaştırılması önemli aykırılıkları beraberinde getirmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: D.Ç.U., E.U.; Veri Toplama: E.U., D.Ç.U.; Veri Analizi /Yorumlama: D.Ç.U., E.U.; Yazı Taslağı: E.U., D.Ç.U.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: D.Ç.U.; Son Onay ve Sorumluluk: D.Ç.U., E.U.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Authors Contributions: Conception/Design of study: D.Ç.U., E.U.; Data Acquisition: E.U., D.Ç.U.; Data Analysis/ Interpretation: D.Ç.U., E.U.; Drafting Manuscript: E.U., D.Ç.U.; Critical Revision of Manuscript: D.Ç.U.; Final Approval and Accountability: D.Ç.U., E.U.

Bibliyografya/Bibliography

- 27/2013 Sayılı İyi İdare Yasası, Kanun Numarası: 27/2013, Kabul Tarihi:11.11.2013. <<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/27-2013.doc>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2020.
- 39/1962 Sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi Ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Yasa, Kanun Numarası: 39/1962, Kabul Tarihi:24.05.1962, Cyprus Government Gazette No 157, Supplement I. <<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/39-1962.doc>> Erişim Tarihi: 16 Nisan 2020.
- 45/2018 Sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası, Kanun Numarası:45/2018, Kabul Tarihi: 10.12. 2018 <<https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/45-2018.docx>> Erişim Tarihi 17 Mart 2020.
- Akkanat S, ‘Kurucu İktidara Dayalı Bir Demokrasinin İmkânı: Siyasal Bir Yaklaşımı’(2015) 48(2) Amme İdaresi Dergisi 1-21.
- Ali Karatay Başvurusu, AYM 2012/990, 10.12.2014.
- Altıparmak K ve Karahanoğulları O, ‘Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun’ (2004) 3(1) Hukuk ve Adalet Dergisi 249-276.
- Ankan C, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi* (Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi 2011).
- Arslan Z, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler’ (2002) 19 Anayasa Yargısı 139-155.
- Association Ekin v. Fransa* App no 39288/98 (ECHR, 2001) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid:\[001-59603\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{itemid:[001-59603]})> Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.
- Atay Ender E, ‘Hukukta Meşruiyet Kavramı’ (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-166.
- AK Genel Sekreterliği, ‘COVID-19 Sağlık Krizi Çerçevesinde Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarına Saygı’ (2020) <<https://rm.coe.int/ak-genel-sekreteri-covid-19-uye-devletlere-yonelik-set>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2020.
- Azer C, ‘KKTC’de Düzenleyici İşlemlerin Denetlenme(me)si Sorunu Ve Buna Çözüm Yolu: İyi İdare Yasası’ (2018) 32(142) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 429-452 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-142-1854>> Erişim Tarihi 21 Mart 2020.
- Bekir Coşkun Başvurusu, AYM 2014/12151, 04.06.2015.
- Björnskov C ve Voigt S, *The State of Emergency Virus*, ‘Verfassungsblog On Matters Constitutional’ (2020) <<https://verfassungsblog.de/the-state-of-emergency-virus/>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2020.
- Curfew Law 1955, “A Law to Provide for The Imposition of Curfews in the Interests of Public Safety and the maintenance of Public Order” Supplement No. 2, Legislation The Statute Laws of Cyprus No. 11 of 1955 The Cyprus Gazette No. 3821, Kabul Tarihi: 05.05.1955 <http://www.cylaw.org/nomoi/arith/1955_1_017.pdf> Erişim Tarihi 02 Nisan 2020.
- Çelik Ulusoy D, ‘Kıbrıs’ta Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru’ (2017) <doi:<https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/10/Demet-CCCA7elik-Ulusoy-KC4B1brC4B1sE28099ta-Anayasa-YargC4B1sC4B1-ve-Bireysel-BasCCA7vuru1.pdf>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.
- Çelik Ulusoy D, ‘Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Erteleme ve Cumhurbaşkanının Göreve Devamına İlişkin Parlamento Kararının Yarattığı Anayasal Sorunlar’ (2020) 22(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayınlanmas Bekleniyor.

- Deutsche W, 'Koronavirüs İnsan Haklarına da Bulaşıyor' (2020) <<https://www.dw.com/tr/koronavirC3BCs-insan-haklarC4B1na-da-bulaC59FC4B1yor/a-53127730>> Erişim Tarihi 17 Nisan 2020.
- Durmuş B, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklilik Ölçütü' (2017) <<https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/BetuCC881-DurmusCCA7-Bireysel-BasCCA7vuru-KararlarC4B1nda-Demokratik-Toplumda-Gereklilik-.pdf>> Erişim Tarihi: 27 Mart 2020.
- Eren A, 'Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 1-72.
- Tufan Erhürman, *Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı*, (1. Bası, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2013).
- Tufan Erhürman, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku*, (1. Bası, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2012).
- Eşitli Aygün E, 'Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi' (2013) 104 TBB Dergisi 226-246 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1249>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.
- Fasıl 156 Sokağa Çıkma Yasağı Yasası, Kanun Numarası: 1955, Kabul Tarihi: 2.05.1955, Supplement No 2 The Cyprus Gazette No 3821 05.05.1955 <https://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/f_156.doc> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.
- Fasıl 260 Karantina Yasası (1932), Karantinaya Koymayı Düzenleyen ve Tehlikeli Enfeksiyöz Hastalıkların Ülkeye Girişini Ve Yayılmasını Veya Ülkeden Başka Yerlere Geçmesini Önleyici Ek Kurallar Öngören Yasa.
- Fendoğlu H T, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması' 2002 18 (1) Anayasa Yargısı 111-149.
- Gazette The Cyprus, *Supplement No. 3, Subsidiary Legislation* (28.11.1957) <https://sbaadministration.org/home/legislation/01_02_09_02_PartII-SubLeg-Cyprus/CyGaz-.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- Görür H, 'Hukuk Devletinde Meşruiyet Sorunu' Hukuk Politik (2010) <<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/12/05/hukuk-devletinde-mesruiyet-sorunu>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2020.
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (10. Bası, Bursa: Ekin Yay 2018).
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 1* (2. Bası, Bursa: Ekin Yay 2020).
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (2. Bası, Bursa: Ekin Yay 2018).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (22. Bası, Bursa: Ekin Yay 2018).
- Gül C, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti* (1. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi 2010).
- Gülcü v Türkiye* App. No. 17526/10 (ECHR, 2016).
- Greece v. United Kingdom*, App. No. 176/56, (26.09.1958).
- Jefferson T, 'Thomas Jefferson to James Madison'(1789) 15(27) Princeton University Press 1958 392-8 <<https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>> Erişim Tarihi 20 Mart 2020.
- Kalabalık H, 'İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması' (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205-232.
- Kaneti S, 'Anayasa Mahkemesi Kararları'na Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları' (1994) 54(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 33-44.
- Karantina Yasası, The Quarantine Law, 1932, Kabul Tarihi: 26.02.1932. RG 09.03.19327 Cyprus Gazette No. 2201 of the No. 17 of 1932 < http://www.cylaw.org/nomoi/arith/1932_1_017.pdf> Erişim Tarihi 03 Nisan 2020.

- Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, Numarası: 0/1960, Kabul Tarihi:06.04.1960 Yürürlük Tarihi:16 Ağustos 1960 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/1960.doc>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2020.
- KKTC Anayasa Mahkemesi, S 7/89 (D6/89), 30.06.1989 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>> Erişim Tarihi 22 Mart 2020.
- 1985 KKTC Anayasası, Kabul Tarihi: 5.05.1985. RG 07.05.1985. <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/anayasa.doc>> Erişim Tarihi 02 Ekim 2019.
- KKTC AYM, KS 21/2009, (D 3/2011), 2011.
- KKTC AYM, KS (D 3/2012), Birleştirilmiş 12-13-14-15-16/2012 (D 3/2012), 2012.
- KKTC AYM, KS 14/2015, D 9/2017, 29.06.2017.
- KKTC AYM, KS 23/85 (D 8/87), 04.06.1987.
- KKTC AYM, KS 4/2006, (D 1/2007), 2007.
- KKTC AYM, KS 4/88, 4/88 (D 10/88), 27.10.1988.
- KKTC AYM, KS 7/89 (D 6/89), 30.06.1989.
- KKTC AYM, KS 9/2009, D 4/2011,20.10.2011.
- KKTC AYM, KS 9/93 (D 5/95), 29.06.1995.
- KKTC AYM, KS AM 5/97, AM 5/97 (D 1/98) , 1998.
- KKTC AYM, KS D 2/2012, D 2/2012, Birleştirilmiş Anayasa Mahkemesi: 20 ve 21/2012, 16.08.2012.
- KKTC AYM, KS D 3/2016- 15/2015, 07.04. 2016.
- KKTC Başbakanlık, 'Bakanlar Kurulu Kararları Açıklandı' (13.03.2020) <<http://kktcbasbakanlik.org/ArtMID/3765/ArticleID/124068/>> Erişim Tarihi 13 Mart 2020.
- KKTC Cumhurbaşkanlığı B O, 'Kişilerden çok, kurumların demokratik, eşitlikçi ilişkileri önem taşır' (08.05.2020) <<https://kktcb.org/tr/cumhurbaskani-akinci-kisilerden-cok-kurumların-demokratik-esitlikci-iliskileri-onem-tasir-7592>> Erişim Tarihi 08 Mayıs 2020.
- KKTC Resmi Gazete 22.03.2020/S 48, *Kısmi Sokağa Çıkma Yasağı Emirnamesi* (22.03.2020) (KKTC Bakanlar Kurulu, Düzenleyen, & A. S.-K. EK III, Prodüktör), <<https://basimevi.gov.ct.tr/>> Erişim Tarihi 25 Mart 2020.
- KKTC Resmi Gazete 25.03.2020/S 50, KKTC Başbakanlık Basımevi (25.03.2020) <<https://basimevi.gov.ct.tr/>> Erişim Tarihi 25 Mart 2020.
- KKTC YİM, KS 103/98 (D 7/2003), 16.05.2003.
- KKTC YİM, KS 81/2007, D 4/2009, 27.02. 2009.
- Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası (KTFD), Numarası:0/1975, Numarası: 0/1975, Kabul Tarihi: 13.02.1975 Yürürlük Tarihi: 08.06.1975 <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/ktfdana.doc>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- KTFD AYM, KS 18/78, 27.04.1979.
- KTFD AYM, KS D 1/82, D 1/82, Yargıtay/Asli Yetki İstinaf 1/82, 01.06.1982.
- Minister of Health Cyprus, Decree on Quarantine (Determination of Measures to Prevent Spread of the COVID-19 Coronavirus) Decree (No 18) of 2020, <<https://www.pio.gov.cy/coronavirus/en/press/.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2020.
- Necatigil Z, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukununun Esasları* (2. Bası, Lefkoşa: Işık Kitabevi 2015).
- Onur Karahanoğulları, 'İngiliz Hukukunda İkincil Yasama' (1995), AÜSBF, 03(50), 212-230. <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/36423>> Erişim Tarihi 16 Mart 2020.

- Özay İ, *Günlüğünde Yönetim* (1. Bası, İstanbul: Alfa Yay 1994).
- Özbudun E, 'İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları' (1961) 18(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-372.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları 2017).
- Özpolat H, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri' (2018) 9(33) *TAAD* 609-622.
- Sağlam F, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (1. Bası, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2013).
- Sağlam F, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri* (1. Bası, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2015).
- Gözübüyük Ş, *Yönetim Hukuku* (13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi 2000).
- Van Der Sloot B, 'Is All Fair in Love and War? An Analysis of the Case Law on Article 15 ECHR' (2014) 53 (1) *Military Law and the Law of War Review* <https://bartvandersloot.com/onewebmedia/Is_all_fair_in_love_and_war_forthcomming.pdf> 26.04.2020.
- Strauss David A, 'Common Law, Common Ground and Jefferson's Principle' (2003) 112 *The Yale Law Journal* 1717-1755.
- Sunday Times v Birleşik Krallık* (no 1) Series A no 30, App No 6538/74 (ECHR, 26.04.1979).
- TC AYM, BB No: 2012/1246, § 60, Tahsin Erdoğan, 06.02.2014.
- TC AYM, E 1967/41, K 1969/57, 25.10.1969.
- TC AYM, E 1993/5, K 1993/25, 06.07.1993.
- Teziç E, 'Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler' (1972) 5(3) *Amme İdaresi Dergisi* 3-14.
- The Quarantine Law, 1932, Kabul Tarihi: 26.02.1932. RG 09.03.19327 *Cyprus Gazette No. 2201* of the No. 17 of 1932 <http://www.cylaw.org/nomoi/arith/1932_1_017.pdf> Erişim Tarihi 03 Nisan 2020.
- Yeliz Şanlı Atay, 'Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler' (2011) (Yayımlanmamış Doktora Tezi T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin Günday, Ankara) 23-28. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/33957/Sanlı%20Atay_Yeliz_tez.pdf?sequence=1> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Yılmaz H, 'Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği' (2014) 110 *Türkiye Barolar Birliği* 220-240 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-i-1345>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 06.09.2020
Revizyon Talebi: 22.12.2020
Son Revizyon: 30.03.2021
Kabul: 30.03.2021

Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler

Sezen Kama Işık* , Alper Işık** 

Öz

19. yüzyılın getirdiği toplumsal ve ekonomik dönüşümle birlikte oy hakkının genişlemesi ve halkın yönetimde söz sahibi olma isteği neticesinde siyasi parti kavramı ortaya çıkmıştır. Söz konusu kavramın günümüze dek ulaşması, temsili demokrasinin başarılarından biri olarak değerlendirilebilir. Bugünün dünyasında ise teknolojinin ve özellikle internetin ulaştığı nokta temsili demokrasinin farklı bir yöne evrilmesine neden olmakta ve dijitalleşen bir demokrasi anlayışı yaratmaktadır. Teknolojinin yarattığı bu değişim ayrıca siyasi partileri özel olarak etkilemektedir. Bir yanı ile geçmişten günümüze varlığını sürdüren geleneksel siyasi partiler iç ve dış işleyişlerinde özellikle internetin sağladığı imkanlardan faydalanmaktadır. İşte bu çalışmanın amacı, halkın yönetime katılmasında kilit rol oynayan siyasi partilerin teknoloji ve internet sayesinde geçirdiği dönüşümü ortaya koyarak yeni bir tür olan elektronik siyasi parti kavramını ayırt edici özellikleri, tanımı ve dünyadan örneklerini mevzuatları ile birlikte ele almaktır.

Anahtar Kelimeler

Siyasi Parti, Demokrasi, Dijitalleşme, Online Karar Alma, Elektronik Siyasi Parti

Digital Political Parties as a New Type of Political Party

Abstract

With the social and economic transformation of the 19th century, the concept of the political party emerged as a result of the expansion of the right to vote and the people's desire to government/governance. The concept of the political party can be considered as one of the achievements of representative democracy. Today, technology and especially the internet, are causing the evolution and creating a digitalized understanding of democracy.

This change created by technology not only affects the idea of democracy, but also affects political parties. On the one hand, traditional political parties use the internet in their internal and external operations. Digital political parties on the other hand, are established directly within the internet. The aim of this study is to reveal the transformation of political parties that have found their basis in the transformation from autocracy to constitutional monarchy and play a key role in public participation in administration through technology and the internet. In addition its purpose is to discuss the concept of the digital political party, which was born as a new genre, with different examples of their legislation from all over the world.

Keywords

Political Party, Democracy, Digitalisation, Online Decision Making, Digital Political Party

* **Sorumlu Yazar:** Sezen Kama Işık (Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: sezen.kama@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0001-9654-9118

** Alper Işık (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-posta: alper@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0002-3784-8297

Atf: Kama-Işık S, Işık A, "Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler" (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 673. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.2.0008>



Extended Summary

Political parties emerged as a result of universal suffrage and public participation in the government/governance. The concept of the political party has undergone many transformations since its emergence. Today, one of the most important transformations is being experienced thanks to digital technologies. The phenomenon of digitalization affects political parties in various ways.

The first distinction between political parties is benefiting from technological developments and parties engaged in direct electronic activity. Along with digitalization, traditional political parties have included digital technologies in their activities. Traditional political parties use technology in their internal and external operations. Internal functioning refers to intra-party decision making mechanisms. External functioning is the conduct of political communication.

Considering the use of technology in the decision making process of traditional political parties, it is difficult to talk about a fundamental digital transformation. Particularly in the pandemic, focusing on online meetings is a prominent feature in internal relations. However, this situation is limited to consultation activities. In external relations, mass communication is provided through social media platforms.

The most important digital transformation of political parties has been the emergence of digital political parties. Digital political parties carry out their organizations and internal functions using electronic means. They are emerging in many countries around the world. These parties use a variety of software programs to carry out their internal operations. Through these programs, party members are able to determine the policy of the parties and select candidates and party bodies.

The notion of digitalization, besides transforming traditional political parties, reveals a new type of political party. However, although it is claimed that class-based demands have become less important with digitalization and the network society is not in line with the hierarchical structures of political parties, it is necessary to consider digital political parties as a new phenomenon.

At this point, although digital political parties differ from each other in various ways, certain examples are explained hereinbelow. In this context, the Pirate Party, which is organized in many countries around the world, is discussed first. The party carries out decision making processes with software called LiquidFeedback. The Pirate Party also makes new claims in accordance with the emergence of digitalization. It is also achieving successful results in elections in different countries.

Another example is the Argentina-based Democracia en Red. This formation developed software called DemocracyOS that does not belong to any party, and

later established a party called El Partido de la Red. The issues determined through DemocracyOS are opened up to discussion by members. If the party shall win parliament seats, it has promised to vote in parliament as agreed upon the application.

Italia 5 Stelle, as an example emerging in Italy, operates decision making mechanisms with the software named Rousseau. In particular, the Party's candidacy process is carried out digitally. The party now runs the national government in Italy.

Podemos is an example of digital political parties in Spain. The party has grown using digital infrastructure. Candidates supported by Podemos in the 2015 local elections won the elections in the municipalities of Madrid and Barcelona. The party conducts intra-party discussions through a software platform called Participa. Decisions such as party policies and party's executives are made on this platform.

In Turkey, there is only one digital political party called E-Party. It was established as a political party in 2014 and unlike other political parties, it included Electronic Assemblies among its central bodies. In addition, the Provincial and District E-Commissions have also been involved in the party's provincial organization. However, Electronic Assemblies were not sufficient for the organization of the party in accordance with the Law on Political Parties numbered 2820. Therefore, the official identity of this political party as the E-Party was terminated in 2016. This situation shows that the legislation on political parties in Turkey is not ready for digital political parties yet.

In the conclusion, it is mentioned that technological developments can create a change from representative democracy to direct democracy. This situation pushes traditional political parties based on representation into a transformation towards technological developments which are direct instruments of democracy. However, legal change is not that fast. Although the legal framework is wide and flexible in terms of global examples, there is no political party law in which digital parties have yet been officially recognized. Nevertheless, it is said that the flexibility of laws in force allows the existence of digital parties. It is likely that these developments will spread to Turkey. However, unlike other examples in the world, Turkish law has a very detailed and strict law on political parties. Therefore, the change in this understanding of the law stands out as the main point in following digitalization trend in the world.

Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler

Giriş

Siyasi partiler, 19. yüzyılla beraber oy hakkının genelleşmesi ve halkın yönetimde söz sahibi olmaya başlamasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkışından günümüze siyasi partiler birçok dönüşüm geçirmiştir. Günümüzde ise bu dönüşümün en önemlilerinden biri yaşanmaktadır. Söz konusu dönüşüm, dijital teknolojilerin yarattığı dönüşümdür. Bu bağlamda çalışmada genel bir ifade ile dijitalleşme olgusunun siyasi partilere etki ve sonuçları incelenecektir.

Siyasi partilerin dijitalleşme neticesinde geçirdiği dönüşüm ele alınırken yapılması gereken ilk ayırım, teknolojik gelişmelerden yararlanan siyasi partiler ile doğrudan elektronik ortamda faaliyet yürüten partiler ayırımıdır. Çünkü dijitalleşmeyle birlikte geleneksel siyasi partiler de dijital teknolojileri çalışmalarına dahil etmişlerdir. Anılan siyasi partiler teknolojiyi iç işleyişlerinde ve dış işleyişlerinde kullanmaktadır. İç işleyiş, parti içi karar alma mekanizmalarına işaret etmektedir. Dış işleyiş ise siyasal iletişimin yürütülmesi amacına yönelmektedir.

Çalışma neticesinde görülecektir ki geleneksel siyasi partilerin karar alma mekanizmalarındaki teknoloji kullanımına bakıldığında temel bir dönüşümden bahsetmek zordur. Özellikle pandemi döneminde online toplantılara ağırlık verilmesi, iç işleyişte öne çıkan bir özellik olsa da bu durum yalnızca istişare faaliyetleriyle sınırlı kalmaktadır. Ancak siyasi partilerin dış işleyişlerinde sosyal medya platformları üzerinden kitle iletişimini sağlamaları dönüşümün önemli bir ayağını oluşturmaktadır.

Dijitalleşmenin siyasi partiler üzerinde gerçekleştirdiği en önemli dönüşüm olarak çalışmada, elektronik siyasi partilerin doğuşu değerlendirilecektir. Elektronik siyasi partiler, örgütlenmelerini ve iç işleyişlerini bütünüyle elektronik yolları kullanarak gerçekleştirmektedir. Söz konusu elektronik siyasi partiler dünya üzerinde giderek birçok ülkede ortaya çıkmaktadır. Bu partiler iç işleyişlerini çeşitli yazılımlar ile aracılığıyla yürütmektedir. Bu programlar aracılığıyla parti üyeleri, parti politikası ile adaylarını belirleyebilmekte ve parti organlarına seçim yapabilmektedir.

Dolayısıyla görülecektir ki dijitalleşme olgusu geleneksel siyasi partileri dönüştürmenin yanı sıra yeni bir siyasi parti türüne de kapı aralamaktadır. Dijitalleşmeyle sınıf temelli taleplerin önemini yitirdiği ve ağ toplumu olgusunun hiyerarşik yapılar olan siyasi partilere uygun düşmediği iddia edilse de çalışmada elektronik siyasi partiler yeni bir fenomen olarak ele alınacaktır. Bu noktada dünyanın farklı yerlerinde görülmekte olan elektronik siyasi partiler, benzerlikleri, farklılıkları ve mevzuatları incelenecektir (*Pirate Party, Democracia en Red, Italia 5 Stelle, Podemos*). Ayrıca Türkiye özelinde 2014 yılında siyasi parti olarak kurulan fakat 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre gerekli teşkilatlanmayı elektronik ortam

dışında sağlayamadığı gerekçesiyle 2016 yılında siyasi parti kimliğine son verilen E-Parti de ulusal siyasi partiler mevzuatının henüz elektronik siyasi partilere hazır olmadığını göstermesi bakımından önemli bir örnek olarak ortaya konulacaktır.

Sonuç olarak çalışmada teknolojik gelişmelerin temsili demokrasiden doğrudan demokrasiye bir değişim yaratabileceğinden bahsedilecektir. Bu durum temsil temeline dayanan siyasi partileri de bir dönüşüme itecektir. Dünyadaki örnekler bakımından her ne kadar elektronik siyasi partileri açıkça tanıyan bir yasal düzenleme olmasa da özellikle mevzuatların esnek yapısı bu oluşumları tanımaya elverişli bir durum yaratmaktadır. Dünyadaki bu gelişmeler şüphesiz Türkiye’de de sirayet edecektir. Ancak Türk hukukunda siyasi parti mevzuatının katı ve detaycı tutumu şu an için böyle bir oluşuma cevaz vermiyor görünmektedir. Dolayısıyla iç hukuk bakımından anılan mevzuatın genel bir çerçeveyi düzenler biçimde esnek bir yapıya kavuşması ihtimali, teknolojik gelişmeleri yakalamak bakımından önem arz etmektedir.

I. Siyasi Parti Kavramı ve Doğuşu

En yalın şekliyle halkın kendi kendini yönetmesi ve kendisine ilişkin kararlarda söz sahibi olabilmesi anlamına gelen demokrasinin¹ temel taşlarından biri siyasi partilerdir. Hatta Vedel’e göre, “*Demokrasi siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, fakat siyasi partiler yüzünden ölebilir de*”². Bu her ne kadar çok kesin bir ifade olsa da³, modern demokrasiler için yerinde bir tespit olarak karşımıza çıkmaktadır.

Demokratik rejim bakımından oldukça önem arz eden siyasi partilerin tarih sahnesinde günümüz biçimi ile görülmeleri ise 19. yüzyıla tekabül etmektedir. 1850 öncesi Amerika Birleşik Devletleri hariç dünyanın hiçbir yerinde siyasi parti bulunmamaktaydı. Sadece bir yüzyıl içerisinde, iktidarın tek kişinin elinde toplandığı mutlak monarşilerin yerini meşruti rejimlere bırakması ile siyasi partiler varlık göstermeye başlamıştır⁴.

İnsanlık var olduğundan beri ortak fikirler etrafında gruplaşmalar ve fikir ayrılıkları mevcut olmuştur. Hizipler, çıkar ve baskı grupları Yunan ve Roma dönemlerinde de görülmüştür⁵. Ancak siyasal temsilin ve temsili demokrasinin ana öğelerinden siyasi partiler daha yakın tarihteki oluşumlardır. Siyasi partiler, ortak çıkarların ve toplumun belirli bir anlayışı adına, tek başına veya koalisyonda hükümetin işlevlerini üstlenmeyi talep eden az çok örgütlü, gönüllü gruplardır⁶. Bu bağlamda temelde belli

¹ Yılmaz Aliefendioğlu, ‘Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri’ (1999) 16 Anayasa Yargısı Dergisi 95, 96.

² Georges Vedel, *Manuel Elementaire de Droit Constitutionnel* (1949) 156; Aktaran: Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (Beta Yayınevi 2019) 381.

³ Siyasi partiler olmaksızın işleyen doğrudan demokrasi örneği Atina’ya dair bkz George Tridimas, ‘Democracy without Political Parties: The Case of Ancient Athens’ (2019) 15/6 Journal of Institutional Economics 983- 998.

⁴ Maurice Duverger, *Siyasi Partiler* (Çev Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi 1993) 15.

⁵ Ergun Özbudun, *Siyasi Partiler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 409 1977) 19.

⁶ Raymond Aron, *Démocratie et totalitarisme* (Gallimard 1965) 117.

bir görüşe sahip insanların siyasi iktidarı ele geçirmek amacı ile⁷ bir araya gelerek oluşturdukları bu örgütler⁸, toplumdaki farklı istekleri toplayıp alternatifler halinde sunarak çoğulcu bir toplum yaratılmasına yardımcı olmaktadır⁹. Bu sebeple siyasi partiler, demokrasinin gelişim sürecinde oy hakkının ve parlamentonun yetkilerinin genişletilmesi neticesinde varlık göstermişlerdir¹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki siyasi partilerin olmadığı bir toplumda sadece net olmayan eğilimler, kemikleşmemiş, aralarında bağlantı olmayan belirsiz ve bulanık kişisel fikir ve kanaat yığınları vardır¹¹. Bütün bu etmenler siyasi partileri, bir görüşe göre çağdaş siyasal sistemlerde devletten sonra gelen en önemli öge haline getirmiştir¹². Ancak burada önemle belirtilmelidir ki, siyasi iktidar arayan ve demokratik seçimler harici ihtilal veya devrim gibi yollarla da oluşan tüm organize gruplar siyasi parti terimini kullanagelmiştir¹³.

Siyasi partilerin ortaya çıkış süreçlerine geldiğimizde, 19. yüzyılı yakından incelemek gerekmektedir. İlgili dönemde hem toplum yapısı hem ekonomik yapı kökten dönüşüm geçirmiş, özellikle ekonomik yapının bu köklü değişimi, siyasi iktidar kavgasının da farklı bir yöne evrilmesine sebep olmuştur. Açık bir söyleyişle, bu durum ekonomik yapının dönüşümü ile farklılaşan ve birbirleriyle mücadele eden toplum katmanları ile doğrudan ilgilidir. 1789 Fransız Devrimi, 1830 Endüstri Devrimi, 1848 İşçi Hareketleri gibi olaylar, düşünsel, sosyolojik ve ekonomik alanlarda yeni kavramların doğmasını sağlarken siyasi partilerin kuruluşu da bu büyük dönüşümden etkilenmiştir. Fransız Devrimi sosyalizm ve liberalizm gibi siyasal düşüncelerin oluşmasını sağlarken, Endüstri Devrimi sınıfsal yapıyı dönüştürerek çok katmanlı bir toplum yapısı oluşturmuştur. Bunun neticesinde ise örgütlenme gereği ortaya çıkmıştır. Bu minvalde siyasi partilerin doğuşu da siyasi yapının nispeten karmaşık hale geldiği sanayi toplumuna geçiş evresinde yöneten sınıfı belirleme gücünü elde etme gayesinin bir sonucudur¹⁴. Amerika Birleşik Devletleri, 1815 sonrası siyasette ülkeye özgü ve modern oluşumların meydana geldiği coğrafya olması sebebiyle siyasi partilerin doğuşunda öncelikle ele alınmalıdır. Modern Amerikan siyasi kültürü, 1820'lerden itibaren kitle siyasi parti örgütlerinin kurulmasıyla şekillenmiştir¹⁵. Ülkenin siyasi ve sosyolojik yapısı da oy hakkının genişlemesini sağlayarak siyasi partilere öncelikli ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur¹⁶. Öncelikle belirtilmelidir

⁷ Siyasi iktidarı ele geçirme amacının siyasi parti kavramının temel unsurları arasında bulunması, özellikle tabela partileri gibi siyasi parti türleri düşünüldüğünde tartışmalıdır. Şeref İba, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku* (Seçkin 2019) 26.

⁸ Erdoğan Teziç, *100 Soruda Siyasi Partiler* (Gerçek Yayınevi 1976) 6.

⁹ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş* (Bilgi Yayınevi 2001) 183- 184.

¹⁰ Duverger (n 4) 16.

¹¹ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 244.

¹² Cem Eroğul, *Devlet Nedir?* (Yordam Kitap 2014) 157.

¹³ Duverger, 'Political Party' (Encyclopedia Britannica, 1 March 2019) < <https://www.britannica.com/topic/political-party/Mass-based-parties> > Date of Access: 19.05.2020.

¹⁴ Gökhan Gökürk, 'Siyasal Partilerin Doğuşu: Tarihsel ve Toplumsal Kökenleri' (2016-2) 54 Sosyoloji Konferansları 246, 248.

¹⁵ Ronald P. Formisano, *The Birth of Mass Political Parties: Michigan, 1827- 1861* (Princeton University Press 1971) 3-4.

¹⁶ Gökürk (n 14) 253.

ki, ülkenin kuruluşunda ekonomik olarak farklılık gösteren iki kesim mevcuttur. Bunlardan biri, Bağımsızlık Savaşı neticesinde zenginleşen ticaret burjuvazisi ve kapitalist sınıf iken diğeri, köylü, çiftçi gibi orta ve alt sınıftır. Bu iki sınıfın çıkar çatışması ve yönetimde söz sahibi olma mücadeleleri Amerikan siyasi sisteminde iki temel siyasi partiyi doğurmuştur. Bu ikili ayırmda, daha sıkı bir birlik ve güçlü bir merkezi yönetimi savunan, Alexander Hamilton liderliğindeki federalistler (Muhafazakârlar) Federal Parti adını almıştır. İkinci grup ise serbest bir demokrasi anlayışı güden ve Thomas Jefferson önderliğindeki anti- federalist olan Cumhuriyetçi Parti olarak anılmıştır (Cumhuriyetçiler/ Demokratlar)¹⁷.

İngiltere bağlamında siyasi partilere bakıldığında ise, İngiliz Parlamentosu'nda var olan temel iki ayırım incelenmelidir. İç savaşın ardından kral olan I. Charles'ın idamı neticesinde yerine kimin geçeceği sorusu bu iki grubun meydana gelişini açıklamaktadır¹⁸. İlk grupta kralın kardeşi James'in tahta geçmesini savunan Anglikanların oluşturduğu Tory'ler bulunurken ikinci grup tahttan muhafazakâr kardeşi uzak tutmak isteyen Whig'lerdir. Bu bakımdan devamında 18. yüzyıl İngilteresi'nde krala ve kiliseye bağlı olan muhafazakâr toprak sahibi Tory'ler ile parlamentonun yetkilerinin artırılmasını ve ticari serbestliği savunan tüccar ve imalatçıları barındıran özgürlük yanlısı Whig'ler temel siyasi parti ayrımının başlangıç noktası olarak sayılabilir¹⁹. Oy hakkının genişlemesi neticesinde de seçmen alanı büyüyen Tory ve Whig'ler artık parlamento dışında örgütlenmek ve seçmenleri belli bir yönde birleştirmek için seçim komitelerine ihtiyaç duymuştur²⁰. Bu bağlamda Duverger de siyasi partilerin ortaya çıkmasında en önemli etken olarak söz konusu seçim komiteleri ve parlamento gruplarını görmüştür²¹. Bu seçim komitelerinin de etkisiyle bir yüzyıl sonra Tory'ler Muhafazakar Parti, Whig'ler ise Liberal Parti olarak anılmaya başlamıştır. Modern anlamı ile ilk parti ise 1870 yılında Joseph Chamberlain'in kurduğu Liberal Federasyon olmuştur²². Duverger buna ek olarak parlamentoda temsil edilme olanağına sahip olmayan sosyal güçler ve sınıfların da siyasi partilerin doğuşunda önemli bir etken olduğunu belirtmektedir. Özellikle işçi sendikalarının Avrupa'da birçok sosyalist partinin doğuşunda önemli rol oynadığını belirtmek gerekir. Örneğin İngiliz İşçi Partisi, 1899 yılında Sendikalar Kongresinde alınan bir karar sonucunda kurulmuştur²³.

19. yüzyılın siyasi partilerin doğuşundaki yeri önce Amerika Birleşik Devletleri ve devamında İngiltere'de yukarıdaki gibi bir görünüm arz etmektedir. Öte yandan

¹⁷ Niyazi Berkes, *Siyasi Partiler* (Yurt ve Dünya Yayınları 7, Sosyal Problemler Serisi 3, 1946) 76.

¹⁸ Sezen Kama, 'Parlamber Hükümet Sistemi Modeli Olarak 'Westminster Modeli': Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme' (2016) 22/2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161, 168.

¹⁹ Göktürk (n 14) 255.

²⁰ Teziç (n 8) 14.

²¹ Duverger (n 4) 16.

²² Berkes (n 17) 26.

²³ Rüçhan Işık, 'İngiliz İşçi Sendikalarının Siyasi Faaliyetleri' (1966) 17 Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 105, 106.

aynı yüzyılda Osmanlı Devleti'nde bir siyasi partiye rastlanmasa da 1859 yılında Türklerin kurduğu ilk siyasi dernek olarak Fedailer Cemiyeti karşımıza çıkmaktadır. Anılan oluşum, İslahat ve Tanzimat Fermanları ile Hristiyan tebaaya verilmiş haklara karşı kurulmuş ve mutlak monarşiyi sınırlandırma amacı gütmüştür²⁴. Türk Anayasal Tarihi'nin ilk Anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi, ancak 1909 değişiklikleri sonrasında cemiyet kurma hürriyetini tanımıştır. Bu nedenle Fedailer Cemiyeti'nin ardından 1865 yılında meşrutiyeti hedefleyen Yeni Osmanlılar Cemiyeti (İttifakı Hamiyet- Jön Türkler) de gizlice kurulmuştur²⁵. Ancak II. Meşrutiyet sonrasında gizli olmayan cemiyetler ve siyasi partilerin kurulması gerçekleşebilmiştir. Anılan dönemde ön plana çıkan iki siyasi parti ise "İttihat ve Terakki Fırkası" ile "Hürriyet ve İtilaf Fırkası" olmuştur²⁶. Bunun devamında Osmanlı- Türk anayasal gelişmelerinde Sened-i İttifak ile başlayan ve sistemi meşruti hale getirmek amacını güden süreç, siyasi ve toplumsal yapıyı kökten etkilemiş ve siyasi partilere olan ihtiyaç giderek artmıştır. Demokratik bir düzen içerisinde modern anlamda siyasi partilerin kurulması ise Millî Mücadele döneminin tek partili rejimi sonrası ancak 1946 Seçimleri neticesinde çok partili hayata geçiş ile mümkün olmuştur.

II. Siyasi Partilerin Dijitalleşmesi

Yukarıda tarihsel gelişimini ele aldığımız siyasi parti kavramı, teknolojinin gösterdiği hızlı gelişme ile günümüzde belirli açılardan dönüşüme uğramaktadır. Bu dönüşümün önemli bir ayağı da internet ile birlikte sağlıklı bir müzakere ve oylama için insanların bir araya gelmesinin bir zorunluluk olmaktan çıkması ve insanların interaktif tartışmalar yapmasının mümkün kılınmasıdır²⁷. Bu bağlamda internet Atina sitesindeki agoraya benzer şekilde bir kamusal alan sunabilir²⁸. Özellikle sosyal medyanın siyasi partiler üzerindeki etkisi bu noktada önem kazanmaktadır. Çünkü bu şekilde temsili demokrasi araçlarının yerini doğrudan demokrasi araçlarının alması gündeme gelebilir. Ancak bu durumun istismar edilmesi ve parti liderlerini sadece medyaya tepki veren, parti üyelerine ve yöneticilerine hesap vermeyen bir hale dönüştürmesi ihtimali de dile getirilmektedir²⁹.

Siyasi partilerin dijital dönüşümünü siyasi partilerin iç işleyişleri ve dış işleyişleri açısından ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. İç işleyiş, siyasi partilerin parti içi karar alma mekanizmalarını tanımlarken; dış işleyiş siyasi partilerin seçmenleriyle ilişkilerini ele almaktadır.

²⁴ Tank Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasi Partiler 1859- 1952* (Doğan Kardeş Yayınları 1952) 81- 90.

²⁵ Ibid 91.

²⁶ Teziç (n 8) 182.

²⁷ Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar* (On İki Levha Yayınları 2014) 210.

²⁸ Marie-Charlotte Roques-Bonnet, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?* (Michalon Éditions 2010) 135.

²⁹ Sezgi Durgun, 'Siyasi Partiler ve Parti Sistemleri', in Yüksel Taşkın (ed), *Siyaset: Kavramlar, Kurumlar, Süreçler* (İletişim Yayınları 2016) 346.

A. İç İşleyiş Bakımından Siyasi Partiler

Karar alma, klasik siyasi partilerin iç işleyişinin temelini oluşturur. Bir siyasi partinin politikası, seçmene ulaşma yöntemleri, kullanılacak sloganlar, yürüteceği eylemler, karar alma mekanizmaları aracılığıyla belirlenir. Klasik anlamda parti politikaları merkezden verilen kararlarla taşra teşkilatlarına iletilir. Ancak özellikle yerel seçim dönemlerinde taşra teşkilatları özerk politikalar da belirleyebilmektedir. Bu durumda genel olarak yüz yüze yapılan toplantılar ya da kurultaylar, karar alma sürecinin temelini oluşturmaktadır.

Teknolojik imkanlar siyasi partilerin iç işleyişinde kullanılan geleneksel karar alma mekanizmalarına ise yeni alternatifler üretmiştir. Özellikle içinden geçtiğimiz pandemi süreci bu konuda sahip olunan imkanların uygulamadaki ağırlığını artırmıştır. Örneğin birçok siyasi parti online toplantılar ile partilerin iç işleyişlerini sağlamıştır. Bu bağlamda Merkez Yürütme Kurulu, Belediye Başkanları toplantıları, İl Yönetim Kurulu gibi toplantılar online bir şekilde yürütülmüştür³⁰. Her ne kadar pandemi sürecinden sonra online toplantıların devam edip etmeyeceği kesin olarak bilinmese de geleneksel siyasi partilerin karar mekanizmaları için yeni bir alternatifin ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak geleneksel siyasi partiler teknolojik imkanları daha ziyade dış işleyişlerinde kullanmaktadır.

B. Dış İşleyiş Bakımından Siyasi Partiler

Teknolojik gelişmelerin geleneksel siyasi partilere esas etkisi ise dış işleyişte olmaktadır. Dış işleyiş siyasi partiler ile seçmenleri arasındaki iletişimi ifade etmektedir. Özellikle kullanım oranı artış gösteren sosyal medya platformları siyasi partilerin ve mensuplarının da faydalandığı araçlar haline gelmiştir. Siyasi partilerin sosyal medya platformlarında resmi hesapları olduğu gibi; üyelerinin, milletvekillerinin, belediye başkanlarının da bireysel hesapları aktif şekilde kullandığı görülmektedir. Seçim dönemlerinde sosyal medya başlı başına bir kampanya platformuna dönüşmektedir. Çeşitli reklam faaliyetleri ya da viral kampanyalar sonucunda bazı propaganda mesajları daha çok kişiye ulaşmaktadır. Ayrıca kullanıcı aktiviteleriyle bu durumun tersine dönme tehlikesi de vardır³¹. Bazı seçim dönemlerinde politikacılara karşı sosyal medya araçları üzerinden kara propaganda yapılması bu duruma örnektir. Dolayısıyla sosyal medya platformları yurttaşların etki alanını genişletirken, yurttaşların kendini ifade etme ve sesini

³⁰ Bu konuyla ilgili olarak medyaya yansıyan haberler için bkz
<<https://www.evrensel.net/haber/404554/akp-myk-video-konferans-ile-toplandi>>
<<https://www.mersinhaber.com/haber-chpli-11-buyuksehir-belediye-baskanindan-online-toplantı-sonrası-ortak-imzalı-talep-ve-değerlendirme-yazısı/393976>>
<<https://www.sakaryayenihaber.com/perde-arkası/akpde-online-toplantı-h110797.html>> Erişim Tarihi: 03.09.2020

³¹ Pieter Verdegem, Evelien D'heer, 'Social Media Logic and Its Impact on Political Communication During Election Times', in Julia Schwanholz, Todd Graham, Peter-Tobias Stoll (eds) *Managing Democracy in Digital Age: Internet Regulation, Social Media Use and Online Civic Engagement* (Springer International Publishing 2018) 121.

duyurma yeteneklerinin hepsini büyük oranda siyasi kampanyalara teslim etme tehlikesini de içinde barındırmaktadır³².

Bazı siyasi oluşumlar ise ilk olarak sosyal medya üzerinden örgütlenmelerinin ardından klasik örgütlenme yöntemlerini uygulayarak başarı etmişlerdir. Bir görüşe göre sosyal medya üzerinden örgütlenen bu tür hareketler yine de klasik örgütlenme araçlarına muhtaçtır. Çünkü teknolojik imkanların sağladığı hızlı büyüme ve bu hıza yetişemeyen kurumsal yapı, büyük ama kırılabilir bir güç ortaya çıkarmaktadır. Bu kırılabilirlik, yirmi birinci yüzyılın anti-otoriter ağ hareketlerinin en önemli belirleyici özellikleri arasındadır³³.

Geleneksel partilerin dijital imkanları kullanmasını kolaylaştırmak amacıyla siyasi partilere bu hizmetleri sunan şirketler ortaya çıkmıştır. Bu firmalar adaylara ya da siyasi partilere gerekli yazılım altyapısını sağlamak amacıyla. Bu firmalara ilk örnek olarak ABD’de kurulan *NationBuilder* firması verilebilir. Bu firma, hiçbir partiye bağlı olmadan kurulmuştur ve müşterilerine online iletişimde yardımcı olmaktadır. Özellikle ABD seçimlerinde ortaya çıkan *Cambridge Analytica* skandalından sonra, bu tür firmalara şüpheyle bakılmaya başlanmıştır.

Yukarıda bahsedilen *NationBuilder* firması yakın zamanda *France Insoumise* hareketiyle çalışmıştır. *France Insoumise* 10 Şubat 2016’da sosyalist politikacı Jean-Luc Mélenchon tarafından kurulan ve *Parti de Gauche (Sol Parti)* tarafından da desteklenen bir sol harekettir. *France Insoumise*, dijital demokrasiyi benimsemesi ve geleneksel bürokratik yapıları ortadan kaldırması konusunda geleneksel sol partilerden farklı bir yol izlemiştir. Parti, *NationBuilder* yazılımını destekçilerini artırmak için kullanmıştır. Ayrıca parti politikaları ve stratejileriyle ilgili kararlar almak için kendi online platformunu geliştirmiştir. Ayrıca sosyal medyaya, *YouTube* videolarına ve hatta video oyunlarına da propaganda aracı olarak başvurmuştur³⁴.

Avrupa’da bulunan geleneksel ve köklü partiler de dijital teknolojileri parti içinde kullanma konusunda çabalar içine girmiştir. Bunlar İngiltere’de İşçi Partisi, Almanya’da *SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands)* ve İspanya’da *PSOE (Partido Socialista Obrero Español)* olarak sayılabilir. Dolayısıyla internet temelinde kurulan partilerin yanı sıra, geleneksel partilerin mevcut yapılarında da bir dönüşümden bahsetmek mümkündür³⁵. Fransa’da ana akım partilerden olan *UMP (Union pour un Mouvement Populaire)*³⁶ *Createurs du Possible*; *PS (Parti Socialiste)* ise *Coopol* isimli kendi sosyal ağlarını kurmuştur³⁷. Ayrıca, İngiltere’de

³² Jessica Baldwin-Philippi, *Using Technology, Building Democracy* (Oxford University Press 2015) 165.

³³ Zeynep Tufekci, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protests* (Yale University Press 2017) 82.

³⁴ Paolo Gerbaudo, *The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy* (Pluto Press 2019) 12.

³⁵ Ibid 14.

³⁶ UMP 2015 yılından itibaren *Les Républicains* adını taşımaktadır.

³⁷ Dominique Cardon, *La démocratie Internet: Promesses et limites* (Éditions de Seuil 2010) 94.

İşçi Partisi için geliştirilen *Momentum* isimli bir yazılımla parti üyeleri online bir şekilde görüşlerini paylaşabilmektedir. Dolayısıyla, internet ile birlikte ortaya çıkan dijital demokrasi³⁸ imkanları mevcut siyasi partilerin dijital alana doğru genişlemesine imkân hazırlamaktadır. Bu durum katılım imkanlarını artıracak gibi, demokrasinin daha sağlıklı ve doğrudan bir şekilde işlemesine de katkı sağlayacaktır. Dijitalleşmenin mevcut siyasi partiler üzerindeki etkilerine ek olarak bir de dijital dünyada doğan partiler karşımıza çıkmaktadır.

III. Siyasi Partilerin Dijitalleşmesinin Yeni Boyutu: Elektronik Siyasi Partiler

Elektronik siyasi partiler, doğrudan dijital dünyada örgütlenerek varlık kazanmaktadırlar. Bu yüzden ortaya çıkış biçimleriyle, dijital imkanları kullanan geleneksel siyasi partilerden ayrılmaktadırlar. Bu başlık altında ilk olarak elektronik siyasi parti kavramı açıklanacak, daha sonrasında ise dünyada öne çıkan elektronik siyasi parti deneyimlerine yer verilecektir.

A. Elektronik Siyasi Parti Kavramı

Elektronik siyasi partiler, teknolojinin iletişimi kolaylaştırmasıyla birlikte gündeme gelen oluşumlardır. Ayrıca bir görüşe göre, elektronik siyasi partilerin oluşumuna sebep olan hareketlerin temelinde, 2008 sonrası yaşanan ekonomik krizle mücadele için hükümetlerin uyguladığı politikaların neticesinde oluşan toplumsal huzursuzluk da yer almaktadır.³⁹

Kavramın tanımı konusunda tam bir birlik olmasa da Paolo Gerbaudo tarafından ortaya atılan belirli özellikler, elektronik siyasi partilerin özellikleri konusunda fikir vermektedir. Buna göre elektronik siyasi partiler⁴⁰;

- Sıradan insanlara hitap eden hızlı, direkt, özgün ve şeffaf dijital teknolojilerle desteklenen yeni politikalar sunmak,
- Ağırlıklı olarak online karar alma araçlarına yatırım yaparak yeni bir taban demokrasisi kurmak,
- Siyasi kariyerizm ve bürokrasinin yerine daha fazla şeffaflığı güvence altına almak,

³⁸ Dijital demokrasi konusunda detaylı bilgi için bkz Alper Işık, *Dijital Demokrasi* (Oniki Levha 2020).

³⁹ Juan Rodríguez-Teruel, Oscar Barberà, 'War machine or party disintermediation? Podemos and the Organisational Consequences of Digital Tools for New Movement Parties' (Disintermediation: A Pattern of Party Change in New Parties? ECPR General Conference, 22-26 August 2018), <<https://ecpr.eu/Events/PaperDetails.aspx?PaperID=42732&EventID=115>> Date of Access: 21.06.2020.

⁴⁰ Katharine Dommett, Jasmin Fitzpatrick, Lorenzo Mosca, Paolo Gerbaudo, 'Are digital parties the future of party organization? A symposium on The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy by Paolo Gerbaudo' (2020) Italian Political Science Review 1-2.

- Veri toplayan, sosyal medya araçlarını, hizmetlerini ve uygulamalarını kullanan platform partileri gibi hareket etmek,
- Dijital iletişim imkanlarını dışarıya ulaşmanın bir aracı olarak kullanmaktan ziyade parti içi karar alma yapılarında kullanmak,
- Düzenli finansman, ofisler gibi altyapıya sahip olmayan sıra dışı organizasyonlar olmak,
- Aracılara ve bürokratlara uzak duran, bu sayede geleneksel partilerde var olan çok sayıdaki süreç ve yapılara sahip olmayan aracısız organizasyonlar olmak,
- Karizmatik bir liderle birlikte hareket eden yüksek reaktiviteye sahip bir tabana sahip olmak,
- Üyelik aidatlarından ziyade bağışlar tarafından finanse edilmek,
- Esnek ve siberetik start-up partiler olmak temel özelliklerdir. Ayrıca hızlı büyüme ve yüksek ölçeklenebilirlik karakteristik özellikleridir,
- Dağıtılmış bir merkezîyetçiliğe eşlik eden karizmatik bir parti liderinin elinde güç yoğunlaşması: Üyelere tüm gücün verildiği ve liderin sadece bir figür olduğu katılımcı demokrasiye dair idealist söylemler olsa da uygulamada bununla çelişen plebisiter bir gerçeklik hali de bir diğer özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektronik siyasi partilerin önemli özelliklerinden biri de kendi katılım portallarını geliştirmeleridir. Bu portallar liderlik, adaylık ve politikalar konusunda karar alma, yerel gruplar yaratma ve katılma, harekete bağışta bulunma, kampanya materyallerine erişme ve gelecekteki adaylarla aktivistlerin online tartışmalara katılması gibi amaçlara hizmet etmektedir⁴¹.

Elektronik siyasi partilere farklı yazarlar tarafından siber partiler, anti-elitist siber partiler, ağ partileri, dijital partiler gibi isimler de verilmektedir⁴². Bir görüşe göre de elektronik siyasi partiler, platform partileri ve ağ partileri olarak ikiye ayrılabilir. Platform partileri karizmatik bir lider tarafından yönetilen ve seçim rekabetine odaklanan partiler; ağ partileri, politik önerilerin ve parti içi konuların ağından kendisinden çıkmasına izin veren adem-i merkezi bir yapıda olan ideal partiler olarak tanımlanmaktadır⁴³. Bu yönüyle ağ partileri, platform partilerine göre daha kaliteli bir parti içi demokrasi sunmaktadır. Gerbaudo ise elektronik siyasi partileri platform partileri olarak değerlendirmektedir⁴⁴.

⁴¹ Gerbaudo (n 34) 105.

⁴² Gerbaudo, 'Are Digital Parties More Democratic Than Traditional Parties? Evaluating Podemos and Movimiento 5 Stelle's Online Decision Making Platforms' (2019) Party Politics <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1354068819884878>> Date of Access: 19.06.2020.

⁴³ Marco Deseriis, 'Two Variants of The Digital Party: The Platform Party And The Networked Party' (2020) 13/1 PACO 896-917.

⁴⁴ Ibid 898.

Dünyada örnekleri henüz az olsa da gelecekte bu tip oluşumların sayısının artacağına şüphe yoktur. Bununla birlikte geleneksel siyasi partiler de etkinliklerini sürdürmektedir. Özellikle seçim kampanyalarının yürütülmesinde internet önemli bir alan olarak kullanılmaktadır. Elektronik siyasi partilerde dijital teknolojiler parti içi demokrasinin biçimleriyle doğrudan ilgilidir. Teknolojinin siyasi partiler için yarattığı yeni olanaklar ise; yeni bilgi alışverişine yardımcı olmak; kamusal tartışmaların coğrafi kapsamını genişletmek; hiyerarşiye meydan okumayı kolaylaştırmak; bireysel veya küçük grup girişimlerine yardımcı olarak kartopu etkisi yaratmak; bağlantı kurmak; belirli bir zamanda fiziksel olarak yapılacak eylemleri organize etmek; üyelik, oy verme gibi prosedürleri basitleştirmek olarak sıralanabilir⁴⁵. Ancak oy vermenin dijital alana taşınması özellikle oyun kişiselliği bağlamında tartışma yaratma potansiyeline sahiptir⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki dijital teknolojilerde yaşanan dönüşümün sonucunda siyasi partilere gerek kalıp kalmadığı ise ayrı bir tartışmanın konusu olarak gündeme gelebilir. Çünkü siyasi partilerin ortaya çıkışı yukarıda belirtildiği üzere belirli toplumsal sınıfların temsili üzerinde olmuştur. Günümüzde ise sınıf esaslı taleplerin önemini yitirdiği iddia edilmektedir. Manuel Castells'e göre, tüm organizasyonların kendilerini ağ mantığına göre dönüştürerek piramit benzeri hiyerarşilerin ötesine geçmesi olarak tanımlanan "ağ toplumu", hiyerarşik bir yapı arz eden siyasi partilere uygun düşen bir durum değildir⁴⁷.

Teknolojik gelişmelere ihtiyatla yaklaşılmasını savunan bir görüşe göre ise içinden geçmekte olduğumuz pandemi süreci farklı şekilde kampanya yapabileceğimizi göstermektedir. Bu süreçte birçok faaliyet dijital alana taşınmıştır. Bu durum özellikle katılım sorunu yaşayan partiler için katılımı çoğaltma imkanları yaratma potansiyelini göstermiştir. Fakat unutmamak gerekir ki hiçbir teknolojik distopyada işleyen bir demokrasi yoktur. Hepsi en azından otoriter rejimleri anlatmaktadır. Çünkü demokrasi temasla var olan bir olgudur ve siyasi aktivizm de fiziksel birliktelik gerektirir. Bu yüzden geleneksel partiler ve kurumlarla, kişiselleşmiş dijital dünyalar karşı karşıya gelmektedir. Yeni potansiyelleri göz ardı etmemekle birlikte aynı zamanda bu teknolojilere ilişkin riskleri de göz ardı etmemek gerekir⁴⁸.

Ancak yine de dijital dönüşümün dinamikleri, hem dijital alanda oluşan yeni partilere yer açmakta hem de geleneksel siyasi partileri dönüştürmektedir. Bu bağlamda dünyada yeni yeni ortaya çıkan ve etkisini giderek artıran elektronik siyasi parti diyebileceğimiz organizasyonlara değinmek yerinde olacaktır.

⁴⁵ Chloé Morin, Daniel Perron, À Quoi Servent Encore Les Partis Politiques? La Perception Des Français (Fondation Jean Jaurès Éditions 2020) 24.

⁴⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 741.

⁴⁷ Gerbaudo (n 34) 23.

⁴⁸ Morin, Perron (n 45) 25.

B. Dünyadan Elektronik Siyasi Parti Örnekleri

1. Pirate Party (Korsan Parti)

Pirate Party (Korsan Parti) ilk olarak 2006 yılında İsveç'te girişimci ve eski liberal politikacı Rick Falkvinge tarafından kurulmuştur⁴⁹. İlegal bir veri paylaşımı sitesi olan *Pirate Bay* çalışanları tarafından kurulan parti kısa sürede 43 ülkeye yayılmıştır⁵⁰. *Korsan Parti*, teknoloji kullanımının temel bir insan hakkı olduğunu savunan bir oluşumdur. Partinin sloganı ise kuruluş amacıyla paralel olarak “özgürlük, demokrasi ve paylaşım”dır⁵¹. Kuruluş ilkelerinde bu durum;

“İnsanlık tarihine özgü bir zamanda yaşıyoruz. Daha önce hiç bu kadar çok kişinin birbirleriyle bu kadar kolay iletişim kurma imkânı olmadı. Daha önce hiç bu kadar çok kişinin bu kadar bilgiye erişimi olmadı. Bilginin yayılması daha önce hiç bu kadar hızlı, teknik, kültürel ve ekonomik gelişmelere katkıda bulunmadığı gibi, katılım ve demokrasi için yeni önkoşullar ve olanaklar için de açılmamıştır”⁵².

şeklinde ifade edilmektedir.

Korsan Parti ve takipçileri daha esnek, klasik siyasal kurumlara nazaran daha şeffaf yapılar olduklarını ve parti politikalarıyla önceki siyasal kurumlardan sert bir şekilde farklılaştıklarını öne sürmektedirler⁵³. *Korsan Parti*, dijital demokrasi ile temsili demokrasi arasında kendini konumlandırmaktadır. Bu durum *Akışkan Demokrasi (Liquid Democracy)* olarak adlandırılır. Akışkan demokrasi; doğrudan demokratik katılım ile esnek temsili birleştiren bir karar alma şekli olarak ifade edilmektedir. Akışkan demokraside siyasi topluluğun üyeleri; tüm politika konularına doğrudan oy verebilir, oylarını tüm politika meseleleri adına oy kullanmaları için bir temsilciye devredebilir, devir yoluyla aldığı oyları başka bir temsilciye devredebilir ve diğerine devretmiş olduğu oy hakkını istediği zaman sonlandırabilir⁵⁴. Dolayısıyla akışkan demokrasi, yurttaşların kendilerini tüm konularda doğrudan ifade etme imkanlarını istediği zaman kullanabilmelerine imkan sağlar. Bu yönüyle doğrudan demokrasiye yaklaşır. Yurttaşların seçtikleri kişiler tarafından alınan kararlara güvenmesi yönüyle de temsili demokrasiye dönüşen bir hal almaktadır⁵⁵.

⁴⁹ Gerbaudo (n 34) 8.

⁵⁰ Christian Blum, Christina Isabel Zuber, ‘Liquid Democracy: Potentials, Problems and Perspectives’ (2016) 24/2 The Journal of Political Philosophy 162.

⁵¹ Jérémy Laviers, ‘Un Renouveau du Système Représentatif ? Les Partis Pirates’, in Philippe Ségur, Sarah Périé-Frey (eds) *L’Internet & La Démocratie Numérique* (Presses Universitaires de Perpignan 2016) 174.

⁵² Pirate Party Declaration of Principles, <https://en.wikisource.org/wiki/Pirate_Party_Declaration_of_Principles/4.0/1.0> Date of Access: 19.06.2020.

⁵³ Fabienne Greffet, Stéphanie Wojcik, ‘La citoyenneté numérique, Perspectives de recherche’ (2014) 184- 185/2 Réseaux 125, 139.

⁵⁴ Blum, Zuber (n 50) 165.

⁵⁵ Elisa Lewis, Romain Slitine, *Le coup d’État citoyen: Ces initiatives qui réinventent la démocratie* (Éditions La Découverte 2016) 55.

Parti içindeki karar süreçleri ve tercihler *LiquidFeedback* adı verilen bir yazılım aracılığıyla yürütülmektedir. Parti üyeleri yukarıda belirtilen yetkileri bu yazılım aracılığıyla kullanmaktadır. Yazılımla ilgili olarak yürütülen en büyük tartışma dijital oyların güvenilirliği ve gizliliği hakkındadır⁵⁶. *Korsan Parti*'yi dijital partiler arasında önemli kılan bir diğer özelliği ise kamusal ve özel verilerin işlenmesi, yurttaşların fişlenmesi ve ağ tarafsızlığı gibi konularda bir tartışma başlatmayı hedeflemesidir⁵⁷. Söz konusu talepler, bireylerin özellikle teknoloji şirketleri ve devletle olan ilişkilerinde bir değişimi ifade eder. Bu talepler sonucunda; mahremiyet hakkı; online ifade özgürlüğü hakkı; diğer internet kullanıcılarıyla serbestçe değişim yapma hakkı; kendi verileri üzerinde kontrol sahibi olma hakkı; devlet bilgilerine ücretsiz erişim ve kamu kayıtlarında şeffaflık talebi; ücretsiz ya da ucuz bir internet bağlantısı gibi haklar gündeme gelmektedir. Özellikle mahremiyet hakkı, dijital kuruluşlar ve hükümetler tarafından yürütülen, ticari veya güvenlik amaçlı sürekli bir gözetim dünyasında vatandaşların savunmasız bırakılma algısına karşı mahremiyeti ifade etmektedir⁵⁸.

Korsan Parti'nin Fransa'da kurulan versiyonu olan *Parti Pirate*, 2009 yılında Fransa'da katıldığı ilk parlamento seçimlerinde %2,08 oy almıştır. Bu oran *Korsan Parti* oluşumunun ilk kayda değer başarısıdır. Parti'nin Çekya'daki oluşumu ise 2017 yılı yasama seçimlerinde %10'un üzerinde oy almış ve ülkenin en büyük üçüncü partisi olmuştur⁵⁹. Aynı sene İsveç Korsan Partisi %7,13 oy alarak İsveç meclisinde 2 sandalye almış ve Avrupa Parlamentosu'na girmeye hak kazanmıştır. Partinin en büyük başarısı ise 2016 yılında İzlanda'da ortaya çıkmıştır. *Korsan Parti*, İzlanda genel seçimlerinde %14.5 oy alarak en çok oy alan üçüncü parti olmuştur. İzlanda seçimlerinde sunulan seçim vaatleri arasında internete ve bilgiye erişimde tam özgürlük ve şeffaflık yer almaktadır.

Korsan partilerin mevcut olduğu ülkelerde anayasal ve yasal düzenlemeler incelendiğinde açıkça elektronik siyasi partilere izin veren bir düzenlenmeye rastlanmamaktadır. Örneğin Fransa'da yürürlükte olan 1958 Anayasası'nın 4. maddesi, siyasi partilerin serbestçe kurulup serbestçe faaliyette bulunabileceklerini ifade etmektedir. Bu düzenlemeye benzer şekilde siyasi partilere ilişkin konuları düzenleyen Fransız Siyasal Hayatın Finansmanına Dair Kanun'un 7. maddesi, siyasi parti ve organlarının kuruluş ve faaliyetlerini serbestçe yerine getirebileceklerini teyit etmektedir⁶⁰. İsveç'te ise anayasal metinlerde siyasi partilere ilişkin olarak bir

⁵⁶ Özgür Kurtuluş, 'Demokrasi Bir Yazılım Olabilir mi? LiquidFeedback ve DemocracyOS' in Nergiz Ercil Çağıltay (eds) *Bilişim ve Demokrasi Türkiye Bilişim Derneği 33. Ulusal Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Bilişim Derneği 2016) 4.

⁵⁷ Fabienne Greffet, 'Partis politiques et démocratie numérique: une relation sous tensions', in Dominique Andolfatto, Alexandra Goujon (eds) *Les partis politiques, ateliers de la démocratie* (Editions de l'Université de Bruxelles 2016) 48.

⁵⁸ Gerbaudo (n 34) 56.

⁵⁹ Gerbaudo (n 34) 8.

⁶⁰ Kanun metni için bkz Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique. <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000321646/2011-03-29/>>, Date of Access: 02.01.2021.

tanımlamaya rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Seçim Kanunu'nun 2. Bölümü, siyasi partilerin yalnızca seçimlere katılma esaslarını düzenlemektedir. Burada dikkat çeken hususlardan biri partilerin tescil ile ilgili evrakları yazılı olarak vermek zorunda olmalarıdır⁶¹. Çekya'da ise Anayasa'nın 5. maddesi, siyasi partilerden temel demokratik ilkelere saygı göstererek özgürce kurulabilen ve birleşebilen, siyasi sistemin temel aktörleri olarak bahsetmektedir. Siyasi Partiler Kanunu'na göre de siyasi partiler, devletten bağımsız tüzel kişilikler olarak tanımlanmıştır⁶². İzlanda'da ise Anayasa'da siyasi partilere ilişkin bir tanım verilmemiştir. Siyasi partiler için özel bir kanun da öngörülmemiştir. Siyasi partilere ilişkin tanım İzlanda Parti Finansmanı Kanunu'nda yer almaktadır. Bu kanuna göre siyasi partiler; parlamento veya belediye seçimlerine katılan kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır⁶³. Tüm bu anayasal ve yasal düzenlemeler bakımından dikkat çekici husus ise katı bir siyasi parti tanımından kaçınılmasıdır. Bu bağlamda söz konusu ülkelerde siyasi parti kavramı, bir çerçeve kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dünyada *Korsan Parti* hareketinin bir parçası olarak kurulan partiler demokrasinin kendisini de eleştirmekte ve demokratik yenilenme çağrısında bulunmaktadır. Korsan Partiler, *WikiLeaks*, *Anonymous* ve *Occupy Movement* gibi diğer aktörlerle birlikte, liberal devletin şeffaf olmayan yanlarını ve özgürlükler konusundaki geriye gidişi eleştiren bir hareket niteliğindedir. Bu bağlamda Korsan Partiler, hem işleyiş usulleri hem de geliştirdikleri politika fikirleri anlamında kendilerini ana akım siyasi kurumlara açık bir alternatif olarak sunmaktadır⁶⁴.

Korsan Parti hareketinin ülkemizde de bir kolu bulunmaktadır ama incelendiğinde bu oluşumun bir siyasi parti olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Hareketin Türkiye kolu kendisini; bilgi ve haberleşme özgürlüğü, gözetim, insan hakları, katılımcı demokrasi hakkı, kişisel verilerin korunması, özgür yazılım, özgür toplum, şeffaflık ve telif hakları gibi konularda çalışmalar yürüten bir hareket olarak tanımlamaktadır⁶⁵.

2. Democracia en Red (Arjantin)

Arjantin merkezli bir sivil toplum kuruluşu olan *Democracia en Red*⁶⁶, *DemocracyOS* adını verdiği bir uygulama aracılığıyla elektronik siyasi parti literatürüne katkı sunmaktadır. Bir siyasi partiye ait olmayan *DemocracyOS* uygulaması her katılımcının profil oluşturabildiği bir platform olarak kurgulanmıştır.

⁶¹ Swedish Elections Act, <<https://www.government.se/49150c/contentassets/4e2fdee5a8e342e88289496d34701aec/the-elections-act-2005837>>, Erişim Tarihi: 02.01.2021.

⁶² Daniela Romée Piccio, 'Party Regulation in Europe: A Comparative Overview' (The Legal Regulation of Political Parties-Working Paper 18, March 2012) 14, <<http://www.partylaw.leidenuniv.nl/uploads/wp1812a.pdf>>, Erişim Tarihi: 04.01.2021.

⁶³ Piccio (n 62) 35.

⁶⁴ Bart Cammaerts, 'Pirates on the Liquid Shores of Liberal Democracy: Movement Frames of European Pirate Parties' (2015) 22/1 Journal of the European Institute for Communication and Culture 19, 33.

⁶⁵ Hareketin Türkiye kolu için bkz <<https://korsanparti.com>> Erişim Tarihi: 06.06.2020.

⁶⁶ Democracia en Red, <<https://democracienred.org>>, Erişim Tarihi: 06.06.2020.

2012 yılında yaratılan bu uygulama çeşitli siyasi partilere ve sivil toplum örgütlerine sunulmuş ancak istenilen ilgiyi uyandırmamıştır. Bunun üzerine uygulamayı oluşturanlar harekete geçerek *Partido de la Red* adında bir parti kurmuşlardır. Katıldıkları yerel seçimlerde % 1,2 oy alan bu parti, parlamentoda temsilden ziyade uygulamalarını geliştirmeye önem vermektedir. Uygulamaların başka parti ya da siyasi kuruluşlar tarafından da kullanılmasını hedefleyen organizasyon Tunus'ta yeni anayasa yapım süreci başta olmak üzere, İspanya, Estonya ve Polonya'da gerek siyasi gerek sivil toplum kuruluşları tarafından etkin olarak kullanılmıştır⁶⁷.

DemocracyOS uygulamasında kullanıcılar oy kullanarak gündem oluşturmakta ve yeterli oy alan konu tartışmaya açılmaktadır. Ayrıca parti parlamentoya temsilci göndermesi halinde tüm yurttaşların sesini parlamentoya taşıyacağını söylemektedir. Somut olarak, bir parti programına sahip olmayan bu oluşum, tek bir kural üzerine inşa edilmiştir. Bu kural da *DemocracyOS* platformunda yurttaşlar tarafından ifade edilen tercihlere göre sistematik olarak oy kullanmak ve seçmenlerinin doğrudan iradesini kalıcı olarak parlamentoya yansıtmaktır⁶⁸. Bu durum aslında emredici vekaletin parti tarafından benimsendiğini göstermektedir.

DemocracyOS, oy güvenliği konusunda *Blockchain* sisteminden aktif olarak faydalanmaktadır. Böylelikle oylar üzerinde manipülasyon yapılması önlenmektedir. Ancak bu durumun doğurduğu önemli bir sorun hangi kullanıcının ne yönde oy kullandığının bilinebilmesi, dolayısıyla gizli oy ilkesinin tehlikeye girmesidir. Bu şekilde oyların güvenliği sağlanırken, gizli oy ilkesi de zedelenmektedir. Bu durum *DemocracyOS* uygulamasının zayıf yönü olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹.

Siyasi partilere ilişkin Arjantin'in anayasal ve yasal düzenlemelerine bakıldığında ise 1994 tarihli ulusal anayasal reform ile 38. maddede siyasi partilerin varlıklarının ve devlet desteğinin anayasal düzeyde ele alındığı görülmektedir⁷⁰. Yürürlükte olan 23.298/ 1985 Sayılı Siyasi Partiler Hakkında Organik Kanun ise konuya ilişkin en temel kanun olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan kanuna göre bir siyasi parti kuruluşunda, parti tüzüğü, parti adı, bir manifesto ve ilkeler beyannamesi ile parti tüzüğü ve yetkililerinin atama kararlarını sunmalıdır. Bu belgeleri tamamlaması suretiyle siyasi parti tüzel kişilik kazanmaktadır. Ayrıca her siyasi parti, yöneticileri ve iç organların seçimine ilişkin kurallarını belirlemeli ve bu minvalde seçimlerini gerçekleştirmelidir. Son olarak ise ilgili siyasi parti ülkede kayıtlı seçmenlerin

⁶⁷ Kurtuluş (n 56) 5.

⁶⁸ Lewis, Slitine (n 55) 50.

⁶⁹ Kurtuluş (n 56) 6.

⁷⁰ Anayasa metni için bkz. Argentina's Constitution of 1853, Reinstated in 1983, with Amendments through 1994, <https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994.pdf?lang=en> Erişim Tarihi: 04.01.2021.

toplam sayısının binde dördünden (4 %) fazla seçmenin bağlılığını kanıtlamalıdır⁷¹. Dolayısıyla Arjantin özelinde de açıkça elektronik partilere izin veren bir düzenlemenin mevcut olmadığı, ancak katı ifadelerle bir siyasi parti tanımının da bulunmadığı görülmektedir.

3. Italia a 5 Stelle (İtalya)

Elektronik siyasi partiler konusunda değinilmesi gereken bir diğer örnek İtalya’da ortaya çıkmıştır. 2009 yılında komedyen Beppe Grillo ve online stratejiler oluşturan bir danışmanlık şirketinin sahibi olan Gianroberto Casaleggio tarafından kurulan *Italia a 5 Stelle (Five Star Italy)* adındaki bu oluşum İtalyan politik sistemindeki yozlaşmayla mücadeleyi, şeffaflığı ve doğrudan demokrasiyi hedeflemektedir⁷². Hareketin amacı, doğrudan demokrasi araçlarını kurumlar nezdinde etkin kılmak ve seçmenlerle seçilmiş temsilcileri arasındaki ilişkiyi şeffaf ve sürekli bir hale dönüştürmek olarak belirtilmektedir⁷³. Bu hareket ilk defa 2012 yerel seçimleri ile İtalyan siyasetine girmiş, 2013 yılında girdiği ilk genel seçimde ülke çapında destek bulmuş ve yaklaşık %25 oy almıştır. Bu seçimde 150’den fazla milletvekili ile İtalyan Parlamentosu’na giren hareket artık sistemde yer alan iki ana partiden biri olarak kabul edilmektedir⁷⁴.

İtalyan toplumunda ilgili dönemde var olan parti karşıtı duyarlılık ve seçmenlerin hoşnutsuzluğundan faydalanarak kurulan hareket, doğrudan demokrasi ve online katılım konularına oldukça önem vermektedir⁷⁵. Bu bağlamda parti, *Rousseau* adında bir program kullanmaktadır. Bu program hareketin ‘*dijital kalbini*’ oluşturmaktadır. Parti üyeleri bu uygulama sayesinde, iç ve dış faaliyetleri ile ilgili çeşitli konular hakkında tartışabilmekte ve online olarak oy kullanabilmektedir. Uygulamada parti içi referandum ve tartışmaların yanı sıra parlamento ve yerel seçim adaylarını belirlemek için de online seçimler düzenlenmektedir⁷⁶. Özellikle bu doğrultuda parti üyelerinin milletvekillerini “*yönlendirme gücü*”ne sahip olduğu ve vekillerin aslında yalnızca birer “*sözcü*” olmaları sebebiyle parti ve siyasi kararlarda doğrudan söz hakkına sahip bulunduğu bir anlayış mevcuttur⁷⁷. Ayrıca uygulamada parti üyelerinin ve

⁷¹ Cristian Altavilla, ‘New Political Parties and the Challenge of Institutionalization in Argentine Party System: An Analysis of Propuesta Republicana Party’ (44th ECPR Joint Session of Workshops, Workshop on Institutionalization and De-Institutionalization of Political Organization, 24- 28 April 2016) <<https://ecpr.eu/Filestore/paperproposal/2ff4ba89-42b6-4e3c-9cd5-97bcdc58898e.pdf>> Erişim Tarihi: 04.01.2020.

⁷² Cecilia Biancalana, ‘Internet as a Tool of Disintermediation: The Case of the Five Star Movement (Italy)’ (*European Consortium for Political Research*, 10- 13 July 2016) <<https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/44240878-8a38-404c-99c2-ccc904378ac9.pdf>> Erişim Tarihi: 01.08.2020; Nina Hall, ‘Reviews: Media’ (2019) 34/5 *International Sociology Reviews* 624-|

⁷³ Gerbaudo, (n 42) 3.

⁷⁴ Biancalana (n 72).

⁷⁵ Ibid; Liza Lanzone, Dwayne Woods, ‘Riding the Populist Web: Contextualizing the Five Star Movement (M5S) in Italy’ (2015) 3/2 *Politics and Governance* 54, 54.

⁷⁶ Gerbaudo, (n 42) 3.

⁷⁷ Biancalana (n 72).

temsilcilerinin öneri verebilmeleri için çeşitli modüller vardır. Bunlardan bazılarında partinin milletvekilleri bir yasa tasarısını katılımcıların görüşlerine sunarken, bir başka modülde de parti üyeleri doğrudan parlamentoya gidebilecek bir yasa önerisi yapabilmektedir. Bu teklifler yayınlanmalarından itibaren 60 gün boyunca yoruma ve itiraza açıktır. Teklifler, hareketin programıyla çelişmemek, parti tüzüğü ve İtalyan Anayasası ile uyumlu olmak ve gerçekçi bir bütçe tahminine sahip olmak da dahil olmak üzere bir dizi kritere uymak zorundadır. Teklifler dönemsel olarak oylanır ve bunun sonucunda onaylanırsa parti temsilcileri açısından bağlayıcı hale gelir⁷⁸. Bu bağlamda zaten hareket, seçilen temsilciler için “*Parlamento’daki vatandaşlar*” deyimini kullanmaktadır ve partinin tüm ana faaliyetleri kendi internet sitelerinde yürütülmektedir⁷⁹.

Rousseau uygulaması üzerinden partiye kayıtlı üye sayısı 150 bin civarı bir rakama ulaşmışken 2017 yılında üyelerin kişisel bilgilerinin sızmasına sebep olan bir hacker saldırısından sonra üye sayısında düşüş başlamıştır. Bu olayın ardından yaşanan düşüşte, İtalyan Veri Koruma Otoritesi’nin parti üyelerinin üyeliklerini devam ettirebilmeleri için yeni bir veri koruma politikasını kabul etmeye zorlamasının da etkisi vardır⁸⁰. Ancak bütün bu zorluklara rağmen hareket, İtalya siyasetinde de etkin bir yer edinmeyi başarmıştır. Hareket şu an İtalya’daki en büyük partidir ve ulusal hükümeti yönetmektedir⁸¹.

İtalya’da anayasal ve yasal düzenlemelere baktığımızda siyasal partilerin oldukça esnek bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. İtalyan Anayasası’nın 49. maddesi, “*Tüm yurttaşlar; demokratik süreçler yoluyla ulusal politikaların belirlenmesine katkıda bulunmak için partilerde özgürce örgütlenme hakkına sahiptir*” şeklindedir. Bu hüküm siyasal partiler için bir tanım getirmemekte ve onlara bir sınır çizmemektedir⁸². İtalyan Anayasası’nın siyasal partilere ilişkin olarak getirdiği bu maddenin formüle edilme şeklinin siyasal partilere herhangi bir yasal düzenleme getirmekten kaçındığı konusunda İtalyan anayasa hukukçuları arasında görüş birliği mevcuttur ve bu nedenle İtalya’da siyasal partiler, hukuki statüsü veya kişiliği olmayan özel gönüllü dernekler olarak kabul edilmektedir⁸³. Ayrıca İtalya’da ayrı bir siyasal partiler kanunu da mevcut değildir. İtalya’daki bu hukuki düzenlemeler elektronik siyasal partilerin ortaya çıkmasını kolaylaştıran bir durum olarak görülebilir.

⁷⁸ Gerbaudo, (n 42) 3.

⁷⁹ Biancalana (n 72).

⁸⁰ Gerbaudo, (n 42) 6.

⁸¹ Gerbaudo (n 34) 5.

⁸² Yalnızca Anayasa’nın geçici ve son hükümlerinde faşist partilerin kurulması yasaklanmıştır. Piccio (n 61) 39.

⁸³ Ibid 39-40.

4. Podemos Hareketi (İspanya)

Podemos hareketi İspanya’da 2014 yılında kurulmuştur. Hareketin kurucuları arasında, *Izquierda Anticapitalista* partisinin liderleri, genç üniversiteliler ve sivil toplum temsilcileri yer almaktadır. Tepkileri eyleme dönüştürmeyi amaçlayan bu oluşum kurulduktan sonraki yirmi gün içinde yüz bin üye sayısına ulaşmış ve üye sayısı olarak İspanya’nın en büyük üçüncü partisi haline gelmiştir⁸⁴. Kuruluşunun ilk yılında *Podemos*, Avrupa Birliği Parlamentosu seçimlerinde İspanya genelinde %8 oy olarak beş temsilciyi AB Parlamentosu’na göndermiştir. Bunun neticesinde *Podemos* başarılı bir elektronik parti uygulaması olarak kabul edilse de hareketi hibrid bir oluşum olarak adlandıran görüşler de mevcuttur⁸⁵. 2015 yılında yapılan yerel yönetim seçimlerinde Barselona ve Madrid’de, *Podemos*’un desteklediği listeler tarafından desteklenen iki kadın aday, Ada Colau ve Manuela Carmena belediye başkanı seçilmiştir. *Podemos* ile ittifak halinde olduğu *Izquierda* partisi Haziran 2016’daki parlamento seçimlerinde %21,1 oy alarak üçüncü parti olmuştur. Parti şu anda dışarıdan bir koalisyonu desteklemektedir⁸⁶.

Podemos, parti organlarına bakıldığında geleneksel siyasi partilere yakın bir yapı olarak da görünmektedir. Ancak, dijital teknolojiyi her seviyede kullanma konusunda diğer partilerden ayrılmaktadır. *Podemos* öncelikle sosyal medyayı, toplumu harekete geçirmek için bir araç olarak etkin bir şekilde kullanmış ve hızlı bir şekilde İspanya’nın *Twitter* ve *Facebook*’taki en popüler siyasi partisi olmuştur. Partinin kuruluşundan kısa bir süre sonra, 2014 yılında, parti üyelerinin öneri ve tartışmalara katılabilecekleri *Participa (Katılım)* adlı katılımcı portalı kurulmuştur. 2016 yılında Madrid Belediyesi tarafından geliştirilen *Plaza Podemos 2.0* adlı güncellenmiş sürümde ise bir tartışma yazılımı olan *Consul* kullanılmaktadır. Sistemin ikinci bileşeni ise oylama hizmeti sağlayan *Nvotes*’tur. Kasım 2018 itibarıyla, *Podemos*, bu platformlar sayesinde yaklaşık 500.000 kayıtlı online üyeye ulaşmıştır⁸⁷. Bu sistem, 2015 ve 2016 ulusal seçimleri için öneriler toplamak amacıyla kullanılmıştır. En az 100 oyla desteklenen tüm öneriler, partinin merkez organı olan *Consejo Ciudadano (Vatandaş Konseyi)* tarafından değerlendirilmiş ve seçilen teklifler üyelerin oylamasına sunulmuştur. Ancak, bu müzakere sürecine yalnızca 15.264 kişi katılmıştır. Bu sayı, *Podemos*’un o dönemki üye sayısının sadece % 4’üne denk düşmektedir⁸⁸.

Tabanın katılımını kolaylaştırmak açısından en umut verici girişim ise, *Iniciativas Ciudadanas Podemos (Podemos Vatandaş Girişimleri)* mekanizmasıdır. Bu girişim, üyelerin yeterli desteği toplarlarsa bağlayıcı hale gelen tekliflerde bulunmalarına olanak tanımaktadır. Bu girişimler daha fazla görünürlük sağlamak amacıyla katılım

⁸⁴ Lewis, Slitine (n 55) 28.

⁸⁵ Rodríguez-Teruel, Barberà (n 38).

⁸⁶ Gerbaudo (n 34) 11.

⁸⁷ Gerbaudo, (n 42) 5.

⁸⁸ Ibid 7.

portalının ana sayfasında yer almak için parti üyelerinin% 0,2'sinden destek almak zorundadır. Eğer bir girişim % 2 destek alırsa, tüm üyelere teklifin görüşüldüğünü duyuran bir e-posta gönderilmektedir. Bu aşamada teklifin, üyelerin % 10'unun veya yerel çevrelerin % 20'sinin desteğini almak için 3 aylık bir süresi bulunmaktadır. Bu orana ulaşan bir teklif özel bir çalışma grubunu tarafından 1 aylık bir geliştirme aşamasından geçer ve girişim sonunda tüm üyelerin referandumuna sunulur. Referandumda kabul edilen bir teklif parti için bağlayıcı olur. Ancak bu prosedürün yürürlüğe girmesinin ardından geçen 4 yılda henüz hiçbir girişim bu orana ulaşarak bağlayıcı hale gelememiştir⁸⁹.

Görüldüğü gibi birçok farklı imkan sağlayan bu uygulamalarla parti politikaları ve parti yönetiminin seçimi gibi kararlar, geleneksel partilerde olan fiziki toplantılar yerine yerine bu platform ve sunduğu araçlar üzerinden alınmaktadır. Bu bağlamda *Podemos*, bilgi iletişim teknolojilerini hem iç hem dış ilişkilerinde yeterince kullanmakta ve oldukça katılımcı bir profil sergilemektedir⁹⁰. Bu yönüyle *Podemos*, dijital kültürün ruhuna uygun, şeffaflık konusuna önem veren bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır⁹¹.

İspanya'da anayasal ve yasal düzenlemelere baktığımızda ilk olarak Anayasa'nın 6. maddesinin siyasi partileri tanımladığı görülmektedir. Madde "*Siyasi partiler; siyasal çoğulculuğun ifadesidir, halkın iradesinin oluşumuna ve ifade edilmesine katkıda bulunur ve siyasi katılım için temel bir araçtır. Anayasaya ve hukuka saygı gösterdikleri müddetçe oluşturulması ve faaliyetlerini yürütmeleri serbesttir. İç yapıları ve işleyişleri demokratik olmalıdır*"⁹² şeklindedir. Yasal düzenlemelere baktığımızda ise karşımıza Siyasi Partiler Kanunu çıkmaktadır. Özellikle Kanun'un 7. maddesi partilerin tüm üyelerinden oluşan bir genel kurula sahip olmalarını ve fesih de dahil olmak üzere önemli kararları bu kurulun alacağını hükme bağlamaktadır. Aynı madde partinin yönetim organlarının tüzükle belirleneceği ve bu organların serbest ve gizli oyla oluşturulacağı kuralını da getirmektedir. İspanya'da siyasi partilere ilişkin düzenlemeler diğer örnek verilen ülkelerle kıyaslandığında daha detaylı görünmektedir. Bu bağlamda *Podemos*'un, klasik siyasi parti profilinden çıkması zor olmakla birlikte, elektronik imkanları da etkin bir şekilde kullandığını belirtmek gerekmektedir.

5. Türkiye'de E-Parti Deneyimi

Elektronik siyasi parti konusunda Türkiye'de girişimler sınırlı kalmaktadır. Bu bağlamda değinilebilecek tek örnek Emrehan Halıcı başta olmak üzere, çeşitli meslek gruplarından oluşan kişiler tarafından kurulan *E-Parti* oluşumudur. Oluşumun internet sitesinden elde edilen bilgilere göre *E-Parti*, 2014 yılında bir siyasi parti

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Rodríguez-Teruel, Barberà (n 38).

⁹¹ Gerbaudo (n 34) 12.

⁹² Anayasa metni için bkz. Spanish Constitution, <<http://www.partylaw.leidenuniv.nl/party-law/>>, Erişim Tarihi: 04.01.2021.

olarak tescil edilmiştir. Parti, tüzüğünde diğer siyasi partilerden farklı olarak, merkez organları arasında Elektronik Meclislere yer vermiştir. Bununla birlikte İl ve İlçe E-Komisyonları da partinin taşra teşkilatında yer almıştır⁹³. Ancak Elektronik Meclisler partinin teşkilatlanması için yeterli sayılmamıştır. Çankaya İlçe Seçim Kurulu 28.07.2016 tarihinde, “*partinin tüm siyasi süreçleri elektronik ortama taşımaya hedefinden hareketle fiziksel örgütlenmeyi sadece Ankara il ve Çankaya ilçe üzerinden yapmasının, diğer il ve ilçelerde ikamet eden üyeler açısından uygun olmadığı, gerekli düzenlemeleri Yüksek Seçim Kurulu’nun 25.04.2013 ve 09.06.2013 tarihli genelgeleri uyarınca*” yapılması gerektiğini söz konusu partiye ilemiştir. Bunun üzerine E-Parti’nin gerekli teşkilatlanmayı sağlayamadığı gerekçesiyle 2016 yılında siyasi parti kimliğine son verilmiştir. Söz konusu oluşum *Elektronik Demokrasi Platformu* adı altında faaliyetlerini sürdürmektedir⁹⁴.

Bu noktada belirtilmelidir ki, 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu yapıldığı dönem itibarıyla doğaldır ki, fiziki binalar harici bir oluşumu tasarlamamıştı. Bu durumla ilgili olarak anılan kanunun 21. maddesi örnek verilebilir. Bu maddeye göre siyasi partilerin genel merkez, il ve ilçe organları seçimleri ile il kongresi ve büyük kongre delegelerinin seçimlerinde seçim kurulları tarafından onaylanan listelerin ve toplantıya ilişkin diğer hususların “*kongrenin toplantı tarihinden yedi gün önce siyasi partinin ilgili teşkilatının bulunduğu binada asılmak suretiyle ilan*” edilmelidir. Dolayısıyla şayet E-Parti gibi dijital ortamdaki bir oluşumdan söz edildiğinde 21. maddedeki gibi bir seçimin yapılması da pek mümkün olmayacaktır. Öte yandan *Elektronik Demokrasi Platformu*, teknolojik gelişmeleri de dikkate alan bir siyasi partiler kanununun oluşturulmasıyla tekrar bir parti kimliği kazanmayı kendisine bir hedef olarak belirlemiştir. Şüphesiz bu yolda atılan adımlar, sadece platformun kendisi için değil, gelecekte kurulabilecek yeni elektronik siyasi partiler için de yeni fırsatlar doğuracaktır. Böylelikle siyasi partiler için dijital alan daha da genişlemiş olacaktır.

Sonuç

Siyasi partiler temsili demokratik hayatın vazgeçilmez unsurlarındandır. Dünya genelinde yaygın olan söz konusu temsili demokrasi ise teknolojinin yaygınlaşması neticesinde bir yönü ile doğrudan demokrasiye evrilmektedir. Bu bağlamda temsili demokrasinin eseri olan siyasi partiler de bu dönüşümden etkilenmektedir.

Geleneksel siyasi partiler şimdilik yalnızca seçmenlerle dış ilişkilerinde teknolojiden faydalanmaktadır. Ancak bu dönüşüm neticesinde günümüzde hem merkez karar yönetim mekanizmalarında (iç ilişkilerinde) hem de dış ilişkilerinde (özellikle seçmenle ilişkilerinde) teknolojiyi kullanan ve yeni bir siyasi parti türü

⁹³ Elektronik Demokrasi Partisi Tüzüğü, <<https://www.eparti.org/#/statics/tuzuk>> Erişim Tarihi: 20.06.2020.

⁹⁴ Çankaya İlçe Seçim Kurulu’nun ilgili yazısı ve “E- Parti’nin Geleceği” başlıklı 25.08.2016 tarihli yazı için bkz. <https://www.eparti.org/public/bulten-26082016.pdf>, Erişim Tarihi: 28.12.2020.

olan elektronik siyasi partilerin de doğuşu gerçekleşmektedir. Bunların yanı sıra her iki siyasi parti türünün özelliklerini de taşıyan *Podemos Hareketi* gibi ayrıksı örnekler de kendini göstermektedir.

Günümüz dünyasının en büyük dönüştürücü gücü olan ve pandemi süreci ile etkisini artıran teknoloji, görüldüğü üzere diğer birçok alan gibi siyasi parti mecrasını da değiştirmektedir. Bu bağlamda elektronik siyasi partiler yeni bir tür olarak karşımıza çıkmaktadır. Elektronik siyasi partilerden en büyük beklenti, katılım imkanlarını artırması ve seçmenlerin seslerini duyurması konusunda yeni yöntemler sunmasıdır. Ancak ortaya çıkan bu yeni siyasi partilerin her zaman demokratik bir nitelik taşıyacağı konusuna ihtiyatlı yaklaşılması gerekmektedir. Bu yüzden elektronik siyasi partilerin, kısmen *Italia a 5 Stelle (Five Star Italy)* örneğinde olduğu gibi, lider sultasına girebileceği ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir.

Elektronik siyasi partilerin mevcut olduğu ülkelerin mevzuatları incelendiğinde bu ülkelerin çoğunda siyasi partileri düzenleyen kanunların genelde çerçeve kanunlar olduğu görülmektedir. Bu çerçeve kanunlar kısa hukuki metinler olup siyasi partilere hâkim olması gereken genel ilkeleri ve tabi oldukları yasakları düzenlemekte, partilerin yönetimlerini ise partilerin tüzüklerine bırakmaktadır. Ayrıca bazı ülkelerin sadece siyasi partilerin finansmanı konusundaki kanunlarla yetindiği ve siyasi partileri düzenleyen kanunlar yapmaktan kaçındığı da görülmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeler siyasi partilerin dinamik yapılar olabilmeleri ve teknolojik imkanları karar alma süreçlerine entegre edebilmeleri sonucunu doğurmuştur. İncelediğimiz ülkelerden hiçbirinde elektronik siyasi partilerden bahseden bir düzenleme olmaması bu savımızı güçlendirmektedir.

Türkiye'deki duruma baktığımızda ise anayasal ve yasal düzenlemelerin oldukça detaylı olduğunu görmekteyiz. Anayasa'nın siyasi partileri düzenleyen 68 ve 69. maddeleri uzun ve kazuistik düzenlemelerdir. Aynı şekilde 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu da incelenen örneklerle kıyasla son derece detaylı bir hukuki metindir. Kanunda yer alan düzenlemeler siyasi partilerin genel merkez teşkilatı, organları, il, ilçe, belde teşkilatlarını tanımlamakta ve bunların seçimlerinin ne şekilde yapılacağını; delege, aday belirleme süreçlerini dahi düzenlemektedir. Kuşkusuz bu tür düzenlemeler siyasi partilere elektronik karar alma sürecine entegre olma konusunda geniş bir hareket alanı vermekten uzaktır. Bu sebeple de ulusal bir elektronik siyasi parti girişimi olan *E-Parti*, siyasi partiler mevzuatının örgütlenme konusundaki kriterlerini sağlayamadığı için parti vasfını kaybetmiştir. Dolayısıyla teknolojinin hızla değiştirdiği dünyaya uyum sağlayabilmek adına, siyasi partiler ve ilgili diğer mevzuatın daha genel ve esnek bir yapı ile elektronik siyasi partilere devrilmek imkânı tanıyacak şekilde revize edilmesi teknolojinin dönüştürücü gücünü göz ardı etmemek bakımından yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: S.K.I.; Veri Toplama: S.K.I., A.I.; Veri Analizi /Yorumlama: S.K.I., A.I.; Yazı Taslağı: S.K.I.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: A.I.; Son Onay ve Sorumluluk: S.K.I., A.I.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Authors Contributions: Conception/Design of study: S.K.I.; Data Acquisition: S.K.I., A.I.; Data Analysis/Interpretation: S.K.I., A.I.; Drafting Manuscript: S.K.I.; Critical Revision of Manuscript: A.I.; Final Approval and Accountability: S.K.I., A.I.

Bibliyografya/Bibliography

Aliefendioğlu, Y, ‘Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri’ (1999) 16 Anayasa Yargısı Dergisi 95- 115.

Altavilla, C, ‘New Political Parties and the Challenge of Institutionalization in Argentine Party System: An Analysis of Propuesta Republicana Party’ (44th ECPR Joint Session of Workshops, Workshop on Institutionalization and De-Institutionalization of Political Organization, 24- 28 April 2016) <<https://ecpr.eu/Filestore/paperproposal/2ff4ba89-42b6-4e3c-9cd5-97bcd58898e.pdf>> Date of Access: 04.01.2020.

Argentina’s Constitution of 1853, Reinstated in 1983, with Amendments through 1994, <https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994.pdf?lang=en> Date of Access: 04.01.2021.

Aron, R, *Démocratie et totalitarisme* (Gallimard 1965).

Baldwin-Philippi, J, *Using Technology, Building Democracy* (Oxford University Press 2015).

Berkes, N, *Siyasi Partiler* (Yurt ve Dünya Yayınları 7 Sosyal Problemler Serisi 3 1946).

Biancalana, C, ‘Internet as a Tool of Disintermediation: The Case of the Five Star Movement (Italy)’ (*European Consortium for Political Research*, 10- 13 July 2016) < <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/44240878-8a38-404c-99c2-ccc904378ac9.pdf>> Date of Access: 01.08.2020.

Blum, C and Zuber, CI, ‘Liquid Democracy: Potentials, Problems and Perspectives’ (2016) 24/2 The Journal of Political Philosophy 162- 182.

Cammaerts, B, ‘Pirates on the Liquid Shores of Liberal Democracy: Movement Frames of European Pirate Parties’ (2015) 22/1 Journal of the European Institute for Communication and Culture 19- 36.

Cardon, D, *La démocratie Internet: Promesses et limites* (Éditions de Seuil 2010).

Democracia En Red, <<https://democraciaenred.org>> Date of Access: 06.06.2020.

Deseriis, M, ‘Two Variants of The Digital Party: The Platform Party And The Networked Party’ (2020) 13/1 PACO 896-917.

Dommett, K, Fitzpatrick J, Mosca L and Gerbaudo P, ‘Are digital parties the future of party organization? A symposium on The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy by Paolo Gerbaudo’ (2020) Italian Political Science Review 1-14.

Durgun, S, ‘Siyasi Partiler ve Parti Sistemleri’ in Yüksel Taşkın (eds), *Siyaset: Kavramlar Kurumlar Süreçler* (İletişim Yayınları 2016).

Duverger, M, ‘Political Party’ (Encyclopedia Britannica, 1 March 2019) < <https://www.britannica.com/topic/political-party/Mass-based-parties>> Date of Access: 19.06.2020.

Duverger, M, *Siyasi Partiler* (Çev Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi 1993).

- Elektronik Demokrasi Partisi Tüzüğü, <<https://www.eparti.org/#!/statics/tuzuk>> Erişim Tarihi: 20.06.2020.
- Eroğul, C, *Devlet Nedir?* (Yordam Kitap 2014).
- Formisano, RP, *The Birth of Mass Political Parties: Michigan, 1827- 1861* (Princeton University Press 1971).
- Gerbaudo, P, 'Are Digital Parties More Democratic Than Traditional Parties? Evaluating Podemos and Movimento 5 Stelle's Online Decision Making Platforms' (2019) Party Politics <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1354068819884878>> Date of Access: 19.06.2020.
- Gerbaudo, P, *The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy* (Pluto Press 2019).
- Göktürk, G, 'Siyasal Partilerin Doğuşu: Tarihsel ve Toplumsal Kökenleri' (2016-2) 54 Sosyoloji Konferansları 245- 273.
- Gözler, K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020).
- Graham, P, Stoll, T (eds), *Managing Democracy in Digital Age: Internet Regulation, Social Media Use and Online Civic Engagement* (Springer International Publishing 2018).
- Greffet, F and Wojcik S, 'La citoyenneté numérique, Perspectives de recherche' (2014) 184-185/2 Réseaux 125-159.
- Greffet, F, 'Partis politiques et démocratie numérique: une relation sous tensions' in Andolfatto D, Goujon A (eds), *Les partis politiques, ateliers de la démocratie* (Editions de l'Université de Bruxelles 2016).
- Hall, N, 'Reviews: Media' (2019) 34/5 International Sociology Reviews 624- 627.
- Işık, A, *Dijital Demokrasi* (Oniki Levha 2020).
- Işık, R, 'İngiliz İşçi Sendikalarının Siyasi Faaliyetleri' (1966) 17 Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 105- 136.
- İba, Ş, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku* (Seçkin 2019).
- Kama, S, 'Parlamentar Hükümet Sistemi Modeli Olarak Westminster Modeli: Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme' (2016) 22/2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161- 201.
- Kapani, M, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970).
- Kapani, M, *Politika Bilimine Giriş* (Bilgi Yayınevi, 2001).
- Korsan Parti, <<https://korsanparti.com>> Erişim Tarihi: 06.06.2020.
- Kurtuluş, Ö 'Demokrasi Bir Yazılım Olabilir mi? LiquidFeedback ve DemocracyOS' in Nergiz Ercil Çağiltay (eds) *Bilişim ve Demokrasi Türkiye Bilişim Derneği 33. Ulusal Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Bilişim Derneği 2016) 1-7.
- Lanzone, L, Woods, D, 'Riding the Populist Web: Contextualizing the Five Star Movement (M5S) in Italy' (2015) 3/2 Politics and Governance 54- 64.
- Laviers, J, 'Un Renouveau du Système Représentatif? Les Partis Pirates', in Ségur P and Périé-Frey S (eds) *L'Internet & La Démocratie Numérique* (Presses Universitaires de Perpignan 2016).
- Lewis, E and Slitine R, *Le coup d'État citoyen: Ces initiatives qui réinventent la démocratie* (Éditions La Découverte 2016).
- Morin, C and Perron, D, *À quoi servent encore les partis politiques? La perception des Français* (Fondation Jean Jaurès Éditions 2020).
- Özbudun, E, *Siyasi Partiler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 409 1977).

- Piccio, DR, 'Party Regulation in Europe: A Comparative Overview' (The Legal Regulation of Political Parties- Working Paper 18, March 2012) 14, <<http://www.partylaw.leidenuniv.nl/uploads/wp1812a.pdf>>, Date of Access: 04.01.2021.
- Pirate Party Declaration of Principles, <https://en.wikisource.org/wiki/Pirate_Party_Declaration_of_Principles/4.0/1.0> Date of Access: 19.06.2020.
- Rodriguez-Teruel, J and Barberà, O, 'War machine or party disintermediation? Podemos and the Organisational Consequences of Digital Tools for New Movement Parties' (Disintermediation: A Pattern of Party Change in New Parties? ECPR General Conference, 22-26 August 2018), <<https://ecpr.eu/Events/PaperDetails.aspx?PaperID=42732&EventID=115>> Date of Access: 21.06.2020.
- Roques-Bonnet, MC, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?* (Michalon Éditions 2010).
- Spanish Constitution, <<http://www.partylaw.leidenuniv.nl/party-law>>, Date of Access: 04.01.2021.
- Swedish Elections Act, <<https://www.government.se/49150c/contentassets/4e2fdee5a8e342e88289496d34701aec/the-elections-act-2005837>>, Date of Access: 02.01.2021.
- Teziç, E, *100 Soruda Siyasi Partiler* (Gerçek Yayınevi 1976).
- Teziç, E, *Anayasa Hukuku* (Beta Yayınevi 2019).
- Tridimas, G, 'Democracy without Political Parties: The Case of Ancient Athens' (2019) 15/6 *Journal of Institutional Economics* 983- 998.
- Tufekci, Z, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protests*, (Yale University Press 2017).
- Tunaya, TZ, *Türkiye'de Siyasi Partiler 1859- 1952* (Doğan Kardeş Yayınları 1952).
- Uygun, O, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar* (On İki Levha Yayınları 2014).
- Vedel, G, *Manuel Elementaire de Droit Constitutionnel* (1949).
- Verdegem, P and D'heer E, 'Social Media Logic and Its Impact on Political Communication During Election Times', in Schwanholz J, Graham T, Stoll PT (eds) *Managing Democracy in Digital Age: Internet Regulation, Social Media Use and Online Civic Engagement* (Springer International Publishing 2018).



Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku*

Florian Möslin** , Çeviren: Sevda Bora Çınar*** 

Öz

Yapay zeka, hızlı teknolojik gelişimi sayesinde çok yakın bir gelecekte şirket yönetim kurulu odalarına girecektir. Bu çalışma yapay zeka ve şirketler hukuku arasındaki etkileşimi araştırmakta ve birbirlerine nasıl uyum sağlayacaklarını analiz etmektedir. Mevcut şirketler hukuku düzenlemeleri yapay zekanın getirdiği zorlukları karşılamakta mıdır, yoksa düzenlemelerin uyarlanması mı gerekmektedir? Daha belirgin olarak, bu çalışma şirketlerin yöneticilerine odaklanmaktadır. İnsan yöneticilerin yapay zekaya güvenmelerine ne ölçüde izin verilmesi gerektiği ya da buna ne ölçüye kadar zorlanabilecekleri dikkate alınmıştır. Dahası teknoloji, yakında yapay zekanın sadece yöneticileri desteklemekle kalmayıp onların yerini almasını da sağlayacaktır. Bu sebeple bir diğer soru, bu tür bir yerini almanın yasal olarak kabul edilebilir olup olmadığıdır. Her halükarda, halihazırda şirketler hukuku tarafından benimsenen yasal stratejiler insan yöneticilere göre tasarlanmıştır. Bu bölüm, bu stratejilerin robo-yöneticilerle dolu yönetim kurulu odaları için de hala uygun olup olmadığını sınamaktadır. Bu çalışmada, şirketler hukukunun, yapay zekanın şirketlerde kullanımıyla son derece alakalı olduğu, ancak bu teknolojinin getirdiği zorluklara da uyarlanması gerekeceği sonucuna varılmaktadır. Bu anlamda yapay zeka ve şirketler hukuku arasındaki etkileşim her iki yönde de dinamik olmayı vaat etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yapay zeka, Şirketler hukuku, İşletmesel karar ilkesi, Yöneticilerin yükümlülükleri, Yönetici atamaları

Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law

Abstract

Due to its rapid technological development, artificial intelligence will enter corporate boardrooms in the very near future. This chapter explores the interplay between artificial intelligence and corporate law, and analyzes how the two fit together. Do current corporate law rules match the challenges posed by artificial intelligence, or do they need to be adapted? More specifically, the chapter focuses on the directors of corporations. We consider the extent to which human directors should be allowed—or required—to rely on artificial intelligence. Moreover, technology will probably soon offer

* Florian Möslin, 'Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law', in Woodrow Barfield and Ugo Pagallo (eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Edward Elgar 2018) 649-669. Kitapta 25. Bölüme karşılık gelen bu bölüme ayrıca SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3037403> ya da <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3037403> linkinden ulaşabilirsiniz.

** **Sorumlu Yazar:** Florian Möslin (Prof. Dr), Marburg Philipps Üniversitesi, Hukukun Dijitalleşmesi Enstitüsü Kurucu Müdürü ve Medeni Hukuk, Alman ve Avrupa Ekonomi Hukuku Profesörü, Marburg, Almanya, E-posta: florian.moeslein@jura.uni-marburg.de ORCID: 0000-0002-6733-6102. *Çalışmamın Türk Hukukuna kazandırılmasındaki katkı ve emeği için Arş Gör Sevda Bora Çınar'a ve çevirinin gözden geçirilmesindeki yardımları için Arş Gör Salih Tayfun İnce'ye teşekkür ederim.*

*** Sevda Bora Çınar (Arş Gör), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Antalya, Türkiye, E-posta: sevdabora@akdeniz.edu.tr ORCID: 0000-0002-1425-8227. Doktora tez konusu olarak "Şirket Yönetiminde Yapay Zeka" konusunu seçmemde bana ilham kaynağı olan bu çarpıcı ve faydalı eseri Türkçeye çevirme şansını bana verdiği ve tez çalışmamda da yardımlarını esirgemediği için değerli hocam Prof. Dr. Florian Möslin'e ve çevirinin gözden geçirilmesindeki yardımları için değerli meslektaşım Arş Gör Salih Tayfun İnce'ye teşekkür ederim.

Atf: Moslein F, "Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku" (Sevda Bora Çınar çev, 2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 699. <https://doi.org/10.26650/mecmu.2021.79.2.0004>



the possibility of artificial intelligence not only supporting directors, but even replacing them. Another question is therefore whether or not such a replacement is legally admissible. At any rate, the legal strategies currently adopted by corporate law are tailored to human directors. This chapter tests whether those strategies would still be suitable for boardrooms filled with robo-directors. It concludes that corporate law is highly relevant for the use of artificial intelligence in corporations, but that it will also need to be adapted to the challenges posed by this technology. In that sense, the interplay between artificial intelligence and corporate law promises to be dynamic in both directions.

Keywords

Artificial intelligence, Company law, Business judgment rule, Directors' duties, Appointment of directors

I. Giriş

Yapay zeka, hızlı teknolojik gelişimi sayesinde çok yakın bir gelecekte şirket yönetim kurulu odalarına girecektir. Bu çalışma yapay zeka ve şirketler hukuku arasındaki etkileşimi araştırmakta ve birbirlerine nasıl uyum sağlayacaklarını analiz etmektedir. Mevcut şirketler hukuku düzenlemeleri yapay zekanın getirdiği zorlukları karşılamakta mıdır, yoksa düzenlemelerin uyarlanması mı gerekmektedir? Daha belirgin olarak, bu çalışma şirketlerin yöneticilerine^{1*} odaklanmaktadır. İnsan yöneticilerin yapay zekaya güvenmelerine ne ölçüde izin verilmesi gerektiği ya da buna ne ölçüye kadar zorlanabilecekleri dikkate alınmıştır. Dahası teknoloji, yakında yapay zekanın sadece yöneticileri desteklemekle kalmayıp onların yerini almasını da sağlayacaktır. Bu sebeple bir diğer soru, bu tür bir yerini almanın yasal olarak kabul edilebilir olup olmadığıdır. Her halükarda, halihazırda şirketler hukuku tarafından benimsenen yasal stratejiler insan yöneticilere göre tasarlanmıştır. Bu bölüm, bu stratejilerin robo-yöneticilerle dolu yönetim kurulu odaları için de hala uygun olup olmadığını sınınamaktadır. Bu çalışmada, şirketler hukukunun, yapay zekanın şirketlerde kullanımıyla son derece alakalı olduğu, ancak bu teknolojinin getirdiği zorluklara da uyarlanması gerekeceği sonucuna varılmaktadır. Bu anlamda yapay zeka ve şirketler hukuku arasındaki etkileşim her iki yönde de dinamik olmayı vaat etmektedir.

2014 yılının sonlarında basın, Hong Kong merkezli bir girişim sermayesi şirketi olan Deep Knowledge Ventures'ın, yönetim kuruluna Vital (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences)^{2*} adlı bir algoritma atadığını haber yaptı. Bu habere göre, algoritmaya, tıpkı yönetim kurulunun diğer -insan- üyeleri gibi, “firmanın belirli bir şirkete yatırım yapıp yapmayacağına dair oylamada” oy kullanma hakkı verilmişti³. Vital “otomatik olarak bir şirketin durum tespitini gerçekleştirebilme (due dilligence) ve en üst düzey verileri araştıran insanlar açısından henüz tespit edilememiş olan eğilimleri ortaya çıkarmak için geçmiş veri kümelerini kullanma” yeteneği nedeniyle yönetim kuruluna atanmıştı⁴. Örneğin Vital, yaşlanma araştırmalarında ilaç keşfi için bilgisayar destekli yöntemler geliştiren bir şirket olan Insilico Medicine'i ve bir platform teknolojisi temelinde kişiselleştirilmiş kanser tedavilerini seçen ve derecelendiren Pathway Pharmaceuticals'i finanse etmek şeklindeki iki yatırım

¹ * çev. notu: Kavramların tercümesinde “director: yönetici”, “manager: müdür” şeklinde tercih edilmiştir. Türk Hukuku açısından bu kavramların şirket türlerine göre yönetim kurulunu, yönetim kurulu üyelerini, yöneticileri, müdürleri işaret ettiğini söyleyebiliriz.

² * çev notu: Kısaltmanın Türkçe açılımı “Yaşam Bilimlerini İlerletmek için Doğrulama Aracı” şeklinde ifade edilebilir. Ancak “Vital” kelime anlamı olarak da İngilizcede “hayati”, “yaşayan”, “canlı” anlamlarına gelmektedir. Bu haliyle atandığı şirket için hem önemi hem de insana ne kadar yakın şekilde algılandığının vurgulanması açısından isim seçimi kanaatimizce dikkat çekicidir.

³ Rob Wile, ‘A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to its Board of Directors’ (*Business Insider*, 13 May 2014) < <http://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?IR=T> >

⁴ Ellie Zolfaghari, ‘Would you take orders from a Robot? An artificial intelligence becomes the world’s first company director’ (*Daily Mail*, 19 May 2014) < <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article2632920/Would-orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html> >

kararının onaylanmasına yardım etmişti⁵. Bu etkileyici sicile rağmen, Vital gerçekte henüz yapay olarak tam anlamıyla zeki değildi⁶. Aslında, 2017'nin ikinci yarısında çok daha akıllı bir Vital 2.0 piyasaya sürüleceği için algoritmanın yakında kullanımdan kaldırılması gerekecektir⁷. Dahası, Vital'e başlangıçta şirket tarafından alınan tüm mali kararlarda eşit oy hakkı verilmemişti. Yasal anlamıyla, Hong Kong'un şirketler hukuku düzenlemeleri uyarınca, şirket yöneticisi statüsünü bile kazanmamıştı. Birlikte çalıştığı (insan) yöneticiler tarafından kendisine “gözlemci statüsüne sahip yönetim kurulunun bir üyesi olarak” muamele edilmişti⁸. Bununla birlikte Vital, “dünyanın ilk yapay zeka şirket yöneticisi” olarak geniş çapta kabul görmektedir⁹.

Her halükarda, Vital'in (kısmen de olsa) yönetim kuruluna atanması, şirketler hukuku için temel olmasa da önemli bir adım niteliğindedir. Bir yandan, yapay zekanın şirket karar alma sürecindeki etkisini göstermektedir. İş kararlarının çok sayıda ve karmaşık veri kümesine dayalı olarak alınması gerektiğinde, bilgisayar algoritmaları, özellikle yapay zeka ve makine öğrenimi, bu algoritmaların ilgili yeteneklerini kalıcı olarak geliştirmesine izin verdiğinde, bu tür kararları alma konusunda insanlardan giderek daha üstün hale gelmektedir. Esasen, yapay zeka, başta finans sektörü olmak üzere birçok iş sektöründe yönetim kararlarını desteklemek için giderek daha fazla kullanılmaya başlanmaktadır¹⁰. Sayısal ilerleme ve dijitalleşme, bu nedenle kaçınılmaz olarak şirket yöneticilerinin yapay zeka ile -değiştirilmezse bile- desteklenmesine yol açacaktır. Deep Knowledge Ventures'ın kurucu ortağı ve Vital'in fikir babası Dmitry Kaminskiy, tipik şirketlerdeki çoğu görevin beş ila on yıl içinde otomatikleştirileceğini ve yapay zeka sistemlerinin, en azından bazı durumlarda, herhangi bir insan desteği olmaksızın kararlarını kendi başına alabileceğini öngörmektedir¹¹. Görünüşe göre robo-yöneticiler, şirket yönetimini geniş bir ölçekte devralmak üzeredir: “Robo-kurullar ve robo-müdürlerin, kararları yönlendirmek ve dijital stratejileri uygulamak üzere insan yönetim kurullarının güçlendirmesinde rol oynadığı günler gelebilir”¹².

Öte yandan, şirketler hukuku, bu teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak önemli zorluklarla da karşılaşmak üzeredir. Sonuçta, yöneticilerin aldığı kararlar, şirketler

⁵ Daha fazla ayrıntı için Biyogerontoloji Araştırma Vakfı'nın kamuoyu duyurusu, 'Deep Knowledge Ventures announces new investment fund for life sciences and aging research', (*EurekaAlert!*, 16 December 2015) < https://www.eurekaalert.org/pub_releases/2015-12/brf-dkv121515.php >

⁶ Deep Knowledge Ventures'taki bir ortağa göre, “Bu aşamada yapay zeka olarak adlandırılmaz fakat uzun vadeli hedef budur”, Wile 1.

⁷ Nicky Burrige, 'Artificial intelligence gets a seat in the boardroom', (*Nikkei Asian Review*, 10 May 2017) < <http://asia.nikkei.com/Business/Companies/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom> >

⁸ Bkz Deep Knowledge Ventures'ın kurucu yönetim ortağı Dmitry Kaminskiy'den alıntı yapan Burrige'e (önceki s.)

⁹ Krş Zolfagharifard'ın başlığı, 2.

¹⁰ Burrige 5; Ayrıca bkz Erik Brynjolfsson and Andrew McAfee, 'The Business of Artificial Intelligence' (*Harvard Business Review*, 18 July 2017) < <https://hbr.org/cover-story/2017/07/the-business-of-artificial-intelligence> >

¹¹ Krş yine Burrige 5.

¹² Michael Hilb, 'Toward an Integrated Framework for Governance of Digitalization', in *id* (Ed), *Governance of Digitalization* (2017) 11, 20; Daha kapsamlı olarak bkz Tony Featherstone, 'Governance in the new machine age', (*Australian Institute of Company Directors*, 24 March 2017) < <https://aicd.companydirectors.com.au/advocacy/governance-leadership-centre/governance-driving-performance/governance-in-the-new-machine-age> >

hukukunun temel konularından biridir. Robo-yöneticilerin, yönetim kuruluna girebildikleri ve yönetim kurulu kararlarında oy kullanabildikleri varsayımında, şirketler hukuku yeni ve benzeri görülmemiş türdeki yasal sorunlarla başa çıkmak zorunda kalacaktır. Şu ana dek, şirket karar alma sürecini düzenleme, yönlendirme ve kontrol etme konusundaki yasal stratejiler, algoritmalar veya yapay zekaya göre değil, insan karar vericilere göre tasarlanmıştır. Yapay zeka, insan zekasına farklı şekilde bağlanırsa -ki farklı analitik yapısı göz önüne alındığında bu oldukça muhtemel görünmektedir- bu geleneksel şirketler hukuku kuralları, yönetim kurulu odasında robo-yöneticilerin olduğu yeni iş gerçekliklerine artık uymayacaktır. Örneğin, tüm şirketler hukuku yasaları, yöneticilerin görevini dürüst ve iyi niyetle hareket ederek üstlenmesini isterler¹³. Bununla birlikte, Vital gibi robo-yöneticiler, insan yöneticilere göre daha mantıksal kararlar almalarıyla ünlüdür¹⁴. İnsani inanç ve isteklere dayandırılan (dürüst ve iyi niyetli bir şekilde) yönetim görevi, robo-yöneticilerin karar verme kalıplarına pek uymamaktadır. Sonuç olarak, yapay zekanın yükselişi, şirketler hukukunun bazı temel kurallarını, yapay zekaya sahip yöneticiler için uygunluklarını test etmek üzere yeniden gözden geçirmesini gerektirmektedir. Merkezi olmayan otonom organizasyonların (DAO'lar)^{15*} ortaya çıkışı, şirketler hukukunu daha da zorlayacaktır. Bu organizasyonlar, bilgisayar programları olarak kodlanmış kurallara (akıllı sözleşmelere) göre çalıştırılmaktadır. Bu kurallar ise, işlem kayıtlarının bir blok zincirinde tutulmasının yanında, bu sayede bunların tamamen insan müdahalesi olmadan çalışabilecekleri anlamına gelmektedir¹⁶. Bununla birlikte, DAO'ların yasal statüsü bile şu ana kadar belirsizliğini korumaktadır¹⁷. Bazılarına göre, tamamen özerk bir işletme varlığı fikri “mevcut yasal çerçevemizin mimarisi ve bilgi akışını düzenleme fonksiyonlarıyla doğrudan çelişmektedir”¹⁸. Diğer yandan, bunların faaliyet gösterebileceği¹⁹ tamamen “dijital hukuk düzeni” vaatleri gerçekçi görünmeyebilir, zira deneyimler, bu tür organizasyonların algoritma

¹³ Bkz örneğin, Melvin Eisenberg, ‘The Duty of Good Faith in Corporate Law’ (2006) 31(1) Delaware Journal of Corporate Law, 1-75; Leo Strine, Lawrence Hamermesh, R Franklin Balotti and Jeffrey Gorriss, ‘Loyalty’s Core Demand: The Defining Role Of Good Faith in Corporation Law’ (2010) 93 Georgetown Law Journal, 629 (her ikisi de ABD şirketler hukuku açısından ele alınmıştır).

¹⁴ Krş Deep Knowledge Ventures’ın kurucu yönetim ortağı Dmitry Kaminskiy’den alıntı yapan Burrige 5.

¹⁵ * çev notu: DAOs’un orijinal dilde açılımı “*decentralized autonomous organizations*” şeklindedir.

¹⁶ Daha kapsamlı açıklamalar için örneğin bkz Henning Diedrich, *Ethereum* (CreateSpace 2016) 180–86; Melanie Swan, *Blockchain: Blueprint for a New Economy* (O’Reilly Media 2015) 24 vd

¹⁷ Krş Nathaniel Popper, ‘A Venture Fund With Plenty of Virtual Capital, but No Capitalist’ (*New York Times*, 21 May 2016) < <https://www.nytimes.com/2016/05/22/business/dealbook/cryptoether-bitcoin-currency.html> >; ayrıca bkz Diedrich, *id* 184 vd.

¹⁸ Diedrich, dn 13, 184; C Choi’den alıntılanarak; daha kapsamlı olarak Aaron Wright ve Primavera De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, (Working Paper 2015) < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664 >

¹⁹ Bu, organizasyonların bunu seçmesine ve hizmetlerini kullanmasına izin veren ve aynı zamanda yerleşik bir yönetişim sistemi sağlayan bir DAO olan Aragon Networks’ün belirtilen hedefidir; bkz Luis Cuende and Jorge Izquierdo, ‘Aragon Network – A Decentralized Infrastructure for Value Exchange’, (*White Paper*, 20 April 2017) 16, < <https://github.com/aragon/whitepaper/blob/master/Aragon%20Whitepaper.pdf> >; “Aragon Ağı (AN), amacı kuruluşların, girişimcilerin ve yatırımcıların faaliyet göstermesini son derece kolay ve dostça kılan bir dijital yargı yetkisi olarak hareket etmeyi amaçlayan ilk merkezi olmayan otonom organizasyon olacaktır”.

tabanlı olmalarına rağmen insan istismarına yatkın olduğunu göstermiştir²⁰. Aslında, avukatlar, düzenleyiciler ve hukukçular, mevcut yasal düzenlemelerin bu temelde yeni teknolojik fenomenlere uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa nasıl uygulanabileceği veya yeni kuralların konulması gerekip gerekmediğini hesaplamak zorunda kalacaktır²¹. Örneğin, Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu, DAO'lar tarafından İlk Dijital Para Arzında sürülen *token*^{22*}ların menkul kıymetler olabileceğini ve bu nedenle federal menkul kıymetler yasalarına tabi olduğunu kısa süre önce açıkça belirtmiştir²³. Benzer şekilde, şirketler hukuku da yapay zeka ve merkezi olmayan otonom organizasyonlar açısından tartışmalı bir şekilde rol oynamaya devam edecek, ancak en nihayetinde bu teknolojik zorluklara karşılık vermek zorunda kalacaktır.

Ancak şimdiye kadar şirketler hukuku, yapay zeka ve bilgisayar algoritmalarındaki gelişmelere ayak uyduramamıştır. Dijitalleşmenin genel zorlukları (etkileri göz önüne alındığında hala çekinerek de olsa) giderek daha fazla tartışılırken, tartışma büyük ölçüde aşırı dar bir dijitalleşme anlayışına dayanmaktadır. Örneğin, şirketler hukuku konularında tavsiyelerde bulunmak üzere Mayıs 2014'te Avrupa Komisyonu tarafından kurulan tanınmış bir uzman grubu, şirketler hukukunda dijitalleşmeye ilişkin son raporunu aşağıdaki tanıma dayandırmıştır: “‘Dijitalleşme’ ile iletişimin yazılı veya sesli olarak elektronik yollarla temsilini kastediyoruz ve dolayısıyla dijitalleşme elektronik iletişimle ilgili bir kavramdır...”²⁴. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi'nin talebi üzerine hazırlanan derinlemesine bir analizde de benzer bir yaklaşım benimsenmiştir²⁵. Bununla birlikte, dijitalleşmeyi sadece elektronik iletişimle (tabiri caizse örneğin bir tür telefon veya faks mesajı gibi) sınırlamak, kaçınılmaz olarak algoritmaların ve yapay zekanın zorluklarının göz ardı edilmesiyle sonuçlanacaktır.

Kanaatim, şirketler hukuku açısından dijitalleşmenin ortaya çıkaracağı zorlukların elektronik iletişim konusundaki zorluklardan çok daha öncelikli olduğudur. Dijitalleşmenin işletmeleri temelden değiştirdiğini ve bu nedenle doktrinin bu

²⁰ 2016 yılında, DAO olarak çalışan, yatırımcı tarafından yönetilen bir girişim sermayesi fonu (“The DAO” olarak adlandırılmaktadır) saldırıya uğramış ve fonlarının üçte biri boşaltılmıştır; detaylı bilgi için bkz Nathaniel Popper, ‘A Hacking of More Than \$50 Million Dashes Hopes in the World of Virtual Currency’ (*New York Times*, 17 June 2016) <<https://www.nytimes.com/2016/06/18/business/dealbook/hacker-may-have-removedmore-than-50-million-from-experimental-cybercurrency-project.html>>

²¹ Diedrich, dn 13, 185; Siber uzayın zorluklarıyla ilgili olmak üzere benzer değerlendirmeler için bkz Lawrence Lessig, ‘The Law of the Horse: What Cyberlaw What Might Teach’ (1999)113 *Harvard Law Review*, 501.

²² * çev notu: Token'lar, Blockchain ekosisteminde dijital olarak transfer edilebilen varlıklardır. Bir token; değeri, hizmeti veya bir ürünü temsil edebilir.

²³ Securities and Exchange Commission, ‘Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO’, Release No 81207, 25 July 2017, <<https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf>>

²⁴ Informal Company Law Expert Group (ICLEG), ‘Report on digitalisation in company law’ (March 2016) 6, (paragraf 1.1.) <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg-report-ondigitalisation-24-march-2016_en.pdf>

²⁵ Vanessa Knapp, ‘What are the issues relating to digitalisation in company law?’ (June 2016) <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556961/IPOL_IDA\(2016\)556961_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556961/IPOL_IDA(2016)556961_EN.pdf)>; ayrıca bkz Urs Bertschinger, ‘Aktienrecht im digitalen Zeitalter’, *Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen* (ed), *Recht im digitalen Zeitalter – Festgabe Schweizerischer Juristentag* (Dike 2015) 167.

değişikliklere ve bunların şirket hukuku üzerindeki etkilerine odaklanması gerektiğini kabul etmekle birlikte, dijitalleşmenin şu anda tartışılardan çok daha fazla yönü olduğunu ve aslında algoritmaların ve yapay zekanın dijitalleşmenin çekirdek etmenleri arasında sayıldığını düşünmekteyim²⁶. Bu nedenle temel araştırma sorunsalı, yapay zeka ve şirketler hukukunun kesişimini incelemeyi hedeflemekte ve yapay zeka ile şirketler hukukunun birbirlerine nasıl uyum sağlayabilecekleri sorusunu sormaktadır. Mevcut şirketler hukuku kuralları, yapay zekanın zorlukları ile baş edebilmekte midir yoksa düzenlemelerin yapay zekaya uyarlanması mı gerekmektedir? Daha belirgin olarak, yöneticileri ve onların iş kararlarını düzenleyen şirketler hukuku kurallarına odaklanacağım. Bu makale dört bölüme ayrılmıştır. Yapay zekanın en çok nerede işe yaradığını analiz etmek için II. Bölümde şirketler hukuku genel bir bakışla ele alınacak; böylelikle yöneticiler söz konusu olduğunda yapay zekanın öneminin ne kadar büyük olduğu anlaşılacaktır. Bölüm III'te yapay zekanın destekleyici bir araç olarak rolünü inceleyeceğim. Yine bu bölümde insan yöneticilerin yapay zekaya ne ölçüde güvenmelerine izin verilmesi gerektiği ya da şirketler hukuku tarafından yapay zekayı kullanmaya zorlanıp zorlanamayacakları sorularına yanıt aranacaktır. IV. Bölümde, yapay zekanın insan yöneticileri desteklemekle kalmayıp onların yerini alma potansiyeline sahip olduğu varsayımıyla daha da ilerisi göz önüne alınacaktır. Bu senaryo teknik olarak hayal edilebilir olmakla birlikte sorumuz böyle bir yer değişimine yasal olarak izin verilip verilemeyeceğidir. Son bölüm olan V. Bölümde, şirketler hukukunun mevcut yasal stratejilerinin robo-yöneticiler için uygun olup olmadığı sınanacaktır. Çalışmanın sonunda ise, şirketler hukukunun yapay zeka kullanımıyla son derece alakalı olduğu, ancak yapay zekanın getirdiği zorluklarla başa çıkılabilmesi için çeşitli uyarlamalar ve iyileştirmeler yapılması gerekeceği sonucuna varacağım.

II. Yapay Zeka ve Şirketler Hukukunun Anatomisi

Başlangıç olarak, yapay zekanın şirketler hukukunda girdiği alanların önemli noktalarını daha kesin bir şekilde incelememiz gerekmektedir. Bu inceleme, şirketler hukukunun ve onun düzenleyici işlevlerinin kısa bir özetini yapmayı gerektirecektir. Buna karşılık, böyle bir tanımlama, şirketlerin doğasına ilişkin bazı temel ortak özellikleri incelemeyi de gerektirmektedir. Bu ortak özellikleri, alanında uzman yaklaşık bir düzine uluslararası uzman tarafından yazılan, yakın zamanda üçüncü baskısı yayınlanan ve Şirketler Hukukunun Anatomisi başlığını taşıyan şirketler hukukunun önde gelen karşılaştırmalı şirketler hukuku eseri üzerine inşa etmek faydalı olacaktır²⁷. Bu biyolojik metaforu daha ileriye taşımak için, şirket organlarına yapay

²⁶ Şimdiye kadar çok az sayıda yayın benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Bkz Lynn LoPucki, 'Algorithmic Entities' (2018) 95 Washington University Law Review, 887; benzer, ancak sözleşme hukukuna odaklanarak; Lauren Scholz, 'Algorithmic Contracts' (2017) 20 (2) Stanford Technology Law Review, 128.

²⁷ John Armour, Luca Enriques et al, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3rd edn, Oxford University Press 2017).

zekayı dahil edebilecek olsaydık, şirketin hangi organlarının en çok etkileneceğini analiz etmemiz gerekmektedir.

A. Şirket Organları

Şirketler sahiplerinden ayrı ve farklı tüzel kişiliklerdir. Ekonomi açısından bakıldığında, şirketler, yatırımcıların işlerini ortaklaşa yürütmeleri için sadece bir araçtır ve hukuki söylemde yaygın olarak tüzel kişi olarak ifade edilirler. Bu, şirketlerin de insanların sahip olduğu haklara ve görevlere benzer şekilde haklara ve görevlere sahip oldukları, örneğin sözleşme yapabilecekleri, mal varlıklarına sahip olabilecekleri, dava açabilecekleri veya kendilerine karşı dava açılacağı anlamına gelmektedir. Şirketlerin belirgin özellikleri çoğu hukuk düzenine göre farklılık gösteren yasal bir çerçeveye tâbi olsa da şirketler içinde buldukları hukuk düzenine bakılmaksızın geçerli olan ortak bir yapı ile karakterize edilebilmektedir. *Anatomi*'nin yazarları, dünyanın her yerindeki şirketler tarafından paylaşılan beş temel hukuki özelliği saymaktadır²⁸. İlk olarak, şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliği vardır. Bu özellik şirketlerin sadece hak ve görevlerden yararlanmalarını sağlamakla kalmaz aynı zamanda malvarlıklarını hissedarların şahsen sahip olduğu malvarlığından ayrılmasını da sağlar²⁹. İkinci özellik, sınırlı sorumluluk ilkesidir: bu ilkeye göre şirketin alacaklıları söz konusu şirketin sahip olduğu malvarlığına başvurabilirken, şirket pay sahiplerinin şahsi malvarlığına başvuramazlar³⁰. Üçüncü özellik, ilk iki özellik ile yakından etkileşim hâlinindedir. Bu özellik, bir şirketin işleyişini pay sahiplerinin değişikliklerden bağımsız hale getiren, payların devredilebilirliği ilkesidir³¹. Dördüncü ve oldukça önemli bir özellik, yönetimin bir yönetim kuruluna devredilmesidir. Yönetim kurulu, şirketin hissedarları tarafından periyodik olarak göreve getirilir ve şirket işleri üzerinde esas yetki sahibidir. Çünkü aldığı tüm önemli ve diğer kararlar için kendisine sorumluluk yüklenmiştir. Beşinci ve son özellik, sermayeye katılım ilkesinden oluşur ki bu ilke, oy hakkı, şirketin kontrolüne katılma hakkı, dağıtılacak kârdan pay alma hakkı gibi pay sahipliği haklarının tipik olarak şirkete yatırılan sermaye miktarıyla orantılı şekilde kullanılabilmesini ifade eder.

²⁸ Devam eden bölümle ilgili daha kapsamlı bilgi için bkz Armour, Enriques et al, 5–15

²⁹ Bu malvarlığı ayrımı (veya “malvarlığı koruması”), tüzel kişiler hukukunun merkezinde yer alan, alacaklıların önceliği ve tasfiye koruması gibi hususları içermektedir. Bkz Henry Hansmann and Reinier Kraakman, ‘The Essential Role of Organizational Law’ (2000) 110(3) Yale Law Journal 387 vd.; ayrıca bkz Henry Hansmann, Reinier Kraakman and Richard Squire, ‘Law and the Rise of the Firm’ (2006) 119(5) Harvard Law Review, 1335 vd.

³⁰ Sınırlı sorumluluk ilkesinin en önemli sonucu böylelikle yatırım çeşitliğini mümkün kılmıştır, krş Henry Manne, ‘Our Two Corporation Systems: Law and Economics’ (1967) 53(2) Virginia Law Review 259, 262.

³¹ Malvarlığının korunması veya sınırlı sorumluluk olmasaydı, hisselerin değeri şirket hissedarlarının kredi değerliliğine bağlı olacak ve bu da hisselerin devredilebilirliği önünde büyük bir engel oluşturacaktı, krş Paul Halpern, Michael Trebilcock ve Stuart Turnbull, ‘An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law’ (1980) 30(2) University of Toronto Law Journal 117, 136–138.

B. Şirketler Hukukunun İşlevleri

Tüzel kişiler için hukuk, açıkça hayati bir role sahiptir. Nitekim tüzel kişi olarak varoluşlarını tâbi oldukları yasal çerçeveye borçludurlar: “Şirketler hukukunun temel işlevi, ticari işletmelere, yukarıda belirttiğimiz beş temel özelliği barındıran yasal bir tip tanımasıdır”³². Kanun böyle bir tipi tanımasaydı, şirketler var olamazdı. Ancak, hukuki bir şirket tipinin tanınması, tüzel kişiliğin bahşedilmesi şeklinde tek bir eylemle sınırlı değildir; aynı zamanda şirketin temel yapısını oluşturmak için gereken kuralları da içermektedir. Buna ek olarak, şirketler hukukunun “işletmedeki katılımcılar arasındaki koordinasyonu kolaylaştırmayı” ve böylece “şirket tipleri aracılığıyla süregelen organizasyon maliyetlerini düşürmeyi” amaçlayan ikinci bir işlevi daha vardır³³. Aksi takdirde, şirket içindeki bu koordinasyon, temsilcinin temsil olunanın refah düzeyini etkileyebilecek kararlar alması ve temsil olunanın temsilciye güvenmesinden doğan temsil sorunları nedeniyle, engellenme riski taşıyacaktır. Bu tür durumlarda, temsil olunan, temsilcinin müvekkilinin çıkarına değil de kendi çıkarına göre hareket etmesinden endişelenebilir³⁴. Şirketlerde, bu şekilde üç temsil ilişkisi (agency relationship) bulunmaktadır: (1) şirket sahipleri ile işe alınan müdürler arasında; (2) çoğunluk hissedarları ile azınlık hissedarları arasında ve (3) şirket ile alacaklılar, çalışanlar ve müşteriler gibi üçüncü kişiler arasında³⁵. İlk temsil ilişkisindeki temel çatışma, Adam Smith tarafından *Milletlerin Zenginliği* adlı büyük yapıtında uygun bir şekilde tanımlanmıştır:

Bu tür şirketlerin yöneticileri. . . Kendi paralarından ziyade başkalarının parasını işleten konumunda olduklarından, özel bir şirketteki ortakların kendi paralarını koruduğundaki gibi istek ve ihtiyat göstererek parayı gözetmeleri beklenemez. . . Bu nedenle, şirket işlerinin yönetiminde ihmal ve israf her zaman az ya da çok, hüküm sürecektir.³⁶

Genel olarak, karar verme yetkisinin bir temsilciye devredilmesi, bu temsilcinin sadakatsiz veya yetersiz olması riskini yaratır³⁷. Şirketler hukuku ise temsil sorunlarını hafifletmek için, başka bir deyişle kısıtlamalar veya teşvikler sağlayarak, atama veya karar hakları atfederek bir dizi farklı yasal stratejiler izlemektedir. Örneğin, yöneticiler, çıkarıcı davranışların belirli biçimlerini yasaklayan şirketler hukuku yükümlülüklerine tâbidir³⁸.

³² Armour, Enriques et al dn 23, 1.

³³ ibid 2.

³⁴ ibid 29; ayrıca bkz Michael Jensen ve William Meckling, ‘Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure’ (1976) 3(4) Journal of Financial Economics 305 vd

³⁵ Armour, Enriques et al dn 23, 29; ayrıca krş Rashid Bahar ve Antoine Morand, “Taking conflict of interest in corporate law seriously – direct and indirect rules addressing the agency problem” in Anne Peters and Lukas Handschin (eds), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance* (Cambridge University Press 2012), 308.

³⁶ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1778, Söz R Campbell ve A Todd tarafından düzenlenen baskıdan alınmıştır, Clarendon Press 1976, vol 2) 741, paragraf 18.

³⁷ Krş Andreas Cahn ve David Donald, *Comparative Corporate Law* (Cambridge University Press 2010) 299.

³⁸ Kapsamlı bir şekilde açıklandığı örnek bir eser için bkz Adolfo Paolini (ed), *Research Handbook on Directors' Duties* (Edward Elgar Publishing 2014).

C. Yapay Zekanın Şirketlere Dahil Edilmesi

Şirketlerin temel yapısının hangi kısmına yapay zeka dahil olabilir? Anatomilerindeki hangi organ yapay zekadan etkilenir? Bu soruların cevabı, yapay zekanın doğası hakkında biraz düşünmeyi gerektirmektedir. Şirketlerin evrensel olarak uygulanabilir karakteristik özelliklerini anlamının zorluğu gibi, yapay zekayı tanımlamak da oldukça karmaşık bir meseledir. 1955 yılının sonlarında, yapay zekanın öncülerinden bazıları süreci şu şekilde tanımlamıştı: “Bir makinenin, bir insan da böyle davranıyorsa, zeki kabul edilecek şekilde davranmasını sağlama”³⁹. İnsan zekasına yapılan bu atıf, genellikle çeşitli açılardan yanıltıcı olmakla eleştirilmiş olsa da⁴⁰ bu açıklama en azından teorik olarak yapay zekanın şirket organlarında yer alan herhangi bir insanı, yani yöneticiler, hissedarlar veya alacaklılar, çalışanlar ve müşteriler gibi üçüncü kişileri destekleyebileceğini veya hatta onların yerini alabileceğini açıklığa kavuşturmaktadır. Günümüzde, yapay zekanın çeşitli teknikleri ve araçları çoğalmakta ve yapay zeka örneğin, sembolik mantık, yapay sınır ağları, bulanık sistemler, evrimsel hesaplama, akıllı ajanlar ve varsayımsal akıl yürütme modellerini içermektedir⁴¹. Veri dağıtımının koordinasyonunu, veri eğilimlerinin analizi, tahminlerin sağlanması, veri tutarlılığının geliştirilmesi, belirsizliğin ölçülmesi, kullanıcıların veri ihtiyaçlarının öngörülmesi, kullanıcılara en uygun biçimde bilgi sunulması ve eylem planlarının önerilmesi gibi görevler bu araçlar tarafından yerine getirilmesi neticesinde, yapay zekanın en önemli etkisi, tartışmalı olmakla birlikte, özellikle belirsizlik koşulları altında, insan karar alma mekanizmasını desteklemesi ve hatta onun yerini almasıdır⁴². Her şeyden önce, yapay zeka karar vermeye yardımcı olmaktadır. Karar verme, genellikle büyük miktarlarda veri gerekmektedir. Bir karar ne kadar karmaşıkta, bilgili ve rasyonel bir temelde karar verebilmek için o kadar fazla veriye ihtiyaç duyulmaktadır⁴³. Bilgisayarlar, algoritmalar ve yapay zeka özellikle “büyük verileri” işleme konusunda çok uygun olduğundan, karar vermeyi iyileştirmeye katkı sağlayabilmektedir⁴⁴. Daha net olmak gerekirse, yapay zeka tahminlerde bulunarak, yani büyük miktardaki veriyi küçük, yönetilebilir parçalara çevirerek (sadece gelecekle ilgili belirsizlikleri değil) her türlü belirsizliği azaltabilmektedir⁴⁵.

³⁹ John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester and Claude Shannon, ‘A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence’ (1955) < <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html> >

⁴⁰ Örneğin, insan zekasının kendisinin tanımlanması bile oldukça zordur; dahası makineler insanların yerine getiremediği görevleri yerine getirebilmektedir; bkz Jerry Kaplan, *Artificial Intelligence* (Oxford University Press 2016) 1

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz Lakhmi Jain and Philippe De Wilde (eds), *Practical Applications of Computational Intelligence Techniques* (Springer 2001); Lakhmi Jain and Noel Martin (eds), *Fusion of Neural Networks, Fuzzy Sets and Genetic Algorithms* (CRC Press 1999).

⁴² Krş Gloria Philipps-Wren and Lakhmi Jain, ‘Artificial Intelligence for Decision Making’ in Bogdan Gabrys, Robert J Howlett and Lakhmi Jain (eds), *Knowledge-Based Intelligent Information and Engineering Systems* (Springer 2006) 531–36.

⁴³ Karar vermek ve karmaşıklık üzerine daha detaylı bilgi için bkz Jan Noyes, Malcolm Cook and Yvonne Masakowski (eds), *Decision Making in Complex Environments* (CRC Press 2007); Hassan Qudrat-Ullah, J Michael Spector, Paal Daviden (eds), *Complex Decision Making: Theory and Practice* (Springer 2010); Richard Kühn and Rudolf Grünig, *Successful Decision-making: A Systematic Approach to Complex Problems* (2nd edn, Springer 2009).

⁴⁴ Aboul Ella Hassanien et al (eds), *Big Data in Complex Systems: Challenges and Opportunities* (Springer 2015); Stephan Kudyba, *Big Data, Mining, and Analytics – Components of Strategic Decision Making* (CRC Press 2014).

⁴⁵ Ajay Agrawal, Joshua Gans and Avi Goldfarb, ‘Exploring the Impact of Artificial Intelligence: Prediction versus Judgment’ (Working Paper 2018), < <http://www.nber.org/papers/w24626.pdf> >; ayrıca bkz aynı yazarlar, ‘How AI Will Change the Way We Make Decisions’, (*Harvard Business Review*, 26 July 2017) < <https://hbr.org/2017/07/how-ai-will-change-the-way-we-make-decisions> >

Yapay zeka, şirket yapısında yer alan herhangi bir insanı destekleyebileceği veya yerine geçebileceğine göre, büyük olasılıkla şirketlerde en karmaşık kararların alınması gereken yerlerde kullanılacaktır. Hissedarlar ve diğer yatırımcılar da karar almakla birlikte- hissedarlar yeni pay alma veya paylarını elden çıkarmak hakkında kararlar alıp genel kurullarda oy verirken, diğer menfaat sahipleri şirket ile sözleşme yapma kararı alır.- şirketin ana karar merkezi (tabiri caizse beyni) kesinlikle yönetim kurulunda konumlanmıştır. Yönetim görev ve yetkisinin yönetim kuruluna bırakılmasının bir sonucu olarak, yöneticiler şirketin işleri üzerinde esas yetkiye sahip olan organdır ve en temel kararlar dışında tüm kararların sorumluluğunu alırlar; sadece günlük yönetim işleri değil aynı zamanda stratejik iş kararları da sorumluluklarının bir parçasını oluşturur⁴⁶. İşte tam da bu stratejik iş kararları şirketler için alınması gereken aynı zamanda en karmaşık olan kararlardır. Örneğin, çoğunlukla birçok farklı seçenek içermektedirler. Buna karşılık, hissedarların ve diğer menfaat sahiplerinin kararları genellikle daha az karmaşıktır, en azından çoğunlukla sadece iki alternatif arasında seçim yapmak şeklinde iki yönlüdür (pay almak veya elden çıkarmak, evet veya hayır oyu vermek, şirketle sözleşme yapmak veya yapmamak gibi). Her halükârda, günlük yönetimle ilgili soruları da içerdiği için, yönetim kurulunun vereceği kararlar diğer menfaat sahipleri tarafından alınacak kararlardan nicel olarak da daha ağır basmaktadır. İnsan beynine en çok benzeyen şirket organı, bu nedenle yönetim kuruludur⁴⁷. Bunun sonucu olarak, yapay zekanın yönetim kurulu kararlarında büyük olasılıkla önemli bir rol oynayacağı görülmektedir; modern iş dünyasında, robo-hissedarlar veya robo-menfaat sahipleri yerine robo-yöneticilerin giderek daha fazla tartışılmasının sebebi de budur.

III. Şirket Yöneticilerinin Yapay Zeka ile Destekli

Yapay zeka alanındaki literatür, yapay zekayı, destekli, artırılmış ve otonom yapay zeka olmak üzere üç farklı türe ayırmaktadır⁴⁸. Bu türler arasındaki fark ise, karar alma haklarının insan ve makine arasındaki paylaşımından kaynaklanmaktadır. Desteklenen yapay zeka aşamasında, makineler belirli görevleri yerine getirmekte, ancak karar alma hakları sadece insanlarda kalmaktadır; ikinci aşama olan artırılmış yapay zekada, insanlar ve makineler karar alma haklarını paylaşmakta ve birbirlerinden öğrenmektedirler; üçüncü ve son aşama olan, otonom yapay

⁴⁶ Örneğin ABD hukuku ile ilgili olmak üzere bkz Stephen Bainbridge, *Corporation Law and Economics* (Foundation Press 2002), 194 vd.; Franklin Gevurtz, *Corporation Law* (2nd edn, West Publishing 2010) 190–95.

⁴⁷ Birleşik Krallık şirketler hukuku ile ilgili olarak krs Lord Denning's leading statement at HL Bolton (Engineering) Co Ltd v TJ Graham and Sons Ltd, (1956) All ER 624, at 630: "Bir şirket birçok yönden insan vücuduna benzetilebilir. Şirketler de ne yaptığını kontrol eden bir beyin ve sinir merkezine sahiptir. Ayrıca aletleri tutan ve merkezden gelen talimatlara göre hareket eden ellere sahiptir. Şirketteki bazı insanlar, işi yapmak için elden başka bir şey olmayan ve zihni veya iradeyi temsil ettiği söylenemeyen yalnızca hizmetçiler ve temsilcilerden ibarettir. Diğerleri ise, şirketin yönlendirici zihnini ve iradesini temsil eden ve ne yaptığını kontrol eden yöneticiler ve müdürlerdir".

⁴⁸ Anand Rao, 'AI everywhere / nowhere part 3 – AI is AAAI (Assisted-Augmented-Autonomous Intelligence)' (20 May 2016) <<http://usblogs.pwc.com/emerging-technology/ai-everywhere-nowhere-part-3-ai-is-aaaaiassisted-augmented-autonomous-intelligence/>>

zekada ise, ya insanlar makinelerin karar verme yeteneklerine giderek daha fazla güvendiği için ya da kararların çok hızlı alınması gerektiği veya insanların kolaylıkla karar veremeyeceği kadar çok fazla veri incelemesi gerektirdiği için makineler en nihayetinde tüm karar alma haklarını devralmaktadır. Esasında daha çok bir süreç gibi görünen bu üçlü ayırım, şirketlerde yapay zekanın kullanımına da uygulanabilir. Bu amaçla, destekli ve artırılmış yapay zeka kategorilerine bir başlık altında yoğunlaşıp, bunları otonom yapay zekadan ayırmamız mümkündür. Böylelikle bu bölümlenme, şirket yöneticilerinin makinelerle desteklenmesi veya makinelerle yer değiştirmesi arasında yapacağımız ayırma da kaynaklık edecektir. İlk durumda, yalnızca belirli (herhangi bir) karar hakları yapay zekaya devredilirken, ikinci durumda yapay zeka insan yöneticilerin yerini almaktadır. Şirket yöneticilerinin yapay zeka tarafından desteklenmesiyle başlayarak, yöneticilerin, karar verme yetkilerini yapay zekaya devretme yetkisine sahip olup olmadıkları (bkz aşağıdaki bölüm A) ve diğer bir yandan, bunu yapma yükümlülüğü altında da olup olmayacakları (bkz aşağıdaki bölüm B) şeklinde iki farklı soruya yanıt vermemiz gerekmektedir.

A. Yöneticilerin Yapay Zekayı Görevlendirme Yetkisi

Hukuki düzenlemelerin gözden geçirilmesiyle de görülebileceği üzere, şimdiye kadar ne içtihatlar ne de kanunlar, yönetim kurulunun karar verme yetkisini yapay zekaya devredip devredemeyeceği sorusuyla ilgilenmemiştir. Bu soru şirket hukuku yasalarının üstesinden gelmek zorunda olduğu bir soru olduğu halde, görevlerin çalışanlara ve üçüncü kişilere devredilmesiyle ilgilenilmiştir. Ancak buna ilişkin kıyaslamalar yapılabilecektir. Benzer şekilde, algoritmaların, hukuki niteliklerine (veya “kişiliğine”) bakılmaksızın, insan temsilcilere benzer tarzda etkin bir şekilde hareket edebilmesi sonrasında, temsil hukukuna ilişkin kuralların getirilerek algoritmik sözleşmelere uygulanması tartışılmıştır⁴⁹.

İşin doğrusu, yöneticiler görevlerini tamamen kendi başlarına yerine getiremeyecekleri için, görev devri katı bir şekilde yasaklanmamıştır⁵⁰. Ancak, ulusal şirketler kanunlarının birçoğu, ilgili şirketin esas sözleşmesine bir hüküm eklenmesini

⁴⁹ Scholz, dn 22, 134–38; ayrıca bkz Samir Chopra and Laurence White, ‘Artificial Agents and the Contracting Problem: A Solution Via an Agency Analysis’ (Fall 2009) University of Illinois Journal of Law Technology & Policy, 363, 365 vd.; Antony Bellia, ‘Contracting with Electronic Agents’ (2001) 50 Emory L J 1047, 1048.

⁵⁰ Stefan Grundmann, *European Company Law* (2nd edn, Intersentia 2012) 267 (“Tüm ülkelerde, görevler elbette gerçekte de bölünmüştür “); ayrıca krş Holger Fleischer, ‘Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht’ (2003) 1 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 7 vd (“zaten görevlerin belli bir dereceye kadar sınırlarının çizilmesi kaçınılmazdır”).

zorunlu kılmaktadır⁵¹. Bu tür hükümler yaygın olmakla birlikte, genellikle insan vekillere atıfta bulunurlar ki bu da yapay zekaya yetki devredilmesine izin verilip verilmediği konusunu yoruma açık hale getirmektedir. Örneğin, yürürlükteki Birleşik Krallık şirketler hukuku uyarınca, şablon esas sözleşme hükmü şu düzenlemeyi içermektedir:

5. (1) (Şablon) Esas sözleşmeye uygun olarak, yöneticiler (Şablon) esas sözleşmenin kendilerine tanıdığı yetkilerden herhangi birini;

- (a) belirli bir kişi veya komiteye;
- (b) belirli bir yöntemle (vekaletname dahil);
- (c) belli bir kapsamda;
- (d) belli bir konu veya bölge ile ilgili olarak; ve
- (e) belli bir zaman ve koşullar altında olmak üzere;

Uygun gördükleri şekilde devredebilirler⁵².

Bu hüküm yetkilendirme için açıkça geniş bir alan bırakıyor olsa da yapay zekaya devredilecek görevler için de bu hükmün kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Gerçekçi bir yorum yapmak gerekirse, makineler ne insandır ne de komitedir, olsa olsa en fazla destekli yapay zeka şirkette istihdam edilen konumunda olabilir. Bu durumda, karar alma hakları yalnızca insan yöneticilerde kalmaya devam edecektir. Ancak bu hükmün mantığı, yönetimin verimli bir şekilde organize edilmesini sağlamak olduğuna göre, bu mantık daha geniş bir yorumu haklı çıkarmakta ve makinelere yetki devri yapılmasına izin vermektedir. Aynı amaçsal muhakeme, muhtemelen gerek kanundaki gerekse maddelerdeki düzenlemelere ilişkin olarak diğer yargı alanlarında da uygulanabilir ki yapay zekaya yetki devredilmesi en azından daha en başından büsbütün yasaklanmamıştır.

Yetki devrine belli bir kapsama kadar izin verilirken, şirketler hukuku, yöneticilerin şirketin işlerini kendilerinin yönetmesini zorunlu kılarak, bu yetkiyi devretme yetkisini kısıtlamaktadır. Örneğin, Yeni Zelanda'da Süt Ürünleri Konteynerleri-

⁵¹ Örneğin, İtalya'da, Art 2381 para 2 CC ("şirket sözleşmesinde hüküm bulunması veya genel kurulun izni halinde, yönetim kurulu yetkilerini üyelerinden bir kısmından oluşan bir icra komitesine veya içlerinin bir veya birkaç üyesine devredebilir"/ hükmün orijinal dilde karşılığı: "Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti"); İsviçre'de, Art 716b para 1 OR (Şirket esas sözleşmesi, organizasyon kurallarına uygun olarak yönetim kuruluna şirketin yönetimini kısmen veya tamamen bireysel üyelere veya üçüncü kişilere devretme yetkisi verebilir"/ hükmün orijinal dilde karşılığı: "Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen"); daha geniş kapsamlı karşılaştırmalı bir genel bakış için kş Florian Möslein, *Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband* (De Gruyter 2007) 35.

⁵² Ayrıca kş Tablo A'daki önceki hüküm Madde 72: David Kenshaw, *Company Law in Context* (Oxford University Press 2012) 192–94.

NZI Bankası (Dairy Containers v NZI Bank) davasında Thomas J şunun üzerinde durmuştur:

Şirketin işlerini yönetmek yöneticilerin temel görevidir. Yönetim gücü ve sorumluluğu onlara aittir. Şirketi etkin bir şekilde yönetmek, tabii ki, özellikle şirketin günlük işlerine ilişkin olanlar gibi yetkilerinin çoğunun şirket görevlilerine devrini gerektirir... Yöneticiler yetki ve görevlerini, bu imkanı geniş anlamda kullanarak devredebilir, ancak yönetim fonksiyonunun bizzat kendisini devredemezler⁵³.

Buna göre, ABD şirketler hukuku, yöneticilerin “şirket yönetiminin merkezinde yer alan görevleri devretmesine” izin vermemektedir⁵⁴. Başka bir deyişle, temel yönetsel karar verme yetkisi her zaman yönetim kurulunda kalmalıdır⁵⁵. Çoğu şirketler kanunu, yönetim yetkisinin özünün neleri içerdiğini daha kesin bir şekilde tanımlamasa da⁵⁶ aynı muğlak sınır yapay zekaya yönetim yetkisinin devrinde de uygulanabilir. Bu durumda yönetim yetkisi makinelere devredilse bile, insan yöneticiler daima esas yönetim işlevini bizzat yerine getirmeyi sürdürmek zorundadır.

Dahası, yöneticiler, devredilen görevlerin yerine getirilmesini denetleme görevine de hala sahiptir:

Yöneticiler (şirketin esas sözleşmesine tâbi olarak) yönetim zincirinde altlarında bulunanlara belirli görevleri devretme ve bunu yaparken onların yetkinliklerine ve dürüstlüklerine makul ölçüde güvenme hakkına sahipken, yetkinin devredilmiş olması, bir yöneticiyi, devredilen görevlerin yerine getirilmesini denetleme görevinden kurtarmamaktadır⁵⁷.

Daha belirgin olarak, tüm gereklilikleri kesin olarak tanımlanmamış ve hukuk düzeninden hukuk düzenine farklılık göstermesine rağmen, yöneticiler, görevlerini devrettikleri kişilere talimat vermeli, denetlemeli ve onları kontrol etmelidirler⁵⁸. Bu görevlerin hem muğlak hem de tutarsız oluşu, yapay zekanın gözetimine dair kıyaslamalar yapılmasını zorlaştırmaktadır. Ancak görünen odur ki, yöneticilerin hangi robotu çalıştıracaklarını ve onlara hangi görevleri atayacaklarını dikkatlice

⁵³ Dairy Containers Ltd v NZI Bank Ltd [1995] 2 NZLR 30, 79 vd.

⁵⁴ Re Bally's Grand Derivative Litigation, 23 Del J Corp L, 677 ve 686.

⁵⁵ Ayrıca krş Jonathan Parker J, Re Barings plc (No. 5) [1999] 1 BCLC, 489: “şirket yöneticilerinin, şirketin işleyişi hakkında yeterli bilgi ve anlayışı kazanmak ve sürdürmek, yönetici olarak görevlerini gereği gibi yerine getirebilmelerini sağlamak için hem toplu hem de bireysel olarak, sürekli bir görevi vardır”. İki dava hakkında da ayrıntılı bilgi için bkz Petri Mäntysaari, *Comparative Corporate Governance* (Springer 2005) 225 vd.

⁵⁶ Örneğin İsviçre şirketler hukuku biraz daha belirgindir: OR Art 716b para 1 hükmü şirketin üst yönetimi (“Oberleitung”)nin devrini yasaklarken, yasama maddeleri bu terimi daha ayrıntılı olarak tanımlamaktadır: “Oberleitung bedeutet ein Dreifaches, nämlich Entwicklung der strategischen Ziele der Gesellschaft, Festlegung der Mittel, um diese Ziele zu erreichen, und Kontrolle . . . im Hinblick auf die Verfolgung der festgelegten Ziele”(Stratejik hedeflerin geliştirilmesi, bu hedeflere ulaşma araçlarının belirlenmesi ve bu hedeflerin gerçekleştirilmesine ilişkin şirketin kontrolü), bkz Peter Forstmoser, Arthur Meyer-Hayoz and Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996) §30, para 31; ayrıca krş Urs Bertschinger, *Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (Schulthess 1999); Adrian Kammerer, *Die unübertragbaren und unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates* (Schulthess 1997); Peter Böckli, *Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates* (Schulthess 1994).

⁵⁷ Bkz yine Jonathan Parker J, *Re Barings plc* (No 5) [1999] 1 BCLC, 489.

⁵⁸ Alman, İngiliz ve Amerikan yasalarına göre konuya ilişkin daha kapsamlı bilgi için bkz Holger Fleischer, ‘Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation’ (2003) *Die Aktiengesellschaft* (AG) 291, 292–98.

düşünceleri gerekmektedir; dahası, gözetim görevi, insanların yapay zeka tarafından alınan kararları çifte kontrolden geçirmesini gerektiriyor gibi görünmektedir. Yöneticiler en azından genel olarak robot, algoritma ve yapay zeka cihazların seçimlerini ve faaliyetleri takip etmelidir. Bu görev, yöneticilerin, bu cihazların nasıl çalıştığına dair temel bir anlayışa sahip olmalarını da gerektirmektedir. Cihazların kodlamalarını her ayrıntısına kadar bilmeleri beklenemese de en azından bu makineleri çalıştıran teknik yönergeleri anlayabilmelidirler.

Benzer objektif standartlar, yöneticiler bilgi toplama işini üçüncü kişilere devrettiklerinde de uygulanır: “Bir yönetici, bilgisizliğini, yükümlülüğünü yerine getirememenin bir mazereti olarak ileri süremez.”⁵⁹ Diğer durumlarda, yasa, algoritmaların gözetimi için daha spesifik yükümlülükleri açıkça formüle etmiştir ki algoritmik ticaretle ilgili olarak, örneğin Alman yasaları, algoritmik ticaret yapan menkul kıymet şirketlerinin şu şartları sağlayarak sistem ve risk kontrollerini çalıştırmasını zorunlu tutmaktadır: (1) ticaret sistemleri dirençlidir, yeterli kapasiteye sahiptir ve uygun ticaret eşiklerine ve ticaret tavanlarına tâbidir; (2) sistem arızalarının yanı sıra, hatalı talimatların iletilmesi gibi piyasalarda rahatsızlık yaratabilecek durumlardan kaçınılır; (3) ticaret sistemleri, piyasa suiistimalinin önlenmesine veya faaliyet gösterdikleri ticaret alanına aykırı bir amaç için kullanılamaz⁶⁰. Esasında, benzer standartlar, yönetim görevlerini yerine getirmek ve karar haklarını devretmek için algoritmalar kullandıklarında da yöneticilere uygulanabilir. Yani yöneticiler, bu sistemlerin istikrarlı olduğunu, ciddi yönetim hatalarına neden olmadıklarını ve kararlarının kanun ve düzenlemelere uygun olduğunu garanti etmek zorundadır⁶¹.

B. Yöneticilerin Yapay Zekayı Görevlendirme Yükümlülüğü Var mıdır?

Şirketler hukuku, belirli kısıtlamalarla da olsa, yöneticilerin karar haklarını algoritmalara devretmesine izin verdiği, tersi bir soru da gündeme gelebilir: en azından belirli koşullar altında, yöneticilerden de bunu yapması gerekir mi? İzin, zorunluluk anlamına gelmediğinden, bu soru ilk bakışta biraz tuhaf karşılanabilir. Ancak şirketler hukuku, yöneticilerin bilgili bir şekilde hareket etmesini şart koşmaktadır. Yapay zeka, büyük veri kümelerini küçük, yönetilebilir parçalara çevirerek tahminler yapma yeteneği sayesinde üstün bilgi işleme yeteneklerine sahipse (bkz yukarıda II. Bölüm, dn 41), o halde, bilgiye dayalı olarak hareket etme yükümlülüğü, yapay olarak zeki cihazlar tarafından yapılan bu tür tahminleri elde etme görevine de dönüşebilir.

⁵⁹ William Knepper and Dan Bailey, *Liability of Corporate Officers and Directors* (7th edn, Lexis 2002), § 2.09; karşılaştırmalı genel bir bakış için bkz Möslein, dn 46, 135–38.

⁶⁰ Krş § 33 para 1a WpHG. İn general on algorithmic trading and its legal regulation: Andreas Martin Fleckner, ‘Regulating Trading Practices’, in Niamh Moloney, Eilis Ferran and Jennifer Payne (eds), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (Oxford University Press 2015) 596, 619–23.

⁶¹ Benzer şekilde, aynı standartların, algoritmik kararlara dayalı olan robo-danışmanlara da uygulanabileceği yönünde krş Florian Möslein and Arne Lordt, ‘Rechtsfragen des Robo Advice’ (2017) *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 793, 803.

Henüz, yöneticilerin işe yarar her bir bilgi parçasını toplama veya kararlarını dayandırdıkları bilgi kaynaklarını en üst düzeye çıkarma yükümlülüğü yoktur. Sonuçta, bilgi toplama aynı zamanda maliyetler de içermektedir ve bu maliyetler arasında bir denge kurmak ve ilgili bilgileri kullanmak başlı başına bir girişimcilik kararıdır⁶². Bu karar, en azından prensip olarak, mahkemeler tarafından ince elenip sık dokunarak incelenmesi yerine yöneticilere bırakılmalıdır: “Bir karar verilmeden önce ihtiyatla sahip olunması gereken bilgi miktarının kendisi bile, mahkemelerin yapısal olarak yeterli donanımına sahip olmadığı, tipik bir işletmesel karar^{63*} gerektirmektedir⁶⁴. Bununla birlikte, çoğu şirketler hukuku düzeni, bilgi toplama konusunda belirli asgari gereklilikler şart koşturmaktadır. Örneğin, ABD’nin ünlü Smith-Van Gorkom davasında, yöneticilerin yükümlülüklerini ihlal ettikleri bulgusu, kararın içeriğine değil, yalnızca ilgili yönetim kurulu kararının hazırlık çalışmalarının yetersizliğine dayandırılmış; bu kararın “bilinçli bir işletmesel karar ürünü olmadığı” kabul edilmiştir⁶⁵. Benzer zorunluluklar, diğerlerinin yanı sıra, İngiliz içtihat hukukunda⁶⁶, Fransız hukuk doktrininde⁶⁷ ve İtalyan şirketler hukukunun kodifikasyonunda da formüle edilmiştir⁶⁸. Bununla birlikte özen yükümlülüğünün standartları farklılık göstermektedir. İtalya, Avusturya ve İsviçre’de nispeten katı görünmekle birlikte,

⁶² Karşılaştırmalı bir inceleme dayalı olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz yukarıda dipnot 46’daki eser, 131–34.

⁶³ * çev notu: “*business judgement*” kavramı ilk olarak TTK m 369 gerekçesinde “*iş adamı kararı*” şeklinde çevrilmiş ve Türk doktrininde de bu çeviri geniş çapta kabul görmüştür. Ancak hem ilkenin felsefesinde işletmeyle ilgili alınan kararların yerindeliğiyle ilgili mahkeme yargısından ziyade işletme yargısının üstün tutulması gerekliliğine dayanılması ve hem de iş “*adami*” kavramının cinsiyetçi olmakla birlikte iş “*insani*” kavramının da bunun yerine tam anlamıyla ikame edilememesi sebebiyle, çeviride “*business judgement rule*” kavramının Türkçe karşılığı olarak “*işletmesel karar ilkesi*” kavramı kullanılması -şahısınca- uygun görülmüştür. Nitekim iş hukuku alanında da kabul gören bu kavram, işletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamayacağı; kısacası işletmesel kararların yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. Elbette ki okuyucu ilgili yerleri Türk doktrininde kabul görmüş ya da kendince daha uygun gördüğü başka bir kavramla özdeşleştirmekte serbesttir.

⁶⁴ *Re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation*, [1989] WL 7036, para 19 (Şansölye Allen).

⁶⁵ Smith-van Gorkom, 488 A 2d 858; (kısmen eleştirel olan) zengin karar incelemelerinden örneğin karşı Leo Herzel and Leo Katz, ‘Smith v Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment’ (1986) 41(4) *The Business Lawyer*, 1187-1193; Daniel Fischel, ‘The Business Judgement Rule and the Trans Union Case’ (1985) 40(4) *The Business Lawyer*, 1437-1455; Bayless Manning, ‘Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom after Van Gorkom’ (1985) 41(1) *The Business Lawyer*, 1-14; Krishan Chittur, ‘The Corporate Director’s Standard of Care: Past, Present, Future’ (1985) 10(2) *Delaware Journal of Corporate Law*, 505; yakın zamanda bkz Jonathan Macey, ‘Smith v. Van Gorkom: Insights About C.E.O.s, Corporate Law Rules, and the Jurisdictional Competition for Corporate Charter’ (2002) 96(2) *Northwestern University Law Review*, 607-630; Lynn Stout, ‘In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule’ (2002) 96 *Northwestern University Law Review* 673.

⁶⁶ Örneğin karşı *Dorchester Finance Co. - Stebbing*, [1989] BCLC 498; benzer şekilde bkz *Land Credit Co of Ireland - Lord Fermoy*, [1870] LR 5 Ch App 763; *Selangor United Rubber Estates Ltd - Cradock* (no 3), [1968] 2 All ER 1073, 1095 ve 1121–23; İsviçre hukukunda da benzer şekilde BGE 108 V 199, art 203 (diğer görevlerinin yanı sıra, yönetim kurulu kendisine sunulan raporları eleştirel olarak okur, gerekirse ek bilgi talep eder ve hata veya düzensizlik durumunda müdahale eder.)/orijinal dilde karşılığı: “Das setzt u.a. voraus, daß der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls ergänzende Auskünfte verlangt und bei Irrtümern oder Unregelmäßigkeiten einschreitet”; ayrıca karşı Forstmoser, Meier-Hayoz and Nobel, dn 52, § 28 ve 68; Andrea Grass, *Business Judgment Rule* (Schulthess 1998) 87–90.

⁶⁷ D Schmidt, *La responsabilité des membres du conseil d’administration Droit et Patrimoine* 45 (46) (1995): Yönetim kurulunun, gerekli bilgileri alıp analiz ettikten ve uzman görüşleri aldıktan sonra, dikkatli bir değerlendirme yaparak kararlarını vermesi beklenir./orijinal dilde karşılığı: “On attend du conseil d’administration qu’il prenne ses décisions après mûre réflexion, après avoir obtenu et analysé les informations nécessaires et après avoir recueilli les avis d’experts”; daha az net olmakla birlikte bkz Serge Hadji-Artinian, *La faute de gestion* (Litec 2001) 220; Estelle Scholastique, *Devoir de Diligence des administrateurs de sociétés – Droits français et anglais* (LGDJ 1998) 212 vd.

⁶⁸ Bkz Art 2381 Abs 6 CC (“yöneticiler bilinçli bir şekilde hareket etmelidir.” /orijinal dilde karşılığı: “gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato”); detaylı bilgi için bkz Carlo Granelli, ‘*La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*’ (2003) *Le Società* 1565, 1568.

İngiliz içtihat hukukunda (ve ayrıca ABD şirketler hukukunda) daha cömert ele alındığı görülmektedir⁶⁹: “Yöneticilerin özensizliği, mümkün olan her türlü özeni göstermenin atlanması olmamalı; bundan çok daha fazla kusurlu olmalı; ağır ihmalden ticari bakımdan kusurlu olunmalıdır.”⁷⁰ Benzer şekilde, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) da yöneticilerin, girişimsel bir karar alırken, şirket yararına yeterli bilgiye dayalı olarak hareket ettiklerini düşünmek konusunda haklı nedenleri varsa, özen yükümlülüklerini ihlal etmiş sayılmayacağını kabul etmektedir⁷¹. Bu nedenle, mahkemeler, sadece -yöneticilerin makul olmayan bir şekilde hareket ettikleri- istisnai durumlara özgü olarak, yöneticilerin kararlarını bilgilerin toplanması ve işlenmesinde harcanılan çaba miktarı anlamında değerlendirebilir.

İşletme kararlarıyla ilgili yapay zeka kullanımı yaygınlaşmadığı sürece, bu tür cihazlardan yararlanmayan yöneticilerin makul olmayan şekilde davrandığı sonucuna varmak zor görünmektedir. En azından, yapay zekayı çalıştırmak için gereken bilgisayar sistemleri hala pahalıdır, yapay zekayı belirli şirketlerin ihtiyaçlarına uyarlamak, kapsamlı ve külfetli bir hazırlık çalışması gerektirmektedir ve yapay zekanın tahminleri her durumda insan tahminlerinden daha üstün olmayabilmektedir. Mevcut durumda, bir yöneticinin (belirli) bilgilerin işlenmesini yapay zeka cihazlarına devretme yükümlülüğü altında tutulması bu nedenle zor görünmektedir⁷². Teknolojik ilerlemeler çok hızlı gerçekleşse de bu yükümlülüğün yakın gelecekte gelişmesi pek olası görünmemektedir. Yapay zeka şirket yönetim kurulu odalarında ne kadar çok yaygınlaşırsa, kullanımı da o kadar geniş çapta kabul edilen bir yönetici davranış standardına dönüşecektir. Bu noktaya gelindiğinde ise, bu standarttan sapılması giderek makul olmayan bir davranış olarak görünecek; bu nedenle en nihayetinde bu durum yöneticilerin özen yükümlülüklerini ihlal etmiş sayılmasını muhtemel hale getirecektir. Eşzamanlı bir gelişmeyi, bugün zaten bilgilerin depolanması ve işlenmesi ile ilgili olarak gözlemek mümkündür. Bilgi yönetişimi, çeşitli alanlardaki

⁶⁹ Karşılaştırmalı bir bakış için tekrar bkz dn 46’daki eser, 133 vd.

⁷⁰ *Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate*, [1899] 2 Ch 392, 435; Amerikan şirketler hukuku ile ilgili olarak kş Gevurtz, dn 42, 284–86.

⁷¹ Bkz § 93 para 1 AktG (“yönetim kurulu üyesi, yeterli bilgiye dayalı olarak şirketin iyiliği için hareket ettiğini makul şekilde varsayarak karar almışsa, yükümlülük ihlali doğmaz /orijinal dilde karşılığı: “Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln”); ayrıntılı bilgi için bkz Robert Freitag and Stefan Korch, “Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs 1 S 2 AktG)” (2012) *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2281; Kai Peters, ‘Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns’ (2010) *Die Aktiengesellschaft (AG)* 811, 812; Sven H Schneider, *Informationspflichten und Informationssystemeinrichtungspflichten im Aktienkonzern* (Duncker and Humblot 2006), 89 vd. ile 91; ayrıca aynı yazar, “‘Unternehmerische Entscheidungen’ als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule” (2005) *Der Betrieb (DB)* 707, 708; Markus Roth, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands* (Beck 2001) 80 vd; Johannes Semler, ‘Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht’ in *Festschrift for Peter Ulmer (De Gruyter 2003)* 627, 632 vd.; Holger Fleischer, ‘Die ‘Business Judgment Rule’ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie’, in *Festschrift for Herbert Wiedemann (Beck 2002)* 827, 840 vd.

⁷² Bilgi yönetiminin şirketlerle ilgisi ve yöneticilerin yükümlülükleriyle bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Jörg Rodewalt, ‘Informationsmanagement im Unternehmen als Instrument zur Vermeidung von Organhaftung’ (2014) *GmbH-Rundschau (GmbHR)* 639, 643.

çok sayıda (örneğin, BT^{73*} hedeflerinin ve BT kaynaklarının stratejik tanımı, BT departmanının organizasyonu, BT konularında iletişim ve BT uyumluluğunun ve güvenliğinin izlenmesi gibi) özel görünümleri ile birlikte, yönetim kurulu tarafından üstlenilmesi gereken ek bir görev olarak giderek daha fazla nitelikli hâle gelmektedir⁷⁴. Çok benzer bir şekilde, yapay zeka yönetişiminin de yönetim kurulu için ek bir görev olarak gelişmesi muhtemeldir.

IV. Şirket Yöneticilerin Yapay Zeka ile Yer Değiştirmesi

Daha uzak geleceğe bakıldığında, insan yöneticilerin robotlar tarafından sadece desteklenmekle kalmayıp aynı zamanda onlarla yer değiştirebileceğini bile hayal etmek mümkündür. Böyle bir gelişme, insanlar makinelerin karar verme yeteneklerine giderek daha fazla güvendikleri için ya da kararların çok çabuk alınması gerektiği veya insanların karar veremeyeceği kadar çok veriye ihtiyaç duyduğu için (bkz yukarıda, bölüm III, dn 44), makinelerin tüm karar haklarını devraldığı otonom yapay zeka aşamasıyla uyum sağlamaktadır. Daha genel bir aşamada, tarihçiler ve filozoflar, yapay zekanın insan zekasını aşması hâlinde, tamamen insan ırkını yok edebileceğini öne sürmektedir⁷⁵. Bununla birlikte, gerçekten de dünyanın “robot efendiler”⁷⁶ tarafından yönetilip yönetilmeyeceği meselesi, en az şirketlerin robo-yöneticiler tarafından yönetilip yönetilmeyeceği meselesi kadar tartışılabilir niteliktedir. Örneğin ekonomistler, yapay zeka tahminlerde bulunmada insandan çok daha üstün olabilse de insanların karar vermeye gereksinim duyduğunu savunmaktadırlar. Farklı durumlarda alınabilecek farklı kararların faydalarının ve maliyetlerinin hesaplaması gerekmektedir ki nitekim bu da “organizasyonda en çok neyin önemsendiğini, neye hizmet edildiğini ve neyin yanlış gidebileceğini anlamayı” zorunlu kılmaktadır⁷⁷. Yapay zeka deneyimlerden öğrenebilme yeteneğine sahip olmakla birlikte en azından öngörülebilir bir gelecek açısından, henüz bu tür bir karar verme yetisine varabilecek yeterlilikte değildir⁷⁸. Dahası, yaratıcılık ve yenileşme, özellikle insana özgü nitelikler olarak yaygın bir şekilde kabul görmektedir ve yapay zeka uzmanları bile, yaratıcı veya yenilikçi makinelerin var olup olmayacağı veya yapay zekanın bu potansiyele sahip olup olmadığı konusunda fikir birliğine varamamıştır⁷⁹. Ancak, yönetim kurulu düzeyindeki kararlar genellikle stratejik nitelikte olduğundan, tam

⁷³ * çev notu: çalışmanın orijinalinde “IT” olarak geçen bu kısaltmanın açılımı “information technology” kavramına karşılık gelmektedir. Çeviride “Bilgi Teknolojileri”nin kısaltması olarak “BT” kullanılmıştır.)

⁷⁴ Roland Müller, ‘Digitalization Decisions at Board Level’, Michael Hilb (ed), *Governance of Digitization* (Haupt 2017) 43.

⁷⁵ Krş Yuval Harari, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow* (Random House 2016); Nick Bostrom, *Superintelligence – Paths, Dangers, Strategies* (Oxford University Press 2014).

⁷⁶ Jennifer Senior, ‘Review: ‘Homo Deus’ Foresees a Godlike Future. (Ignore the Techno-Overlords)’ (*New York Times*, 15 February 2017) < <https://www.nytimes.com/2017/02/15/books/review-homo-deus-yuval-noah-harari.html> >

⁷⁷ Agrawal, Gans and Goldfarb, dn 41.

⁷⁸ ibid 15 vd.

⁷⁹ Daha kapsamlı bilgi için bkz örneğin, IBM (International Business Machines) report “The quest for AI creativity”, < <https://www.ibm.com/watson/advantage-reports/future-of-artificial-intelligence/ai-creativity.html> >

olarak da bu yetenekler, en azından tahminlerle uyumlu olmak kaydıyla çok önemli rol oynamaktadır. Öte yandan, en azından bu şirketlerdeki tek üyeli yönetim kurulu pozisyonları ile ilgili olarak, tahmin etme sürecinin egemen olduğu, ekonominin belirli dallarında (örneğin finans sektörü gibi), özel şirketlerin olabileceğini hayal etmek mümkündür. Sonuç olarak, bazı şirketlerin (Deep Knowledge Ventures gibi) en azından insan yöneticilerine eşlik etmek üzere, yönetim kurullarına robo-yöneticiler (Vital gibi) atamakla ilgilenebileceği anlaşılır görünmektedir. Ancak buna yasal olarak müsaade edilip edilmeyeceği, karara bağlanmamış bir meseledir.

Vital'in insan yönetici arkadaşları tarafından yalnızca “gözlemci statüsüne sahip bir yönetim kurulu üyesi olarak” muamele gördüğü, ancak bu yasal statüyü hiçbir zaman tam olarak elde etmediği unutulmamalıdır⁸⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi, insan yöneticilerin karar haklarını makinelere devretmesi mümkün olsa bile her zaman nihai yönetim işlevini kendileri için muhafaza etmeleri gerekecektir (bkz Yukarıdaki III. Bölüm, A alt başlığı). Bununla birlikte, makinelerin kendilerinin yönetici olup olamayacağı ise, birbirinden farklı bir dizi yasal kuralı ilgilendiren farklı bir konudur. Burada konu ile alakalı olan, yönetici atamaları için geçerli olan yasal rejimdir. Bazı sektörlerde özgü kanunlar daha fazla ön koşul eklemekle birlikte, şirketler hukuku yasaları genellikle belirli gereksinimlerin müstakbel yöneticiler tarafından karşılanmasını şart koşar. Kredi kuruluşları ve yatırım şirketleri ile ilgili olarak, örneğin, Avrupa Sermaye Gereksinimleri Direktifi (The European Capital Requirements Directive), “yönetim kurulu üyelerinin her zaman yeterince iyi bir itibara sahip olmasını ve görevlerini yerine getirmek için yeterli bilgi, beceri ve deneyime sahip olmasını” şart koşturmaktadır⁸¹. Bu hüküm açıkça insan yöneticilere göre tasarlandığı için, robo-danışmanların bu koşulları potansiyel olarak yerine getirip getiremeyeceği şüpheli görünmektedir. Makineler gerçekten yeterli bilgi, beceri ve deneyim sahibi olabilseler de “iyi itibar” edinilmesi bir makine için özellikle zor görünmektedir.

Daha genel bir ifadeyle, şirketler hukuku yasaları genellikle yalnızca “kişilerin” yönetici olabileceğini öngörmektedir. Bu kişilerin sadece gerçek kişiler olacağı ya da tüzel kişilerin de yönetici olup olamayacağı hukuk sisteminden hukuk sistemine (ve bazen aynı hukuk sistemi içindeyken bile) farklılık göstermektedir. Örneğin Birleşik Krallık yasalarına göre, bir şirketin en az bir yöneticisinin gerçek kişi olması zorunludur⁸². İlgili Kanun halen şirket yöneticilerinin bir şirkette fazladan yönetici olarak görev yapmalarına izin vermektedir, ancak bu kuralın sürdürülmesi olası

⁸⁰ Bkz yukarıda dn 6'daki referans.

⁸¹ Art 91 Directive 2013/36/EU on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms (Capital Requirements Directive), 26 June 2013, OJ EU 2013 L 176/338.

⁸² İngiliz Şirketler Kanunu, 2006, c 46, §§ 154, 155.

değildir. İngiltere Parlamentosu şirket yöneticilerini doğrudan yasaklamak amacıyla yasaı değiştirmek üzere 2015⁸³ yılında bir yasa çıkarmıştı⁸⁴. Bu değişiklikler kısa süre önce yürürlüğe girmiştir, ancak daha önceki, gerçek kişi olan en az bir yöneticiye sahip olma şartı bile, insan dışı bir otonom sistemin bir şirketin münhasıran kontrolünü ele geçirmesini engellemektedir⁸⁵. Benzer kısıtlamalar başka yerlerde de geçerlidir. Alman şirketler hukukunda, Limited Ortaklıklar Kanunu (GmbHG) § 6 para 2, yalnızca gerçek kişilerin limited şirkette yönetici olarak hareket etmesine izin verir ki; aynı kısıtlama, Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) § 93 para 3'e göre anonim şirketler için de geçerlidir. Ancak bu tür hükümlere, tüzel kişilerin bir ticaret veya mesleği icra etme temel hakkını kısıtladıkları için anayasal temelde itiraz edilmektedir⁸⁶. Şu an için, Alman Anayasa Mahkemesinin tüzel kişilerin de şirket yöneticisi olmalarına izin verilmesini isteyip istemeyeceğini tahmin etmek zordur. Dahası, ABD şirketler hukuku da şirket yöneticilerinin insan olmasını kısmen gerektirmektedir⁸⁷. Öte yandan, şirket görevlilerinin insan olma şartını aramamakla birlikte genel olarak “kişilere” atıfta bulunan en azından bazı eyaletler bulunmaktadır⁸⁸. Bu eyaletlerde, bir tüzel kişilik, yetkilendirdiği görevlilerinden biri tarafından temsil edilirse, hiç olmazsa bir şirketin görevlisi olarak hizmet verebilmektedir. Tüzel kişilerin şirketlerin yönetim kurulunda yer almasına izin veren diğer hukuk düzenleri daha az kısıtlayıcıdır⁸⁹.

Bu gibi durumlarda veya tüzel kişilerin en azından şirket görevlisi olarak görev yapmasına izin verilen durumlarda, otonom yapay zeka sistemleri, tüzel kişilik olarak nitelendirildikleri takdirde böyle bir pozisyonu alabileceklerdir. Bununla birlikte, bu

⁸³ Küçük Ölçekli İşletmeler ve İstihdam Yasası, 2015, c 26, § 87 (UK).

⁸⁴ Şirketler Yasası, 2006, § 156A; Ancak, § 156B uyarınca istisnalar sağlanabilir.

⁸⁵ Detaylı bilgi için bkz Shawn Bayern, Thomas Burri, Thomas Grant, Daniel Häusermann, Florian Möslin and Richard Williams, ‘Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators’ (2017) 9 Hastings Science and Technology Law Journal 135, 149.

⁸⁶ Alman Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararda, benzer bir hükmün tüzel kişilerin temel haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Bkz Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court], Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2016, 930. Olası sonuçlar hakkında, özellikle Limited Şirketler Yasası § 6 para 2 GmbHG ile ilgili krş Markus Gehrlein, ‘Leitung einer juristischen Person durch juristische Personen?’ (2016) Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 566.

⁸⁷ Bkz örneğin, Delaware Genel Şirket Kanunu Bölüm 141 (b) (“Bir şirketin yönetim kurulu, her biri gerçek kişi olan, bir veya daha fazla üyeden oluşmaktadır”) ve Kaliforniya Şirketler Kanunu Bölüm 164 (“Yöneticiler”, maddelerde bu şekilde tayin edilen veya kurucular tarafından seçilen gerçek kişiler ile başka bir ad veya sıfatla müdür olarak görev yapmak üzere belirlenen, seçilen veya atanan gerçek kişiler ve bunların halefleri anlamına gelmektedir”).

⁸⁸ Krş örneğin, Delaware Genel Şirket Kanunu Bölüm 142 (a) ve Kaliforniya Şirketler Kanunu Bölüm 312 (a); ancak Model Şirketler Kanunu farklıdır, Bölüm 8.40 (b) ‘de “Yönetim kurulu, şirketin bir veya daha fazla ofisini dolduracak bireyleri seçebileceği” ve Bölüm 1.40 (13) ‘te “Birey” in gerçek kişi anlamına geldiği” belirtilmiştir.

⁸⁹ Liechtenstein buna bir örnektir, krş Art 180 para 1 Personen- und Gesellschaftsrecht (Kişiler ve Şirketler Hukuku) (PGR); Daha kapsamlı bilgi için bkz Uluslararası Para Fonu, “Liechtenstein: Detailed Assessment Report on AntiMoney Laundering and Combating the Financing of Terrorism”, IMF Country Report No 08/87, 2008, 24, < <http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/LiechtensteinDetailed-Assessment-Report-on-Anti-Money-Laundering-and-Combating-the-21775> >

nitelendirme, -Avrupa düzeyinde “e-kişilerin” tanınmasına ilişkin son tartışmalar⁹⁰ ve aynı zamanda hukuk düşünürleri arasında yapay zekanın kişiliği üzerine uzun süredir devam eden tartışmalar düşünüldüğünde-yoğun bir tartışmanın konusudur⁹¹. Yine de son zamanlarda yapılan karşılaştırmalı çalışmalar, en azından bazı hukuk düzenlerinin, yapay zeka ve otonom sistemler için işlevsel ve uyarlanabilir yasal “çatı” sağlayabilecek şirket yapılarının oluşturulması için olanaklar sunduğunu göstermektedir⁹². Uygun bir yasal çerçeve seçilirse, robotlar gerçekten de “gerçek” yasal yöneticiler olarak atanabilirler. Bununla birlikte, birçok ulusal şirket kanunu bu olasılığı sınırlamaktadır ve şimdiye kadar hiçbir robotun yasal anlamda bir yönetici olarak etkili bir şekilde hareket ettiği bildirilmemiştir. Ancak hem teknolojik ilerleme hem de yargı alanları arasındaki düzenleyici konulardaki rekabet nedeniyle, bunun çok da uzak olmayan bir gelecekte değişebileceğini düşünmek imkansız görünmemektedir.

V. Şirketler Hukuku Stratejilerinin Robo-Yöneticiler İçin Uygunluğu

Eğer herhangi bir ulusal şirketler kanunu robotların yönetici olarak atanmasına izin verirse, bu durum tamamen yeni bir dizi soruyu ortaya çıkaracaktır. Şirketler hukuku, insan temsil ilişkileri için geliştirdiği yasal stratejilerin, temsilci olarak hareket eden robotlar için de hala uygun olup olmadığı temel sorusuyla karşı karşıya kalacaktır. Aslında, temsil ilişkilerinde makineler karar aldığı -örneğin, robo-danışmanlar yatırım kararları aldığı⁹³- aynı soru geçerli hale gelmektedir ve benzer sorunlar, yönetim kararları tamamen yöneticilere devredildiğinde de ortaya çıkmaktadır. Ancak robotlar yasal olarak yönetici olarak kabul edildiğinde, şirketler hukuku anatomisinin kendisi işlevsiz hale gelme tehlikesi gösterecek ve böylelikle yasal stratejileri de en kıskırtıcı biçimde sorgulanacaktır.

Daha doğrusu, bu tür bir işlevsizlik iki olası farklı biçimde karşımıza çıkabilir. Muhtemelen bazı yasal stratejiler gereksiz hale gelirken, bazıları da hedefi

⁹⁰ Avrupa Parlamentosu (Hukuk İşleri Komitesi, Raportör: Mady Delvaux), Robotik Üzerine Medeni Hukuk Kuralları Komisyonu'na tavsiyeyle rapor, 2015/2103 (INL), 27 Ocak 2017, para 59; “Komisyona, gelecekteki yasama aracının etki değerlendirmesini yürütürken, aşağıdakiler gibi tüm olası yasal çözümlerin etkilerini araştırması, analiz etmesi ve dikkate alması çağrısında bulunulur: ... f) uzun vadede robotlar için belirli bir yasal statü oluşturulması, böylelikle en azından en karmaşık otonom robotların, neden olabilecekleri herhangi bir zararı iyileştirmekten sorumlu elektronik kişiler statüsüne sahip olarak kurulabilmesi ve robotların özerk kararlar verdiği veya üçüncü şahıslarla bağımsız olarak etkileşime girdiği durumlarda muhtemelen elektronik kişiliğin uygulanmasının sağlanması.”

⁹¹ Bu anlamda bkz Lawrence Solum, ‘*Legal Personhood for Artificial Intelligence*’ (1992) 70 North Carolina Law Review 1231; Almanya’daki güncel tartışmalar için bkz Gunther Teubner, ‘Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik’ (2006) 27 Zeitschrift für Rechtssoziologie 5; Malte-Christian Gruber, ‘Was spricht gegen Maschinenrechte?’, Jochen Bung and Sascha Ziemann (eds), *Autonome Automaten* (Beck 2015) 191; Lothar Philipps, ‘Gibt es ein Recht auch für ein Volk von künstlichen Wesen, wenn sie nur Verstand haben?’, in *Festschrift for Arthur Kaufmann* (C F Müller 1989) 119, 119–26.

⁹² Shawn Bayern, Thomas Burri, Thomas Grant, Daniel Häusermann, Florian Möslein and Richard Williams, ‘Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators’ (2017) 9 Hastings Science and Technology Law Journal 135; ayrıca bkz (Amerikan Şirketler Hukuku ile ilgili olarak): Shawn Bayern, ‘The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems’ (2015) 19 Stan Tech L Rev 93; aynı yazarın, ‘Of Bitcoins, Independently Wealthy Software, and the Zero-Member’ (2014) LLC 108 Nw U L Rev 1485, 1495–1500

⁹³ Krş Florian Möslein and Arne Lordt, ‘*Rechtsfragen des Robo Advice*’ (2017) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 793, 801 vd.

kaçıracaktır. Bir yandan, robo-yöneticiler insan yöneticilerden farklı teşvikler izlerse, teşvik stratejisi de ölüme mahkumdur. Teknolojik gelişiminin şu anki aşamasında yapay zeka için potansiyel teşvikler hakkında spekülasyonlar yapmak zor olsa da kendine özgü farklılıklar ihtimal dışı görünmemektedir. Örneğin, makineler iflas edemeyeceklerine göre, insanlar kadar şahsi sorumluluktan kaçınmaya çalışıp çalışmayacakları da şüphelidir. Bu nedenle sorumluluk rejimleri (ve özellikle yöneticilerin sorumluluğu), makineler mali kayba uğramadıkları sürece, büyük ölçüde etkisiz hale gelebilecektir⁹⁴. Öte yandan, temsilcilere, temsil olunanların çıkarlarını başarılı bir şekilde sürdürmeleri karşılığında ödeme yapılan, performansa bağlı ödeme rejimi, yapay zekaya sahip makineler ne para kazanmak için ne de para kazanma amacına yönelik olarak çalıştıkları için, muhtemelen amacına hizmet edemeyecektir. Ancak bir yandan da bu tür makineler şirket varlıklarını, fırsatları veya elde ettikleri bilgileri kişisel çıkarları için kullanmak konusunda daha az eğilimli olacaktır. Aynı şekilde, güvene dayalı sadakat görevlerinin ihlali olasılığı da olmayacaktır⁹⁵. Daha genel olarak ifade etmek gerekirse, robo-yöneticilerin dünyasında, robotlar kişisel çıkarlara dayalı olarak kararlar vermediklerine göre, yöneticilerin karşılaştığı çıkar çatışmalarına ilişkin yasal düzenlemeler önemini yitirecektir.

Yapay zekanın ilgi ve isteklerinin, kendi kodlamalarına ve makine öğrenimine bağlı olduğu da buraya eklenmelidir. Kişisel mali kaybı önlemek veya kişisel kârı en üst düzeye çıkarmak için bilgisayarları programlamak mümkün olduğuna göre, kayıptan kaçınan veya risk iştahına sahip robo-yöneticileri kafamızda canlandırmamız mümkündür. İnsanların aksine, bu tür karakter özellikleri robotlar için doğal olmamakla birlikte, ancak hepsi kodlarına ve algoritmalarına bağlı olmaktadır. Ayrıca, robo-yöneticiler tüm mevcut uygulanabilir yasal kurallara uyacak şekilde programlanabilmektedir⁹⁶. Yine de bu tarzda programlanmış olmaları şart değildir. Dolayısıyla, onların insan yöneticilere göre temel farklılıkları, robo-yöneticilerin gelecekteki yasalara uygunluklarının daha en başından yani kodlarının ve algoritmalarının basit bir analizi yoluyla, çok daha kolay bir şekilde öngörülebilir olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Bu fark, şirketler hukukunun robo-yöneticilere uygulayabileceği yasal stratejileri muhtemelen etkileyecektir. Ex-post stratejiler^{97*} (yöneticilerin yükümlülükleri yoluyla yönetsel davranışlarının kontrolü gibi)

⁹⁴ Cezaî yaptırımlarla ilgili olarak da benzer değerlendirmeler için bkz Gabriel Hallevey, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems* (Springer 2014) 212 vd.

⁹⁵ Bu görev (ve işlevleri) hakkında genel bilgi için örneğin bkz Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard University Press 1996) 90–93.

⁹⁶ Krş Horst Eidenmüller, 'The Rise of Robots and the Law of Humans' (2017) 25 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 765, 775: "Robotlar kurallara uyacak şekilde programlanabilir ancak kurallara uyamazlar."

⁹⁷ * çev notu: ex-post (ardıl) strateji geliştirmelerinde gerçekleşmesinden kaçınılan bir olayın vuku bulması halinde, sonrasında ilişkin sonuçlarını düzenleme yoluna gidilmesi tercih edilmektedir. Örneğin çalışmada da belirtildiği gibi yönetim kuruluna çeşitli yükümlülükler yüklenmekte ve yükümlülüklerin ihlali halinde sorumluluğu düzenleme yoluna gidilmektedir.

tahminen önemini yitirecekken, ex-ante stratejiler^{98*} tersine önem kazanacaktır⁹⁹. Örneğin, robotlara özgü görevlendirme gereksinimleri, seçimin düzenleyici stratejisi olarak ortaya çıkabilecektir. Özellikle, bu tür düzenlemeler, kurallara uygun davranışı korumak amacıyla ilgili algoritmalar ve kodlar için bir gereklilik içerebilirler. Ex-post düzenleme stratejilerinden ex-ante düzenleyici stratejilerine bu geçiş, şirketler hukukunun tüm anatomisi için geniş kapsamlı değişiklikler içerecektir. İlk olarak, yönetici davranışlarına ilişkin şirketler hukukunun belirli kuralları, yasalardan algoritmik kodlara etkili bir şekilde aktarılacaktır. İkincisi, bu algoritmaların soyut kontrolü, büyük ölçüde duruma özgü davranışın somut kontrolünün yerini alacaktır. Üçüncüsü, tamamen farklı yaptırım mekanizmaları gerekli olacaktır, nitekim algoritmaların kontrolü ne hissedarlar ne aday gösterme komiteleri veya denetim kurullarından ne de şirketler hukukunda uzmanlaşmış mahkemelerden beklenecek kadar kapsamlı bir teknik bilgi gerektirmektedir. Algoritmaların devlet kurumları tarafından kontrolü, başka bağlamlarda zaten kabul edilmiştir¹⁰⁰. Bununla birlikte, şirketler hukuku alanında, benzer bir yaklaşım, bu hukuk alanında çok temel olan özel (taraf) özerklik (private autonomy) ve girişimci esnekliğini tehlikeye atıyor gibi görünebilir. Robo-yöneticiler için uygun yasal stratejilerin geliştirilmesi, bu nedenle gelecekteki şirketler hukuku tartışmaları için kritik bir meydan okuma haline gelebilecektir.

VI. Sonuç

Yapay zekanın hızla gelişmesiyle birlikte şirketler dünyası üstel bir değişim dönemine girmek üzeredir. Dünya Ekonomik Forum'unun Yazılım ve Toplumun Geleceği Üzerine Küresel Gündem Konseyi tarafından yapılan, oyunun kurallarını değiştiren teknolojilerin ana akım haline geleceği tarihleri tahmin etmeyi amaçlayan, yakın tarihli büyük ölçekli bir ankette, ankete katılanların yaklaşık yarısı, yapay olarak akıllı ilk makinenin 2025 gibi erken bir tarihte bir işletmenin yönetim kurulunda yer almasını beklemektedir¹⁰¹. Bu teknoloji odaklı değişim, kısmen şirketler hukuku çerçevesinden etkilenecektir, ancak kendisi de kaçınılmaz olarak şirketler hukukunun iyi işleyişini etkileyecektir.

Şirket organları ve şirketler hukukunun işlevleri hakkında bazı temelleri

⁹⁸ * çev notu: ex-ante (öncül) strateji geliştirmelerinde ise gerçekleşmesinden kaçınılan olayın sebeplerine, sorunun kaynaklarının ortadan kaldırılmasına yönelik daha olay gerçekleşmeden önlemler düzenlenmesi yoluna gidilmektedir.

⁹⁹ Robo-danışmanlar ve güvene dayalı görevleri açısından benzer şekilde bkz Florian Möslein and Arne Lordt, 'Rechtsfragen des Robo Advice' (2017) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 793, 802 vd.

¹⁰⁰ Örneğin bkz Joshua Kroll, Joanna Huey, Solon Barocas, Edward Felten, Joel Reidenberg, David Robinson and Harlan Yu, 'Accountable Algorithms' (2017) 165(3) Univ of Penn L Rev 633 ayrıca 16-17 Mayıs 2013 tarihinde New York Üniversitesi'nde gerçekleştirilen "Governing Algorithms" adlı uluslararası konferansta sunulan tebliğler için bkz < <http://governingalgorithms.org> >; özel sayıya yeniden basıldı: 41 Science, Technology & Human Values (2016) 3 vd.

¹⁰¹ World Economic Forum's Global Agenda Council on the Future of Software and Society, "Deep Shift – Technology Tipping Points and Societal Impact", Survey Report, Eylül 2014, 21 < http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Pointsreport_2015.pdf >

inceledikten sonra, yapay zekanın büyük olasılıkla en karmaşık şirket kararların alınması gereken şirket kurulları düzeyinde kullanılması gerektiğini görmüştük. Daha sonra yöneticilerin karar haklarını yapay zekaya devretmesine izin verildiğini, ancak çeşitli kısıtlamalar uygulandığını belirlemiştik. İnsan yöneticilerin her zaman nihai yönetim işlevini bizzat sürdürmeleri; ayrıca robotların, algoritmaların ve yapay zeka cihazlarının hem seçimini hem de faaliyetlerini genel olarak denetlemeleri gerekmektedir. Daha belirgin olarak, bu sistemlerin istikrarlı olmasını, temel yönetim hatalarına neden olmamasını ve kararlarının yürürlükteki kanun ve yönetmeliklere uygun olmasını sağlamaları gerekecektir. Öte yandan, belirli koşullar altında yöneticilerin tersine olarak yapay zekadan yardım almalarının zorunlu hale gelebileceğini de görmüştük. Şirketler hukuku, yöneticilerin bilgiye dayalı olarak hareket etmesini gerektirmektedir. Yapay zeka üstün bilgi işleme yeteneklerine sahipse, bu yükümlülük en nihayetinde bu tür cihazlar tarafından yapılan tahminleri elde etme yükümlülüğüne dönüşebilecektir. Ancak mahkemeler, sadece istisnai durumlarda, yöneticilerin bilgilerin toplanması ve işlenmesi için ne kadar çaba sarf ettiklerine dair yöneticilerin kararını incelemektedir. İşletme kararları açısından yapay zeka kullanımı yaygınlaşmadığı sürece, bilgi işleme sürecini bu tür cihazlara devretme yükümlülüğü muhtemelen yerleşmiş hale gelemeyecektir. Buna karşılık, uzun vadede, yapay zekanın hızlı gelişimi, yapay zekanın insan yöneticilere sadece yardımcı olmakla kalmayıp onların yerini alıp alamayacağı sorusunu bile gündeme getirebilecektir. Böyle bir yer değişiminin yasal olarak kabul edilebilirliği ise yönetici atamalarını düzenleyen kurallara bağlıdır. Birçok hukuk düzenine göre, bu kurallar yöneticilerin “gerçek kişiler” olmasını gerektirmektedir. Bazı hukuk düzenleri ise daha az kısıtlayıcıdır ve tüzel kişilerin şirket kurullarında yer almasına izin vermektedir. Şirketler hukuku aynı zamanda yapay zeka için yasal çatı sağlayan şirket yapılarının oluşturulmasına yönelik olanaklar sunmuşsa, bu cihazlar gerçekten de yasal anlamda yönetici olarak atanabilecektir. Sonuç olarak, şirketler hukuku, insan temsil ilişkileri için tasarlanan yasal stratejilerin robo-yöneticiler için de uygun olup olmadığına ilişkin temel soruyla karşı karşıya kalacaktır. Robo-yöneticiler insan yöneticilere kıyasla farklı saiklere göre hareket ediyorsa, bu stratejilerden bazılarının muhtemelen ya hedefi kaçıracağını ya da gereksiz hale geleceğini görmüştük. Bu saikler robo-yöneticilerin algoritmalarına bağlı olduğundan, şirketler hukukunun yasal stratejileri değişecektir. Yönetimsel davranışların ex-post kontrolü yerine, algoritmaların ex-ante kontrolüne odaklanılacaktır. Devlet kurumlarına bu kontrol emanet edildiği takdirde ise bu değişim özel özerkliği ve girişim serbestisini zayıflatma potansiyeline sahiptir. Yönetim kurulundaki robotlar için yasal kurallar tasarlamak bu nedenle hassas bir iştir ve muhtemelen şirketler hukukunun anatomisini çok temel bir şekilde etkileyecektir. Tüm bu anlattıklarımızın neticesinde, şirketler hukuku sadece şirketlerde yapay zeka kullanımı ile son derece ilgili olmakla kalmamakta; aynı zamanda bu teknolojinin getirdiği zorluklara karşı da uyarlanma ihtiyacı içerisindedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazars çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazars bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Kaynaklar

Kanunlar

Codice Civile (İtalyan Medeni Kanunu) – CC

Obligationenrecht ((İsviçre Borçlar Kanunu) – OR

Wertpapierhandelsgesetz (Alman Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu) – WpHG

Aktiengesetz (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu) – AktG

Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Alman Limited Şirketler Kanunu) – GmbHG

Kredi kurumlarının faaliyetlerine erişim ve kredi kurumlarının ve yatırım firmalarının ihtiyatlı denetimine ilişkin 2013/36 / AB Direktifi (Sermaye Gereksinimleri Direktifi), 26 Haziran 2013, OJ EU 2013 L 176/338.

Küçük Ölçekli İşletme ve İstihdam Yasası, 2015.

Şirketler Yasası, 2006.

Delaware Genel Şirket Kanunu

Kaliforniya Şirketler Kanunu

Model Şirketler Kanunu

Personen- und Gesellschaftsrecht (Liechtenstein Kişiler ve Şirketler Kanunu)- PGR

Davalar

Dairy Containers Ltd v NZI Bank Ltd [1995] 2 NZLR 30.

Re Bally's Grand Derivative Litigation, 23 Del J Corp L 677.

Re Barings plc (No 5) [1999] 1 BCLC p. 489.

Re RJR Nabisco, Inc Shareholders Litigation, [1989] WL 7036.

Smith v van Gorkom, 488 A.2d 858.

Dorchester Finance Co. v Stebbing, [1989] BCLC 498.

Land Credit Co of Ireland v Lord Fermoy, [1870] LR 5 Ch App 763.

Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock (no 3), [1968] 2 All ER 1073.

BGE 108 V 199 (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı).

Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate, [1899] 2 Ch 392.

Bundesverfassungsgericht [BVerfG][Federal Constitutional Court], Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2016, p 930.

Bibliografya/Bibliography

- Agrawal A, Gans J and Goldfarb A, 'Exploring the Impact of Artificial Intelligence: Prediction versus Judgment' (*Working Paper* 2018), < <http://www.nber.org/papers/w24626.pdf> >
- Agrawal A, Gans J and Goldfarb A, 'How AI Will Change the Way We Make Decisions', (*Harvard Business Review*, 26 July 2017) < <https://hbr.org/2017/07/how-ai-will-change-the-way-we-make-decisions> >
- Armour J, Enriques L et al, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3rd edn, Oxford University Press 2017).
- Bainbridge S, *Corporation Law and Economics* (Foundation Press 2002).
- Bahar R and Morand A, "Taking conflict of interest in corporate law seriously – direct and indirect rules addressing the agency problem" in Anne Peters and Lukas Handschin (eds), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance* (Cambridge University Press 2012) 308-333.
- Bayern S, 'Of Bitcoins, Independently Wealthy Software, and the Zero-Member' (2014) LLC 108(4) Northwestern University Law Review, 1485-1500.
- Bayern S, 'The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems' (2015) 19 Stanford Technology Law Review, 93-112.
- Bayern S, Burri T, Grant T, Häusermann D, Möslein F and Williams R, 'Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators' (2017) 9 Hastings Science and Technology Law Journal 135-162.
- Bellia A, 'Contracting with Electronic Agents' (2001) 50 Emory Law Journal, 1047-1092.
- Bertschinger U, 'Aktienrecht im digitalen Zeitalter', Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (ed), *Recht im digitalen Zeitalter – Festgabe Schweizerischer Juristentag* (Dike 2015) 167-202.
- Bertschinger U, *Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (Schulthess 1999).
- Bostrom N, *Superintelligence – Paths, Dangers, Strategies* (Oxford University Press 2014).
- Böckli P, *Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates* (Schulthess 1994).
- Brynjolfsson E and McAfee A, 'The Business of Artificial Intelligence' (*Harvard Business Review*, 18 July 2017) < <https://hbr.org/cover-story/2017/07/the-business-of-artificial-intelligence> >
- Burridge N, 'Artificial intelligence gets a seat in the boardroom', (*Nikkei Asian Review*, 10 May 2017) < <http://asia.nikkei.com/Business/Companies/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom> >
- Cahn A and Donald D, *Comparative Corporate Law* (Cambridge University Press 2010).
- Chittur K, 'The Corporate Director's Standard of Care: Past, Present, Future' (1985) 10(2) Delaware Journal of Corporate Law, 505-543.
- Chopra S and White L, 'Artificial Agents and the Contracting Problem: A Solution Via an Agency Analysis' (Fall 2009) University of Illinois Journal of Law Technology & Policy, 363-403.
- Cuende L and Izquierdo J, 'Aragon Network – A Decentralized Infrastructure for Value Exchange', (*White Paper*, 20 April 2017) < <https://github.com/aragon/whitepaper/blob/master/Aragon%20Whitepaper.pdf> >
- Diedrich H, *Ethereum* (CreateSpace 2016).
- Easterbrook F and Fischel D, *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard University Press 1996).

- Eidenmüller H, 'The Rise of Robots and the Law of Humans' (2017) 25 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 765-775.
- Eisenberg M, 'The Duty of Good Faith in Corporate Law' (2006) 31(1) *Delaware Journal of Corporate Law*, 1-75.
- Featherstone T, 'Governance in the new machine age', (*Australian Institute of Company Directors*, 24 March 2017) < <https://aicd.companydirectors.com.au/advocacy/governance-leadership-centre/governance-driving-performance/governance-in-the-new-machine-age> >
- Fischel D, 'The Business Judgement Rule and the Trans Union Case' (1985) 40(4) *The Business Lawyer*, 1437-1455.
- Fleckner AM, 'Regulating Trading Practices', in Niamh Moloney, Eilís Ferran and Jennifer Payne (eds), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (Oxford University Press 2015) 596, 619-23.
- Fleischer H, 'Die 'Business Judgment Rule' im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie', in *Festschrift for Herbert Wiedemann* (Beck 2002) 827-849.
- Fleischer H, 'Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht' (2003) 1 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1-10.
- Fleischer H, 'Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation' (2003) *Die Aktiengesellschaft (AG)* 291-300.
- Forstmoser P, Meyer-Hayoz A and Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996).
- Freitag R and Korch S, 'Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)' (2012) *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2281-2285.
- Gehrlein M, 'Leitung einer juristischen Person durch juristische Personen?' (2016) *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 566-568.
- Gevurtz F, *Corporation Law* (2nd edn, West Publishing 2010).
- Granelli C, 'La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali' (2003) *Le Società* 1565-1571.
- Grass A, *Business Judgment Rule* (Schulthess 1998).
- Gruber MC, 'Was spricht gegen Maschinenrechte?', Jochen Bung and Sascha Ziemann (eds), *Autonome Automaten* (Beck 2015) 11-14.
- Grundmann S, *European Company Law* (2nd edn, Intersentia 2012).
- Informal Company Law Expert Group (ICLEG), 'Report on digitalisation in company law' (March 2016) < http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg-report-ondigitalisation-24-march-2016_en.pdf >
- Hadji-Artinian S, *La faute de gestion* (Litec 2001).
- Hallevy G, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems* (Springer 2014).
- Halpern P, Trebilcock M ve Turnbull S, 'An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law' (1980) 30(2) *University of Toronto Law Journal* 117-150.
- Hansmann H and Kraakman R, 'The Essential Role of Organizational Law' (2000) 110(3) *Yale Law Journal*, 387-440.
- Hansmann H, Kraakman R and Squire R, 'Law and the Rise of the Firm' (2006) 119(5) *Harvard Law Review*, 1333-1403.
- Harari Y, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow* (Random House 2016).

- Hassanien AE et al (eds), *Big Data in Complex Systems: Challenges and Opportunities* (Springer 2015).
- Herzel L and Katz L, 'Smith v. Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment' (1986) 41(4) *The Business Lawyer*, 1187-1193.
- Hilb M, 'Toward an Integrated Framework for Governance of Digitalization', in *id* (Ed), *Governance of Digitalization* (2017) 11-20.
- Jain L and Martin N, (eds), *Fusion of Neural Networks, Fuzzy Sets and Genetic Algorithms* (CRC Press 1999).
- Jain L and Wilde PD (eds), *Practical Applications of Computational Intelligence Techniques* (Springer 2001).
- Jensen M and Meckling W, 'Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure' (1976) 3(4) *Journal of Financial Economics*, 305-360.
- Kammerer A, *Die unübertragbaren und unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates* (Schulthess 1997).
- Kaplan J, *Artificial Intelligence* (Oxford University Press 2016).
- Kenshaw D, *Company Law in Context* (Oxford University Press 2012).
- Knapp V, 'What are the issues relating to digitalisation in company law?' (June 2016) <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556961/IPOL_IDA\(2016\)556961_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556961/IPOL_IDA(2016)556961_EN.pdf)>
- Knepper W and Bailey D, *Liability of Corporate Officers and Directors* (7th edn, Lexis 2002).
- Kudyba S, *Big Data, Mining, and Analytics – Components of Strategic Decision Making* (CRC Press 2014).
- Kühn R and Grünig R, *Successful Decision-making: A Systematic Approach to Complex Problems* (2nd edn, Springer 2009).
- Lessig L, 'The Law of the Horse: What Cyberlaw What Might Teach' (1999)113 *Harvard Law Review*, 501-546.
- LoPucki L, 'Algorithmic Entities' (2018) 95 *Washington University Law Review*, 887-953.
- Macey J, 'Smith v. Van Gorkom: Insights About C.E.O.s, Corporate Law Rules, and the Jurisdictional Competition for Corporate Charter' (2002) 96(2) *Northwestern University Law Review*, 607-630.
- Manne H, 'Our Two Corporation Systems: Law and Economics' (1967) 53(2) *Virginia Law Review*, 259-284.
- Manning B, 'Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom after Van Gorkom' (1985) 41(1) *The Business Lawyer*, 1-14.
- Mäntysaari P, *Comparative Corporate Governance* (Springer 2005).
- McCarthy J, Minsky M, Rochester N and Shannon C, 'A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence' (1955) < <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html> >
- Möslein F, *Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband* (De Gruyter 2007).
- Möslein F and Lordt A, 'Rechtsfragen des Robo Advice' (2017) *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 793-803.
- Müller R, 'Digitalization Decisions at Board Level', Michael Hilb (ed), *Governance of Digitization* (Haupt 2017) 43-50.
- Noyes J, Cook M and Masakowski Y (eds), *Decision Making in Complex Environments* (CRC Press 2007).

- Paolini A (ed), *Research Handbook on Directors' Duties* (Edward Elgar Publishing 2014).
- Peters K, 'Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns' (2010) *Die Aktiengesellschaft (AG)* 811-817.
- Philipps-Wren G and Jain L, 'Artificial Intelligence for Decision Making' in Bogdan Gabrys, Howlett RJ and Jain L (eds), *Knowledge-Based Intelligent Information and Engineering Systems* (Springer 2006) 531-536.
- Philipps L, 'Gibt es ein Recht auch für ein Volk von künstlichen Wesen, wenn sie nur Verstand haben?', in *Festschrift for Arthur Kaufmann* (CF Müller 1989) 119-126.
- Rodewalt J, 'Informationsmanagement im Unternehmen als Instrument zur Vermeidung von Organhaftung' (2014) *GmbH-Rundschau (GmbHHR)* 639-644.
- Popper N, 'A Venture Fund With Plenty of Virtual Capital, but No Capitalist' (*New York Times*, 21 May 2016) < <https://www.nytimes.com/2016/05/22/business/dealbook/cryptoether-bitcoin-currency.html> >
- Popper N, 'A Hacking of More Than \$50 Million Dashes Hopes in the World of Virtual Currency' (*New York Times*, 17 June 2016) < <https://www.nytimes.com/2016/06/18/business/dealbook/hacker-may-have-removed-more-than-50-million-from-experimental-cybercurrency-project.html> >
- Rao A, 'AI everywhere / nowhere part 3 – AI is AAAI (Assisted-Augmented-Autonomous Intelligence)' (20 May 2016) < <http://usblogs.pwc.com/emerging-technology/ai-everywhere-nowhere-part-3-ai-is-aaaiassisted-augmented-autonomous-intelligence/> >
- Roth M, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands* (Beck 2001).
- Schneider SH, *Informationspflichten und Informationssystemeinrichtungspflichten im Aktienkonzern* (Duncker and Humblot 2006).
- Schneider SH, "'Unternehmerische Entscheidungen" als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule' (2005) *Der Betrieb (DB)* 707-712.
- Scholastique E, *Devoir de Diligence des administrateurs de sociétés – Droits français et anglais* (LGDJ 1998).
- Scholz L, 'Algorithmic Contracts' (2017) 20 (2) *Stanford Technology Law Review*, 128-169.
- Securities and Exchange Commission, 'Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO', Release No. 81207, 25 July 2017, < <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf> >
- Semler J, 'Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht' in *Festschrift for Peter Ulmer* (De Gruyter 2003) 627-642.
- Senior J, 'Review: 'Homo Deus' Foresees a Godlike Future. (Ignore the Techno-Overlords)' (*New York Times*, 15 February 2017) < <https://www.nytimes.com/2017/02/15/books/review-homo-deus-yuval-noah-harari.html> >
- Smith A, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Clarendon Press 1976).
- Solum L, 'Legal Personhood for Artificial Intelligence' (1992) 70 *North Carolina Law Review*, 1231-1287.
- Stout L, 'In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule' (2002) 96 *Northwestern University Law Review* 673-761.
- Strine L, Hamermesh L, Balotti RF and Gorris J, 'Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law' (2010) 93 *Georgetown Law Journal*, 629-696.
- Swan M, *Blockchain: Blueprint for a New Economy* (O'Reilly Media 2015).

- Teubner G, 'Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik' (2006) 27 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 5-30.
- Qudrat-Ullah H, Spector JM, Davidsen P (eds), *Complex Decision Making: Theory and Practice* (Springer 2010).
- Wile R, 'A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to its Board of Directors' (*Business Insider*, 13 May 2014) < <http://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?IR=T> >
- Wright A and Filippi PD, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, (Working Paper 2015) < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664 >
- Zolfagharifard E, 'Would you take orders from a Robot? An artificial intelligence becomes the world's first company director' (*Daily Mail*, 19 May 2014) < <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article2632920/Would-orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html> >

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli-yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsellik ölçütlerine ve akademik etik prensiplerine uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.

4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. Dijital benzerlik oranının %20’nin üzerinde çıkması, ilgili yazılım raporunun Editöryel incelemesi kapsamında, yazının reddi için yeterlidir.

Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.

5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel birikim ve çaba beklenir.

The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetkidir.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadırlar.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde en az 250 en fazla 300 kelimeden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en ok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimeden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (*asıl eser sahibi ve yayınevini*) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme tarihi, hakem aşamasının tamamlanma tarihi, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayın için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.