

PPIL

Public and Private International Law Bulletin

Cilt Volume 44 Sayı Number 1 E-ISSN 2667-4114



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume 44 • Sayı/Number 1

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 44 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2024
E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TUBITAK-ULAKBIM TR Dizin

DOAJ

ERIH PLUS

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

SOBIAD

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 44 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2024
E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL

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

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt/Fatih, İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440-0000/10800
Faks / Fax: +90 (212) 520 82 86
E-posta: mmaum@istanbul.edu.tr
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_
<http://dergipark.org.tr/ppil>

Yayıncı / Publisher

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

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

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

Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published biannually in June and December.

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Doç. Dr. İnci ATAMAN FİGANMEŞE, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - inci.figanmese@istanbul.edu.tr
Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - gesimsek@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Dr. Öğr. Üyesi Mine TAN DEHMEN, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - minetan@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Enver ARIKOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - enar@istanbul.edu.tr

Yönetici Editör / Managing Editor

Dr. Öğr. Üyesi Melis AVŞAR, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - melis.avsar@istanbul.edu.tr

Alan Editörleri / Section Editors

Doç. Dr. Aşşe Yasemin GISOLDI, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr
Dr. Öğr. Üyesi Aşşe Elif ULUSU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - eulusu@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Elif BAŞKARACAOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - ebaskara@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Nebile Pelin MANTI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - npmanti@istanbul.edu.tr

Etik Editörü / Ethic Editor

Prof. Dr. Ergin NOMER (Emekli), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - nomeregin@gmail.com

Tanıtım Yöneticisi / Publicity Manager

Arş. Gör. Ahmet TOKAT, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - ahmet.tokat@istanbul.edu.tr

Dil Editörü / Language Editor

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - günseli.gelgel@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Ahmet Rauf VERSAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - versanr@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. İbrahim KAYA, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ibrahim.kaya@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - fkerem@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Don WALLACE, Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Washington, Amerika Birleşik Devletleri - wallace@ili.org
Prof. Dr. Silke Ruth LASKOWSKI, Kassel Üniversitesi, Hessen, Almanya - laskowsk@uni-kassel.de
Prof. Dr. Julien CHAISSE, Hong Kong Çin Üniversitesi, Sha Tin, Hong Kong - julien.chaisse@cuhk.edu.hk
Prof. Dr. David P. STEWART, Georgetown Üniversitesi, Washington, Amerika Birleşik Devletleri - stewartd@law.georgetown.edu
Auxiliary Prof. Dr. Dulce LOPES, Coimbra Üniversitesi, Coimbra, Portekiz - dulce.rdr@gmail.com

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Tahkim Yargılamasında Meydana Gelen Adil Yargılanma Hakkı İhlaline İstinaden AİHM'e Yapılabilecek Bireysel Başvurular Individual Applications to the ECtHR for Violations of the Right to a Fair Trial in Arbitration Proceedings..... Hatice Selin Pürselim, Emre Çetin	1
Türk ve Alman Ceza Hukuku Perspektifinden Roma Statüsü'nün İştirake Dair Hükümlerinin İncelenmesi The Examination of the Rome Statute's Provisions on Participation from the Perspective of Turkish and German Criminal Law Sercan Tokdemir	25
Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Sırasında Alınan İhtiyati Haciz Kararının İcra Edilememesi Sorunu The Problem of Non-Execution of the Precautionary Attachment Decision Taken during the Enforcement of Foreign Court Decisions Zeynep Derya Tarman	99
A Case Study on the Protection of Cultural Property Under the Law of Armed Conflict: Russia-Ukraine War Silahlı Çatışmalar Hukukunda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Vaka İncelemesi: Rusya Ukrayna Savaşı Firdes Şeyda Kahraman	121
Borrowing and Transplant in South Asian Constitutionalism: Comparative Analysis Güney Asya Anayasacılığında Ödünç ve Nakil: Karşılaştırmalı Bir Analiz..... Md. Zobayer Akon, ASM Mahmudul Hasan, Md. Minhajul Abedin Chowdhury	149
The UK Law Commission's Reforms Proposed to the English Arbitration Act 1996: Bonum, Malum Et Turpe Birleşik Krallık Hukuk Komisyonu'nun 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'na Reform Önerilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi Doğan Gültutan	197
Milletlerarası Taşiyıcı Annelik Sonucu Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk Applicable Law to the Legal Parentage of a Child Born Through International Surrogacy..... Didem Kayalı	221
Lack of Effective Control on Killer Acquisitions in the Big Tech Market under EU Framework: Rethinking of EUMR Rules? Big Tech Marketlerdeki Öldürücü Devralmalarda Yetersiz Denetim: AB Birleşme & Devralma Tüzüğü'nün Yeniden Değerlendirilmesi Ahmet Selim Kızılay	253
Olağan Dışı Teslim Örneğiyle Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlallerinde Devletlerarası İş Birliği Interstate Cooperation in Violations of International Human Rights Law: The Case of Extraordinary Rendition Necdet Umut Orcan	281



Tahkim Yargılamasında Meydana Gelen Adil Yargılanma Hakkı İhlaline İstinaden AİHM'e Yapılabilecek Bireysel Başvurular*

Individual Applications to the ECtHR for Violations of the Right to a Fair Trial in Arbitration Proceedings

Hatice Selin Pürselim^{**}, Emre Çetin^{***}

Öz

Tahkim yargılaması, devlet mahkemelerinin müsamahasıyla gelişen alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Kişiler, tahkimin devlet mahkemelerine nazaran sunduğu çeşitli avantajları göz önünde bulundurarak tahkime başvurmaktadır. Tahkim yoluna başvurunun kararlaştırılması, devlet mahkemelerinin uyuşmazlıkların çözümündeki etkisini azaltmaktadır. Buna karşın, tahkim yargılamasının -devlet mahkemelerinin yürüttüğü yargılamalarda olduğu gibi- çekişmeli olması ve sonucunda tarafları bağlayıcı karar verilmesi sebebiyle taraflar, tahkim yargılanmasında da uyuşmazlığın adil bir şekilde karara bağlanmasını beklenmektedir. Bu beklentinin odağı ise bir yargılama için vazgeçilmez hakların başında gelen adil yargılanma hakkıdır. Tahkim yargılaması, devlet yargısından bağımsız bir mekanizma öngörmesi sebebiyle bu yargılamaların adil yargılanma hakkına bağlı olup olmadığı, olması halinde meydana gelen hak ihlalleri karşısında hangi mercilere başvurulabileceği gibi sorular gündeme gelmektedir. Bu tür soruların incelenebilmesi için öncelikle tahkim yargılamasında meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapıp yapılamayacağını belirlenmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme için AİHM m. 34-35'de yer alan kabul edilebilirlik şartları, tahkim yargılaması bakımından incelenmelidir. Bu şartlardan yalnızca iki tanesi, tahkim yargılaması özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda, incelememizde AİHM'in kişi yönünden ve yer yönünden yargı yetkisi şartlarıyla sınırlandırılmıştır. AİHM'in kişi yönünden yargı yetkisi uyarınca kimlerin başvuru olabileceği, başvurunun hangi devlet aleyhinde yapılabileceği belirlenmektedir. AİHM'in yer yönünden yargı yetkisi ise ihlale konu eylemin hangi devletin yetki alanında veya toprakları üzerinde gerçekleştiğini tayin etmektedir. Bu doğrultuda, çalışmamızda bir tahkim yargılamasında meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlaline ilişkin olarak hangi devlet aleyhine başvuru yapılabileceği ve bir tahkim yargılamasının hangi devlet bakımından AİHM'in yer yönünden yargı yetkisini meydana getireceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHM'in yer yönünden yetkisi, AİHM'in kişi yönünden yetkisi, dolaylı koruma, yatay etki

Abstract

Arbitration serves as an alternative dispute resolution mechanism that has developed with the leniency afforded by state courts. Individuals resort to arbitration due to its manifold advantages. Opting for arbitration reduces the influence of state courts in dispute resolution. However, given that arbitration proceedings are adversarial and binding on the parties, the expectation for a fair resolution persists. At the heart of this expectation is the right to a fair trial, arguably one of

* Bu çalışma, Prof. Dr. Hatice Selin Pürselim hocamızın danışmanlığında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bölümü'nde "Spor Uyuşmazlıklarının Çözümünde Adil Yargılanma Hakkı: AİHM'in Kurumsal Gereklilikleri Bağlamında CAS, TFFTK ve GSBTK Özelinde Bir Değerlendirme" ismiyle hazırladığım tez çalışmasından türetilmiş bir eserdir

** Sorumlu Yazar: Hatice Selin Pürselim (Prof. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hselinpurselim@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-3067-4335

*** Emre Çetin (Doktora Öğrencisi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Programı, İstanbul, Türkiye. E-posta: emreçetin@marun.edu.tr ORCID: 0009-0000-6578-9100

Atf: Pürselim HS, Çetin E, "Tahkim Yargılamasında Meydana Gelen Adil Yargılanma Hakkı İhlaline İstinaden AİHM'e Yapılabilecek Bireysel Başvurular" (2024) 44(1) PPIL 1. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1349454>



the most fundamental rights in contemporary judicial processes. Since arbitration provides for a mechanism independent of the state proceedings, questions arise as to whether arbitration proceedings are bound by the right to a fair trial and, if so, which authorities can be invoked in the event of its violation. In order to examine such questions, it is first necessary to determine whether the alleged violation of the right to a fair trial in arbitration proceedings can be brought before the European Court of Human Rights. For this assessment, it is necessary to analyse the criteria of admissibility set out in Articles 34-35 of the ECHR with respect to arbitral proceedings. Only two of these criteria require a different assessment in arbitral proceedings. Accordingly, our analysis is limited to the *ratione personae* and *ratione loci* jurisdiction of the ECHR. The *ratione personae* of the ECHR determines who can be the applicant and against which state the application can be brought. The *ratione loci* of the ECtHR, on the other hand, determines in which jurisdiction or on which territory the act that is the subject of the violation took place. Accordingly, this study analyses against which state an application for a violation of the right to a fair trial can be made in arbitral proceedings and for which state arbitral proceedings constitute the jurisdiction of the ECtHR in terms of venue.

Keywords

Arbitration, right to a fair trial, European Court of Human Rights, Court's jurisdiction *ratione personae*, Court's jurisdiction *ratione loci*, indirect protection, horizontal effect

Extended Summary

Despite originally emerging as an alternative to state courts, arbitration proceedings are increasingly becoming equivalent to state courts in dispute resolution due to the advantages they offer. The paramount expectation in arbitration proceedings is that the proceedings are conducted fairly, given that binding judgments are rendered on the merits of disputes. Ensuring a fair trial necessitates adherence to the right to a fair trial, although individual states may regulate the level of scrutiny of this right in arbitration proceedings differently. This study does not focus on the extent of violations of the right to a fair trial in arbitration proceedings but instead examines whether dissatisfied individuals, lacking adequate guarantees or remedies in their domestic legal systems for addressing such violations, may seek recourse to the European Court of Human Rights. The ongoing debate revolves around whether the right to a fair trial should be applicable in arbitration, as arbitration proceedings typically operate outside the purview of state courts. If applicable, the question arises whether parties can turn to the ECtHR in case of its violation.

To apply to the ECtHR for violations of the right to a fair trial within arbitration proceedings, one must meet the admissibility criteria stipulated in Articles 33–35 of the ECHR. Among these conditions, only the ECtHR's jurisdiction *ratione personae* and *ratione loci* necessitate distinct evaluation concerning arbitration. Regarding other conditions, assessments mirror those for state courts. As parties to arbitral proceedings are usually natural persons, legal entities, nongovernmental organizations, or groups of persons, the ECtHR's jurisdiction *in personam* requirement is satisfied. At this point, what is peculiar is the determination of the state against which the application is made since arbitration proceedings are independent of the state judiciary. In this context, for an application to be directed against a contracting state, the event giving rise to the violation that is the subject of the application must have been committed

by public authorities or officials of the Contracting States, and the event must have occurred within the jurisdiction of the contracting state.

The determination of the country establishing the ECtHR's personal jurisdiction in arbitration proceedings relies on which state's courts apply the ECHR for review or assistance under the horizontal effect. Typically, this is the state agreed upon by parties as the seat of arbitration. Regarding territorial jurisdiction of arbitration proceedings, it is essential to ascertain the country where arbitration proceedings are considered within the jurisdiction. Arbitration proceedings are usually deemed within the jurisdiction of the country hosting the proceedings, as such countries facilitate the proceedings through their legal regulations, provide judicial assistance, and deliver judgments akin to state court rulings, which may be legally challenged through an action for annulment or other legal means.

The second possibility for potential violations of the right to a fair trial pertains to the recognition or enforcement of arbitral awards. Since these proceedings involve direct engagement by state courts and have ramifications in the enforcing country, violations may trigger the ECHR's personal jurisdiction over the contracting state. In establishing jurisdiction in terms of venue in these cases, the focus is on judicial activities and their effects. This is because the ECtHR distinguishes the duty of the enforcement court from that of the court that performs supervision and assistance activities where arbitration is conducted. Consequently, the enforcing country usually holds jurisdiction. Accordingly, in enforcing or recognizing a foreign arbitral award in Turkish courts, Turkey may fall under the ECHR's territorial jurisdiction due to violations of the right to a fair trial, both in assessing the award's conformity and any violations occurring during enforcement proceedings.

I. Giriş

Kanun koyucunun verdiği izinle ortaya çıkan ve devlet mahkemelerinin müsamahasıyla gelişen tahkim yargılamalarının sayısı günden güne artmaktadır. Tahkim yargılamalarının ilk ortaya çıktığı ve gelişme aşamasında olduğu yıllardaki temel tartışma ve endişe konuları, tahkim anlaşmasının geçerlilik şartları, tahkim yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıklar, tahkim usulüne uygulanacak kurallar gibi tahkime ilişkin temel hususlardı. Geline nokta, kurumların, doktrinin ve uygulamanın bu konulardaki özverili çalışmaları ve yargının tahkime olan bakış açısının olumlu yönde gelişmesi neticesinde hukuk çevrelerinde yukarıda sayılan hususlarda (tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkime elverişli uyuşmazlıklar vb.) ortalama bir konsensüs sağlanmış oldu. Hâlihazırda, tahkim, uyuşmazlıkların nihai olarak çözümünde devlet yargısına alternatif olarak başvuru bir çözüm yolu haline aldı. Ülkemizde tahkimin temel sistematığı ve temel felsefesinin anlaşılması sonrasında tahkim yargılamalarına ilişkin endişeler, tahkim yargılamalarının beklenen temel korumayı sağlamaya yeterli olup olmadığı üzerinde toplanmaktadır. Tahkime ilişkin bu endişelerin gündeme gelmesi, tahkim dostu olanlar için bir yönden umut vericidir. Çünkü, tahkim, artık devlet yargısına eşdeğer bir konumda görülerek bir devlet mahkemesinden beklenen korumanın tahkim yargılamasında da sağlanması beklenmektedir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu endişeler ülkemize özgü değildir. Birçok ülkede de tahkim yargılamalarına ilişkin benzer endişeler dile getirilmekte ve buna yönelik çalışmalar, araştırmalar yürütülmektedir.

Hâlihazırda tahkim yargılamasına ilişkin endişelerin başında bir yargılama için olmazsa olan nitelikte olan adil yargılanma hakkı gelmektedir. Adil yargılanma hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda ise uluslararası düzeyde akla ilk gelen merci Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”)’dir. Adil yargılanma hakkı ihlali iddiasıyla AİHM’e yapılan başvurular, çoğunlukla devlet mahkemelerince yürütülen yargılamalara ilişkindir. Çalışma konumuz olan tahkim yargılamalarında devlet mahkemelerinden bağımsız bir yargılama yürütülmesi sebebiyle bu yargılamalarda gerçekleşen adil yargılanma hakkı ihlallerine istinaden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılabilecek bireysel başvurunun şartlarına ilişkin değerlendirmede birden fazla sorunun ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, hakem heyetlerinin yürüttükleri yargılamada adil yargılama hakkıyla bağlı olup olmadıkları, bağlı olmaları halinde hakem heyetlerinin ve tahkim yargılamalarının adil yargılanma hakkının öngördüğü güvenceleri sağlayıp sağlamadığı, sağlamaması halinde adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı sorularının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Belirtmek isteriz ki, sayılan hususlar bir makalenin kapsamını aşacak genişliktedir. Bu sebeple, çalışmamızda adil yargılanma hakkının temel ilkeleriyle ele alınması sonrasında Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarına karşı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6’ya istinaden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılacak başvuruların kabul

edilebilirlik şartlarından özellik arz ettiğini düşündüğümüz iki kabul edilebilirlik şartı özelinde sınırlı bir değerlendirme yapılacaktır. Bu sınırlamamızın dışında kalan, adil yargılanma hakkının ihlali bakımından hakem heyetlerinin mahkeme niteliğinde olup olmadığı, hakem heyetlerinin mahkemeye başvuru hakkını ihlal edip etmediği, hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkıyla bağlı olup olmadığı, tahkime başvurunun veya tahkim anlaşması akdedilmesinin adil yargılanma hakkından feragat anlamına gelip gelmediği, hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkının temel güvencelerini sağlayıp sağlamadığı ayrıca incelenmesi gereken hususlardır.

II. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Genel İlkeler

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın hakkaniyete uygun, adil bir şekilde yürütülmesi ve böylelikle bireylerin temel haklarının korunmasını amaçlayan temel bir haktır¹. Hakkın temel amacı, yargılama usullerinin belirlenmesinde etkin bir rol oynayarak yargılama sonucunda adil bir karar verilmesini güvence altına almaktır². Hakkın temeli ise insan onuru, hukuk devleti ilkesi ve demokratik bir topluma dayanmaktadır³.

Adil yargılanma hakkının öngördüğü koruma, ülkelerin anayasalarında açık olarak öngörülerek veya anayasa mahkemesi içtihatlarıyla yeni ilke ve hakların tanınması yoluyla sağlanmaktadır⁴. Hukukunda, 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği⁵ sonrası T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkının düzenlenmesiyle adil yargılanma hakkının öngördüğü koruma anayasal düzeyde açıkça koruma altına alınmıştır⁶. Bu değişiklikten önce ise adil yargılanma hakkının öngördüğü koruma, hakkın içerdiği birçok ilke ve hakkın T.C. Anayasası'nın çeşitli maddelerinde yer alması yoluyla sağlanmaktaydı⁷.

- 1 Nuala Mole and Catharina Harby, *The Right to A Fair Trial: A Guide to the implementation of Article 6 of The European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No:3, (Concil of Europe Publishing, Strasbourg, 2006) 6 < <https://rm.coe.int/168007ff49> > Erişim Tarihi 27.07.2023; Mark W. Janis, Richard S. Kay and Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3rd edn, Oxford University Press, Oxford, 2008) 718-719; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* (2nd edn, Seçkin, Ankara 2009) 250; Robin C.A. White and Clare Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights* (5th edn, Oxford University Press, Oxford, 2010) 242; Gülnur Erdoğan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Adalet Yayınevi, Ankara, 2011) 33; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Tıpkı Dördüncü Baskı, Beta, İstanbul, 2013) 4.
- 2 Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013) 209.
- 3 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü and Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019) 262; İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı (n 1) 4; İsmail Demircioğlu, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2007) 47; Erdoğan (n 1) 28; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Özel Hukuku Üzerindeki Etkisi* (On İki Levha, 2018) 16.
- 4 Janis MW, Kay RS and Bradley AW (n 1) 719; Cristoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: Commentary* (C.H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, München, 2014) 100.
- 5 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun m.14, Kanun Numarası; 4709, Kabul Tarihi: 03.10.2001, RG. T. 17.10.2001/24556.
- 6 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.36: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."
- 7 Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (3rd edn, Orion Kitabevi, Ankara, 2012) 238-239.

Çalışmamızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvuru ele alınacak olması sebebiyle incelememizde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) temel alınacaktır. Bunun yanında, 2004 yılında Anayasa değişikliği ile de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 90. maddesi 5. fıkrasına eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” cümlesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk kanunları karşısında öncelikli hale gelmesi sebebiyle de AİHS hükümlerinin öncelikle incelenmesinde bir mahzur bulunmamaktadır⁸.

Adil yargılanmanın herkesçe kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır. Çalışmamızda esas alınan AİHS'in 6. maddesinde de bir tanımdan ziyade doğrudan hakkın unsurları ele alınmıştır. Söz konusu madde metni şu şekildedir: “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir...*”⁹.

Madde hükmünde adil yargılanma hakkının unsurları olarak tarafsız ve bağımsız yasayla kurulmuş mahkeme önünde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı ve makul sürede yargılanma hakkı öngörülmesine rağmen adil yargılanma hakkının kapsamı içinde ele alınan hak ve ilkelere, sayılanlarla sınırlı değildir¹⁰. Hâlihazırda, AİHS m. 6 kapsamı içinde ele alınan birçok hak ve ilke, AİHM'in AİHS m. 6'nın metnini geniş yorumlamasıyla maddenin kapsamı içerisine dâhil edilmiştir¹¹. Mahkemenin ilgili metni geniş yorumlama nedeni, adil yargılanma hakkının Sözleşmede tanınan hakların korunmasında, demokratik bir yönetim anlayışının sürdürülebilmesinde ve adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine

8 Sibel İnceoğlu, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi’, in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013) 8; M. Serhat Kaşıkara, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye* (Adalet Yayınevi, Ankara, 2009) 92.

9 Madde metninin çevirisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin resmî sitesinde yer alan Sözleşmenin Türkçe çevirisi esas alınmıştır. İlgili çeviri için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2022). Yukarıda aktarılan AİHS m. 6'nın ilgili kısmının orijinal dili olan İngilizce dilindeki metni ise şu şekildedir: “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...*” Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

10 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (n 1) 4; Erdoğan (n 1) 30.

11 Feyyaz Göleklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma’ (Ocak-Haziran 1994) 49(1-2) AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan) 199, 200; Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye* (TODAİE Yayınları, 2004), 197-198; İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (n 1) 4; İlyas Doğan and M. Balkan Demirdal, ‘Adil Yargılanma Hakkı’ in İlyas Doğan (ed), *İnsan Hakları Hukuku* (2nd edn, Astana Yayınları, Ankara, 2015) 549; Sarıöz Büyükalp (n 3) 32.

getirilmesinde önemli bir rol üstlenmesidir¹². Hâlihazırda, adil yargılanma hakkının öngördüğü güvencelerden olan mahkemeye başvurma hakkı, mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, hukuki dinlenilme hakkı, karar hakkı, hükmün icrası hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri, adaletin inkârının önlenmesi, yargılamada yüz yüzelik (doğrudanlık ilkesi), avukat ile temsil hakkı, tercümandan yararlanma hakkı, gerekçeli karar hakkı, delillere ilişkin diğer kurallar AİHM içtihatları sonrası madde kapsamı içinde değerlendirilmeye başlanmıştır¹³.

Adil yargılanma hakkı, bir yargılama için temel hak niteliğinde olmasına karşın AİHS m. 6'nın kapsamı konu yönünden medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar ile ceza alanında kendisine yöneltilen suçlamaları konu edinen yargılamalarla sınırlandırılmıştır. Söz konusu sınırlamada esas alınan kavramlar Mahkemece "otonom kavramlar" doktrini ile yorumlanmakta ve bu yaklaşım neticesinde de medeni hak ve yükümlülük kavramı ile suç isnadı kavramı geniş şekilde yorumlanarak idari yargı ve disiplin yargısına konu edilen pek çok uyuşmazlık, maddenin kapsamı içinde ele alınabilmektedir¹⁴.

İnceleme konumuz tahkim yargılamalarının temelde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri uyuşmazlıkları konu edinmeleri sebebiyle tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıklar medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık kapsamında ele alınacaktır. Medeni hak ve yükümlülükleri konu edinen yargılamalar, yalnızca AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen mahkemeye başvurma hakkı, tarafsız ve bağımsız yasayla kurulmuş mahkeme önünde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı ve makul sürede yargılanma hakkının korumasından yararlanabilmektedir. Bu sebeple, çalışmamızda temel olarak bu haklar özelinde bir değerlendirme yapılacaktır. Belirtmek gerekir ki, çalışmamızda Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarında gerçekleşen adil yargılanma hakkı ihlali iddiasına ilişkin olarak AİHM'e yapılabilecek bireysel başvurular incelenecektir. Bu kapsamda, tahkim yargılamalarında AİHS m. 6/1'de öngörülen güvenceleri sağlayıp sağlamadığı incelememizin kapsamı dışında kalmaktadır.

12 Golder v. UK, 4451/70, 1 EHRR 524, 21.02.1975, para. 25; De Cubber v. Belgium, 26 October 1984, Series A no. 86, 16; Gölcüklü (n 11) 200; Gözübüyük, Gölcüklü and Saygılı (n 3) 262; İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (n 1) 4-5; David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Harris, O'Boyle & Warbrick* (Güncelleştirilmiş Dördüncü Bası, Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021) 354; Adem Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)* (Adalet Yayınevi, Ankara, 2007) 29; Erdoğan (n 1) 30; Sezin Aktepe Artık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma* (Seçkin, Ankara, 2014) 72-73; Sarıöz Büyükalp (n 3) 31.

13 Gözübüyük, Gölcüklü and Saygılı (n 3) 263; Özdek (n 11) 198; İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (n 1) 5, 152; Kaşıkara (n 8) 98; Çelik (n 12) 83; Erdoğan (n 1) 31; Aktepe Artık 'Adil Yargılanma' (n 12) 73-74; Sarıöz Büyükalp (n 3) 33-34, 144.

14 Gözübüyük, Gölcüklü and Saygılı (n 3) 262; Özdek (n 11) 198-201; İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (n 1) 12; Doğan and Demirdal (n 11) 547. Otonom kavramlar, AİHM kararlarında AİHS hükümlerinin özerk yorum kapsamında yorumlaması sonucunda ortaya çıkmıştır. AİHM, taraf devletlerin iç hukuklarındaki kavramların tanımlarıyla kendisini bağlı görmeyerek özerk yorum doğrultusunda AİHS maddelerini ve kavramlarını taraf devletlerin mevzuatından ve uygulamalarından bağımsız yorumlamaktadır. AİHM bu yaklaşımıyla Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında Avrupa standardını oluşturmayı ve ortak bir koruma anlayışını geliştirmeyi amaçlamaktadır. Otonom kavramlar doktrini (özerk kavramlar, özerk yorum) hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözübüyük, Gölcüklü and Saygılı (n 3) 153-155; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 12) 19-22; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (3rd edn, Ekin, Bursa, September 2020) 527; Abdurrahman Eren, 'Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri' (2016) 33 Anayasa Yargısı, 231, 263-270; Yunus Emre Gül, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri', (2018) 18(36) Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi 215-237.

Adil yargılanma hakkı temel bir hak olmasına rağmen bu haktan feragat mümkündür. Geçerli bir feragatten söz edebilmek için ise feragatin şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olması ve feragat edilen hakkın/güvencenin önemiyle orantılı asgari güvencelerin sağlanmış olması gerekmektedir¹⁵.

III. Tahkim Yargılamalarında Meydana Gelen Adil Yargılanma Hakkı İhlali İddialarıyla Türkiye'ye Karşı Yapılabilecek Bireysel Başvurular

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarında adil yargılanma hakkıyla bağlı olup olunmadığı ve bağlı olunması halinde hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkının temel güvencelerini sağlayıp sağlamadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle söz konusu yargılamalarda meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlali iddialarına ilişkin olarak AİHM'e bireysel başvuru yapıp yapılamayacağına ele alınması gerekmektedir. Çünkü, anılan ihlallere istinaden AİHM'e bireysel başvuru yapılamayacağı sonucuna varılması halinde hakem heyetlerinin AİHS m. 6 ile bağlı olup olmadığının ve bağlı olması durumunda, ilgili güvenceleri sağlayıp sağlamadığının incelenmesi AİHM'e yapılacak başvurular açısından pratikte bir yarar sağlamayacaktır. Bu sonuca varılacak olsa dahi, bu sonuç yalnızca AİHM'e yapılan başvurular özelinde sonuç doğuracaktır ve hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkıyla veya bu kapsamda ele alınan haklara ve düzenlemelere bağlılığı ise ilgili ülkenin iç hukuku ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca değerlendirilecektir¹⁶. Bu sebeple, çalışmamız hangi durumlarda Türkiye'de yürütülen tahkim yargılamalarına istinaden adil yargılanma hakkı ihlali iddiasına ilişkin olarak AİHM'e bireysel başvuru yapılabileceğini incelemektedir ve Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarında hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkıyla bağlı olup olmadıkları ve bağlı olmaları halinde hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkının temel güvencelerini sağlayıp sağlamadığına ilişkin değerlendirmeler çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur¹⁷.

15 Hermi v. Italy [GC], App no 18114/02 (18 September 2006) para. 73; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 12) 355.

16 Sébastien Besson, 'Arbitration and Human Rights', (2006) 24(3) ASA Bulletin, 395, 402.

17 Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarında hakem heyetlerinin adil yargılanma hakkıyla olup olmadıklarına ilişkin kapsamlı değerlendirmeler için bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta 2023) 866 vd.; Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1. baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) s. 27 vd.; Ferda Nur Güvenalp, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (On İki Levha İstanbul 2018) 10 vd.; Aktepe Artık 'Adil Yargılanma' (n 12) 68-69; Saröz Büyükalp (n 3) 140; Massimo M. Benedettelli, 'Human Rights As a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience' (2015) 31(4) *Arbitration International*, 631, 643-651; Işıl Özkan, 'Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Özel Hukuka Etkisi' 2017, 19 (Özel Sayı), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 1767, 1813-1827; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' (2020) 40 *MHB* 79, 85 vd.; Toms Krümiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR* (Springer 2020), 38-63; Belkis Vural Çelenk, 'Tahkimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme' Nuran Okuyucu (ed), *Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 10-12 Nisan 2021 Bildiri Tam Metin Kitabı* (Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021), 495-504; Süheyla Balkar, 'AİHM Kararları Işığında AİHS m. 6 ve Tahkim' (Temmuz-Ağustos 2022) 17(209) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 683-722; Furkan Şahin, 'Milletlerarası Ticari Tahkimin Adil Yargılanma Hakkının Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi' (Nisan 2023) 14/54 *TAAD* 369, 374 vd.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarında adil yargılanma hakkının ihlali iddialarıyla AİHM'e bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı, AİHS m. 34 ve 35'de sayılan kabul edilebilirlik koşulları (*conditions of admissibility*) özelinde incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu koşullar, usule ilişkin, mahkemenin yargı yetkisine ilişkin ve esasa ilişkin kabul edilebilirlik koşulları olarak üç başlık altında incelenmektedir.

Usule ilişkin koşullar; iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, dört ay içinde başvuru yapılması, başvurunun anonim olmaması, başvurunun daha önce incelenmiş bir başvuru ile aynı olmaması, başvurunu diğer bir uluslararası soruşturma veya çözüm merciine sunulmuş bir başvuru ile aynı olmaması, başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olmamasıdır. Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin koşullar; mahkemenin kişi, yer, zaman ve konu bakımından yargı yetkisidir. Esasa ilişkin koşullar ise başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması ve başvurucunun önemli bir zarar görmüş olmasıdır.

Tahkim yargılamaları özelinde yukarıda sayılan koşullardan yalnızca AİHM'in kişi ve yer yönünden yargı yetkisinin ele alınması yeterli olacaktır. Diğer sayılan koşullar, devlet mahkemeleri önünde gerçekleşen hak ihlallerine ilişkin yapılan başvurulardan herhangi bir farklılık arz etmemektedir ve her birinin somut başvuru özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir. AİHM'in kişi ve yer yönünden yetkisi şartlarını tahkim yargılamaları özelinde farklı kılan hususlar bulunması sebebiyle bu çalışmada ele alınacaklardır.

A. AİHM'in Kişi Bakımından Yargı Yetkisini Haiz Olması

Mahkemenin kişi bakımından yargı yetkisi incelenirken, başvurucunun ve aleyhine başvuru yapılan tarafın AİHS' in aradığı vasıfları ve şartları taşıması aranmaktadır. Bu kapsamda, başvurucunun; gerçek kişi, tüzel kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grubu olması gerekmektedir (*AİHS m. 34*). Bu doğrultuda, kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişilerinin AİHM'e bireysel başvuru yapma hakları bulunmamaktadır. Kamu gücü kullanan tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz işletmelerinin ve ticari işletmelerinin başvuru olması mümkündür. İkinci olarak ise başvurucunun, Sözleşme veya Protokollerinde tanınan haklarının âkit ülke tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olması aranmaktadır¹⁸.

Aleyhine başvuru yapılan taraf ise AİHS'e taraf veya AİHS'in ilgili Protokolünü onaylamış bir devlet olmalıdır ve başvuru konusu hak ihlalinin ilgili devlete isnat edilebilir olması gerekmektedir¹⁹. Hak ihlalinin ilgili devlete isnat edilebilmesi için

18 Besson (n 16) 395-396; Gözler (n 14) 506.

19 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol öncesi dönemde, ek bir şart olarak âkit devletin kendisine karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmiş olması aranıyordu.

ihlale yol açan eylem veya işlem aleyhine başvuru yapılan devletin kamu otoriteleri, resmi görevlileri tarafından yapılmış olmalıdır²⁰. Söz konusu eylem ve işlemlerin aleyhine başvuru yapılan devletin ulusal sınırları içinde gerçekleşmiş olup olmaması ise önem arz etmemektedir. Bunun yanında, her ne kadar ihlale yol açan eylem veya işlem aleyhine başvuru yapılan devletin kamu otoriteleri, resmi görevlilerince yapılmamış olsa bile devletin söz konusu eylem ve işlemler hakkında özel hukuk kişilerini yetkilendirmiş olması halinde insan hakları hukukunun yatay etkisi doğrultusunda bu tür eylem ve işlemlerin ilgili devlete isnat edilebileceği kabul edilmektedir²¹. Zira, âkit devletler kişilerin haklarını ve özgürlüklerini ihlal etmeme (negatif yükümlülükler) yükümlülüğünün yanı sıra kişilerin hak ve özgürlüklerinin üçüncü kişilerce ihlal edilmemesi için gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür (pozitif yükümlülükler)²². Âkit devletlerin işbu pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olarak da, AİHS'in yatay etkisi kapsamında âkit devletler özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde meydana gelen ihlallerden de sorumlu tutulabilmektedir²³.

Tahkim yargılamaları bakımından AİHM'in kişi yönünden yargı yetkisini haiz olması için başvurucu yönünden aranan şartların devlet mahkemelerinin kararlarına

- 20 Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları (Kavram – Kaynaklar ve Koruma Sistemleri) (3rd edn, Yetkin, 2019) 857; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 12) 84; Gözler (n 14) 524.
- 21 Klasik dönemde bir meselenin insan hakları kapsamı içinde ele alınabilmesi için ilişkinin, olayın bir tarafının veya ihlali gerçekleştiren kişinin kamusal yetkileri kullanan kamu makamları olması aranmaktaydı. Gelişen ilişki ağı ve devletlerin özel hukuk ilişkilerine yaklaşımının değişmesi sonrasında insan hakları ihlallerinin kamusal alanların veya kamusal yetkilerin kullandığı işlemlerin sınırları dışında da sıklıkla meydana gelmesiyle anılan anlayış insan hakları müdahalesini yetersiz kılmaktaydı. Bunun üzerine, anılan anlayışın yanında görünüşte sözleşme özgürlüğü kapsamında eşitler arasında gerçekleşen ancak gerçekte taraflar arasındaki gerek pazarlık gücü gerek eldeki güç sebebiyle bir tarafın zayıf taraf olduğu işlemlere insan haklarının uygulanabilmesi için yatay etki teorisi geliştirilmiştir. Bu teori uyarınca temel hakların bireyle devlet arasındaki ilişkilerin yanında özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilere de uygulanabileceği kabul edilmektedir. AİHS bağlamında yatay etkinin dayanağı, taraf devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkese Sözleşmenin koruması altında olan hak ve özgürlüklerden yararlanma imkânı veren Sözleşmenin 1. maddesi ve etkililik ilkesidir. AİHS'in yatay etkisi ve yatay uygulanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Gavin Phillipson, 'The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper?', (1999) 62(6) *The Modern Law Review*, 824-849; Colm O'Cinnicid, 'Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights' (2003), *Hibernian Law Journal*, 77-108; Jean-François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7 (Avrupa Konseyi, 2008) 14-16; Charlotte Lilian Lane, The horizontal effect of international human rights law: Towards a multi-level governance approach. (Groningen, University of Groningen, 2018) 63-103; Oya Boyar, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki', in Sibel İnceoğlu (ed), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (3rd edn, Beta, İstanbul, 2013) 53-80; Ozan Ergül, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukukun Temelsizliği Üzerine', Erdal Onar'a Armağan (Cilt-1, Ankara, 2013) 440-468; H. Burak Gemalmaz, 'Spor Hukukunun İnsan Hakları Boyutu' in *T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu, Sporda Hak İhlalleri ve Denetim, Çalıştay Raporu, III. Oturum: Karşılaştırmalı Hukukta Spor Tahkimi ve İnsan Hakları Sorunları*, 2 Mart 2018 (Ankara, September 2018) 130, 137 vd; Mehmet Tayyar Karayığıt, 'AB Temel Haklar Şartı'nın Yatay Etkisi' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12 (2021) 685, 687-692; Süheyla Balkar, 'AİHM Kararları Işığında AİHS m. 6 ve Tahkim' (Temmuz-Ağustos 2022) 17(209) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi', 683, 694-700.
- 22 Jellinek'in geliştirdiği klasik anlayış kapsamında temel hak ve özgürlükler devletin hak ve özgürlük kullanımına müdahale etmemesi ve saygı göstermesidir. Devlete yüklenen bu yükümlülükler, negatif yükümlülükler olarak adlandırılmaktadır. Pozitif yükümlülükler ise devletin temel hakların garantörü olmasından hareketle kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli önlem ve tedbirlerin alınmasıdır. Pozitif yükümlülük, devleti etkin, hareketli, eylemli olmasını gerekli kılarken; negatif yükümlülükler devleti eylemsiz kalmaya zorlamaktadır. Pozitif ve negatif yükümlülük kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. Jean-François Akandji-Kombe, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler', *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7 (Avrupa Konseyi, 2008); Boyar (n 22) 53-80.
- 23 Akandji-Kombe (n 22) 15; Benedettelli (n 17) 640.

karşı yapılan başvurulara benzer olduğu ve herhangi bir farklılık arz etmediği görülmektedir²⁴. Farklılık gösteren husus aleyhine başvuru devlet yönünden ortaya çıkmaktadır. Tahkim (özellikle uluslararası tahkim) yargılamalarının ortaya çıkış nedenlerinin başında devlet yargısından ve devletin müdahalesinden uzak, tarafsız ve bağımsız bir yargılamanın temin edilmesi gelmektedir²⁵. Geline aşamada AİHM, hak ihlaline sebep olan olayın âkit devlete isnat edilebilir olmasını aramaktadır. Tahkim yargılamalarının âkit devlet organlarından bağımsız hakemlerce yürütülmekte olması sebebiyle tahkim yargılamasında meydana gelen hak ihlalleri için doğrudan âkit devletin sorumluluğuna başvurulmamaktadır²⁶. Örneğin, yakın tarihli bir kararda tahkim yargılamalarında gerçekleşen ihlal iddialarına istinaden yapılan başvurudaki hükümet savunmalarında ilk olarak başvurunun bu koşula ilişkin kabul edilebilirlik şartını sağlamadığı itirazı ileri sürülmüştür²⁷. İlk görüşte hükümet bu itirazında haklı olmasına karşın tahkim yargılaması sırasında veya sonrasında devlet mahkemelerinin müdahalesinin söz konusu olması halinde insan haklarının yatay etkisi ilkesi karşısında bu itiraz haklılığını yitirmektedir. Zira söz konusu yatay etki kapsamında âkit devlet mahkemelerinin denetimine veya yardımına başvurulması ve bu başvuru sonucundan tatmin olunmaması tahkim yargılamasında gerçekleşen hak ihlalinin âkit devlete isnat edilebilmesi için yeterli olmaktadır²⁸. Bu kapsamda birçok AİHM kararında âkit devletlerin sorumluluğunu doğuran eylem olarak devlet mahkemelerinin yardım ve denetim esnasında “*tahkim yargılamasının adilliği ve doğruluğuna ilişkin kontrol ve garanti*” sağlanması yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği esas alınmıştır²⁹. AİHM, bu yükümlülük kapsamında âkit devlet mahkemelerinden hakem kararının temel haklara uygunluğunu gözden geçirmesini beklemektedir³⁰. Örneğin, bu konudaki ilk kararlardan olan *R. v. İsviçre* kararında, tahkim yargılamasında meydana gelen ihlallerden taraf devletlerinin sorumlu tutulabilmesi için tarafların yardım veya denetim amacıyla taraf devlet mahkemelerine başvurmaları ve devletlerin bu yardım ve denetim yükümlülüğüne aykırı eylem ve işlemleri olması şartı aranmıştır³¹. Sonuç olarak, AİHM içtihatlarıyla geliştirilen insan hakları hukukunun yatay etkisi prensibine dayanan bu yaklaşımı kapsamında tahkim yargılamalarında gerçekleşen adil yargılanma hakkı ihlallerinin devlet mahkemelerince denetiminden (veya yardımdan) doğan sorumluluğu

24 Balkar (n 17) 693.

25 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 320.

26 Juan Carlos Landrove, ‘European Convention of Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration. AnE’ tat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Feature’ in SA Besson, M Hottelier and F Werro (eds), *Human Rights at the Center* (Schulthess, Zürich 2006), 73, 91; Kayalı (n 17) 27; Özdemir Kocasakal (n 17) 90; Balkar (n 17) 690, 694.

27 Mutu and Pechstein v. Switzerland, App nos. 40575/10 ve 67474/10 (ECHR 04.02.2019 Final) para. 60.

28 Balkar (n 17) 691. Birçok âkit devlet hukukunda hakem kararına karşı iptal davası açılabilmesinin öngörülmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlali karşısında devlet mahkemelerine başvuru aynı zamanda bir diğer kabul edilebilirlik şartı olan iç hukuk yollarının tüketilmesinin bir gereğidir.

29 Jacob BOSS Söhne KG v. Germany (Admissibility), App no. 18479/91, 01.12.1991; Benedettelli (n 17) 649; R. v. Switzerland, App No. 10881/84 (Commission Decision 4 March 1987), 11; Nordström-Janzen and Nordström-Lehtinen v. The Netherlands (Admissibility), App no. 28101/95, 27.11.1996.

30 Landrove (n 26) 92; Krümiş (n 17) 46.

31 R. v. Switzerland, (n 29) 11.

kapsamında âkit devletler aleyhine AİHM'e bireysel başvuru yapılabileceği kabul edilmektedir³².

AİHM'in tahkim yargılamasının âkit devletlere isnat edilebilirliğine dair hâlihazırdaki yaklaşımı yukarıda izah edildiği gibi olmasına karşın söz konusu yaklaşımın bu doğrultuda ilerleyip ilerlemeyeceğinden tereddüt duyulmasına sebep olabilecek kararlara rastlanmaktadır³³. Zira söz konusu kararlarda AİHM yatay etki prensibini dile getirmeksizin tahkim yargılamalarının denetlenmesindeki rolünden kaynaklı olarak ilgili başvuruların âkit devletlere isnat edilebilir olduğuna karar vermiştir³⁴. AİHM'in bu yaklaşımının anılan kararlara özgü olup olmadığı, bir genelleme şeklinde "âkit devletlerin, tahkim yargılamalarından kaynaklanan adil yargılanma hakkı ihlallerinden sorumluluğuna" dair yeni bir anlayışı geliştirmekte olup olmadığı ilerleyen yıllardaki kararları ile teyit edilecektir. Örneğin yakın tarihli *Mutu ve Pechstein v. İsviçre* kararında İsviçre Lozan merkezli Uluslararası Spor Tahkim Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) nezdinde görülen tahkim yargılamalarının İsviçre'ye isnat edilebilir olduğuna yani bu yargılamalarda gerçekleşen hak ihlallerine istinaden İsviçre'ye karşı AİHM'e başvurulabileceğine karar verilmiştir³⁵.

AİHM, yatay etki kapsamında âkit devletlerin tahkim yargılamalarında gerçekleşen ihlallerden sorumluluğunu çeşitli kriterlere dayandırmaktadır. Örneğin; CAS tahkim yargılamalarının İsviçre'ye isnat edilebilir olduğuna ilişkin kararında CAS'ın İsviçre hukukuna bağlı olarak uyumsuzlukları çözüme kavuşturması tahkim yerinin İsviçre'nin Lozan şehri olması sebebiyle yargılama yetkisini İsviçre hukukunun tanıdığı müsamahadan (yetkiden) almasına, verdiği kararların İsviçre hukukunda milli hakem kararı niteliğinde olmasına ve bu sebeple CAS kararının iptali için İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvuru yapılabilmesine dayanmıştır³⁶. Mahkeme, CAS yargılamalarını aynı zamanda bir tahkim yargılaması niteliğinde kabul ederek tahkim yargılamalarının, tahkim yeri olan devlet mahkemeleri tarafından denetlenmesi ve bu denetim sonucunda verilen kararların ilgili ülke sınırları içinde geçerlilik kazanması sebebiyle hakem heyetlerinin fiillerinin ve ihmallerinin CAS'ın tahkim yeri olan İsviçre'nin

32 Aleksandar Jakšić, 'Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings' (2007) 24(2) Journal of International Arbitration, 159, 162; Besson (n 16) 399; Benedettelli (n 17) 642; Kayalı (n 17) 27-29; Özdemir Kocasakal (n 17) 90; Krümiş (n 17) 17, 37, 46. Aksi yöndeki görüş için bkz. Charless Jarrosson, 'L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme' (1989) 4, *Revue de l'Arbitrage* 4, 573, 576-769 (Aktaran Krümiş (n 17) 39).

33 Gemalmaz, AİHM'in bu yaklaşımını şaşırtıcı bulmaktadır. Bkz. H. Burak Gemalmaz, 'Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration; The Contribution of the European Court of Human Rights' (2019)19 *The International Sports Law Journal*, 38, 48 dn 63 (Applicability).

34 *Mutu and Pechstein v. Switzerland* (2019) (n 27) para. 67.

35 *Mutu and Pechstein v. Switzerland* (2019) (n 27) para. 67; Özdemir Kocasakal (n 17) 91.

36 Ulrich Haas, 'Role and Application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS Procedures' (2012)3, *International Sports Law Review*, 43, 45-47; Frederique Faut, 'The Prohibition of Political Statements by Athletes and Its Consistency With Article 10 of the European Convention on Human Rights: Speech Is Silver, Silence is Gold?' (2014)14, *International Sports Law Journal*, 253, 257-262; Gemalmaz 'Spor Hukuku' (n 21) 139.

sorumluluğunu doğuracağı sonucuna varmıştır³⁷. AİHM, bu anlayışını *Beg S.p.a. v. İtalya* kararında sürdürmüş ve Roma Ticaret Odası Tahkim Divanı (Arbitration Chamber of the Rome Chamber of Commerce) nezdinde yürütülen tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın Roma Bölge Mahkemesince icra edilebilir olduğunun ilan edilmesi, ilgili hakem kararının iptali talebinin Roma İstinaf Mahkemesince incelenerek reddedilmesi ve son olarak bu karara karşı yapılan itirazın Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmesini İtalya'nın sorumluluğunu doğurması için yeterli görülmüştür³⁸. Sonuç olarak da Roma Ticaret Odası Tahkim Divanının eylem ve ihmallerini konu edinen bireysel başvurunun İtalya bakımından AİHM'in kişi yönünden yargı yetkisini sağladığı sonucuna varılmıştır³⁹.

AİHM'in geliştirdiği bu anlayış kapsamında Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarının Türkiye'ye isnat edilebilirliği incelenmelidir. Türkiye'de tahkim yargılamaları Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁴⁰ ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁴¹ olmak üzere iki farklı kanun hükümlerine tabi olarak yürütülmektedir. Çözümü için tahkime başvurulabilecek uyuşmazlık türleri yine bu kanunlarda (MTK m. 1/4, HMK m. 408) düzenlenmektedir. Tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem karara karşı Bölge Adliye Mahkemelerinde iptal davası açılabilen ve bu dava sonrası kesinleşen hakem kararı ilam niteliğine kavuşmakta ve taraflar için kesin hüküm etkisi doğurmaktadır. Her iki kanuna tabi olarak yürütülen tahkim yargılamaları neticesinde verilen kararlar milli hakem kararı olarak nitelendirilmektedir⁴². Netice olarak, Türk hakem kararlarının AİHM'in CAS kararlarında esas aldığı kriterleri sağlaması sebebiyle Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarında meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlallerinin Türkiye'ye isnat edilmesi mümkündür. Örneğin *Kolgu v. Türkiye* kararında ihtiyari tahkim yargılaması niteliğinde olan ve sporcu sözleşmesinden doğan alacağı ilişkin uyuşmazlık hakkında TFF Yönetim Kurulu ve itiraz üzerine de TFF Tahkim Kurulunca yapılan yargılamada adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Türkiye'ye karşı yapılan bireysel başvuru esastan değerlendirilmiştir⁴³. Anılan başvuruya konu uyuşmazlıkta, profesyonel futbolcu Önder Deniz Kolgu, 04.06.2003 tarihinde Vestel Manisaspor Futbol Kulübü ile "Protokol" adına iki sezonluk

37 Mutu and Pechstein v. Switzerland (2019) (n 27) para. 66-67; Gemalmaz 'Applicability' (n 33) 48.

38 *Beg S.p.a. v. Italy*, App. No 5312/11 (ECHR 20 May 2021) para. 63-65. Karar hakkında detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Gordon Nardell, 'The ECtHR Judgment in *BEG SpA v Italy*: A Human Right to a Conflict-Free Arbitrator? Part I', *Kluwer Arbitration Blog*, 29 July 2021; Gordon Nardell, 'The ECtHR Judgment in *BEG SpA v Italy*: A Human Right to a Conflict-Free Arbitrator? Part II', *Kluwer Arbitration Blog*, 29 July 2021; Francesco Seatzu, Paolo Vargiu, 'Three Views of a Secret: Missed Opportunities in the echr's Recent Case-Law on International Commercial Arbitration' (2021) 1 *The Italian Review of International and Comparative Law* 203-223; Dalia Višinskytė, Jelena Čuveljak and Remigijus Jokubauskas, 'The Duty Of Disclosure As A Basis For Fair Investment Arbitration Proceedings' (2022) 8(2) *International Comparative Jurisprudence* 129-137.

39 *Beg S.p.a. v. Italy* (2021) (n 38) para. 66.

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

41 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG: 05.07.2001/24453.

42 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 583.

43 *Kolgu v. Turkey*, App no.2935/07 (ECHR 23.08.2013).

profesyonel futbolcu sözleşmesi imzalamıştır. Kolgu, kulübün kendisine kestiği para cezasını iptal etmemesi ve vadesi gelen ücretlerin ödenmemesi sebebiyle 08.06.2004 tarihinde Protokolü feshetmiştir. Protokoldeki yetkilendirme uyarınca da para cezasının iptali, sözleşmesinin yasal feshinin tescilini, Kulübün Protokolden doğan vadesi gelen tutarları ve tazminat ödemesi talebiyle önce TFF Yönetim Kurulu'na başvurmuştur. Yönetim Kurulunun taleplerinin tamamını kabul etmemesi üzerine TFF Yönetim Kurulu'nun kararına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz etmiştir. Kolgu'nun itirazları üzerine dosya birçok kez Yönetim Kuruluna gönderilmiş ve sonrasında itiraz üzerine Tahkim Kurulunca incelenmiştir. Tahkim Kurulu, son incelemesini gizli duruşma yaparak gerçekleştirmiş ve nihai kararını vermiştir. Kolgu, TFF Tahkim Kurulu kararına karşı duruşmanın aleni yapılması talebinin reddedilmesi ve tanığının dinlenmemesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvuru yapmıştır. AİHM ise uyuşmazlığın çözümünde genel mahkemelere başvuru yolu açık olmasına rağmen başvuranın, Tahkim Kurulu önünde dava açmayı seçmiş olması sebebiyle başvurduğu yolun sunduğu sistemi kabul ettiğinin kabul edilmesi gerektiği ve ayrıca uyuşmazlığın teknik konulara ilişkin olduğunu ifade ederek aleni yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁴.

Tahkim yargılamalarıyla bağlantılı olarak AİHM'in kişi yönünden yargı yetkisini doğuracak ikinci ihtimal, hakem kararının tanınması veya tenfizi davalarında meydana gelen adil yargılanma hakkı ihlalleridir. Yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizi davası, doğrudan Türk mahkemelerince yürütülmesi sebebiyle bu davalarda meydana gelen hak ihlalleri doğrudan Türkiye'nin sorumluluğunu doğuracaktır. Bu davalar bakımından insan haklarının yatay etkisi teorisine başvurulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Tanıma ve tenfiz davalarında, davalı taraf tahkim yargılaması esnasında veya hakem kararına karşı başvuru yollarında (iptal davası gibi) meydana gelen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek kararın tenfizine engel olmak isteyebilir. Tenfiz mahkemesi söz konusu iddiaları tenfiz şartlarıyla sınırlı olarak özel bir yargılama usulünde inceleyeceği için mahkemenin bu incelemesi, ihlalin meydana geldiği ülkenin denetimi ve yardımından ayrı tutulmalıdır. Zira tenfiz mahkemesinin incelemesi neticesinde verilecek karar, tenfiz ülkesinde hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bu doğrultuda, tenfiz mahkemesinin yapacağı inceleme kendi ülkesinde hüküm doğuracak kararın kendi yargılama usulüne uygun olarak adil yargılanma hakkına uygunluğunu teyit etmeye yöneliktir. AİHM, bu anlayışı *Pellegrini v. İtalya* kararındaki değerlendirmesinde açık olarak ifade etmiştir. AİHM, anılan kararda tenfiz mahkemesinin sorumluluğunu değerlendirirken tenfiz mahkemesi olan İtalyan mahkemelerinin tanımaya konu kararın alındığı Vatikan mahkemeleri önündeki yargılamaların AİHS'in 6. maddesine uygun olup olmadığını inceleyip incelemediğini değil, tanıma kararından önce İtalyan mahkemelerinin ilgili Vatikan mahkemesi

44 Kolgu v. Türkiye (2013) (n 43) para. 44-46.

kararının 6. maddenin güvencelerini yerine getirdiği konusunda usulüne uygun olarak değerlendirme yapıp yapmadıklarını esas almıştır⁴⁵. Özetle, tenfiz mahkemesinin sorumluluğu bakımından esas alınan husus, hakem kararının alındığı yargılama değil, tenfiz mahkemesinin tenfiz şartlarına uygunluk yönünden yaptığı yargılama faaliyetidir⁴⁶. Bu kapsamda, hakem kararının tenfizine karar verecek olan Türk mahkemelerinin tenfizi talep edilen kararın adil yargılanma hakkının güvencelerini sağlayıp sağlamadığına ilişkin değerlendirmeleri ve kararı, doğrudan Türkiye'ye isnat edilebilecektir. Örneğin *Jacob BOSS Söhne KG v. Almanya* kararında ICC hakem kararının Almanya'da tenfizi için açılan davada davalının tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle tenfiz şartlarının sağlanmadığı itirazına rağmen tenfiz kararı verilmesi sebebiyle AİHM'e adil yargılanma hakkının ihlaline istinaden tenfiz ülkesine karşı bireysel başvuru yapılabileceğine karar verilmiştir⁴⁷.

B. AİHM'in Yer Bakımından Yargı Yetkisini Haiz Olması

AİHM'in yer bakımından yargı yetkisine sahip olması için başvuru konusu hak ihlalinin aleyhine başvuru yapılan âkit devletin yetki alanında veya bu devletin toprakları üzerinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Tahkim yargılamaları yönünden bu şartın sağlanabilmesi için tahkim yargılamalarının hangi ülkenin yargı yetkisi içinde ele alınması gerektiği belirlenmelidir. Tahkim yargılamasının doğrudan o ülkede yürütülerek karar alınması veya yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi neticesinde bir ülkenin yargı yetkisi içinde hüküm ve sonuç doğurması sebebiyle söz konusu şart, bu iki ihtimal özelinde değerlendirilecektir.

Tahkim yargılamaları klasik mahkeme yapılanması dışında âkit ülke mahkemelerinin müsaadesi ile ortaya çıkmıştır⁴⁸. Bu doğrultuda, tahkime yargılama yetkisini ve tarafları bağlayıcı karar verme gücünü veren devletlerin kanuni düzenlemeleridir. Bu sebeple, bir tahkim yargılamasının hangi ülkenin yargı yetkisi içinde olduğunun tespitinde ilgili tahkim yargılamasına yargılama yetkisi veren, verdiği kararın hukuki zeminde hüküm ve sonuç doğurmasına imkân tanıyan yasal düzenlemelerin ait olduğu devletin esas alınması

45 Pellegrini v. Italy, Appl. No. 30882/96 (20.01.2001), para. 40. Anılan kararda Vatikan Mahkemesince verilen evliliğin feshi kararının İtalyan Mahkemesinde tanınması talep edilmiştir. Davalı ise Vatikan Mahkemesince yürütülen yargılamada mahkemenin sorgulaması öncesinde dava hakkında bilgilendirilmediği, avukat yardımıyla yararlanma imkânı tanınmadığı, dava dosyasının kopyasını talep etme hakkından haberdar edilmediği ve sonuç olarak savunma haklarından önemli ölçüde mahrum kaldığını ileri sürerek tanıma talebinin reddini talep etmiştir. İtalyan mahkemesi ise söz konusu iddialara karşın tanıma kararı vermiştir. AİHM ise ileri sürülen iddiaların adil yargılanma hakkının ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. Pellegrini v. Italy (2001) (n 45) para. 33-48. Aynı anlayışın benimsenmekte olduğunu gösterir sonraki tarihli AİHM kararları için bkz. Saccoccia v. Austria (dec.), Appl. no. 69917/01, (5 July 2007) para. 64; Avotiņš v. Latvia ([GC], Appl. No: 17502/07, (23 May 2016) para. 98; Dolenc v. Slovenia, Appl. No: 20256/20 (20.10.2022) para. 60.

46 İpek Sariöz Büyükalp, 'Adil Yargılanma Hakkının Türk Tanıma ve Tenfiz Hukukuna Etkileri', in Zeynep Derya Tarman (ed) *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı II*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No: 8 (2018 Temmuz, İstanbul) 123, 129 (Tanıma ve Tenfiz); Hatice Selin Pürselim, Can Yöney, 'Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2022) 42(1) PPIL, 357, 367-368.

47 *Jacob BOSS Söhne KG v. Germany (Admissibility)* (n 29).

48 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 17) 781-782; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2nd edn, On İki Levha 2023) 783-784; Şanlı (n 25) 324.

gerektiği kanaatindeyiz. Zira hakem kararı ilgili ülkenin devlet mahkemesi kararı gibi hüküm ve sonuçlarını öncelikle o ülkede doğurmaktadır⁴⁹. Zira âkit devlet bu ihtimalde, yasal düzenlemeleri ile tahkim yargılamalarının gerçekleşmesine müsaade ederek, tahkim yargılamalarına devlet mahkemeleri aracılığıyla yardım ve müdahale ederek, yargılama sonucu verilen kararı iptal davası (veya başkaca yollarla) ile denetleyerek ve en sonunda hakem kararlarının hukuki zeminde devlet mahkemesi kararları gibi hüküm ve sonuç doğurmasına imkân sağlayarak tahkim yargılamalarında önemli rol oynamaktadır⁵⁰. Bu kapsamda, birçok ülke kendi ülke kanunlarınca yürütülecek tahkim yargılamalarının tespitinde tahkim yerinin o ülkede olmasını arıyor olması sebebiyle, bu hususta tahkim yerinin doğrudan esas alınabileceği kanaatindeyiz⁵¹. Fakat, MTK m.1/2, kanunun uygulama alanını tahkim yeri Türkiye olarak kararlaştırılmamasına karşın MTK hükümlerinin taraflar veya hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıkları konu edilen tahkim yargılamaları ile genişleten hüküm de olduğu gibi devletler kendi yargı yetkisi içinde yürütülecek tahkim yargılamalarını kanunun kapsamı içine almıştır. Devletler, anılan hükümde olduğu gibi, kendi yargı yetkisi içinde yürütülecek tahkim yargılamalarını tahkim yeri kriteri dışındaki başkaca kriterlere de tabi kılabilmektedir. Bu sebeple, bu tür ayrık durumları da kapsayıcı olması adına söz konusu tahkim yargılamalarının hangi devletin yargı yetkisi içinde olduğunun tespitinde ilgili tahkim yargılamasının (yargılama usulünün) hangi devlet kanunlarına göre yürütüldüğünün ve denetim (iptal davası vb. başkaca yollar) için hangi devletin mercilerine başvurulduğunun esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yaklaşımın, aynı zamanda mahkemeye başvuru hakkı kapsamı içinde değerlendirilen hükmün icrası hakkına daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Hükmün icrası hakkı, kişilere yargılama neticesinde verilen kararın yerine getirilmesi hakkını tanımaktadır⁵². Tahkim yargılamaları bakımından bu hakkın yerine getirilebilmesi için de hakem kararının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu taraf devleti dikkate alınmalıdır.

Tahkim yargılamasının hangi devlet kanununa göre yürütüldüğü kriterinin esas alınmasının sonucu olarak, tahkim yargılamalarında fiziki toplantıların, duruşmaların, keşiflerin ilgili devlet sınırları dışında yapılmış olması söz konusu şartın sağlanmasında etki doğurmayacaktır ve ilgili tahkim yargılamasını söz konusu devlette yapılan yargılama olmaktan çıkarmayacaktır.

49 Benedettelli (n 17) 638-639.

50 Balkar (n 17) 691.

51 Benedettelli (n 17) 646; Krümiņš (n 17) 18; Balkar (n 17) 690-691.

52 Hükmün icrası hakkı, AİHS m.6/1'in kapsamı içinde ele alınan mahkemeye başvuru hakkının bir unsurudur. Bu hak, mahkeme önünde hak arama özgürlüğünün ve karar hakkının tamamlayıcısıdır. Bu hakkın olmadığı bir varsayımda, kişilerin uyuşmazlığın çözümü için mahkeme başvurularına imkân tanınmanın bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü kişiler mahkemeye başvurmasındaki hukuki yarar, uyuşmazlık hakkında verilecek kararın hayata geçirilmesidir. Aksi takdirde, kişiler mahkemeye başvurarak elde etmek istedikleri menfaat kağıt üstünde kalacak bir karar elde etmek değildir. Hükmün icrası hakkı, Hornsby v. Yunanistan kararı sonrası adil yargılanma hakkının kapsamı içinde değerlendirilmeye başlanmış ve taraf devletler hükmün icrası ile yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülük kapsamında taraf devletlerin gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu noktada taraf devletler, aleyhine hükmedilen tarafı olması halinde kararın gecikmesizin uygulamakla yükümlü kılınırken; karardaki taraflardan biri olmaması halinde ise etkin bir cebri icra prosedürü kurmak ve bu prosedürün gecikmesizin, yasal boşluklar olmaksızın işletmekle yükümlü kılınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu (n 1) 151-153; Kaşkara (n 8) 119 vd; Aktepe Artık 'Adil Yargılanma' (n 12) 156-170; Sarıöz Büyükalp (n 3) 144-153.

AİHM'in tahkim yargılamaların aistinaden âkit devletler bakımından kişi yönünden yargı yetkisinin tesisinde esas aldığı yaklaşımı, yukarıda izah edilen tahkim yargılamaları bakımından âkit devletler bakımından yer yönünden yargı yetkisinin tesisine dair değerlendirmeleri etkisiz kılmaktadır. Zira önceki başlıkta izah edildiği üzere, AİHM, kişi yönünden yargı yetkisinin tesisinde yatay etki prensibini esas almakta ve devletlerin tahkim yargılamalarının denetimi ve yardım faaliyetlerindeki ihmali üzerinde odaklanmaktadır. Bu denetim ve yardım faaliyetleri (iptal davası vb. başvuru yolları) ise çoğunlukla devlet mahkemelerince veya devlet kurumlarınca yerine getirilmesi sebebiyle ilgili devlet yönünden yargı yetkisi de kendiliğinden sağlanmış olmaktadır. Fakat, tarafların hakem kararına karşı başvuru yolundan önceden feragat etmiş olmaları halinde, AİHM'in bu anlayışı kapsamında incelenebilecek bir denetim faaliyeti (mahkeme kararı vb.) söz konusu olmayacaktır. Bu ihtimalde, yukarıda izah edilen tahkim yargılamasının (yargılama usulünün) hangi devlet kanunlarına göre yürütüldüğü kriterine başvurularak AİHM'in yer yönünden yargı yetkisinin belirlenmesi gerekecektir.

AİHM'in yargı yetkisinin tesisi bakımından değerlendirilmesi gereken ikinci ihtimal, tanınması veya tenfiz sonrası yabancı hakem kararının verildiği ülkeden başka bir ülkede hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır⁵³. Bu ihtimalde, yargı yetkisi tesis edilirken yürütülen yargılama faaliyetine ve etkisine odaklanılmaktadır⁵⁴. Bu aşamada tahkim yargılamasının tabi olduğu devletin dışında başka bir devlet mahkemelerinde yargılama yürütülmekte ve bu yargılama sonucunda ilgili hakem kararı farklı bir ülkenin yargı yetkisi içinde de hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Netice olarak, ilgili hakem kararı ikinci bir ülkenin milli hakem kararı niteliğini kazanmaktadır. Bu sebeple, tahkim yargılamasının yürütüldüğü ülkedeki mahkemelerin yardım ve denetim faaliyeti ile tenfiz mahkemesinin faaliyeti, AİHM'in yargı yetkisinin tesisi bakımından eşdeğer etki doğurduğu söylenebilir.

Tenfiz ülkesi mahkemesi, tahkim yargılamasında meydana gelen ihlal iddialarını tenfiz şartları yönünden denetlemekle görevlidir. Tenfiz mahkemesinin değerlendirmesi ile tahkim yargılamasının yürütüldüğü ülkede hakem kararını denetleyen mahkemenin değerlendirmesi birbiriyle örtüşür gözükmemekte ise de her iki değerlendirme arasında birtakım farklılıklar mevcuttur. Tenfiz ülkesi dolaylı koruma kapsamında adil yargılanma hakkını ihlal eden bir kararın kendi ülkesinde hüküm ve sonuç doğurmasına izin vermemekle sorumluyken⁵⁵; denetim yapan mahkeme adil yargılanma hakkını ihlal eden bir kararın hukuki zeminde hüküm ve sonuç doğurmasına engel olmakla yükümlüdür. Bu doğrultuda, tenfiz mahkemesi negatif yükümlülük yüklenmişken, denetim mahkemesi pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Belirtmek gerekir ki, yabancı

53 Krümiňš (n 17) 18.

54 Benedettelli (n 17) 656.

55 Sariöz Büyükalp, 'Tanıma ve Tenfiz' (n 46) 130.

mahkeme (veya hakem) kararının tanınması veya tenfizi bir hak olarak görülmesi sebebiyle taraf devletlere aynı zamanda pozitif yükümlülük yükleyen bir haktır⁵⁶. Bunun yanında, denetim mahkemesinin asıl görevi tahkim yargılamasının AİHS'in 6. maddesine uygun olup olmadığını incelemek iken; tenfiz mahkemesinin asıl görevi, kendi usulüne uygun olarak yürüttüğü yargılamada hakem kararının AİHS 6. maddenin güvencelerini yerine getirdiğini değerlendirmektir⁵⁷. Denetim mahkemesinin yükümlülüğün ihlali AİHS'in dolaylı olarak ihlal edilmesi anlamına gelirken, tenfiz mahkemesinin yükümlülüğünün ihlali AİHS'in doğrudan ihlaline sebebiyet vermektedir⁵⁸. Bu anlayış neticesinde, AİHM her iki mahkemeyi tahkim yargılamasını veya hakem kararını kendi usullerine göre değerlendirmekle yükümlü kılarak her iki mahkemenin sorumluluğunu birbirinden bağımsız ele aldığı görülmektedir⁵⁹. Gerek sorumluluğu doğuran esasın hakem kararının denetiminden ve yardımından farklı olması gerek doğrudan bir devlete isnat edilen ve devletin yargı yetkisi içinde kalan bir yargılamanın mevcut olması sebebiyle tenfiz mahkemesinin hakem kararının adil yargılanma hakkına uygunluğuna ilişkin ihlallere dair değerlendirmeler ilgili ülke bakımından AİHM'in yer yönünden yargı yetkisini doğurabilmektedir⁶⁰.

Türkiye bakımından hakem kararlarının tenfizi kapsamında yapılan denetimden doğan sorumluluk veya bizzat tenfiz yargılamaları esnasında meydana gelen ihlallerden ötürü Türkiye aleyhine AİHM'e başvuru yapılmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir⁶¹. Zira tenfiz aşamasında devlet mahkemelerinde bir yargılama yürütülmesi ve bu yargılama sonucunda ilgili kararın milli hakem kararı niteliğini kazanması sebebiyle doğrudan devlete isnat edilen ve devletin yargı yetkisi içinde kalan bir yargılama mevcuttur⁶². Bu sebeple, bu yargılamalar özelinde meydana gelen ihlallerden ötürü Türkiye'nin yargı yetkisinin doğacağı kuşkusuzdur. Örneğin, *K v. İtalya* kararında İtalya mahkemesinin Polonya mahkemesinin verdiği bir nafaka kararı hakkında makul süre içinde tenfiz kararı vermediği için adil yargılanma hakkının ihlaline karar verilmiştir⁶³. Bunun yanında, dolaylı koruma uyarınca adil yargılanma hakkını ihlal eden bir kararın tenfizine engel olma yükümlülüğünün ihlal edilmesi sebebiyle de Türkiye aleyhine başvuru yapılabilir⁶⁴. Dolaylı korumaya istinaden başvuru yapılabilmesi için ise Türk mahkemelerinin hakem kararın verildiği yabancı devletin AİHS m. 6'ya aykırı işlem

56 Sariöz Büyükalp, 'Tanıma ve Tenfiz' (n 46) 141.

57 Pellegrini v. Italy (2001) (n 45) para. 40; Aşlı Bayata Canyaş, 'Tanıma/Tenfiz Davası ve AİHS m.6 – Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Güvencelerin Tam Tatminini Arayan AİHM Yaklaşımı' 203 (Temmuz 2023) Terazi Hukuk Dergisi 38, 41.

58 Sariöz Büyükalp, 'Tanıma ve Tenfiz' (n 46) 131; Bayata Canyaş (n 59) 40.

59 K v. Italy, Appl. No: 38805/97 (20.07.2004), para. 21; Sariöz Büyükalp, 'Tanıma ve Tenfiz' (n 46) 142.

60 Adil yargılanma hakkının tanıma ve tenfiz davaları üzerindeki etki hakkında detaylı incelemeler için bkz. Sariöz Büyükalp, 'Tanıma ve Tenfiz' (n 46) 123-204; Bayata Canyaş (n 59) 38-52.

61 Benedettelli (n 17) 656; Güvenalp (n 17) 173.

62 Aktepe Artık 'Adil Yargılanma' (n 12) 70; Sariöz Büyükalp, 'Tanıma ve Tenfiz' (n 46) 143.

63 K v. Italy (2004) (n 61) para. 32-38.

64 Güvenalp (n 17) 173.

veya eylemini önlememiş olması gerekmektedir⁶⁵. Örneğin *Jacob BOSS Söhne KG v. Almanya* kararında ICC hakem kararının Almanya'da tenfizi için açılan davada davalının tahkim yargılanmasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle tenfiz şartlarının sağlanmadığı itirazına rağmen tenfiz kararı verilmesi sebebiyle AİHM'e adil yargılanma hakkının ihlaline istinaden bireysel başvuru yapılabileceğine karar verilmiştir⁶⁶.

Sonuç

Tahkim yargılamaları, devlet mahkemelerine alternatif olarak ortaya çıkmasına karşın taraflara sunduğu avantajlar itibarıyla uygulamada nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemeleriyle eşdeğer başvuru yoğunluğuna adım adım yaklaşmaktadır. Tahkim yargılamalarında, uyuşmazlığın esası hakkında tarafları bağlayıcı bir yargılama yürütülmekte olması sebebiyle bu yargılamalara ilişkin en önemli beklenti yargılamaların adil yürütülmesidir. Bu beklentiye karşılayacak en önemli kurumun adil yargılanma hakkı olduğu kuşkusuzdur. Fakat, tahkim yargılamalarının bir bütün olarak devlet mahkemelerinin denetimi altında olmaması bu yargılamaların adil yargılanma hakkıyla bağlı olup olmadığı, olması halinde ihlal halinde AİHM'e başvuru yapılıp yapılamayacağı güncel endişelerin başında gelmektedir.

AİHM'e adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin yapılacak başvuruların esastan incelenebilmesi için öncelikle başvurunun AİHS m. 34 ve 35'de sayılan kabul edilebilirlik şartlarını sağlaması gerekmektedir. Söz konusu şartlardan AİHM'in kişi ve yer yönünden yargı yetkisi dışındaki diğer şartlar, devlet mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan başvurularla benzerlik arz etmektedir. AİHM'in kişi ve yer yönünden yargı yetkisi şartları ise tahkim yargılamaları bakımından özellik arz edebilmektedir.

Tahkim yargılamaların taraflarının çoğunlukla gerçek kişi, tüzel kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grubu olması sebebiyle AİHM'in kişi yönünden yargı yetkisi şartı başvuru yönünden sağlanmaktadır. Bu noktada, özellik arz eden husus tahkim yargılamalarının devlet yargısından bağımsız olması sebebiyle aleyhine başvurulacak devletin belirlenmesidir. Zira AİHS'in yargı yetkisinin doğması için

65 Sariöz Büyükalp (n 3) 425. Âkit devletler, dolaylı koruma kapsamında ihlal her ne kadar taraf devletin kendi işlem ve eylemlerinden meydana gelmemiş olsa da kendi eylem ve eylemleri sonucunda yabancı devlette (devletin işlem ve eylemlerine bağlı olarak) ortaya çıkabilecek ihlalleri önlemekle sorumlu tutulmaktadır. Örneğin, bu korumanın geliştirildiği *Soering v. Birleşik Krallık* kararında olduğu gibi kişinin AİHS'e taraf olmayan bir ülkeye sınır dışı edilmesi veya geri gönderilmesi halinde AİHS ile koruma altına alınan haklarının ihlal edilme tehlikesi bulunması dolaylı olarak âkit devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Dolaylı korumanın tanıma ve tenfiz davaları yönünden etkisi ise AİHS'in koruma altına aldığı hakları ihlal eden bir kararın tanınması ve tenfiz edilmesi ile gündeme gelecektir. Dolaylı koruma ile dolaylı korumanın tanıma ve tenfiz davalarında etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı Yayınevi, Ankara, 2012) 147-162; Sariöz Büyükalp (n 3) 421-451; Ana Rita Gil and Susana Almeida, 'The Direct And Indirect (Par Ricochet) Protection of Migrants in The Light of The European Convention on Human Rights: Brief Notes on The Evolution Of The Strasbourg Court's Case-Law' (2021) 3(1) *Humanities and Rights Global Network Journal*, 119, 123-126.

66 *Jacob BOSS Söhne KG v. Germany (Admissibility)* (n 29).

aleyhine başvuru devlet, AİHS ve Protokollerini onaylayan bir devlet olması gerekmektedir. Tahkim yargılamaları bakımından aleyhine başvurulacak devlet ise AİHS'in yatay etki kapsamında tahkim yargılamalarının denetimi veya yardım için başvuru devlettir. Bu devlet ise çoğunlukla tahkim yeri olarak kararlaştırılan devlet olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim yargılamalarının yer yönünden yargı yetkisinin tespitinde ise tahkim yargılamalarının hangi ülkenin yargı yetkisi içinde ele alınması gerektiği belirlenmelidir. Bu noktada, yasal düzenlemeleri ile tahkim yargılamalarının gerçekleşmesine müsaade etmesi, devlet mahkemeleri aracılığıyla yardım etmesi, yargılama sonucu verilen kararı iptal davası (veya başkaca yollarla) ile denetleyerek hukuki zeminde devlet mahkemesi kararları gibi hüküm ve sonuç doğurmasına imkân sağlaması sebebiyle tahkim yargılamalarının, yürütüldüğü kanunların ait olduğu ülkenin yargı yetkisi içinde olduğu kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarından kaynaklanan adil yargılanma hakkı ihlalleri Türkiye bakımından AİHM'in kişi yönünden yargı yetkisini doğuracaktır.

Tahkim yargılamalarına bağlı olarak adil yargılanma hakkı ihlali gündeme gelebilecek ikinci ihtimal, hakem kararının tanınması veya tenfizi davalarıdır. Bu davalar, doğrudan bir devlet mahkemesince yürütülmesi ve verilen kararların tenfiz ülkesinde hüküm ve sonuçlarını doğurması sebebiyle bu davalardan kaynaklanan hak ihlallerinin AİHM'in Türkiye bakımından kişi yönünden yargı yetkisini doğuracağı aşikârdır. Bu davalar yönünden, yer yönünden yargı yetkisinin tesisinde ise yürütülen yargılama faaliyetine ve etkisine odaklanılmaktadır. Zira, AİHM, tenfiz mahkemesinin görevini, tahkim yargılamasının yürütüldüğü yerdeki denetim ve yardım faaliyeti yürüten mahkemenin görevinden ayırmaktadır. Bunun sonucu olarak da, tenfiz ülkesi bakımından AİHM'in yer yönünden yargı yetkisi doğmaktadır. Bu doğrultuda, Türk mahkemelerinin yabancı hakem kararının tenfizi veya tanınmasında gerek hakem kararının adil yargılanma hakkına uygunluğuna ilişkin ihlallere dair değerlendirmeler gerekse de doğrudan tenfiz davasında meydana gelen ihlallerden ötürü Türkiye bakımından AİHM'in yer yönünden yargı yetkisi doğacaktır.

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: H.S.P, E.Ç.; Veri Toplama: E.Ç.; Veri Analizi /Yorumlama: H.S.P, E.Ç.; Yazı Taslağı: H.S.P, E.Ç.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: H.S.P.; Son Onay ve Sorumluluk: H.S.P, E.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.

Author Contributions: Conception/Design of study: H.S.P, E.Ç.; Data Acquisition: E.Ç.; Data Analysis/Interpretation: H.S.P, E.Ç.; Drafting Manuscript: H.S.P, E.Ç.; Critical Revision of Manuscript: H.S.P.; Final Approval and Accountability: H.S.P, E.Ç.

Bibliyografya/Bibliography

- Akandji-Kombe JF, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler', *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7 (Avrupa Konseyi, 2008).
- Akıllıoğlu T, *İnsan Hakları (Kavram – Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)* (3rd edn, Yetkin, 2019).
- Aktepe Artık S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma* (Seçkin, Ankara, 2014).
- Balkar S, 'AİHM Kararları Işığında AİHS m. 6 ve Tahkim' (Temmuz-Ağustos 2022) 17(209) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 683-722.
- Bayata Canyaş A, 'Tanıma/Tenfiz Davası ve AİHS m.6 – Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Güvencelerin Tam Tatminini Arayan AİHM Yaklaşımı' 203 (Temmuz 2023) Terazi Hukuk Dergisi 38-52.
- Benedettelli MM, 'Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience' (2015) 31(4) Arbitration International 631-659.
- Besson S, 'Arbitration and Human Rights' (2006) 24(3) ASA Bulletin 395-416.
- Boyar O, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki' in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3rd edn, Beta, İstanbul, 2013) 53-80.
- Çelik A, *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)* (Adalet Yayınevi, Ankara, 2007).
- Çelikel A, Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Demircioğlu İ, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2007).
- Doğan İ and Demirdal MB, 'Adil Yargılanma Hakkı' in İlyas Doğan (ed), *İnsan Hakları Hukuku* (2nd edn, Astana Yayınları, Ankara, 2015).
- Erdoğan G, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Adalet Yayınevi, Ankara, 2011).
- Erdoğan M, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (3rd edn, Orion Kitabevi, Ankara, 2012).
- Ergül E, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı Yayınevi, Ankara, 2012).
- Faut F, 'The Prohibition of Political Statements by Athletes and Its Consistency With Article 10 of the European Convention on Human Rights: Speech Is Silver, Silence is Gold' (2014) 14 International Sports Law Journal 253-263.
- Gemalmaz HB, 'Spor Hukukunun İnsan Hakları Boyutu' in *T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu, Sporda Hak İhlalleri ve Denetim, Çalıştay Raporu, III. Oturum: Karşılaştırmalı Hukukta Spor Tahkimi ve İnsan Hakları Sorunları, 2 Mart 2018* (Ankara, Eylül 2018) 130-152.
- Gemalmaz HB, 'Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration; The Contribution of the European Court of Human Rights' (2019)19 The International Sports Law Journal 38-58 (Applicability).
- Gil AR and Almeida S, 'The Direct And Indirect (Par Ricochet) Protection of Migrants in The Light of The European Convention on Human Rights: Brief Notes on The Evolution Of The Strasbourg Court's Case-Law' (2021) 3(1) Humanities and Rights Global Network Journal 119-145.

- Gölcüklü F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma' (Ocak-Haziran 1994) 49(1-2) AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan) 199-234.
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Baskı, Ekin, Bursa, Eylül 2020).
- Grabenwarter C, *European Convention on Human Rights: Commentary* (C.H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, München, 2014).
- Gül YE, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri' (2018) 18(36) Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi 215-237.
- Güvenalp FN, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (On İki Levha İtatanbul 2018).
- Haas U, 'Role and Application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS Procedures' (2012) 3 International Sports Law Review 43-60.
- Harris D, O'Boyle M, Bates E and Buckley C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Harris, O'Boyle & Warbrick* (Güncelleştirilmiş Dördüncü Bası, Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021).
- İnceoğlu İ, 'Adil Yargılanma' in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013).
- İnceoğlu İ, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Tıpkı Dördüncü Baskı, Beta, İstanbul, 2013).
- İnceoğlu S, 'Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi' in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013).
- Jaksic A, 'Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings' (2007) 24(2) Journal of International Arbitration, 159-171.
- Janis MW, Kay RS and Bradley AW, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3rd edn, Oxford University Press, Oxford, 2008).
- Kalabalık H, *İnsan Hakları Hukuku* (2nd edn, Seçkin, Ankara 2009).
- Kalpsüz T, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin, 2010).
- Kaşıkarı MS, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye* (Adalet Yayınevi, Ankara, 2009).
- Kayalı D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (Seçkin, Ankara, 2015).
- Krūmiņš T, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR* (Springer 2020).
- Landrove JC, 'European Convention of Human Rights' Impact on Consensual Arbitration. AnE' tat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Feature' in SA Besson, M Hottelier and F Werro (eds), *Human Rights at the Center* (Schulthess, Zürich 2006), 73-101.
- Lane CL, *The Horizontal Effect of International Human Rights Law: Towards a Multi-Level Governance Approach* (Groningen, University of Groningen, 2018) 63-103.
- Mehmet Tayyar Karayığit, 'AB Temel Haklar Şartı'nın Yatay Etkisi' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12 (2021) 685-702.
- Mole N and Harby C, 'The Right to A Fair Trial: A Guide to the implementation of Article 6 of The European Convention on Human Rights' *Human Rights Handbooks, No:3*, (Concil of Europe Publishing, Strasbourg, 2006) 6 < <https://rm.coe.int/168007ff49> > Erişim Tarihi 27.07.2023.

- Nardell G, 'The ECtHR Judgment in BEG SpA v Italy: A Human Right to a Conflict-Free Arbitrator? Part I', Kluwer Arbitration Blog, 29 July 2021.
- Nardell G, 'The ECtHR Judgment in BEG SpA v Italy: A Human Right to a Conflict-Free Arbitrator? Part II', Kluwer Arbitration Blog, 29 July 2021.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- O'Cinnicide C, 'Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights' (2003) *Hibernian Law Journal* 77-108.
- Özdek Y, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye* (TODAİE Yayınları, 2004).
- Özdemir Kocasakal H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' (2020) 40 *MHB* 79-123.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS and Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2nd edn, On İki Levha 2023).
- Özkan I, 'Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Özel Hukuka Etkisi' 2017, 19 (Özel Sayı), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 1767-1834.
- Phillipson G, 'The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper?' (1999) 62(6) *The Modern Law Review* 824-849.
- Pürselim HS, Yöney C, 'Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2022) 42(1) *PPIL* 357-390.
- Samuel A, 'Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights', (2004) 21(5) *Journal of International Arbitration* 413-437.
- Sarıöz Büyükalp Aİ, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Özel Hukuku Üzerindeki Etkisi* (On İki Levha, 2018).
- Sarıöz Büyükalp İ, 'Adil Yargılanma Hakkının Türk Tanıma ve Tenfiz Hukukuna Etkileri', in Zeynep Derya Tarman (ed) *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı II*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 8 (2018 Temmuz, İstanbul) 123-204 (Tanıma ve Tenfiz).
- Seatzu F, Vargiu P, 'Three Views of a Secret: Missed Opportunities in the echr's Recent Case-Law on International Commercial Arbitration' (2021) 1 *The Italian Review of International and Comparative Law* 203-223.
- Şahin F, 'Milletlerarası Ticari Tahkimin Adil Yargılanma Hakkının Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi' (Nisan 2023) 14/54 *TAAD* 369-394.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta 2023).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Tezcan D, Erdem MR and Sancaktar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (2. Baskı, Seçkin, Ankara 2004).
- Višinskýtý D, Čuveljak J and Jokubauskas R, 'The Duty Of Disclosure As A Basis For Fair Investment Arbitration Proceedings' (2022) 8(2) *International Comparative Jurisprudence* 129-137.
- Vural Çelenk B, 'Tahkimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme' in Nuran Okuyucu (ed), *Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 10-12 Nisan 2021 Bildiri Tam Metin Kitabı* (Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021), 495-504.
- White RCA and Ovey C, Jacobs, *White & Ovey: The European Convention on Human Rights* (5th edn, Oxford University Press, Oxford, 2010).
- AİHM kararları için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>



Türk ve Alman Ceza Hukuku Perspektifinden Roma Statüsü'nün İştirake Dair Hükümlerinin İncelenmesi*

The Examination of the Rome Statute's Provisions on Participation from the Perspective of Turkish and German Criminal Law

Sercan Tokdemir**

Öz

Failler dışında suça katılanların cezalandırılması için ceza kanunlarında iştirake ilişkin hükümler düzenlenir. Uluslararası mahkemelerin kuruluş belgelerinde ve içtihatlarında iştirak kurumu bu disipline özgü prensipler çerçevesinde şekillenmiştir. Bu durum, uluslararası ceza hukukunun bir parçası ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurucu belgesi olan Roma Statüsü için de geçerlidir. Uluslararası suçlar bakımından asıl sorumlu görülen kişi suç tipinin maddi unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişi değildir. Tipik fiillerin işlenmesine neden olan kişiler, arka planda duran üst düzey idareciler ve komutanlardır. Bu bağlamda planlama, komplo, müşterek suç girişimi, üstün sorumluluğu gibi bazı farklı sorumluluk şekilleri ve iştirakin klasik görünüş şekilleri olarak faillik, azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir. Roma Statüsü md 25 (3) (a) bendinde tek başına, başkalarıyla birlikte ve başkası aracılığı ile suç işleyen kişinin sorumlu olacağı ifade edilerek doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik; md 25 (3) (b) bendinde azmettirme ve yardım etme şeriklik şekilleri olarak kabul edilmiştir. Azmettirmenin bir işleniş şekli olan emretme ise bağımsız bir iştirak şekli olarak ayrıca düzenlenmiştir. Hükümde “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Statü'de akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) cezalandırılmamıştır. Bununla birlikte soykırım suçuna doğrudan ve alenen tahrik bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Müşterek suç girişimi (md 25 (3) (d)) iştirak benzeri bir kurum olarak düzenlenirken, uluslararası ceza hukukunun gereksinimleri doğrultusunda üstlerin sorumluluğu öğretisi (md 28) bir başka sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Roma Statüsü, müşterek suç girişimi, (akim kalmış) azmettirme, üstlerin sorumluluğu, fail arkasında fail

Abstract

Criminal codes are used to regulate provisions on participation to penalize those who contribute to crimes, except for the perpetrator. Furthermore, participation is shaped within the framework of specific principles in the statutes and case laws of international courts, as in the example of the Rome Statute, which is a part of international criminal law and the statute of the International Criminal Court (ICC). In international crimes, the person who personally perpetrated the *actus reus* of the crime is not deemed responsible. The persons who cause the commission of typical acts are senior administrators and commanders at the background. Herein, certain modalities of responsibility, such as planning, conspiracy, joint crime, responsibility of superiors, perpetration, instigation, and aiding, which are considered classical forms of participation, are accepted. In Articles 25(3)(a) and (b) of the Rome Statute, direct, joint, and indirect perpetration as well as instigating and aiding are accepted as forms of accessory, respectively. Moreover, ordering, which is a form of instigation, is

* Bu çalışma, 01-03 Haziran 2023 tarihleri arasında gerçekleştirilen “III. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi” isimli uluslararası kongrede sunulan “Uluslararası Ceza Hukukunda Suça İştirakin Roma Statüsü Çerçevesinde İncelenmesi” başlıklı özet bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

** Sorumlu Yazar: Sercan Tokdemir (Dr. Öğr. Üyesi) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Tokat, Türkiye. E-posta: sercantokdemir28@gmail.com ORCID: 0000-0001-9749-688X

Atf: Tokdemir S, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Perspektifinden Roma Statüsü'nün İştirake Dair Hükümlerinin İncelenmesi” (2024) 44(1) PPIL 25. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1328728>



regulated as an independent form of participation. The rule of accessory is accepted with the expression of “committed or attempted crime” in the provision; however, failed instigation is not punished, except for direct and public incitement to the crime of genocide. According to the international criminal law requirements, the responsibility of superiors is accepted as another modality of responsibility (Article 28); meanwhile, joint criminal enterprise (Article 25(3)(d)) is regulated as an institution similar to participation.

Keywords

Rome Statute, joint criminal enterprise, (failed) instigation, responsibility of superiors, background man

Extended Summary

One or more persons can commit a crime, and this notion is known as participation in criminal law. The provisions regarding participation should be regulated in a penal code for individuals who participate in the crime to be punished. In terms of participation, two basic systems have been adopted, namely, monist and dualist. In the first system, a person is treated as if he/she is the perpetrator. However, the second system is based on the distinction between the perpetrator and accessory, wherein direct, joint, and indirect perpetration within the scope of perpetration and instigation as well as aiding/abetting within the scope of complicity have been accepted as forms of participation in crime as in Turkish and German laws.

The institution of participation is formed within the framework of the specific principles embodied in the statutes and case laws of international courts, such as the Rome Statute, which is a part of international criminal law and the statute of the International Criminal Court (ICC), and it came into force on 01.07.2002. Moreover, it has regulated participation in genocide, aggression, crimes against humanity, and war crimes accepted within the jurisdiction of the ICC. International criminal law accepted the monist system until the adoption of the Rome Statute. However, after this statute came into force, a tendency emerged toward the dualist system.

According to the Rome Statute, the person who commits a crime as an individual, jointly with others, or through another will be responsible; thus, direct, joint, and indirect perpetration have been adopted (Article 25(3)(a)). Although the Rome Statute does not regulate side-by-side perpetration, it can be evaluated within the scope of direct perpetration.

The rule of accessory is accepted and is expressed as “committed or attempted crime” in the provision. Furthermore, instigating and aiding/abetting are accepted as forms of accessory. Meanwhile, ordering, which is a form of instigation, is regulated as an independent form of participation. For persons who participate in the crime as instigators or aiders to be punished, the main act must have reached at least the stage of attempt. The Rome Statute does not offer penalization for failed instigation due to the rule of accessory. However, direct and public incitement to the crime of genocide is regulated as an independent type of crime regardless of the aforementioned rule.

International criminal law is a discipline that addresses the most severe of the aforementioned crimes of concern to the international community with a character separate from the criminal law of nations but inspired by national criminal law. Thus, regarding criminal responsibility, its principles have emerged through a historical process. Along with the requirements of international criminal law, the doctrine of the responsibility of superiors is accepted as another modality of responsibility (Article 28), while joint criminal enterprise (Article 25(3)(d)) is regulated as an institution similar to participation.

To regulate Article 28, it is aimed to extend criminal responsibility to superiors for ensuring that persons under their command comply with the laws of war. The legal nature of superior criminal responsibility is controversial in the doctrine. The arguments indicate that it is an independent, sui generis, and mixed form of responsibility. In German law, however, the arguments focus on superior criminal responsibility as an independent factual negligence crime. Moreover, an opinion holds that the superior is responsible for helping the subordinate through negligence. According to the researchers, superior criminal responsibility should be evaluated in terms of the punishability of a negligence act committed by a subordinate despite its extending nature of personal criminal responsibility. In other words, the issue is only partially independent of participation.

For the provision related to joint criminal enterprise, any contribution to committing or attempting to commit a crime by a group of persons acting with a common purpose can be considered a form of accessory. The doctrine has discussed the legal nature of the institution, and various opinions have been suggested. One opinion has claimed that the institution was considered a form of corporation form; however, as per another opinion, it is a form of accessorial liability. According to the second view, the provision is unnecessary and is an expanded form of aiding and abetting. However, in our opinion, a joint criminal enterprise carries the characteristics of perpetration and accessory. Therefore, individuals who participate in this organization as perpetrators and accessories should be held responsible. Thus, describing it as an institution similar to participation or a mixed institution is a more appropriate approach.

Finally, the impact of the jurisprudence of international criminal courts on this issue should be considered. In this context, the joint criminal enterprise is an institution developed as an institution similar to participation with the case law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

This study's primary objective is to examine participation in crime under criminal law from the perspective of Turkish and German criminal laws within the framework of the Rome Statute and the jurisprudence of the court instead of an in-depth revelation of the difference between the Rome Statute and the jurisprudence of the court and

customary international law. Hence, using a comparative perspective, this study will identify differences between the national law and Rome Statute. Similarly, it will mention the regulations of various countries such as France, Italy, the United States, and the United Kingdom. The study will first examine participation in crime in general, which will be subsequently evaluated in terms of international criminal law. After demonstrating the general appearance of participation in international criminal law, the subject will be examined within the framework of the Rome Statute with the intention of making deductions.

Giriş

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesine suçta iştirak denir. Suçta iştirak edenlerin cezalandırılabilmesi için ceza kanununda iştirake ilişkin hükümlerin düzenlenmesi gerekir. Bu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur.

Gerek Türk gerekse Alman ceza hukukunda suçta iştirak suçun özel bir görünüş şekli olarak kabul edilir. Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi faillik ve şeriklik ayırımına dayanan ikici iştirak sisteminde “suçu bizzat işleyen” ile “suçta katkı sunan (şerik)” ayrı statüye sahiptir. Bu sistemde doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik olmak üzere üç tür faillik kabul edilmiş; şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmıştır. Şerikin sorumluluğu failin fiilinin işlenmesine bağlı kılınmıştır. Buna bağlılık kuralı denir. Tekçi iştirak sisteminde ise suçta iştirak edenin sorumluluğu suçta olan katkısına dayanır. Suçta iştirak eden herkes suçta işlemiş gibi muamele görür ve cezalandırılır. Faillik ve şeriklik ayırımı yapılmadığı için azmettiren ve yardım edenler fail statüsünde muamele görürler.

Uluslararası ceza hukuku farklı nitelikte bir hukuk sistemi olup ceza sorumluluğu bakımından kendine özgü prensipleri olan bir disiplindir. Suçta iştirak kurumu, bu hukuk disiplininin kendine özgü prensipleri çerçevesinde şekillenmiştir. Ceza hukukunda kabul edilen suçta iştirakin görünüş şekilleri uluslararası ceza hukukunda “şahsi ceza sorumluluğunu doğuran davranış türleri” veya “şahsi ceza sorumluluğu türleri” şeklinde ifade edilir. Tipik fiillerin işlenmesine neden olan kişiler, daha çok arka plandaki üst düzey idareciler ve komutanlardır. Arka planda duran ve fakat haksızlığın gerçekleşmesinde önemli bir rol oynayan bahsi geçen sığa sahip kişilerin sorumlu tutulabilmesi için planlama, komplo, müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu gibi önemli kurumlara yer verilmiştir. Bunun yanında iştirakin klasik görünüş şekilleri olarak faillik, azmettirme ve yardım etme de kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere 1 Temmuz 2002 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün (Roma Statüsü)¹ yürürlüğe girmesiyle uluslararası ceza hukukunda ikici iştirak sistemine bir eğilim gerçekleşmiştir.

Statü'de tek başına, başkalarıyla birlikte ve başkası aracılığı ile suç işleyen kişinin sorumlu olacağı ifade edilerek doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik kabul edilmiştir (md 25 (3) (a)). Statü'de yan yana faillik açıkça düzenlenmemiştir. Fakat bu, iştirak öğretisi bakımından bir eksiklik olarak görülmemelidir.

Statü'de azmettirme ve yardım etme şeriklik şekilleri olarak kabul edilmiştir. Azmettirmenin bir işleniş şekli olan emretme ise bağımsız bir iştirak şekli olarak ayrıca

1 Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force July 1, 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute). Statü'nün metni için bkz. <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023. Türkçe metni için bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf> Erişim Tarihi 14 Haziran 2023.

düzenlenmiştir (md 25 (3) (b)). Şeriklik sorumluluğu için “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Bu kuralın bir sonucu olarak Statü’de akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) cezalandırılmaya layık görülmemiştir. Bununla birlikte soykırım suçuna doğrudan ve alenen tahrik bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Statü’de müşterek suç girişimi iştirak benzeri bir kurum olarak düzenlenmiştir (md 25 (3) (d)). Hükümde müşterek bir amaçla hareket eden bir grup şahıs tarafından suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunulması, bir şeriklik şekli olarak görülebilir. Uluslararası ceza hukukunun gereksinimleri doğrultusunda üstlerin sorumluluğu öğretisi bir başka sorumluluk şekli olarak benimsenmiştir. Böylece emirleri altındakilerin savaş hukukuna uymalarını sağlama konusunda ceza sorumluluğunun üstlere teşmil edilmesi amaçlanmıştır.

Bu çalışmada temel amaç, suça iştirakin, Türk ve Alman ceza hukuku perspektifinden Statü ve Mahkeme’nin içtihatları çerçevesinde incelenmesidir. Çalışmanın amacı, suça iştirak bakımından Roma Statüsü (ve Mahkeme içtihadı) ile örfi uluslararası hukuk arasındaki farkı detaylı olarak ortaya koymak değildir. Çalışmada öncelikle suça iştirake ilişkin genel bilgi verilecek olup ardından, suça iştirak uluslararası ceza hukuku bakımından değerlendirilecektir. Uluslararası ceza hukukundaki genel görünüşü ortaya konulduktan sonra konu, doktrin ve içtihatlar dikkate alınarak Türk ve Alman ceza hukuku perspektifinden Roma Statüsü çerçevesinde detaylı olarak incelenecektir. Ayrıca mukayeseli bir bakış açısıyla Fransa, İtalya, Amerika, İngiltere gibi ülkelerin düzenlemelerine de değinilecektir.

I. Uluslararası Ceza Hukukunda Suça İştirak

A. Ceza Hukukunda Suça İştirak

Ceza hukukunda suça teşebbüs gibi suça iştirak de ceza sorumluluğunun genişlediği ve bu yüzden bağımsız ceza normlarıyla sorumluluğun isnat edilebildiği suçun özel görünüş şeklidir.² Ceza kanunlarında iştirake ilişkin genel hükümler bulunmazsa faillik dışında haksızlığa katkı sunan kişilerin (şeriklerin) cezalandırılması mümkün değildir. Şeriklerin cezalandırılmasının ayrıca düzenlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir.³

Suçun birden fazla kişinin iştirakiyle işlenmesi mümkündür. Bu şekilde suça iştirak eden her bir kişi “suç ortağı” olur.⁴ Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından işlenmesine “suça iştirak” veya “arızı iştirak” denir.⁵ Kanunun zorunlu

2 Klaus Letzgus, *Vorstufen Der Beteiligung* (1. Aufl, Duncker & Humblot 1972) 118, 119.

3 Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 33.

4 Faruk Erem, ‘Suça İştirak’ (1946) 3 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62, 62.

5 Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 1998) 16. Ayrıca bkz Mahmut Koca and İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 448; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs, Adalet Yayınevi 2022) 770; Murat Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 36.

iştirak olarak öngördüğü suçlara ise “çok failli” suçlar denir.⁶ Çok failli suçlar, birden fazla kişinin iştirak etmesiyle işlenir. Bu yüzden birden fazla kişi bu suçların işlenişine fail sıfatıyla iştirak etmek zorundadır.⁷ Bundan hareketle, iştirakin en önemli unsurunun birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin bulunması olduğunu söylemek mümkündür. Ancak birden fazla kişinin katkısına rağmen işlenişine iştirak edilen haksızlık tektir. Haksızlığın işlenişine gerçekleştirilen katkılar birbirine öyle bağlanmalıdır ki tek haksızlıktan bahsedilebilsin. Aksi halde iştiraktan bahsedilemez ve birbirinden bağımsız haksızlıklardan söz edilir.⁸

Suçta iştiraktan dolayı ceza sorumluluğunun doğması objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesini gerektirir. Suçta iştirak için “birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin bulunması”, “gerçekleştirilen katkının suçun işlenmesi bakımından nedensel olması”, “iştirak konusu suçun herkes bakımından aynı olması”, “failin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması” ve “iştirak iradesiyle hareket edilmesi” gerekir. İştirak iradesinden anlaşılması gereken kasten hareket etmektir.⁹

Suçta iştirakte faillik ve şeriklik ayırımında tekçi ve ikici olmak üzere temelde iki sistem kabul edilir.¹⁰ Tekçi iştirak sisteminde suçta iştirak edenin sorumluluğu suçta olan katkısına dayanır. Suçta iştirak eden herkes, suçta işlemiş gibi muamele görür ve cezalandırılır. İkili iştirak sisteminde ise suçta bizzat işleyen ile suçta katkı sunan arasında ayırım yapılır.¹¹

Günümüz Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen birçok ülkede ikici iştirak sistemi kabul edilmiştir. İkici iştirak sistemini kabul eden ülkelerde (Almanya ve

6 Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayırımı)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020) 113; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 37.

7 Nadine Zurkinder, ‘Parties to Crime in Switzerland’ in Ulrich Sieber, Kostanze Jarvers and Silverman Emily (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context: Introduction to National Systems (National Characteristics, Fundamental Principles, and History of Criminal Law)*, vol 1. 1 (Duncker & Humblot 2015) 230; İzzet Özgeç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 592; Koca and Üzülmmez (n 5) 448; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 37–38. Zorunlu iştirak ve zorunlu olmayan iştirak ayırımı hakkında bkz Mehmet Emin Artuk and others, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Adalet Yayınevi 2022) 741 vd.

8 Akbulut (n 5) 771.

9 Tokdemir (n 3) 37–38. Suçta iştirakin unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl, Springer Verlag 2015) 371; Manfred Maiwald, *Einführung in Das Italienische Strafrecht Und Strafprozessrecht* (1. Aufl, Peter Lang 2009) 137–138, 141; Gerhards Robbers, *An Introduction to German Law* (5. Aufl, Nomos 2012) 457; Sanford H Kadish, ‘Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine’ (1985) 73 California Law Review 323, 355–356; Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (7. edn, LexisNexis 2015) 472–473; Paul Mitchell, ‘Mental Element in Complicity (Case Notes)’ (1998) 9 King’s College Law Journal 125, 125–128; Dennis J Baker, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences* (1. edn, Routledge 2016) 25, 46 vd; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. bs, Adalet Yayınevi 2023) 510 vd; Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu’ (2005) LXIII İÜHF 57, 62; Hakan Hakeri, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak’ (2006) 1 Ceza Hukuku Dergisi 75, 80; Veli Özer Özbeke, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 529; Akbulut (n 5) 770–771; Mustafa Özen, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı’ (2007) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 239, 243; Ali Hacıfazlıoğlu, *Teori ve Uygulamada Suçta İştirak* (1. bs, Bilge Yayınevi 2014) 25.

10 Ceza hukukunda suçta iştirak sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 3) 38 vd; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 41 vd.

11 Tom Gal, ‘Direct Commission’, *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 18–19; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 40, 46.

Türkiye gibi) suça iştirak faillik ve şeriklik şeklinde ayrılmıştır.¹² Faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik; şeriklik kapsamında azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir.¹³ İçtihatlara dayanan Anglosakson hukuk sisteminde de ikici iştirak sistemi benimsenmiştir. Faillik iştirakin ilk görünüş şeklidir. Faillik, asıl faillik (birinci dereceden faillik) ve fer'î faillik şeklinde ayrılmıştır.¹⁴

ABD¹⁵, Avusturya¹⁶, İtalya¹⁷, Avustralya¹⁸ gibi ülkelerde suça iştirak edenler suçun işlenmesindeki rollerine göre farklı kategorilere ayrılmış ve fakat iştirak edenler aynı ceza ile cezalandırılmıştır. Buna “eşitlik sistemi” denir. Bunun dışındaki birçok devlette ise iştirak faillik ve şeriklik şeklinde; şeriklik de “maddi iştirak” ve “manevi iştirak” şeklinde ayrılmıştır. Bu ayrımı yapan bazı ülkelerde farklı kategoriler arasında yaptırım farkı bulunmaz. Cezanın belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Almanya, Türkiye ve Rusya gibi ulusal ceza hukuklarında ise iştirak türleri arasında ayırım yapılmış ve her bir iştirak şekli için farklı cezalar öngörülmüştür.¹⁹

B. Uluslararası Ceza Hukukunda Suça İştirakin Görünüş Şekilleri

1. Uluslararası Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış

Uluslararası hukukta²⁰ devlet görevlilerinin davranışlarından kaynaklı sorumluluk kural olarak devlete yüklenir. Bu kuralın en önemli istisnası uluslararası suçlardır.

12 Johannes Keiler, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law* (1. bs, Intersentia 2012) 158.

13 Halid Özkan, *Ceza Hukukunda Azmettirme* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013) 64, 65.

14 Tokdemir (n 3) 339 vd.

15 Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan 24.05.1962 tarihli Model Ceza Kanunu (MCK) ile Amerikan hukukunda, Anglosakson hukuk sisteminde suça iştirak kurumuna ilişkin geleneksel ayrımlar terk edilmiş ve faillik ve şeriklik ayrımıyla ikici iştirak sistemi açıkça kabul edilmiştir. Mezkûr kanunun iştirake ilişkin hükümleri incelendiğinde Alman ceza hukukundaki iştirak sistemine yakınlaştığını söylemek mümkündür. Bkz ibid 350–351. MCK metni için bkz Model Penal Code (adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, DC, May 24, 1962) <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2024.

16 Avusturya hukukunda suça iştirak bakımından faillik ve şeriklik ayrımı yapılmamış ve suça iştirak edenlerin aynı şekilde cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Azmettirmede bağılılık kuralı aranmamıştır, yani azmettirenin sorumluluğu asıl fiilin işlenmesine bağlı kılınmamıştır. Bu, tekçi iştirak sisteminin özelliğidir. Ancak yardım etme bakımından niceliksel bağılılık kuralı aranarak yardım edenin sorumluluğu, failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına varması gerektiğine bağlı kılınmıştır. Bu da, ikici iştirak sisteminin özelliğidir. Bu yüzden, tekçi ve ikici iştirak sistemlerinin temel özelliklerini bir arada barındıran karma (melez) bir sistem benimsendiği söylenebilir. Bkz ibid 42–43.

17 Detaylı bilgi için bkz ibid 372–376.

18 Detaylı bilgi bkz ibid 363–364.

19 Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem and Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (6 bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 506. Roma Statüsünde kabul edilen iştirak sisteminin Türk ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz Murat Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu/Almanya Büyükelçiliği 2010) 74.

20 “Uyulması zorunlu bir kurallar bütününtü oluşturmak” ve “örgütlenmiş bir toplumsal yapı aracılığıyla bu kurallara uyulmasını yaptırım yoluyla sağlamak” uluslararası hukukun iki temel özelliğidir. Uluslararası hukuk, uyulması zorunlu kurallar içermesi ve bunların uygulanmasının sağlanması bakımından uluslararası hukuk düzeni niteliğine sahiptir. Bu hukuk disiplini, “örgütlenmesi eksik bir toplum olan uluslararası toplumun hukuku” olmasından dolayı ulusal hukuk sistemlerinde var olan her imkâna sahip değildir. Bkz Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (12. bs, Turhan Kitapevi 2014) 6, 8. Uluslararası hukukta hukuk kuralları koyan tek kanun koyucu bulunmamaktadır. Bu görev devletler tarafından yerine getirilir. Devletlerarası ilişkilerin düzenlendiği bu hukuk disiplininde başlıca aktörler devletlerdir. Diğer bir ifadeyle hukuk kurallarını devletler belirler. Bkz Devrim Aydın, ‘Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi’ (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 132, 133.

Örneğin savaş hukuku kurallarını ihlal eden devlet görevlileri kişisel olarak sorumlu tutulabilir. Uluslararası suçların faillerinin suçu devlet adına ve görevleri icabı işledikleri yönündeki savunmalar ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu suçları yetkili üstlerin veya amirlerinin emri altında işledikleri yönündeki savunmalar da onları kişisel olarak sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü savaş hukukunda savaş suçu teşkil eden emre itaat kişiye reddetme hakkını vermektedir.²¹

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası toplumu ilgilendiren insanlığa ve barışa karşı suçlar ile savaş suçları gibi en ciddi suçlarla ilgilenen bir disiplindir. Hem iç hukuk kurallarını hem de uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden uluslararası suçlar²² işlendiğinde ulusal ceza hukuku ile uluslararası ceza hukuku kuralları bir araya gelebilir. Bu bağlamda uluslararası ceza hukukunun, uluslararası suçları belirleme, bu suçların işlenmesini önleme ve bu konuda ortaya çıkan yetkileri tayin etme konusundaki kurallardan oluştuğunu söylemek mümkündür. Bunun yanında ulusal ceza kanunlarının uygulanmasından kaynaklı devletlerarasında meydana gelen ihtilafları belirleyen kurallar da bu disiplinin konusunu oluşturur.²³

Uluslararası ceza mahkemeleri, uluslararası hukukun gereksinimlerine ve özgünlüğüne uygun olacak şekilde ulusal ceza hukuklarından esinlenmişlerdir. Ancak uluslararası hukukta cezai sorumluluk biçimlerinde karmaşık bir yapı mevcut olup dile getirilen en temel endişe, suçların fiziksel olarak işlenmesinden uzak duran yüksek rütbeli faillerin yargılanmasını sağlayan etkili yasal araçların sağlanamamasıdır.²⁴

Uluslararası ceza hukuku, ulusal ceza hukuklarından ayrı ve farklı karakterde bir hukuk sistemi olup ceza sorumluluğu bakımından kendine özgü prensipleri olan bir disiplindir.²⁵ Uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluş belgelerinde suça iştirakin görünüş şekilleri bu prensipler çerçevesinde şekillenmiştir.²⁶ Ceza hukukunda

21 M Yasın Aslan, 'Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu' (2007) TBB Dergisi 239, 239, 240.

22 Uluslararası suçlar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ya da sözleşmeler ile yasaklanmış fiilleri ifade eder. Kavram hakkında bkz Olgun Değirmenci, 'Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu' (2012) 10 Legal Hukuk Dergisi 60.

23 Aydın (n 20) 134. Uluslararası ceza hukukunun tanımı ve bu disipline ilişkin yaklaşımlar hakkında bkz Değirmenci (n 22) 59.

24 Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law (A Comparative Law Analysis)* (1 edn, Springer Verlag 2014) 159, 160.

25 Uluslararası ceza hukukunda "şahsi-kollektif karma bir sorumluluğun (*a mixed system of individual-collective responsibility*)" geliştirilmesi amacıyla bir kişi tarafından işlenen suçlardan kaynaklanan şahsi ceza sorumluluğunun bu hukuk disiplininin ihtiyaçları nispetinde kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz Kai Ambos, 'Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility' (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 159, 183.

26 Robert Cryer and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn, Cambridge University Press 2010) 377–378. Örneğin, emretmek (*ordering*) bağımsız bir iştirak formu olarak düzenlenmiştir. Esasen uluslararası suçların çoğu birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi ile işlenirken, bu suçların otorite sahibi bir kimsenin emri ile işlenmesi daha sık karşılaşılan bir durumdur. Uluslararası ceza hukukunda hemen hemen her suç bir emir çerçevesinde işlenir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) *Blaskić* ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (RUCM) *Akayesu* kararlarında emreden kişi, "suç işlemeye bir başkasını ikna etmek üzere otorite sahibi olduğu mevkiini kullanan kişi" olarak ifade edilmiştir. Bkz *Prosecutor v Tihomir Blaškić* (Judgment) ICTY-95-14, T Ch I (3 March 2000), para 601 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2000/en/19490>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024); *Prosecutor v Jean Paul Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4, T Ch I (2 September 1998), para 483 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ict/1998/en/19275>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024) [*Akayesu Case 2 September 1998*].

kabul edilen suçta iştirakin görünüş şekilleri uluslararası ceza hukukunda “şahsi ceza sorumluluğunu doğuran davranış türleri” veya “şahsi ceza sorumluluğu türleri (*modalities of individual criminal responsibility*)”²⁷ şeklinde ifade edilmiştir.²⁸ Ceza hukukunda iştiraktan doğan sorumluluğa ilişkin esasların, uluslararası ceza hukukunda karşılaştırmalı olarak önemli rol oynadığını belirtmek gerekir.²⁹

2. Genel Olarak Suça İştirak

Ulusal ceza hukuklarının aksine uluslararası ceza hukukunda haksızlığı işleyen asıl sorumlu kişi çoğu zaman suç tipinin objektif unsurlarını gerçekleştiren fail değil, bu haksızlığın işlenmesine neden olan arka plandaki üst düzey yöneticiler ve komutanlardır.³⁰ Bu yüzden suça iştirakin esasları, uluslararası ceza hukukunda bu kişilerin ceza sorumluluğuna yönelik farklılaşma göstermiştir. Örneğin, ulusal ceza hukuklarında haksızlığın gerçekleşmesine yardım eden olarak suça katkı sunan bir kimse, uluslararası ceza hukukunda fail sıfatıyla sorumlu tutulabilir.³¹ Bu farklılaşma temelinde geliştirilen ilkeler büyük önem arz etmektedir.³²

Arka planda duran ve fakat haksızlığın gerçekleşmesinde önemli bir rol oynayan bahsi geçen sığa sahip kişilerin ceza hukuku bakımından hakkaniyetli bir şekilde sorumlu tutulabilmesi için planlama, komplo, müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu gibi uluslararası ceza hukukunda önemli kurumlara yer verilmiştir. Uluslararası ceza hukukunda ulusal ceza hukuklarında kabul edilen faillik, azmettirme ve yardım etme gibi iştirakin görünüş şekilleri de kabul edilmiştir.³³ Dolayısıyla ulusal ceza hukukları ve uluslararası ceza hukukunda kabul edilen iştirakin görünüş şekilleri bakımından hem farklılıklar hem de benzerlikler bulunmaktadır.³⁴

27 Marchuk (n 24) 160; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 50. Uluslararası *ad hoc* mahkemelerin statülerinde “suçu planlayan, azmettiren, emreden, işleyen ve planlamaya maddi/manevi yardım eden, hazırlayan veya icra edenin suçtan şahsi olarak sorumlu olacağı” ifade edilmiştir. Bkz EYUCM Statüsü md 6 (1); RUCM Statüsü md 7 (1). Bkz The Statute of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia, UN Doc S/RES/808 (1993). EYUCM’nin statüsü için bkz <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023; The Statute of the International Tribunal for Rwanda UN Doc S/RES/955 (1994). RUCM’nin statüsü için bkz <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

28 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 505, 506.

29 Cryer and others (n 26) 361.

30 Uluslararası suçların daha çok devletin üst düzey ve ordu yetkilileri tarafından işlenmesi bu suçların yapısında mevcut olan bir özelliktir. Bu suçların failleri, yaşadıkları ülkelerde sahip oldukları güce güvenerek “nasıl olsa beni burada kimse cezalandıramaz.” düşüncesiyle hareket edebilirler. İşte uluslararası nitelikte daimi ve bağımsız bir mahkemenin varlığı, faillerdeki bu düşüncenin önemli ölçüde önüne geçebilecektir. Bkz Hakan Karakehya, ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk’ (2008) 57 AÜHFD 133, 142 dn 33. Uluslararası suçların niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz Aydın (n 20) 136–145.

31 Cryer and others (n 26) 361, dn 2.

32 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 507.

33 ibid 507.

34 Cryer and others (n 26) 362.

Görüldüğü üzere uluslararası ceza hukukunda suça iştirak öğretisi bakımından birçok kurum kabul edilmiştir. Ancak bu durum, çoğu zaman bir karışıklığa da yola açabilmektedir. Bunun önüne geçmek adına sanığın ceza, sorumluluğunu tespit etme bakımından uluslararası mahkemelerin “sanık için en uygun sorumluluk şeklini takdir etme” yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, EYUCM’nin İlk Derece Dairesi’nin 15.3.2002 tarihli *Krnojelac* ve 31.7.2003 tarihli *Stakic* kararlarında sanığın işlediği suçu “en iyi nitelendiren sorumluluk türü” esas alınarak mahkûmiyet kararının verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁵

Tarihsel olarak bakıldığında tekçi iştirak sisteminin kabul edildiği uluslararası ceza hukukunda, Roma Statüsüyle, artık bireysel ceza sorumluluğunun ağırlığını esas alan ve iştirak şekilleri arasındaki farklılığa dayalı ikici iştirak sistemine bir kayış (eğilim) yaşanmıştır. Böylece uluslararası ceza hukukunda iştirak bakımından normatif bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.³⁶

3. Suça İştirakin Görünüş Şekilleri

Uluslararası ceza hukukunda, suça iştirakte faillik (*perpetration*), yardım etme (*aiding and abetting*)³⁷ ve müşterek suç girişimi (*joint criminal enterprise*) şeklinde üçlü bir ayırım kabul edilir. Bu ayırımda ilk ikisi ulusal ceza hukuklarında kabul edilirken, müşterek suç girişimi uluslararası ceza hukukuna özgü ve içtihatlarda ortaya çıkan bir kurumdur. Ne Kıta Avrupası ne de Anglosakson hukuk sisteminde bu kurumun karşılığı bulunmaktadır.³⁸

Uluslararası ceza hukukunda, suçun işlenmesini tasarlamak şeklindeki hazırlık hareketlerinin (planlamanın) başlı başına ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği meselesi tartışılmıştır.³⁹ Statü’de kabul edilmeyen ve fakat önceki

35 *Prosecutor v Milorad Krnojelac* (Judgement) ICTY IT-97-25-T, T Ch II (15 March 2002), para 173 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2002/en/19276>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024. *Prosecutor v Milimir Stakic* (Judgement) ICTY IT-97-24-T, T Ch II (31 July 2003), para 463 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2003/en/40192>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaranlar ibid; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 507; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 56 dn 307.

36 Gal (n 11) 18–19.

37 Manuel J Ventura, ‘Aiding and Abetting’, *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 173–174.

38 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 507.

39 ibid 516. Savaş saldırısını planlama ve hazırlama, Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (NUACM) Statüsü md 6 (a) ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (TUACM) Statüsü md 5 (a) hükmünde cezalandırılmıştı. Her iki statüde de asıl suçlardan herhangi birisini işlemek için müşterek bir plana iştirak eden liderlerin, yönetenlerin, azmettirenlerin, suç ortaklarının ve planın gerçekleşmesinde suçu işleyenlerin her birinin işlenen suçtan sorumlu olacağı düzenlenmişti. Ancak bu sorumluluk, barışa karşı suçlarla sınırlandırılmıştı. Bkz Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945, 82 UNTS 279. NUACM Statüsü için bkz <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945/article-6b>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023; International Military Tribunals for the Far East Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946, TIAS No. 1589. TUACM Statüsü için bkz <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023. EYUCM Statüsü md 7 (1) ve aynı şekilde RUCM Statüsü md 6 (1) hükümleri çerçevesinde uluslararası bir suçun işlenmesine ve planlamasına maddi ve manevi yardım etme cezalandırılmıştır. Yardım etme ikincil dereceden bir sorumluluk şekli olduğundan, asıl suçun işlenmesi veya teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Bu hükümlere göre, planlamak temel bir suçtur. Plan yapmak ve hazırlık yapmak yeterlidir. Planlanan ve hazırlanan suçun işlenmesi gerekmemektedir. Bkz Cryer and others (n 26) 382.

uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu belgelerinde (statülerinde) ve içtihatlarında kendisine yer bulan bir iştirak şekli de planlamadır (*planing*)⁴⁰.

Uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarında planlama, Anglosakson hukuk sisteminde kabul edilen tamamlanmamış bir suç (*inchoate crime*)⁴¹ şekli olarak değil, planlanan suçun işlenmesi durumunda sorumluluğun doğduğu bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir.⁴²

Ad hoc (özel/hususi) mahkemelerinin içtihatlarında planlama tamamlanmamış bir suç olmaktan ziyade asıl suç yani plan konusu suç işlendiğinde iştirak sorumluluğunun doğduğu bağımsız bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir. Bir planlayıcı veya üzerinde anlaşma yapılan bir suçun faili, planlama faillik sorumluluğunun daha güçlü bir şekilde emildiği için nihayetinde suçu işlemekten dolayı sorumlu olur. Fail işlenen suçtan sorumlu tutulursa suçun planlanmasından ayrıca cezalandırılmaz.⁴³ Ayrıca içtihatlarda bir suçu işlemek üzere yapılan planlama, başlı başına cezalandırılmaya layık bir fiil olarak görülmemiş ve cezalandırılabilirlik için asıl suçun icrasına başlanması (en az teşebbüs aşamasında kalması) gerektiği kabul edilmiştir.⁴⁴

Bir veya birkaç kişinin hazırlık ve icra aşamalarında suçun işlenmesinin tasarlaması şeklinde tanımlanabilen planlama; Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suç grubunda kabul edilen *conspiracy*'nin ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde iştirak teorisinin özelliklerini taşır.

Muhtevalarında farklılıklar olmakla birlikte, Türk ceza hukukunda, faillik şekilleri olan doğrudan, müşterek⁴⁵ ve dolaylı faillik uluslararası ceza hukukunda da kabul edilmektedir. Örneğin, uluslararası ceza hukukuna özgü kabul edilen müşterek suç girişimine katkı sunmak faillik kapsamında mütalaa edilmektedir. Ancak böyle bir oluşuma katkı sunan bir kimsenin hukukumuzda şerik olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.⁴⁶

40 Yapılan planın, işlenecek suçta önemli bir katkı sunması bir etken olmalıdır. Bu çerçevede planlama iki şekilde gerçekleştirilebilir: “Planın icrası suretiyle bir suçun işlenmesi kastıyla suç teşkil eden bir davranışın tasarlanması (*to design a criminal conduct*)” ve “icrai veya ihmali davranışın gerçekleştirilmesi suretiyle bir suçun işlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu bilerek söz konusu davranışı tasarlamak (*substantial likelihood*)”. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 516.

41 Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suç için kullanılan *inchoate* kavramı “henüz başlamış”, “gelişmemiş/olgunlaşmamış”, “tamamlanmamış”, erken/önceki/ön aşama” gibi anlamlara gelir. Teşebbüs, suç anlaşması ve azmettirme suçu olmak üzere üç tip tamamlanmamış suç kabul edilmektedir. Bkz Tokdemir (n 3) 343–344.

42 Bkz aktaran Marchuk (n 24) 223–224. Planlamanın objektif ve sübjektif unsurları hakkında bkz ibid 225; Cryer and others (n 26) 382. Planlama ve suç anlaşması arasındaki farklar için bkz Jérôme De Hemptinne, ‘Conspiracy’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 372.

43 Marchuk (n 24) 223–224. Planlamanın azmettirme ile farkı hakkında detaylı bilgi için bkz Jérôme De Hemptinne, ‘Planning’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 358.

44 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517.

45 EYUCM, müşterek failliği kendi içtihatlarıyla uyumlu görmemiş, örfi hukukta bunun yeri olmadığından hareketle kurumu reddetmiş ve onun yerine müşterek suç girişimi (*joint criminal enterprise*) kurumunu kabul etmiştir. Bkz ibid 509.

46 ibid 508–509.

Uluslararası ceza hukukunda faillik için *perpetration* ve *commission*⁴⁷ kavramları kullanılır.⁴⁸ Faillik, tipik haksızlığın bir kimse tarafından tek başına, başka kişilerle veya bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlenmesi şeklinde ortaya çıkan bir iştirak şeklidir. Diğer unsurların (garantörlük⁴⁹ ve subjektif unsurlar) oluşması şartıyla ihmali davranışla faillik de kabul edilmektedir.⁵⁰ Özellikle işlenen fiilleri engelleme yükümlülüğü olan kişilerin hareketsiz kalmaları ve suçun işlenmesini engellemeye yönelik önlemleri almamaları durumunda (icrai bir suç) ihmali iştirak gündeme gelebilir.⁵¹

Uluslararası ceza hukukunda şeriklik türleri ve muhtevası Türk ceza hukukunda şeriklik türleri olarak kabul edilen azmettirme ve yardım etmeden farklılık arz etmektedir. Türk ceza hukukunda faillik teşkil etmeyen ve şeriklik şekli olarak da kabul edilmeyen müşterek suç girişimi gibi iştirake ilişkin bazı kurumlar kabul edilmiştir.⁵²

II. Roma Statüsü'nde Suça İştirak

A. Genel Olarak

UCM'nin “kurucu belgesi”⁵³ olan Roma Statüsü, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Statü birçok devletin katıldığı konferansta kabul edilmiştir.⁵⁴ UCM; uluslararası ceza hukuku çerçevesinde oluşturulmuş, devlet sorumluları tarafından işlenen en ağır suçlar olan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturma yapmak gayesi⁵⁵ ile uluslararası toplum tarafından kurulan “*daimi*” ve “*bağımsız*”⁵⁶ bir mahkemedir.⁵⁷ Roma Statüsü;

47 Gal (n 11) 17 vd.

48 Cryer and others (n 26) 361. Her iki kavram eş anlamlı olarak kullanılır. Bkz Gal (n 11) 17 vd. Ulusal ceza hukuklarındaki iştirak şekillerinin uluslararası ceza hukukuna istenilen şekilde aktarılmadığı hakkında bkz Marchuk (n 24) 220.

49 Robert Roth, ‘Improper Omission’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 62.

50 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 508.

51 Köksal Bayraktar, Vesile Sonay Evik and Gülşah Kurt, *Özel Ceza Hukuku: Uluslararası Suçlar (Cilt 1)* (1 bs, On İki Levha Yayıncılık 2016) 60.

52 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 511.

53 Karakehya, “ulusal hukuklarla bir benzetmeye tabi tutulursa, ulusal hukukta anayasa ne ise, UCM bakımından da Statü biraz daha ayrıntılı olmak kaydıyla aynı şeyi ifade etmektedir.” ifadeleriyle Statü’yü anayasal nitelikte bir belge olarak vasıflandırmaktadır. Bkz Karakehya (n 30) 146.

54 ibid 133. Statü’nün, uluslararası hukukta çok taraflı anlaşma yöntemlerinden biri olup uluslararası konferans çerçevesinde teşekkül eden bir belge olduğu söylenebilir. Bkz Pazarıcı (n 20) 125.

55 UCM’nin kuruluş amaçları şu şekilde sıralanmıştır: “Dünya üzerinde hala sürmekte olan çatışmalara son vermek”, “uluslararası barışı ve adaleti sağlamak, sonraki süreçte ise bunu korumak”, “uluslararası toplumun vicdanını yaralayan suç faillerinin cezasız kalmasına son vermek”, “gelecekte suç işleyecek potansiyel suçluları caydırmak”, *ad hoc* mahkemelerin eksikliklerine çözüm oluşturmak”, “ulusal mercileri harekete geçirmeye zorlamak”. Bkz Karakehya (n 30) 142–143. Ayrıca bkz Cengiz Başak, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar* (1 bs, Turhan Kitapevi 2003) 53.

56 Başak (n 55) 55.

57 Roma Statüsü Başlangıç Bölümü (*Preamble*); Günal Kurşun, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi* (1 bs, İnsan Hakları Gündemi Derneği 2011) 5. Eser için bkz <https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf> Erişim Tarihi 13 Mart 2023. UCM’nin kuruluşunun tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz Karakehya (n 30) 136–141.

uluslararası suçları soruşturan ve kovuşturan yargısal nitelikte yeni bir kurum kurmamış, aynı zamanda uluslararası ceza hukukuna yeni bir düzenleme (tüzük, statü) kazandırmıştır.⁵⁸ Bununla birlikte Statü, dogmatik olarak uluslararası model ceza ve ceza muhakemesinden tamamen artırılmış bir düzenleme değildir. Yine de düzenlemeyi, çok sayıda devletin ceza adaleti sistemlerini Roma'daki her delegasyon için aşağı yukarı kabul edilebilir olan tek bir yasal araçta birleştirme çabası olarak görmek mümkündür.⁵⁹

Uluslararası ceza hukukunda bir suç ortağının katkısını doğru nitelendirmek için çeşitli iştirak şekilleri kabul edilmiş ve uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarında kullanılarak yorumlanmıştır. *Ad hoc* mahkemelerin uygulaması, suça iştiraktan doğan sorumluluk hususunda genellikle tekdüze bir seyir izlemiş olsa da Statü'de yenilikçi hükümlere yer verildiğini söylemek mümkündür.⁶⁰

Türkiye'nin⁶¹ imzalamadığı ve onaylamadığı Roma Statüsü'nde, UCM'nin sadece gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisine sahip olduğu açıkça ifade edilmiş ve şahsi ceza sorumluluğu kabul edilmiştir. Statü md 25 (2)'ye göre mahkemenin yargı yetkisi (*jurisdiction*)⁶² kapsamında kabul edilen bir suçu işleyen kişi, Statü'ye uygun olarak cezalandırılırken işlediği suç nedeniyle şahsen sorumludur.⁶³ Mahkemenin yargı yetkisi kapsamındaki suçları işleyenler, Statü'nün öngördüğü hürriyeti bağlayıcı cezalara veya kabul edilen diğer ceza ve tazminatlar şahsi olarak katlanacaklardır. Mahkeme tarafından hükmedilen cezalar, devletin ilgili fiillerden kaynaklı uluslararası hukuktaki sorumluluklarını kaldırmaz ve Statü'nün hiçbir hükmü bu şekilde yorumlanamaz.⁶⁴

Suçta iştirake ilişkin esaslar, "Kişisel Ceza Sorumluluğu" başlıklı Statü'nün 25. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir.⁶⁵ Statü'ye göre iştirak bakımından kişisel ceza sorumluluğu kapsamındaki fiiller; işlenmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış herhangi bir suçu tek başına veya müştereken ya da bir başkasının yardımı ile işlemek, işlenmesini teşvik etmek, ikna veya emretmek, işlenmesine yardım etmek, yataklık

58 Cryer and others (n 26) 299.

59 Kai Ambos, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute' (1999) 10 Criminal Law Forum 1, 1.

60 Marchuk (n 24) 223.

61 Türkiye her ne kadar şu an itibarıyla Roma Statüsü'ne taraf olmasa da Avrupa Birliği'ne katılma hedefi ve bu birliğin üyesi olan devletlerin Statüye taraf olduğu göz önünde bulundurulduğunda ilerleyen zamanlarda taraf olmasının sürpriz olmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinde "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükle hariç olmak üzere vatanadaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*" şeklindeki hüküm de bunun işaretlerindedir. 1982 Anayasası, Kanun Num 2709, Kabul Tarihi 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863. Bkz <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2024. Karakehya (n 30) 141. Aynı yönde düzenleme 23.4.2016 tarih ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu md 11 (1) (a) bendinde yapılmıştır. Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu, Kanun Num 6706, Kabul Tarihi 23.04.2016, RG 5.5.2016/29703 <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6706.pdf>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

62 Mahkeme'nin yargılama yetkisine ilişkin devlet egemenliği (*sovereignty*) odaklı eleştirel hukuki bir inceleme için bkz Sercan Tokdemir, 'The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute' (2023) 13 Hacettepe HFD 107, 107 vd.

63 Roma Statüsü md 25 (1), (2). Ayrıca bkz Ambos (n 59) 2, 7.

64 Aslan (n 21) 243, 244.

65 Kişisel ceza sorumluluğuna ilişkin genel prensipler için bkz Ambos (n 59) 2 vd.

yapmak, kolaylaştırmak, araç temin etmek, müşterek bir amaç kapsamında bir grubun işlediği bir suça herhangi bir surette katkı sağlamak, soykırımı açık ve doğrudan kışkırtmak fiilleridir.⁶⁶ Bu şekilde mezkûr maddede ceza sorumluluğunu genişleten hükümlere yer verildiği ileri sürülmüştür.⁶⁷

B. Suça İştirakin Görünüş Şekilleri

Statü md 25'te "faillik" ve "suça iştirakin diğer şekilleri" şeklinde bir ayırımla ikici iştirak sistemi benimsenmiştir. Bu şekilde faillik ve şeriklik ayırımı kabul edilmiştir.⁶⁸

Statü'de suçun işlenmesinden sonra işlenen iştirak fiilleri cezalandırılmamıştır. Fakat suçun tamamlanmasından sonraki iştirak fiilleri, müşterek anlaşma kapsamında ise iştirak kapsamında cezalandırılabilir. Aksi halde bu hareketler, ancak müstakil bir suç (yardım ve yataklık suçu gibi) olarak düzenlenmişse cezalandırılabilir.⁶⁹

Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamında kabul edilen suçlara herhangi bir şekilde iştirak eden bir kimse, diğer iştirakçilerin sorumluluğu göz önünde bulundurulmaksızın sadece suçun işlenmesine olan katkısı kadar sorumlu tutulabilir. Statü'de açıkça düzenlenmemiş olsa bile bu husus, kusurluluk ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerinin bir sonucudur. Bu durumda, suça iştirak eden her bir kimsenin sorumluluğu suça olan gerçek katkısı temelinde bireysel olarak belirlenmelidir. Böylece şerik, suça olan kendi katkısından sorumludur ve bu katkısı suçun kendisine isnat edilmesini ve kusurluluğunu belirler.⁷⁰

1. Faillik (*Commission*)

Roma Statüsü'nde faillik *commission* kavramı ile ifade edilmiştir.⁷¹ *Commission* kavramı, bir suçu işlemek, irtikâp etmek olarak tanımlanır.⁷² Statü md 25 (3) (a) bendinde üç faillik türü kabul edilmiştir.⁷³ Faillik tek başına (*as an individual*), başkasıyla birlikte (*jointly with another*) veya başkasını araç kullanmak suretiyle (*through another person*) tipik fiilin işlenmesi şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁴ Diğer bir ifadeyle faillik, suça fail olarak iştirakin farklı görünüş şekillerini ihtiva eden bir

66 Aslan (n 21) 243, 244. Kişisel ceza sorumluluğunun objektif ve sübjektif unsurları için bkz Ambos (n 59) 6 vd.

67 Ambos (n 59) 7.

68 ibid 8 vd.

69 ibid 11.

70 ibid 11–12. TCK md 40 (1)'de suça iştiraktan sorumluluk için kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığı yeterli görülmüş; suçun işlenişine iştirak eden her kişinin, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Böylelikle kusur yargısı bağhık kuralının haricinde tutulmuş ve cezazsıllık nedeni kendisinde bulunan kişi dışındaki suç ortaklarının sorumluluğunun devam ettiği vurgulanmak istenmiştir.

71 Cryer and others (n 26) 362. Statü'de kabul edilen faillik kategorileri hakkında daha fazla bilgi için bkz William A Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (4th edn, Cambridge University Press 2011) 227.

72 Gal (n 11) 19.

73 ibid 20.

74 Roma Statüsü md 25 (3) (a); Cryer and others (n 26) 363; Gal (n 11) 21.

kavram olarak kullanılmıştır.⁷⁵ Statü’de düzenlenmese de Türk ceza hukukunda kabul edilen ve fakat kanunda düzenlenmeyen yan yana failliğin de faillik kategorisinde mütalaa edilmesi gerekir.⁷⁶ Türk ceza hukukunda kabul edilen doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik Statü’de kabul edilmiştir.⁷⁷

a. Doğrudan Faillik (*Commission as An Individual*)

Statü md 25 (3) (a) bendi kapsamında doğrudan yani müstakil faillik (*direct/singular*⁷⁸ *perpetration/commission*)⁷⁹ kabul edilmiştir. Doğrudan faillik, tipik fiilin bir kimse tarafından tek başına yani bireysel olarak işlenmesi şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁰ Doğrudan fail, suçun (kanuni) tanımındaki fiili/fiilleri bizzat işleyen kişidir. Daha doğrusu suçun tanımındaki fail unsuruna uyan kişidir.⁸¹

Ambos’a göre, doğrudan faillik için madde metninde kullanılan *as an individual* ifadesi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin tekrarı anlamına gelmektedir. Ayrıca bu ifade, bir kimsenin kendi fiilinden dolayı sorumluluğunun önemini yeterince vurgulamamaktadır.⁸²

Türk Ceza Kanunu (TCK)⁸³ md 37 (1)’de düzenlenen doğrudan faillığe ilişkin esasların Statü için de geçerli olduğu söylenebilir. Doğrudan fail, hukukumuzda suçun objektif ve sübjektif bütün unsurlarını tek başına gerçekleştiren kişi olarak tanımlanır.⁸⁴

b. Müşterek Faillik (*Jointly Commission/Co-perpetration*)

Statü’de müşterek faillik (*co-perpetration*⁸⁵) suçun bir başkasıyla müştereken işlenmesi (*jointly with another*) şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁶

75 Gal (n 11) 17.

76 Birlikte hareket planı olmadan tipik neticenin gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu yan yana failliğin Alman Ceza Kanunu’nda (ACK) da düzenlenmediği hakkında bkz Elvan Keçelioğlu, ‘Alman Ceza Hukukunda Faillik’ (2006) TBB Dergisi 73, 86.

77 Statü’de düzenlenen suçların Türk ceza hukuku dikkate alındığında iştirak bakımından bir özellik arz etmediği hakkında bkz Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2022) 73; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 74, 89.

78 Terje Einarsen and Joseph Rikhof, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes Terje Einarsen/Joseph Rikhof* (1. edn, Torkel Opsahl Academic EPublisher 2018) 615 vd.

79 Doğrudan failliğin objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz Gal (n 11) 23–25.

80 Detaylı bilgi için bkz ibid 17 vd.

81 ibid 19, 20, 24.

82 *Ambos* (n 59) 8.

83 Türk Ceza Kanunu, Kanun Num 5237, Kabul Tarihi 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

84 Koca and Üzülmöz (n 5) 454.

85 Cryer and others (n 26) 363; Schabas (n 71) 227; Elies Van Sliedregt and Lachezar Yanev, ‘Co-Perpetration Based on Joint Control over the Crime’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 85.

86 Statü md 25 (3) (a). Müşterek failliğin müşterek suç girişimi, yardım etme ve suç anlaşması ile karşılaştırılması ve aralarındaki farklar hakkında detaylı bilgi için bkz Van Sliedregt and Yanev (n 85) 90–94.

Uluslararası ceza hukukunda müşterek faillik için kullanılan *co-perpetration* kavramının dar bir anlamı vardır ve sadece tipik hareketleri birlikte gerçekleştiren kişileri ifade eder. Tipik fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran ve fakat fiili bizzat işlememesine rağmen müşterek fail olabilen bir kimse hukukumuzda müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirken, uluslararası ceza hukuku bakımından müşterek faillik kapsamında sorumlu tutulamaz. Ancak ulusal ceza hukuklarında olmayan müşterek suç girişimi sorumluluğu uluslararası ceza hukuku bakımından *co-perpetration* kavramı kapsamında kabul edilir.⁸⁷

Joint commision with another ifadesi dikkate alındığında müşterek faillik bakımından Statü'de hukukumuzdaki esaslara benzer bir anlayışın benimsendiği söylenebilir.⁸⁸ Türk ve Alman ceza hukukunda müşterek faillik için kullanılan fiil üzerinde egemenlik kurma (fiil hâkimiyeti) ölçütü, Ön Soruşturma Dairesi'nin *Lubanga* davasına ilişkin verdiği iddianamenin onaylanmasına dair 29.1.2007 tarihli kararında olduğu gibi UCM'nin ilk içtihatlarında⁸⁹ yer almıştır.⁹⁰

UCM'nin ilk mahkûmiyet kararı olan *Lubanga* kararı müşterek faillğe dayandırılmıştır. Kararda müşterek faillğin sübjektif ve objektif unsurları tespit edilerek kurumun uygulanma koşulları ortaya konulmuştur. Mezkûr kararda müşterek faillğin objektif ve sübjektif unsurları tespit edilmiştir.⁹¹

Müşterek faillerin her birinin fiilinin UCM'nin yargı yetkisi kapsamında düzenlenen her bir suçun sübjektif unsurlarını karşılaması gerekir. Müşterek failler, müşterek iradeyle uygulayacakları suç planının suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle neticeleneceğinin bilincinde olmalı ve bu planı kabul etmelidirler. Diğer bir ifadeyle, suçu işleme yönündeki isteklerini ortaya koymalıdır. Müşterek faillik, müşterek faillerin müşterek suç planının suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle neticeleneceğinin müştereken bilincinde olmalarını ve suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesi için belirli bir kastla müşterek faillik kapsamındaki fiilleri üstlenmelerini veya olayların olağan akışı içerisinde bu fiillerin suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle neticeleneceğinin bilincinde olmalarını gerektirir. Son olarak müşterek faillerin her birisinin suç üzerinde müşterek olarak kendi kontrolünü sağlayan koşulların bilincinde olmaları gerekir.⁹²

87 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 508.

88 ibid 508.

89 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, Pre-T Ch I (29 January 2007), para 330 vd. Ayrıca bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 365; Gal (n 11) 24; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 89.

90 Bkz aktaranlar Gal (n 11) 24; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 508–509. Daha fazla bilgi için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 382–384, 613–614, 652.

91 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgement) ICC-01/04-01/06, T Ch I (14 March 2012), para 994. Ayrıca bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 365; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 95 vd.

92 Cryer and others (n 26) 367. Sübjektif unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz Van Sliedregt and Yanev (n 85) 98–100.

Netice itibariyle, müşterek faillerin her birisinin suçu işlemeyi istemesi veya müşterek suç planının uygulanmasıyla neticenin olayların olağan akışı içerisinde gerçekleşebileceğinin bilincinde olmaları gerekir. Ayrıca her bir müşterek failin, müşterek suç planının uygulanması açısından suçun icrasına esaslı bir katkı sunduğunu bilmesi gerekir.⁹³

Müşterek failer arasında suçun işlenmesine ilişkin açık veya örtülü bir anlaşmanın veya suça ilişkin müşterek bir suç planının olması gerekir.⁹⁴ Bu anlaşma veya plan, suçun her bir müşterek faile müşterek olarak isnat edilmesini ve bu şekilde her birinin işlenen fiilden sorumlu olmasını sağlar. Statü md 25 (3) (a) bendinin metninde kullanılan *that other person* ifadesinin müşterek failliğin yanlış anlamlandırılmasına yol açacağı ve bundan hareketle kurumun bağımsız madde ile düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁵

Müşterek anlaşma veya suç planının olayların olağan akışı içerisinde suçun işlenmesiyle neticelenmesi gerekir. Suçun işlenmesiyle neticelenen müşterek suç planına her bir müşterek failin “önemli katkı (*essential contribution*)” gerçekleştirmesi gerekir.⁹⁶ Önemli katkının Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetin tesisini sağlayacak derecede esaslı bir katkı olarak anlaşılması gerekir. Katkının suçun işlenmesiyle hem zaman olması gerekmektedir, yani suçun icrasından önceki aşamada da bu şekilde bir katkının sunulması mümkündür. Bunun yanında müşterek faillerin hepsinin suç mahallinde bizzat bulunması da gerekmektedir.⁹⁷

c. Dolaylı Faillik (*Commision Through Another Person*)

Dolaylı faillik, Statü’de başkasını araç kullanmak suretiyle (*through another person*) tipik fiilin işlenmesi şeklinde ifade edilmiştir (md 25 (3) (a) bendi). Dolaylı faillikte işlediği fiilin ne anlama geldiğini anlamayan, yani fiilinin sonuçlarını idrak edemeyen bir kimsenin suçta kullanılmasında olduğu gibi kusur yeteneği olmayan bir kimsenin suçta araç olarak kullanılması söz konusudur. Bu şekilde ne yaptığının farkında olmayan bir kimseyi suçta araç olarak kullanan kişinin suçu işlediği kabul edilir. Ceza sorumluluğu olmayan bir çocuğu veya akli yetenekleri tam olmayan bir kimseyi suçta araç olarak kullanan kişi birinci dereceden fail (*principal*) olarak sorumlu olur.⁹⁸

93 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509.

94 Ambos (n 59) 9; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 95–96.

95 Ambos (n 59) 9.

96 Cryer and others (n 26) 366; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 97.

97 Cryer and others (n 26) 366; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (1st edn, Hart Publishing 2009) 156–157; Keiler Johannes and David Roef, ‘Forms of Participation’, *Comparative Concepts of Criminal Law*, (203–234), *United Kingdom 2016*. (2nd edn., Intersentia 2016) 243–244; Keiler (n 12) 155.

98 Cryer and others (n 26) 364.

Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi suçun maddi unsurunu gerçekleştiren kişinin (aracının) iradesi üzerinde hâkimiyet tesis eder ve onu suçta bir araç olarak kullanır.⁹⁹ Madde metninde failin sorumlu olup olmayacağına önemli bir husus olmadığı hususuna yer verilmiştir. Dolaylı faillikte suçta kullanılan kişi kural olarak sorumlu değildir. Bir başkası vasıtasıyla veya bir başkasını suçta araç olarak kullanarak suçun işlenmesi bu sonucu zaten vermektedir. Bu yüzden bu hususa ayrıca vurgu yapmak gereksiz olmuştur.¹⁰⁰

UCM'nin içtihatlarında “dolaylı failliğin bir türü”¹⁰¹ olan ve Alman yazar *Roxin* tarafından ortaya konulan “failin arkasındaki fail (*Täter hinter dem Täter/background man*)” kavramı kabul edilmiştir.¹⁰² Doktrinde bu sorumluluk şeklinin, dolaylı faillik ile müşterek failliğin kombinasyonundan oluştuğu ileri sürülmüştür.¹⁰³ EYUCM'nin içtihatlarında ilk zamanlar müşterek failliğin bir alt başlığı olarak kabul edilmişti. Bunun yanında bağımsız bir iştirak şekli olduğu da ileri sürülmüştür.¹⁰⁴

Doğrudan failin ceza sorumluluğunun kabul edildiği hallerde de onu perde arkasından yönlendirmek suretiyle iradesi üzerinde hâkimiyetin tesis edildiği bu durum, Alman ceza hukukundaki *Hinterman (background man)*¹⁰⁵ kavramına benzemektedir.¹⁰⁶ UCM'nin 1 Nolu Ön Soruşturma Dairesi'nin *Katanga and Ngudjolo* davasındaki 30.09.2008 tarihli kararında kabul edilen dolaylı failliğin bu biçiminin en önemli şekli “organizasyon üzerinde hâkimiyet kurma (*Organisationsherrschaft*)”¹⁰⁷ olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu kavram, uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından ilk kez kullanılmıştır.¹⁰⁸ Bu şekilde içtihatlarda dolaylı faillikte sadece bir kişinin araç olarak kullanılması durumunda değil, aynı zamanda bir örgütün aracı olarak kullanılması (*indirect perpetration through an organisation*) durumunda da dolaylı failliğin gündeme gelebileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁹

Roxin tarafından geliştirilen bu kurumun koşullarından biri olan aracı kişinin “ikame edilebilirliği” ölçütüne değinilmemiştir. Ancak uluslararası ceza hukukunda bunun bir ölçüt olabileceği kabul edilmektedir. İkame edilebilir olma ölçütünün zorunlu

99 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509; Gal (n 11) 22; Bohlander (n 97) 156–157.

100 Ambos (n 59) 8–9.

101 Van Sliedregt and Yanev (n 85) 110.

102 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 510. İştirakin bir görünüş şekli olarak “failin arkasındaki fail” hakkında detaylı bilgi için bkz Muhammed Emre Tulay, *Kriminelle Vereinigungen Im Deutschen Strafrecht Im Vergleich Zum Türkischen Strafrecht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Beteiligungsdogmatik* (1. Aufl, Felix) 117 vd.

103 Van Sliedregt and Yanev (n 85) 110.

104 Bkz ibid 110–111, 114.

105 Ambos (n 59) 8.

106 Cryer and others (n 26) 364.

107 Ambos (n 25) 181; Tulay (n 102) 121 vd; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 111.

108 *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo* (Judgement) ICC-01/04-01/07 OA 8, Pre-T Ch I (30 September 2008), para 496, 498. Karar metni için bkz <<https://www.legal-tools.org/doc/67a9ec/pdf>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023. Ayrıca bkz aktaranlar Tezcan, Erdem and Önok (n 18) 510; Van Sliedregt and Yanev (n 83) 111.

109 Einarsen and Rikhof (n 78) 615 vd.

görülmemesinin faydası, daha küçük ve hiyerarşik yapılardaki dolaylı failliğin daha az resmi yapılara da uygulanabilirliğini sağlamaktır.¹¹⁰

UCM, dolaylı faillige ilişkin verdiği kararlarında itaat kurallarının katı olması nedeniyle suçların otomatik olarak işlendiği durumlarda organize ve hiyerarşik bir güç örgütünü aramıştır. Mahkeme, bu özellikte bir örgüt üzerinde kontrol sağlayan ve bu şekilde otomatik itaat aracılığıyla hâkimiyetini tesis eden kişilerin dolaylı failliğini şu şartlarda kabul etmektedir: Öncelikle hiyerarşik olarak organize bir grup veya hiyerarşik bir ilişki olmalıdır. Grup üzerinde hâkimiyetini tesis edenler yani kontrolünü sağlayanlar grubun politikaları ve uygulamaları hakkında söz sahibi olmalıdırlar. Grup veya hiyerarşik yapı üzerinde hâkimiyetini tesis edenler bu özgün rollerinin bilincinde olarak hareket etmelidirler.¹¹¹

Aynı örgüt¹¹² içinde grup veya hiyerarşik yapı üzerinde hâkimiyet kuranlar da kendi aralarında müşterek fail olabilirler. Yani “dolaylı müşterek faillik” (*indirect co-perpetration*) de mümkündür.¹¹³ Bu şekilde UCM’nin içtihatlarında dolaylı faillik kavramı daha geniş yorumlanarak müşterek suç girişimi ve dolaylı faillik kurumunun özelliklerini barındıran “karma bir faillik” şekli kabul edilmiştir.¹¹⁴ Demek ki, bir kimsenin hem dolaylı fail hem de müşterek fail olması mümkündür. Yani dolaylı faillik ile müşterek faillik aynı kişide birleşebilir. Örneğin, birbirinden bağımsız iki örgütün bir suçu müştereken işlediği bir durumda her bir örgüt lideri, üzerinde hâkimiyet tesis ettikleri kişilerin işlediği suçlardan dolaylı fail olarak, suçun müştereken işlenmesi nedeniyle diğer örgüt tarafından işlenen suçlardan müşterek fail olarak sorumlu olur.¹¹⁵

d. Yan Yana Faillik (*Commission Side by Side*)

Birden fazla kişi, birlikte suç işleme kararı olmadan “aynı konu üzerinde aynı suçu aynı anda” işlerse her biri yan yana (doğrudan/müstakil) fail olur. Örneğin

110 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 510.

111 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Decision of the Warrant for Arrest) ICC-01/04-01/06-2-tEN, T Ch I (10 February 2006), para 94-96. Kara için bkz <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_02234.PDF> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaranlar ibid 510–511.

112 Tulay (n 102) 1 vd.

113 Cryer and others (n 26) 367.

114 Dolaylı failliğin genişletilmiş bu formunun maddi ve manevi unsurları hakkında daha fazla bilgi için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 615 vd.

115 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 511.

birbirinden haberi olmayan¹¹⁶ A ve B'nin, ortak düşmanları olan C'yi öldürmek amacıyla kurdukları pusu neticesinde aynı anda ateş etmesi durumunda yan yana faillik ortaya çıkar. Her biri doğrudan fail olur. Müşterek suç işleme kararı olmayan bu kişileri müşterek fail olarak kabul etmek mümkün değildir.¹¹⁷

Ulusal ceza hukuklarında yan yana failliğin kanunlarda ayrıca düzenlenmemesi makul karşılanmaktadır. Suça iştirak eden her bir fail, yalnızca kendi katkısının neden olduğu tipik neticeden sorumlu olur. Burada, bilerek ve isteyerek yapılan ortak bir fiilin varlığından bahsedilemez. Yani bir kimsenin katkısının diğer bir kimseye yükletilmesi mümkün değildir. Şu halde yan faillikte her bir fail, müstakil fail gibi sorumlu olur ve cezalandırılır. Söz konusu durum Türk ve Alman ceza hukuku için de geçerlidir.

Yan yana faillik sadece kasten işlenebilen suçlarda değil taksirle işlenen suçlarda da görülebilir. Hatta yan yana failliğin taksirli suçlarda özel bir ehemmiyeti vardır.¹¹⁸ TCK md 22 (5)'te bu husus, "*birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla taksirli bir suça iştirak eden herkes doğrudan faildir. Ancak taksirli sorumluluk şekli düzenlenmediğinden taksirli suçlarda yan yana faillik Statü bakımından bir özellik arz etmemektedir.

Statü'de yan yana failliğin düzenlenmemesi Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçların bu faillik türünde işlenemeyeceği anlamına gelmez. Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi yan yana faillik doğrudan faillik kapsamında mütalaa edilebilir. Aralarında birlikte suç işleme iradesi olmadığından her birinin sorumluluğu kendi işlediği fiile bakılarak tayin edilir.

116 Birden fazla kişinin birbirinden habersiz olarak aynı anda aynı tipik neticeyi gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsızdır. Ancak bir kimsenin, "birinin hakkında bilgi sahibi olduğu başka bir suç planının kendi amaçları" doğrultusunda kullanması imkân dâhilindedir. Örneğin; A, B'nin kendisini akşam karanlık çöktüğünde öldürmek istediğini bir şekilde öğrenir. A da, aslında L'yi öldürmek ister. Bunun için A, L'yi eve davet eder. L, akşam günbatımında eve geldiğinde B tarafından A zannedilerek öldürülür. Bu olayda, A ve B birlikte hareket etmemişlerdir. Yani müşterek faillikten bahsedilemez. A, B'nin suç planından haberdar olmuştur. Ama B, A'nın bunu öğrendiğini bilmemektedir. Şu halde A ve B müşterek fail olamazlar. Ancak, A'nın dolaylı faillik statüsü tartışılabilir. Çünkü A, B'yi kişide hataya (*error in persona*) düşürmektedir. Durum böyle olsa dahi, hataya dayalı belirli bir hâkimiyet fiili hâkimiyet açısından yeterli değildir. Çünkü fiilin işleniş tarzı ile tüm sorumluluk halen B'dedir. Olayda azmettirmeden de bahsedilemez. Çünkü A'nın B ile bir iletişimi olmamıştır. Ayrıca hâlihazırda B, suç işleme kararını almış durumdadır. Şu halde bu olayda yan yana faillik durumu vardır. A, rakibi olduğunu söylediği K'yi karanlık çöktüğünde öldürmesi için B'yi ikna etseydi ve B, K'yi değil de L'yi öldürseydi; olayda azmettirme söz konusu olurdu. Fiili hâkimiyet olmadığından dolaylı faillik de mümkün olmazdı. Ancak olay şu şekilde olsaydı: B, K'yi öldürmek için karar alıp pusuya yatsaydı, A da kendisine yaklaşan kişinin L olmasına rağmen K olduğunu söyleseydi ve B de K'ya ateş etseydi Alman ceza hukukunda, doktrinde, *Gropp*'a göre burada azmettirme, *Friester*'e göre ise, müşterek faillik olurdu. Bkz aktaran Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019) § 33, Rn 1188. Şahista veya konuda hatanın iştirak türleri bakımından etkisi için bkz Muhammed Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahista Veya Konuda Hata (Error in Persona Vel Obiecto)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2022) 286 vd.

117 Bohlander (n 97) 160–161; Kai Ambos and Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)* (1st edn, Ashgate 2013) 330; Keçelioğlu (n 76) 86.

118 Keçelioğlu (n 76) 86.

2. Şeriklik (*Complicity*)

a. Genel Olarak

Statü’de iştirake ilişkin hükümlerde asli ve fer’i iştirak ayrımı yapılmamıştır. Bu, iştirakte eşitlik sisteminin kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Bu ayrımın yapılmamasının nedeni; cezaların UCM’nin yargı yetkisi kapsamında kabul edilen her bir suç tipine ilişkin maddede değil, genel olarak “Uygulanabilir Cezalar” başlığı altında düzenlenen md 77’de¹¹⁹ belirlenmiş olmasıdır. Statü’de “Cezanın Belirlenmesi” başlığı altında düzenlenen md 78’de¹²⁰ cezaların belirlenmesine ilişkin ölçütler ortaya konulmuştur. Mahkeme, önüne gelen somut olayda md 77 ve md 78 çerçevesinde failin cezasını belirler. Cezanın belirlenmesi noktasında asli ve fer’i iştirak ayrımına yer verilmesi zaten doğru olamazdı. Neticede hâkim, her bir sanığın cezasını mezkûr maddeler çerçevesinde vicdani kanaatine göre verir. Ancak hâkimin, cezanın belirlenmesi aşamasında failin şahsi durumunu, cezanın sanığın kusurluluğu ile orantılı olmasını ve sanığın iştirak derecesini dikkate alması gerekir.¹²¹

Kanuni tarifte tanımlanan ve fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle şerikin sorumluluğu, fail ile kişisel irtibatını sağlayan bağlılık kuralına dayanır. Böylece faillik sıfatını taşımayan kişiler de işlenen haksızlıktan sorumlu olur.¹²² Şerikin sorumluluğunun failin fiiline bağlılığı, şerikin cezalandırılmasının her zaman bir başkasının fiilinin varlığını gerektirir. Diğer bir ifadeyle, şeriklik fiilinin haksızlık muhtevası asıl fiilin haksızlık muhtevasına dayanır.¹²³

Uluslararası ceza hukukunda suça iştirakten dolayı sorumluluğun doğması için suçun işlenmiş olması gerekir. Asıl fiilin işlenmesine bağlılığı ifade eden şeriklik sorumluluğu ikinci dereceden (bağlı) sorumluluk olarak kabul edilmektedir.¹²⁴ Asıl fiilin işlenmesinin aranması suça iştirakte bağlılık kuralının kabul edildiğinin bir ifadesidir. Statü’de emretme ve azmettirmeye ilişkin hüküm (md 25 (3) (b)) ile yardım etmeye ilişkin hükümde (md 25 (3) (c)) “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bağlılık kuralına işaret edilmiştir.

b. Şerikliğin Görünüş Şekilleri

Statü’de “Kişisel Ceza Sorumluluğu” başlığı altında azmettirme ile emretme (md 25 (3) (b)) ve suça yardım etme (md 25 (3) (c)) şerikliğin görünüş şekilleri olarak

119 Roma Statüsü md 77.

120 Roma Statüsü md 78.

121 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 511.

122 Koca and Üzülmöz (n 5) 485; Berrin Akbulut, ‘Bağlılık Kuralı’ (2010) XIV GÜHFD 167, 181–182, 183; Tokdemir (n 3) 54.

123 Heinrich (n 116) § 36, Rn 1278.

124 Marchuk (n 24) 220, 222–223.

düzenlenmiştir.¹²⁵ Statü md 25 (3) (b) bendinde düzenlenen azmettirme ve emretmenin, md 25 (3) (c) bendinde düzenlenen yardım etmeye göre daha yüksek derecede bir sorumluluğu gerektirdiği, yani şerikliğin daha kuvvetli hali olduğu kabul edilmiştir.¹²⁶

Doktrinde hukuki niteliği tartışmalı¹²⁷ olan müşterek suç girişimi (md 25 (3) (d)) ne failliğin ne de şerikliğin bir görünüş şekli olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce müşterek suç girişimi, “iştirak benzeri bir kurum” veya “karma nitelikli bir kurum” olarak nitelendirilebilir. Faillik ve şerikliğe ilişkin teorik esaslar ve yapılacak sistematik bir yorum bizi sonuca götürmektedir. Nitekim bu kurum, Statü'nün faillik ve şerikliğe ilişkin hükümlerinde (md 25 (3) (a), (b), (c) bentleri) değil, bağımsız bir hükümle (md 25 (3) (d) bendi) düzenlenmiştir.

Statü md 28'de belirlenen esaslar çerçevesinde, astın davranışlarını denetlemekle yükümlü olan üstün, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi neticesinde, astın Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki fiilleri işlemekten ne şekilde sorumlu olacağını belirlenmesi gerekir. Astın suçlarını önleme yükümlülüğünü, yani denetim görevini ihmal eden üstün ne doğrudan ne de müşterek fail olabilmesi mümkündür. İhmali azmettirme mümkün olmadığı için üst azmettiren de olamaz. Mezkûr maddede bahsi geçen koşulların gerçekleşmesi durumunda üst, şerik (yardım eden) olarak sorumlu tutulabilir. Konu, ceza hukukunda icrai suçlara ihmali iştiraki de ilgilendirdiğinden kurumun şeriklik başlığı altında değil, bağımsız bir başlık altında incelenmesi daha isabetli olacaktır.

(1) Azmettirme (*Instigation*)

Azmettirme, hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseye fiili işleme kararını aldırmaaktır.¹²⁸ “*Belli bir suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan ve dolayısı ile karar vermemiş bir kişinin başkası tarafından bir suçu işlemeye karar verdirilmesi*” şeklinde tanımlanabilir. Azmettirmeden dolayı ceza sorumluluğunun doğması, failin ilgili suçu işleme konusunda herhangi bir düşüncesinin olmamasını gerektirir. Azmettiren, asıl fiil üzerinde hâkimiyetini kuramamaktadır. Azmettirme, fiil üzerinde

125 Safferling'in bu ayrımı çerçevesinde Statü'de suça şeriklik şekillerinin düzenlenmesi hakkında bkz Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht* (1. Aufl., Springer Verlag 2011) § 5, kn. 82–88. Schabas'a göre, Statü md 25 (3) (b) ve md 25 (3) (c) hükümlerinde laf kalabalığı yapılmıştır. Yazar, bunun nedeninin düzenlemenin taslağını hazırlayanların içtihat hukukunda kullanılan kavramlara aşina olmadığına dayandırmıştır. Statü md 25 (3) (c) bendinde kullanılan *abet* kavramının md 25 (3) (b) bendinde kullanılan kavramları (*order, solicit, induce*) kapsadığını ileri sürmüştür. Bkz Schabas (n 71) 228.

126 Ambos (n 59) 9.

127 Hem doktrinsel hem de ilkesel olarak kurumun dayanağının zayıf olduğu; dolaylı faillik, müşterek faillik ve suç örgütüne üyelik kurumlarının özelliklerini bünyesinde taşıdığı; şeriklik kategorisinde yardım etme kapsamında değerlendirilebilecek bazı cüz'î katkıların bile müşterek suç girişimi sorumluluğunu doğurabileceği ve bu noktada iştirak teorisi bakımından yardım etmenin faillik kapsamında değerlendirilmesinin hakkaniyet ve tutarlılığı açıklamanın tartışmaya açık olduğu; kastın isteme unsuru bakımından kurumun işlevsiz ve gereksiz hale geldiği; kişisel ceza sorumluluğu prensibinden uzaklaşıldığı; sorumluluğun isnat edilmesi bakımından kurumun kapsamının geniş olduğu ve savcının diğer iştirak kategorileri için yeterli delil bulamadığında doğrudan bu kuruma başvurma tehlikesinin olduğu, nihayetinde kurumun ceza hukukunun temel prensipleriyle bağdaştıramayacağı eleştirileri yapılmıştır. Eleştiriler hakkında detaylı bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 170 vd.

128 Ambos and Bock (n 117) 333.

doğrudan hâkimiyet kuran faile suç işlettirmeye yönelik telkin ve ikna faaliyetlerini içeren şeriklik statüsünde bir iştirak şeklidir.¹²⁹

Azmettirme, failde fiili işleme kararının uyandırılması niteliğinde ve ağırlığında olmalıdır. Diğer bir ifadeyle azmettirme için basit telkin veya tavsiyeler yeterli değildir. Zira azmettirmek failin suçun icra hareketlerine başlamasını sağlayacak derecede yoğun ikna faaliyetinin gerçekleştirilmesini gerektirir. Ancak bu şekilde, bir kimsenin aklından hiç geçirmediği hukuka aykırı fiili işleme yönlendirilmesinden bahsedilebilir.¹³⁰

Azmettirmenin esası, failin iradesinin etkilenmesine dayanır. Diğer bir ifadeyle, azmettirme fiilinin haksızlığı, suçun işlenmesine sebebiyet vermeye dayanan bir haksızlık muhtevasına sahiptir. Bu durumda azmettiren bir başkasının fiiline katılmadan suçun işlenmesinde manevi müsbabip olarak sorumlu olur.¹³¹ Bir kimseyi suça azmettirmekle o kişinin zihninde psikolojik anlamda değişiklik yaşanır ve bu şekilde kişide suç işleme yönündeki istek harekete geçirilmiş olur. Failin harekete geçmesinde ilk ve etken sebep olduğundan azmettiren fail gibi muamelede bulunulur ve Türk ceza hukukunda olduğu gibi “failin fiilinin cezasıyla” cezalandırılır (TCK md 38).¹³²

Failin fiili işleme kararını alması azmettirenin eseri olmalıdır. Azmettirmenin failde fiili işleme kararının aldırılmasında nedensel olması gerekir. Bu yüzden hâlihazırda fiili işleme kararını almış bir kimsenin bu fiile azmettirilmesinin artık mümkün olmadığı kabul edilir (*omnimodo facturus*).¹³³

Statü’de (md 25 (3) (c)) dikkate alındığında azmettirmenin Kıta Avrupası hukuk sisteminde suça iştirak teorisi ile daha uyumlu olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür.

129 Tokdemir (n 3) 50 vd.

130 ibid 51.

131 Dennis Bock, ‘Grundwissen Zur Anstiftung (§ 26 StGB)’ (2007) JA 599, 600; Koca and Üzülmöz (n 5) 494–495; Tokdemir (n 3) 51.

132 Tokdemir (n 3) 51, 68. Alman ceza hukukunda azmettiren, “failin cezasıyla” cezalandırılır (ACK md 26). Bkz Günter Less, ‘Der Unrechtscharakter Der Anstiftung’ (1957) ZStW/Band 69-Heft 1 43, 43; Günter Heine and Bettina Weißer, ‘Anstiftung’ in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019) Rn 1, 2.

133 Tokdemir (n 3) 238–239. Ayrıca bkz Helmut Satzger, ‘Der >>omnimodo Facturus<<-Und Das, Was Man in Jedem Fall Dazu Wissen Muss!’ (2017) JURA/Heft 10 1169, 1169, 1172; Günter Heine and Bettina Weißer, ‘Beiilfe’ in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019) § 26, Rn 6; Ambos and Bock (n 117) 335; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen Der Straftat* (1. Aufl, C H Beck 2003) § 26, Rn 65; Klaus Geppert, ‘Die Anstiftung (§ 26 StGB)’ (1997) JURA/Heft 6 299, 304; Jürgen Baumann and Ulrich Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, Gieseking 1985) 559; Günter Stratenwerth and Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)* (6. Aufl, Franz Vahlen 2011) AT, Rn 144; Arnd Koch and Katrin Wirth, ‘Grundfälle Zur Anstiftung’ (2010) JuS 203, 205; Christian Jäger, *Ezamen-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, C F Müller 2019) § 6, Rn 257.

(a) Tamamlanmış Azmettirme (*Completed Instigation*)

EYUCM'nin *prompting*¹³⁴, RUCM'nin *urging/encouraging*¹³⁵ kavramları ile ifade ettiği ve uluslararası suçların iştirak halinde işlenmesinin bir görünüş şekli olan azmettirme (*instigation*)¹³⁶, Statü md 25 (3) (b) bendinde telkin etmek ve ikna etmek gibi anlamlara gelen *solicit* ve *induce* kavramlarıyla ifade edilmiştir.¹³⁷ Bu şekilde azmettirmeye ilişkin genel bir hüküm düzenlenmemiş,¹³⁸ fakat azmettirme fiilinin işleniş şekillerine yer verilmiştir.¹³⁹ Statü'de suçun işlenmesine bir başkasını ikna edenlerin sorumlu olacağı belirtilmiştir.¹⁴⁰

Ad hoc mahkemelerin içtihatlarında azmettirme, azmettirme fiili ile asıl fiil arasında nedensellik bağı kurmak suretiyle bir suçu işlemeye yönelik olarak başkasını harekete geçirmek şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴¹ Örneğin, EYUCM'nin *Blaskic*¹⁴² davasında Yargılama Dairesi (*Trial Chamber*); azmettirmenin failin bir başkasının suçu işlemesine neden olmasına dayandığını, suçun işlenmesine açık bir katkı faktörünün azmettirmenin olmazsa olmaz şartı olduğunu, azmettirmede suçun işlenmesine neden olmanın başlı başına yeterli olmadığını ve ayrıca suçun işlenmesine azmettirmenin etkisinin ciddi bir katkı şeklinde gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴³

134 *Prompting* kavramı; kışkırtmak, harekete geçirmek anlamına gelir.

135 *Urging* kavramı kışkırtmak/sevk etmek, *encourage* kavramı cesaretlendirmek anlamına gelir.

136 *Instigation/Instigating*, bir suçu işlemeye bir başkasını kışkırtmak, harekete geçirmek anlamlarına gelir. Bkz Marchuk (n 24) 25–26. *Instigation*, bir kimsenin kendi davranışlarıyla bir olayın veya bir durumun gerçekleşmesine sebep olması demektir. *Instigator* kötü bir şeyin gerçekleşmesine sebep olan kişiye denir. Doktrinde azmettirme için *abetment* kavramlarını kullanan yazarlar olsa da bu kavram, daha çok suça manevi yardımı ifade etmektedir. Kelimenin sözlük anlamı hakkında detaylı bilgi için Tokdemir (n 3) 342, 343.

137 Einarsen and Rikhof (n 78) 408–409, 619, 654. Doktrinde *solicit* kavramı teşvik etme olarak çevrilmiş ve manevi iştirak şekli olarak azmettirmenin teşvik etmeyi de içerdiği ileri sürülmüştür. Buna göre, suçun işlenmesinin tek nedeni olmasa bile suçun işlenmesine yönelik teşvik niteliğindeki davranışlar da azmettirme kapsamında değerlendirilir. İki kavram arasında ayırım yapmanın mümkün olmadığını ileri süren bu yaklaşım nedensel bir etki suretiyle suçun işlenmesine neden olduğunu kabul etmektedir. TCK'da kullanılan “suç işleme kararını kuvvetlendirmek” bu kapsamda görülmektedir. Suç işleme kararını kuvvetlendirmek *ad hoc* mahkemeler bakımından maddi ve manevi yardım etme (*aiding and abetting*) kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 514. *Ambos*'a göre, madde metninde kullanılan *induce* kavramı *solicit* kavramını da ihtiva edecek şekilde geniş bir anlama sahip olup geniş anlamda bir başkasının suçu işlemesine neden olan herhangi bir fiili ifade eder. *Solicit* ise, *induce* kavramının daha güçlü ve daha özel bir anlamını ifade eder. Bkz *Ambos* (n 59) 10. *Einarsen ve Rikhof*, Statü'de *inducing* ve *incitement* kavramlarının eş anlamlı kullanıldığını, *solicit* ve *instigate* kavramlarının da benzer şekilde kullanıldığını ifade etmiştir. Bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 140. Kanaatimizce *solicit* kavramı azmettirmeyi ifade etmektedir. Kavram, Amerikan hukukunda azmettirme suçu (*solicitation*) için kullanılır. Bu yüzden Roma Statüsü'nde kullanılan bu kavramın azmettirme çerçevesinde mütalaa edilmesi gerekir. Ayrıca Statü md 25 (3) (b) bendi sadece emretme ve azmettirmeye özgü olarak düzenlenmiştir. Yardım etme (c) bendinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu yüzden sistematik olarak yapılacak bir yorum da bizi bu sonucu götürmektedir. Dolayısıyla teşvik anlamında kullanılan *solicit* kavramının yardım etme olarak değil, azmettirme anlamına gelen teşvik olarak anlaşılması daha makul bir yaklaşım olacaktır. Bkz Tokdemir (n 3) 344, 354.

138 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

139 Özkan (n 13) 70. RUCM, *Akayesu Davasına* ilişkin içtihadında azmettirmenin; bağış, söz verme, tehdit, otoriteyi veya gücü kötüye kullanma, entrika ve kurnazlık ile gerçekleştiğinde şerikliği oluşturacağını vurgulamıştır. Kararda, azmettirmenin bu işleniş şekillerinden biriyle gerçekleşmesi gerektiği, aksi takdirde asıl suç işlenmiş olsa dahi bir başkasını suç işlemek üzere harekete geçirmenin azmettirmeyi oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bkz *Akayesu Case* (2 September 1998), para 481. Ayrıca bkz aktaran Marchuk (n 24) 226.

140 Schabas (n 71) 228.

141 Bkz aktaran Marchuk (n 24) 226.

142 *Blaškić Case* (3 March 2000), para 207. Ayrıca bkz aktaran Kirsten MF Keith, 'The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence' (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 617, 626 vd.

143 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 380.

Statü’de kullanılan azmettirme, *ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında kullanılan azmettirme kavramı ile aynı içeriğe sahiptir. Bununla birlikte UCM’nin içtihatlarında azmettirmenin suça iştirakin yeni gelişmeye başlayan bir iştirak şekli olduğu ve içtihatlardaki durumun *ad hoc* mahkemelerin *instigation* kavramı ile ilgili yorumlarından uzak olup olmadığının net olmadığı ileri sürülmüştür. *Harun ve Diğerleri* davasında¹⁴⁴ Ön Soruşturma Dairesi bu hususu şu gerekçelerle ifade etmiştir: Bazı kanıtlayıcı faktörler göz önünde bulundurulduğunda şüpheli, devlet başkanı sıfatı ile *Cancavidler*’i (*Militia Janjaweed*) sivil halka saldırmaya azmettirmiştir. Fur grubuna karşı yapılan konuşmada *Cancavidlere* büyük miktarda para ve hükümetin sürekli desteği vaad edilmiştir. Benzer şekilde Uganda¹⁴⁵ olayında, LRA’nın (*Lord’s Resistance Army-Tanrının Direniş Ordusu*) liderliğini temsil eden *Kony, Otti, Odhiambo* ve *Ongwen* de dâhil olmak üzere tüm şüpheliler, çok sayıda insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlenmesine neden olmakla suçlanmışlardır. LRA Başkanı’nın ikinci Komutanı olan *Vincent Otti*’ye karşı tutuklama emri, kendisini LRA’nın hedeflerinin ve stratejilerinin uygulanmasına doğrudan müdahil olduğu iddia edilen bir komutan (emreden) olarak tanımlar. Tutuklama formunda kullanıldığı şekliyle şeriklik sorumluluğu ile uyumlu olan bir iştirak şekli bulunmamaktadır. Şüpheli, sivil halka yönelik acımasızca davranma yönünde yürütülen kampanyanın uygulanmasına *Kony* ile uyumlu bir çaba içinde hareket ettiği kanıtlanırsa müşterek fail olarak nitelendirilebilir. Statü md 25 (3) (b) bendi temelinde suçlanan tüm şüphelilerin önemli kişiler olduğu düşünüldüğünde, hükmün pratikte nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağının açıklığına yönelik eksiklik bulunmaktadır. Eski içtihatların; *incitement, encouragement* ve hatta *abetting* ile eş anlamlı imiş gibi görünen *inducement* (ikna etmek) kavramını daha geniş yorumlamaktan yana olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁶

Azmettirmenin suçun işlenmesinde etkili bir katkısı olacak şekilde işlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, fiilin azmettirme sonucu işlenmiş olması gerekir.¹⁴⁷ Suçun işlenmesinde azmettirme fiilinin en ufak bir etkisi dahi yoksa azmettirenin şerik olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda azmettirmenin fiilin işlenmesindeki nedenselliğinden bahsedilemez.¹⁴⁸

Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi azmettirme için aranan çifte kast, Statü bakımından da kabul edilmektedir. Yani taksirle azmettirme mümkün değildir. Buna göre hem azmettirme hem de azmettirilen suç bakımından azmettirenin kasten hareket etmesi ve asıl suçun azmettirme sonucu işlenmesi gerekir. Azmettirenin doğrudan kast veya olası kast ile hareket etmesi mümkündür. Azmettiren olası kast ile hareket etmemişse Statü md 30 çerçevesinde genel kastın varlığı kanıtlanmalıdır. Statü’nün

144 *Prosecutor v Ahmed Muhammad Harun* (Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/07-2, Pre-T Ch I (27 April 2007).

145 *Prosecutor v Joseph Kony* (Warrant of Arrest) ICC-02/04-01/05, Pre-T Ch I (27 September 2005), para 10, 42.

146 Bkz aktaran Marchuk (n 24) 226–227.

147 Einarsen and Rikhof (n 78) 619, 654, 408–409.

148 Coco Antonio, ‘Instigation’, *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. bs, Cambridge University Press 2019) 270.

md 25 (3) (b) bendinin yorumundan azmettirenin hem kendi fiilinin hem de asıl failin fiil ile ilgili çifte kast ile hareket etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.¹⁴⁹

Alman ceza hukukunda *omnimodo facturus* olarak ifade edilen asıl failin hâlihazırda suçu işleme kararını almış olması durumunda azmettirmenin mümkün olmadığı ve azmettirenin artık yardım etmeden sorumlu tutulabileceği uluslararası ceza hukukunda da kabul edilmektedir.¹⁵⁰

(b) Akim Kalmış Azmettirme/Azmettirmeye Teşebbüs (*Unsuccessful/Attempted Instigation*)

Statü'de düzenlenen şeriklik şekilleri bakımından bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Şerikliğin görünüş şekilleri olarak düzenlenen emretmeden ve ikna etmeden dolayı bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için emir ve ikna konusu suçun işlenmiş olması veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir (md 25 (3) (b)).¹⁵¹ Bu şekilde hem emretmeden hem de azmettirmeden dolayı sorumluluğun doğması için bağıllık kuralı kabul edilmiştir.

Azmettirme kararı neticesinde azmettirme fiili işlenmesine rağmen failin herhangi bir nedenle fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamaması şeklinde ortaya çıkan azmettirmenin özel durumuna akim kalmış azmettirme (*misslungene/unsuccessful Anstiftung*) veya azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung/attempted instigation*) denir. Asıl fiilin işlenmediği bu durumda esasen işlenmiş bir azmettirme fiilinin varlığına rağmen failde ya suç işleme kararı oluşmamış veya oluşmasına rağmen fail suçun icrasına başlamamıştır. Örneğin, A tarafından C'yi öldürmeye azmettirilen B, suçu işlemek için hiçbir faaliyete girişmez ve vazgeçerse ya da yaptığı tüm hazırlıklara rağmen fiili işlemezse öldürmeye azmettirmeden dolayı, yani iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılmaz. Çünkü hem faile hem de arka plandaki azmettirmeye objektif olarak isnat edilebilecek bir asıl fiil bulunmamaktadır.¹⁵² Örnekten de anlaşılacağı üzere azmettirmeye teşebbüste icrasına başlanmış, yani işlenmiş bir asıl fiil bulunmamaktadır.¹⁵³ Kasten, hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiil bulunmadığından azmettirme ve asıl fiil arasında nedensellikten de bahsedilemez.¹⁵⁴

149 Marchuk (n 24) 225–226, 228. İçtihatlarla dayanan ulusal ceza hukuklarında da çifte kast aranmaktadır. Detaylı bilgi için bkz ibid 225–226; Tokdemir (n 3) 358.

150 "...ilk suç işleme fikrinin ve planının azmettiren tarafından üretilmesi gerekmez. Asıl fail suç işlemeyi düşünmüş olabilir. Fakat azmettirenin güçlü bir şekilde cesaretlendirmesi ve ikna etmesi ile son karar asıl fail tarafından halen verilebilir. Ancak asıl fail zaten suç işleme kararını vermişse, azmettirenin cesaretlendirmesi ve manevi desteği yardım etme (*aiding and abetting*) olarak nitelendirilir." Bkz *Prosecutor v Naser Oric* (Judgment) ICTY-IT-03-68, T Ch II (30 June 2006), para 271. <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2006/en/78025>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

151 Cryer and others (n 26) 379; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 514.

152 Tokdemir (n 3) 109.

153 ibid 94.

154 Heinrich (n 116) § 39, Rn 1364; Tokdemir (n 3) 94.

Statü’de asıl fiilin işlenmemesi durumunda arka plandaki kişinin (emredenin veya azmettirenin) sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁵⁵ Dolayısıyla akim kalmış azmettirme cezalandırılmamıştır. Mevcut TCK’da da akim kalmış azmettirmeyi cezalandıran herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Alman ceza hukukunda başlı başına haksızlık teşkil eden bu fiil genel bir hükümle (ACK md 30 (1))¹⁵⁶ cezalandırmaya layık görülmüştür. Her ne kadar madde metninde (md 25 (3) (b)) Amerikan hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı azmettirme suçu için kullanılan *solicit* kavramına yer verilmiş olsa da bu kavramla, azmettirme kapsamında gerçekleştirilen iknanın daha güçlü ve özel bir şekli vurgulanmak istenmiştir. Esasen madde metninde azmettirmeyi ifade etmek adına *induce* kavramına yer verilmesi yeterli olurdu. Bununla birlikte *solicit* kavramıyla akim kalmış azmettirmenin düzenlendiği sonucuna varılamaz.

Statü’den önceki uluslararası belgelerde (TUACM Statüsü, Soykırım Sözleşmesi, EYUCM Statüsü gibi) birbiriyle bağlantılı ve birbirinin içeriğini yansıtacak şekilde uluslararası ceza hukukunda kademeli bir gelişme gerçekleşmiştir. Bu, suça iştirak alanında da geçerliydi. Ancak Statü’de, suça iştirak alanında örfi hukuktan farklı olarak *solicit* ve *inducing* gibi yeni kavramlar kullanılmıştır. Bu kavramların yerine, TUACM ve EYUCM statülerinde azmettirme anlamında *instigation* kavramı kullanılmıştı. Dolayısıyla Statü öncesi örfi hukukta da *solicit*, akim kalmış azmettirmeyi ifade etmek için kullanılmamıştır.¹⁵⁷

Statü’de soykırımda bulunmaya doğrudan ve aleni tahrik etmek müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir (md 25 (3) (b)).¹⁵⁸ Böylece şeriklik (azmettirme, emretme, yardım etme) için kabul edilen bağlılık kuralından vazgeçilmiştir. Bu durumda doğrudan ve aleni olarak soykırım suçunu işlemeye tahrik eden bir kimse soykırım suçu işlenirse bile (en azından teşebbüs aşamasında kalmasa bile) soykırım suçuna tahrikten dolayı sorumlu olur.¹⁵⁹

Statü’de tahrik sadece soykırım suçu için kabul edilmişken; azmettirme savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi diğer uluslararası suçlar için de düzenlenmiştir. Bu bağlamda, tahrik suçunun sadece soykırım için değil, aynı zamanda diğer uluslararası suçlar için de kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁰

155 Schabas (n 71) 228.

156 deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBl I S 3322]. ACK md 30 (1): “Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs ederse cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23’üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.” Kanun metni için bkz Feridun Yenisey and Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009) 23–24.

157 Einarsen and Rikhof (n 78) 284–285.

158 ibid 623; Schabas (n 71) 229; Ambos (n 59) 13; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 564; Koca and Üzülmöz (n 77) 73; Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 74–75; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. bs, Yetkin Yayınları 2020) 104; Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 75.

159 Ambos (n 59) 14.

160 Bayraktar, Evik and Kurt (n 51) 60–61; Einarsen and Rikhof (n 78) 610. Hollanda Bölge Mahkemesi, sonradan Hollanda vatandaşlığına geçen 63 yaşındaki *Yvonne Ntacyobatabara (Basebya)* isimli sanık hakkında 1.03.2013 tarihinde Ruanda’daki olaylardan dolayı soykırıma tahrik suçundan 6 yıl hapis cezasına hükmetmiştir (*The Prosecutor v Yvonne Basebya*, (Judgement) District Court of The Hague Case No. 09/748004-09 (1 March 2013) <<https://www.legal-tools.org/doc/3f41c2/>> Erişim Tarihi 25 Ocak 2020; ibid 435, 513.

Soykırma tahrik suçu için kamusal nitelik taşıyan bir alanda belli sayıdaki kişiye veya kitle iletişim gibi vasıtalarla genel anlamda kamuya yönelik suç teşkil eden bir fiili işlemeye çağırının (davetin) gerçekleşmesi gerekir.¹⁶¹

Soykırma tahrik suçunun objektif unsuru soykırımın işlenmesine doğrudan ve aleni olarak tahrikin gerçekleşmesidir. Sübjektif unsuru failin soykırma doğrudan ve aleni tahriki kasten işlemesidir. Tahrikin doğrudan olması ve soykırım hareketine yönelik çağırının belirli olması gerekir. Belirsiz ve dolaylı olarak gerçekleşen tavsiye niteliğindeki fiiller tahrik suçunu oluşturmaz. Suçun bir unsuru olan aleniyetten maksat kamunun muhatap alınmasıdır. Aleniyet değerlendirilmesinde kişi sayısı bir etmen olarak dikkate alınmamaktadır. Aleniyet, kamusal alandaki topluluklara yönelik televizyon veya radyo gibi araçlarla veya yazılı yayınlar vasıtasıyla gerçekleşebilir.¹⁶²

Soykırım kapsamında herhangi bir fiil işlenmese bile soykırma doğrudan ve aleni tahrik cezalandırılabilir. Aynı yönde düzenleme 1948 tarihli Soykırım (*Jenosid*) Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi)'nde de bulunmaktadır (md 3 (c)).¹⁶³

Soykırma doğrudan ve aleni tahrik, azmettirmeden farklılık arz eder.¹⁶⁴ Azmettirme fiili doğrudan belirli bir kişi veya kişi grubuna karşı işlenirken, tahrik fiili doğrudan kamuya karşı yani aleni olarak işlenir.¹⁶⁵ Suça azmettirme bir iştirak şekli olarak düzenlenmiş olup başlı başına bir suç tipi değildir. Soykırım suçuna tahrik, soykırım suçu işlenmese bile Roma Statüsü çerçevesinde cezalandırmaya layık bir fiil olarak kabul edilmiştir. Azmettirme ise uluslararası suçlardan birine ancak maddi bir katkı gerçekleştirildiğinde cezalandırılabilen bir fiildir.¹⁶⁶

Aleni ve doğrudan tahrikte genel anlamda kamu¹⁶⁷ hedef alınırken, azmettirmede belirli bir kişi hedef alınır. Soykırma tahrik müstakil bir suç olduğu için soykırım niteliğindeki bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi doğrudan ve aleni olarak bu fiile bir

161 Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 74; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 564. Suça tahrikin, azmettirmenin kamusal (aleni) nitelik taşıyan özelliği olduğu ve aralarında ayırım yapmanın zor olduğu hakkında bkz Safferling (n 125) § 5, Rn 84.

162 Einarsen and Rikhof (n 78) 377–378.

163 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277. Madde metni için bkz <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf> Erişim Tarihi 3 Ekim 2023. Ayrıca bkz ibid 377, 610; Schabas (n 71) 229; Ambos (n 59) 13.

164 Marchuk (n 24) 226; Ambos (n 59) 13; Tokdemir (n 3) 421.

165 Ambos (n 59) 13–14; Tokdemir (n 3) 423.

166 Jérôme De Hemptinne, 'Incitement' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 392. Soykırma tahrik ile azmettirme arasındaki farklar için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 620; Antonio (n 148) 265–266.

167 RUCM'nin Temyiz Dairesi; Medya Davası olarak da bilinen *Nahimana et al* kararında tahrikin bir kitleyi (kamuyu) etkilemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz *Prosecutor v Nahimana et al* (Judgement) ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007), para 678-679 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ict/2007/en/91996>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 380; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 565.

başkasını tahrik eden kişinin cezalandırılması mümkündür.¹⁶⁸ Azmettirmede ise bağlılık kuralı arandığı için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

TCK md 76'da soykırma tahrikin cezalandırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından bu tür fiilleri TCK md 214'te tanımlanan suç işlemeye tahrik kapsamında değerlendirmek mümkündür.¹⁶⁹ TCK md 214 (3)'te tahrik konusu suçların işlenmesi halinde tahrik eden kişinin işlenen suçlardan azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Statü'de her ne kadar bu yönde bir düzenleme bulunmasa da soykırım suçu kapsamında doğrudan ve aleni olarak tahrik edilen fiiller işlendiğinde, tahrik eden kişinin soykırma azmettirmeden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Örneğin A doğrudan ve aleni olacak şekilde B, C ve D kişilerini soykırım suçu kapsamında kabul edilen fiilleri işlemeye tahrik eder ve suç işlenir. Bu durumda A, Statü md 25 (3) (b) kapsamında soykırma azmettirmeden sorumlu tutulabilir. Tahrik konusu fiilin işlenmemesi durumunda ise A'nın Statü md 25 (3) (e) kapsamında soykırma tahrikten sorumlu tutulması mümkündür.¹⁷⁰

(2) Emretme (Ordering)

Statü'de (md 25 (3) (b)) azmettirmenin yanında emretme, suça iştirakin bir başka görünüş şekli olarak düzenlenmiş ve suçun işlenmesi için bir başkasına emir verenlerin sorumlu olacağı şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷¹ Böylece emretme bağımsız bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir.¹⁷² Azmettirme ve tahrik etme olarak kabul edilmeyen bazı olaylar emir verme şeklinde gerçekleşebilir.¹⁷³

Emir veren kişinin sorumluluğu bazen dolaylı faillik kapsamında değerlendirilirse de ulusal ceza hukuklarında azmettirme çerçevesinde ele alınmaktadır.¹⁷⁴ Örneğin, Rus hukukunda emretme; bir kimsenin otoritesinin olduğu bir mevki, başkasını harekete geçirmek için (kışkırtmak) kötüye kullanarak gerçekleştirdiği azmettirme olarak kabul edilir.¹⁷⁵ Amerikan hukukunda emretme ve azmettirme, suç işlemesini tavsiye etmek ve cesaretlendirmek şekilleri ile işlenen azmettirme (*solicitation*) suçunu oluşturur.¹⁷⁶

168 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 564; Marchuk (n 24) 226.

169 Koca and Üzülmöz (n 77) 73; Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 75; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 74.

170 Einarsen and Rikhof (n 78) 116.

171 Marchuk (n 24) 22; Einarsen and Rikhof (n 78) 404–407. *Venture*, emretmeyi ağırlaştırılmış azmettirme (*aggravated instigation*) olarak nitelendirmiştir. Bkz Manuel J Ventura, 'Ordering' (1. edn, Cambridge University Press 2019) 284. Emretme ile azmettirme arasındaki farklar hakkında bkz Antonio (n 148) 263. Emretmenin saf anlamda bir şeriklik şekli olmadığı, üstün sorumluluğuna ilişkin hükmü (md 28) tamamlayıcı niteliği göz önünde bulundurulduğunda suç işlemek için astı kullanma yoluyla daha ziyade bir faillik şekli olarak mütala edilebileceği hakkında bkz Ambos (n 59) 10.

172 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

173 Cryer and others (n 26) 380.

174 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

175 Marchuk (n 24) 229.

176 ibid.

Ancak uluslararası ceza hukukunda emretmek, müstakil ve bağımsız bir iştirak şekli olarak düzenlenmiştir. Emretmeyi azmettirmeden ayıran temel nokta, emir veren ile alan arasındaki alt-üst ilişkisidir. Emretmede emri veren ile emre uyan arasında astlık-üstlük şeklinde bir hiyerarşi vardır. Otorite sahibi bir kimse, bu makamını bir başkasını suç işlemeye ikna etmek için kullanır. Bu durum fiili olabileceği gibi kanuna da dayanabilir. Emrin doğrudan doğruya faile verilmesi şart değildir.¹⁷⁷ Emretme, bir suçun doğrudan failine otorite sahibi bir kimse tarafından verilen talimatlar yolu ile gerçekleşir.¹⁷⁸

Emrin uygulanması tamamen suçun işlenmesine kışkırtılan kişinin (kendisine emir verilenin) iradesine bağlıdır. Bir kimse bir suçun işlenmesine zorlanırsa, zorlamayı yapan kişi emretmek suretiyle bunu yaparsa dolaylı fail olarak sorumlu olur. Alman ceza hukukunda azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayırım için kullanılan “arka plandaki kişinin failin iradesi üzerinde mi yoksa fiili üzerinde mi hâkimiyet kurduğu” şeklindeki kıstas uluslararası ceza hukukunda azmettirme ile emretme arasında yapılmaktadır. Şu hâlde emretmek, failin iradesi üzerinde hâkimiyet sağlandığı takdirde dolaylı faillik kapsamında kabul edilebilir.¹⁷⁹ Benzer şekilde, UCM Ön Yargılama Dairesi (*Pre-Trial Chamber*), Statü md 25 (3) (b) bendindeki anlamından hareketle bir şeriklik şekli olarak emretmeyi, bir başkasını kullanarak onu asıl fail yapıp suç işlemesine yol açmak suretiyle bir örgüt liderinin suçu işlemesi durumundan ayırmıştır.¹⁸⁰ *Ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında emretme, otorite sahibi bir mevkide bulunan kimsenin bu mevkii kullanarak bir kimsenin suç işlemesine neden olması şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸¹

Uluslararası suçların otorite sahibi bir kimsenin emri ile işlenmesi sıklıkla gerçekleşen bir durumdur. Savaş suçları ile ilgili yargılamalarda ortaya çıktığı gibi hemen hemen her suç bir emir çerçevesinde işlenir. UCM ve *ad hoc* mahkemelerin statülerinde emretmek ayrı bir cezai sorumluluk şekli olarak müstakil bir suç tipi çerçevesinde kabul edilmiştir.¹⁸² Bu suç tipinde emreden kişi, EYUCM'nin *Blaskic* kararında ve RUCM'un *Akayesu* kararlarında “suç işlemeye bir başkasını ikna etmek üzere otorite sahibi olduğu mevkiini kullanan kişi” olarak tanımlanmıştır.¹⁸³

177 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

178 Marchuk (n 24) 229.

179 Bkz aktaran ibid 229–230. Emretme ile dolaylı faillik arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz Safferling (n 125) § 5, Rn 83.

180 *Katanga and Ngudjolo Case* (30 September 2008), para 517.

181 *Blaškić Case* (3 March 2000), para 601; *Akayesu Case* (2 September 1998), para 483.

182 Cryer and others (n 26) 378.

183 *Blaškić Case* (3 March 2000), para 601; *Akayesu Case* (2 September 1998), para 483.

Emretmek üç unsurdan oluşur: Altlık-üstlük ilişkisinin (otorite konumunun¹⁸⁴) varlığı, emrin verilmesi ve ilgili maddi unsur.¹⁸⁵

Emretmeden dolayı sorumluluğun doğması için objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesi gerekir.¹⁸⁶ Emretmenin objektif unsuru, bir kimseye suç işleme için talimat vermek suretiyle kendi sahip olduğu otoriteyi kötüye kullanmasıdır. Astlarının, kendi fiillerinin hukuki olmasını sağlamakta başarısız olması vasıtasıyla suçun işlenmesini emreden bir üst (amir), böylelikle mevkiinin verdiği otoriteyi kötüye kullanmış olur. Emir açıkça veya örtülü verilebilir. Otoriteyi kullanan kişinin cezai sorumluluğu için emrin ne yasal olması ne de kişisel veya doğrudan verilmiş olması gerekir. Emri veren ile emri yerine getiren (doğrudan fail) arasında resmi düzeyde altlık-üstlük ilişkisinin olması da gerekmez. Emredenin suçun işlenmesini emretmede fiili veya hukuki olarak otorite sahibi olması ve otoritenin mantıksal olarak açıklanması yeterlidir. Emretme ve suçun fiziksel olarak (bizzat) işlenmesi arasında nedensellik bağının olması bu tarz bir sorumluluğun maddi unsurunun bir parçasıdır.¹⁸⁷

Emretmenin sübjektif unsuru kasttır. Emir verenin kast ile hareket etmesi gerekir. Kastın doğrudan veya olası kast olması mümkündür.¹⁸⁸ Emrin ifası kapsamında suçun işlenmesinin emir veren açısından önemli ölçüde muhtemel addedilmesi yeterlidir.¹⁸⁹

Azmettirmede olduğu gibi emretmede de suçun işlenmesinde etkili olacak şekilde maddi ve doğrudan bir katkının gerçekleştirilmesi ve emir konusu fiil ile emir arasında nedensellik bağının olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, suç bir emir sonucu işlenmelidir.¹⁹⁰ Emretmede bir ast-üst ilişkisi gerekmemekte ve astın ikna edilmesiyle veya zorlanmasıyla suç işlettirilmektedir.¹⁹¹ Arka plandaki kişi faili ikna ederek veya zorlayarak suçun işlenmesi talimatını verdiğinde azmettirmenin şartları gerçekleşir.¹⁹²

Statü md 25 (3) (b) bendinde emretme ikinci dereceden (bağlı) sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir. Çünkü emretmeden dolayı bir kimsenin sorumlu tutulmasının

184 Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 50.

185 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 378.

186 Emretmenin objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz ibid 380; Marchuk (n 24) 22; Einarsen and Rikhof (n 78) 619, 653; Safferling (n 125) § 5, Rn 83.

187 Marchuk (n 24) 22.

188 ibid. EYUCM'ye göre, emretmeden farklı olarak azmettirmenin uygulanmasında fiilin işlenmesi olasılığının bilincinde olma ile icrai veya ihmali bir suçu işlemeye bir kimseyi azmettirenin sorumlu olması için sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir farkındalık ile azmettirme kabul edilebilir. Azmettirenin ilgili suçun işlenmesinde de kastının olması gerekir. Bkz *Prosecutor v Dario Kordic and Mario Cerkez* (Judgement) ICTY-95-14/2, A Ch (17 December 2004), para 32 <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024; *Oric Case* (30 June 2006), para 279.

189 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

190 Einarsen and Rikhof (n 78) 406–407; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

191 Safferling (n 125) § 5, Rn 83.

192 J Ventura (n 171) 289–290.

şartı emir konusu suçun işlenmesi veya en azından teşebbüs aşamasında kalmasıdır.¹⁹³ EYUCM ve RUCM de emretmeyi aynı minvalde değerlendirmiştir. Emretmeden dolayı sorumluluğun doğması bakımından suçun işlenmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra *von Falkenhorst*¹⁹⁴ olayında olduğu gibi emri veren kişi uygulanmayan emirlerinden dolayı sorumlu tutulurdu. Emretmeyi bu şekilde düzenlemenin şu avantajı olabilir. Emir konusu suç işlenmedikçe veya teşebbüs aşamasında kalmadıkça emreden sorumlu tutulmamasıyla verilen emirlerin cezalandırılmasının önüne geçilmiş olurdu.¹⁹⁵

Herhangi bir maddi (icrai) veya ihmali fiil işlemeyen “sırf suç mahallinde bulunuyor olmak” iştirak olarak kabul edilmemektedir. Ancak yasal görevi olan bir kimse, hiyerarşik üst olma pozisyonundan dolayı müdahale etmek için iştirak anlamına gelen hiçbir aleni fiil işlemeksizin suç mahallinde bulunur ve müdahalesi başarısız olursa faili cesaretlendirmekten veya tahrik etmeden sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, emredenler veya üst konumundaki diğer kişiler ile ilgili özel hüküm bir tarafa bırakılırsa Statü'de fiilin işlenmesindeki başarısızlıktan kaynaklı bir sorumluluk şekli düzenlenmemiştir.¹⁹⁶

(3) Maddi ve Manevi Yardım Etme (*Aiding and Abetting*)

Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi ikici iştirak sistemini kabul eden ülkelerde şeriklik statüsünde kabul edilen bir iştirak şekli de yardım etmedir.¹⁹⁷ Bir başkası tarafından kasten işlenen bir suça kasten destekte bulunmaya yardım etme denir. Yardım mahiyetini taşıyan fiillerle suçun işlenişine iştirak eden kişiler yardım eden olarak sorumlu olur. Yardım eden, asıl fiilin işlenmesini teşvik etmek veya kolaylaştırmak suretiyle faile destek olur. Ceza hukukunda faillik ve azmettirme dışında suçun işlenmesine yapılan her türlü katkı yardım etme kapsamında değerlendirilir.¹⁹⁸

Yardım etmeden dolayı sorumluluğun doğması için gerçekleştirilen katkının ilgili suç tipinde tanımlanan neticenin gerçekleşmesinde nedensel olması gerekir. Yardım etmenin suç tipinde tanımlanan fiilin işlenmesini mümkün kılması, kolaylaştırması, yoğunlaştırması ve garantiye alması yeterlidir.¹⁹⁹

193 Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

194 Bilgi için bkz <https://en.wikipedia.org/wiki/Nikolaus_von_Falkenhorst> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

195 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 379.

196 Schabas (n 71) 228. Hiyerarşik olarak üst konumunda olan bir kimsenin soykırım suçunu işleyenleri sessiz kalmak suretiyle teşvik etmesine rağmen, statüsünün önemsiz ve subjektif unsur bakımından aranan asgari eşğin altında olması nedeniyle işlenen suçun insanlığa karşı suç olarak nitelendirileceği neticesine varılmıştır. Bkz Başak (n 55) 79–80.

197 Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019) § 27 Rn 81 vd; Muhammed Demirel, 'Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri' (2017) 5 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119, 119; Tokdemir (n 3) 69.

198 Koca and Üzülmez (n 5) 506; Tokdemir (n 3) 69–70.

199 Rengier (n 197) § 27 Rn 82; Tokdemir (n 3) 70.

Yardım etmede kasten, hukuka aykırı olarak işlenen ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin işlenmesi yardım edenin sorumlu olması için gerekli ve yeterlidir. Demek ki, azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de bağlilik kuralı aranmaktadır.²⁰⁰

Ceza hukukunda yardım etme maddi ve/veya manevi şekillerde gerçekleşebilir.²⁰¹ Statü md 25 (3) (c) bendinde maddi ve manevi yardım etme (*aiding and abetting/encouraging*)²⁰² düzenlenmiştir.²⁰⁴ Suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla maddi ve manevi yardımda bulunması veya suçun işlenmesi için gerekli araçları temin etmek dâhil olmak üzere suçun işlenmesine (tamamlanmasına) veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması halinde kişinin yardım eden olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir.²⁰⁵ Yardım etme, şerikliğin daha hafif hali olarak kabul edilir.²⁰⁶

Doktrinde, Statü’de, sadece TCK’daki (md 39 (2)) fer’i maddi iştirak (maddi yardım) türlerine karşılık gelen durumların düzenlendiği ileri sürülmüştür.²⁰⁷ Kanaatimizce Statü’nün mezkûr hükmünde kullanılan *aiding* ve *abetting* kavramları maddi ve manevi yardım etmeyi ifade etmekte olup sadece maddi yardıma yer verilmemiştir. Kavramlar, maddi ve manevi yardım kapsamındaki tüm yardım türlerini ihtiva etmektedir. Her ne

200 J Ventura (n 37) 228; Tokdemir (n 3) 71.

201 Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu* (2. bs., On İki Levha Yayıncılık 2011) 217 vd; Tokdemir (n 3) 71.

202 Cryer and others (n 26) 374.

203 İngiliz hukukunda 1861 tarihli *The Accessories and Abettors Act*’de ikinci dereceden/şeriklik sorumluluğu türleri olarak “*aiding* (yardım etme), *abetting* (cesaretlendirme), *counsel* (suç işlemek için danışmanlık yapmak) ve *procure* (suçun işlenmesine sebep olmak)” düzenlenmiştir. Ancak içtihatlarda genellikle bu sorumluluk türleri arasındaki anlamsal farklar gözetilmemiştir. Genel olarak *abetting* suçun işlenmesinde suç işleyene cesaret vermek [manevi yardım] anlamına gelirken, *aiding* suçun işlenmesi anında asıl fiile yardım etme [maddi yardım] anlamına gelir. Amerikan hukukunda, suçun işlenmesinde asıl faile kasten yardım eden veya onu cesaretlendiren şerikin subjektif unsur (*mens rea*) kapsamında hareket etmesi durumunda, suça yardım etme veya cesaretlendirmeden bahsedilir. Asıl fail tarafından işlenen suç ve ona yardım veya cesaret verme durumlarındaki suç ortaklığında subjektif unsur derecesinin ne olduğu konusunda bir kafa karışıklığı bulunmaktadır. EYUCM, *abetting* kavramını “bir şerik olarak suçun işlenmesini kolaylaştırmak (*facilitating the commission of an act*)”; *aiding* kavramını “birine yardımcı olma (*giving assistance to someone*)” şeklinde ifade etmiştir. Bu iki kavram arasındaki anlamsal farklılıklar içtihatlarda ihmal edilmiştir. EYUCM’nin gelişmiş içtihatlarında, “*aiding ve abetting*” ifadesi, “suçun işlenmesinde maddi bir etkiye sahip olmak üzere yardım etmeye, cesaretlendirmeye veya moral olarak destek vermeye yönelik maddi ve manevi olarak yardım edenin (*aider and abettor*) işlediği belirli fiiller” şeklinde kullanılmıştır. Bkz Marchuk (n 24) 230. Uluslararası ceza hukukunda genellikle iki kavramın birlikte kullanıldığı hakkında bkz aktaran J Ventura (n 37) 174. Ceza hukukunda kavramın Alman ceza hukukunda azmettirme için kullanılan *Anstiftung* kavramını karşılamadığı, bu kavramın daha çok manevi yardım şekillerinden biri olan suça teşvik etmeyi karşıladığı hakkında bkz Constanting Rehaag, *Prinzipien von Täterschaft Und Teilnahme in Europäischer Rechtstradition* (Duncker & Humblot 2009) 347. Alman ceza hukukunda azmettiren (*Anstifter*), kasti ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesine bir başkasını kasten ikna eden kişi şeklinde tanımlanır. Bkz Satzger (n 133) 1169; Marchuk (n 24) 225; Tokdemir (n 3) 52.

204 Schabas (n 71) 228. Roma Statüsü’nde düzenlenen maddi ve manevi yardım etme, son dönemlerde en çok tartışılan ve inceleme konusu yapılan iştirak şekillerindedir. Bkz J Ventura (n 37) 174. Maddi ve manevi yardım etmenin Roma Statüsü’nde nasıl düzenlendiği ile ilgili bkz Marchuk (n 24) 231, 232–233. Roma Statüsü 25 (3) (c); Anna Olofsson, ‘Aiding and Abetting International Crimes-In the Light of International Legal Pluralism’ (Stockholm University, Faculty of Law, Department of Law 2016) 41 vd <<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:968082/FULLTEXT01.pdf>> accessed 15 April 2023.

205 Yardım etmenin objektif ve subjektif unsurları hakkında bkz Safferling (n 125) § 5, Rn 84; Einarsen and Rikhof (n 78) 410–415, 620–622, 654; Cryer and others (n 26) 375–376; J Ventura (n 37) 176 vd. Yardım etme ile suç anlaşması arasındaki farklar için bkz De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 372; J Ventura (n 37) 182. Yardım etmenin diğer iştirak şekilleri ile ilişkisi ve farkları hakkında detaylı bilgi için bkz ibid 178 vd.

206 Ambos (n 59) 10. Azmettirmenin yardım etmeye göre şerikliğin daha kuvvetli hali olduğu hakkında bkz Tokdemir (n 3) 53.

207 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

kadar *abetting* kavramının suçu işlemeye teşvik etmeyi ifade ettiği söylenebilirse de kavramın bütün manevi yardım türlerini ihtiva ettiğini kabul etmek gerekir. TCK'daki maddi yardım türleri olan suçun icrasını kolaylaştırma ve fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak *aiding*; manevi yardım türleri olan suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek ve suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek türlerinin *abetting* kavramı kapsamında mütalaa edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, yardım etmeye ilişkin Statü'deki hükmü (md 25 (3) (c)) maddi yardım etmeyle sınırlandırmamak gerekir.

Statü'de azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Statü md 25 (3) (c) bendinde, “*işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması*” ifadesinde bağlılık kuralına ve bu şekilde yardım eden kişinin cezalandırılabilmesi için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması gerektiğine vurgu yapılmıştır.²⁰⁸ Dolayısıyla bağlılık kuralından dolayı akim kalmış yardım etme Statü'de cezalandırılmamıştır. Asıl fiilin icrası başlamadığı sürece hazırlık hareketleri aşamasında kalan yardım niteliğindeki suça katkıların, yardım etme teşebbüs aşamasında kaldığından (yardım etmeye teşebbüsten) bahisle cezalandırılmaz.

Maddi ve manevi yardım etmede objektif unsur için şerikin suçun işlenmesinde etkili (etkin) bir maddi yardım ve manevi yardım veya moral destek sağlaması gerekir.²⁰⁹ Kaçmalarını engellemek amacıyla mağdurların yanında silahlı olarak beklemek, faile silah tedarik etmek, faili suç mahalline götürmek, faile öldürülecek şahısları işaret etmek gibi davranışlar bu kapsamda kabul edilebilir.²¹⁰ Verilen örnek fiillerden birincisinin ve sonuncunun TCK ve Statü bakımından somut olayın şartları çerçevesinde müşterek faillik kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.²¹¹

Maddi ve manevi yardım etme bir suçun planlamasına, hazırlanmasına veya işlenmesine yönelik sağlanmış olabilir. Yardım; asıl suçun işlenmesinden önce, işlenmesi esnasında, işlendikten sonra veya asıl suç yerinden coğrafik olarak uzak bir yerde gerçekleşebilir. Eğer suç işlendikten sonra böyle bir yardım sağlarsa suçun işlenmesine yardım sağlayan kişi ile fail arasında önceden bir anlaşmanın sağlanmış olması gerekir. Suça yardım etme, yardım eden kişinin zaman ve yer olarak gerçekten suçun işlendiği yerde olup olmadığı önemsenmeden doğrudan veya aracı vasıtası ile

208 Maddi ve manevi yardım etmede şerik olarak yardım edenin sorumluluğu hakkında iki temel teori kabul edilir. Birincisi birinci dereceden sorumluluk/türetilmemiş sorumluluk (*non-derivative theory*), diğeri ikincil dereceden sorumluluk/türetilmiş sorumluluk (*derivative theory*). İlki yardım edenin fiiline dayanırken, diğeri asıl fiile dayanır. İlkinde yardım etmekle aslında yardım eden kendi suçunu yani yardım etme suçunu işlemiş olur. İkincisinde fail suçu işlemedikçe yardım eden sorumlu tutulamaz. Yardım etme, başlı başına bir suç tipi olarak kabul edilmemektedir. Yardım edenin sorumluluğu failin işlediği haksızlığa dayanır. Gerek Anglosakson gerekse Kıta Avrupası hukuk sisteminde baskın görüş ikinci teoriden yanadır. Bkz Flavio Noto, *Secondary Liability in International Criminal Law- A Study on Aiding and Abetting or Otherwise Assisting the Commission of International Crimes* (1 edn, Dike Publishers 2013) 3; Olofsson (n 204) 28.

209 J Ventura (n 37) 177.

210 Cryer and others (n 26) 375.

211 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513.

sağlanabilir. Yardım etmenin icrai bir fiil ile gerçekleştirilmesi gerekmez. İhmali bir fiil işlemek suretiyle de yardım etme sağlanabilir. Müdahalede bulunmaksızın sırf suç mahallinde bulunmuş olmak tek başına yardım fiili teşkil etmez. Fakat bu durum, örtülü olarak suçun işlenmesinde cesaretlendirme kapsamında mütalaa edilebilir. Aynen bunun gibi işlediği suçlardan dolayı astın cezalandırılmasını sağlamada üstün başarılı olamaması ilerde işlenecek suçların işlenmesine yardım etme şeklinde gerçekleşebilir. Yardım etmenin ihmali olarak gerçekleştiğini ispat etmek için ihmalin, daha az muhtemel bir suç anlamında etkin bir katkının olduğunun ortaya konulması gerekir. Bunun yanında, yardım edenin suçun işlenmesinin muhtemel olduğunu ve yardım etme fiilinin ihmali olduğunu bilmesi gerekir. Yardım etmenin subjektif unsuru, yardım eden kişinin faile yardım ettiğini bilmesidir. Bilme, tüm koşulların yorumlanmasını gerektirir. Yardım edenin, failin suça yönelik kastını bilmesine rağmen, fail ile aynı kastı paylaşması gerekmemektedir. Bu tarz şeriklik sorumluluğunda subjektif unsur şerikin suçun işlenmesine sağladığı yardım fiilini bilmesine dayanır. Failin, yardım eden tarafından gerçekleştirilen yardımı biliyor olması da gerekmez.²¹²

Azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de çifte kast aranmaktadır. Yardım edenin kastının hem kendi fiiline hem de failin fiiline yönelik olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, yardım eden, bir başkasının işlediğini bildiği suça bilerek yardım etmelidir.²¹³

Statü’de yardım etme *ad hoc* mahkemelerin anlayışından farklı düzenlenmiştir. Bu farklılıklardan birincisi yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğunun doğması için “yardım edenin suçun işlenmesini kolaylaştırma amacını taşıması (*for the purpose of facilitating*)”²¹⁴ gerekir.²¹⁵ Diğer bir ifadeyle kast dışında ayrıca “amaç unsurunun” gerçekleşmesi gerekir. Amaç unsuru subjektif unsur bakımından özel subjektif bir gerekliliğe işaret etmektedir. Ayrıca bu unsur Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yapılan MCK’dan esinlenilerek kabul edilen bir unsurdur. MCK’da amaç unsuru azmettirme ve emretme için kabul edilmemiştir.²¹⁶

212 Marchuk (n 24) 231–232. Ayrıca bkz J Ventura (n 37) 185–186, 188–190, 233; Cryer and others (n 26) 376; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513.

213 J Ventura (n 37) 214.

214 Bu unsurdan hareketle şeriklik için asgari gerekliliğin ne olacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu noktada denilebilir ki, Statü uluslararası içtihatlarla uyumlu hareket etmiştir. Ancak şerikliğin asgari gereklilikleri konusunda gerek içtihatlar gerekse doktrin bakımından üzerinde çalışılmaya ve çok daha somut ilkelerin ortaya konulmasına ihtiyaç vardır. Kısacası, uluslararası suçlara şerikliğin tüm türleri bakımından henüz bir eşik belirlenmiş değildir. Bkz Ambos (n 59) 10, 11.

215 J Ventura (n 37) 178, 213.

216 Ambos (n 59) 10.

EYUCM²¹⁷ ve RUCM bakımından ise gerçekleştirilen yardımın asıl fiile katkı sağlayacağına bilinmesi (*knowledge*) yeterli olup yardımın fiilin işlenmesini kolaylaştırma amacıyla yapılması gerekmemektedir. Dolayısıyla, yardım etmede amaç unsuru aranmamıştır. Tam anlamıyla hangi suçun işleneceğini bilmek gerekmemekte, belirli ve somut olarak işlenmesi öngörülen suçlardan herhangi birinin işleneceği konusundaki bilgi yeterli kabul edilmektedir. Statü'de ise yardım edenin failin suç teşkil eden davranışa girişme riskinin bilincinde olması yeterli kabul edilmiştir. Doktrinde, yardım etmenin subjektif unsuru bakımından amaç unsurunun aşırı bir gereklilik olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin, kâr amacıyla ve fakat suçun işlenmesinde kullanılacağını bildiği silahları satan bir kimsenin yardım etmeden cezalandırılması mümkün değildir.²¹⁸

Statü'de, yardım etme bakımından katkının önemli olması (*substantial contribution*) hususuna işaret edilmemiştir. Yani suça yardım etme bakımından gerçekleştirilen katkının önemli olup olmaması hususuna ehemmiyet verilmemiştir.²¹⁹ Bununla birlikte, UCM'nin içtihatlarında yapılan katkının önemli olduğu koşulu, Ön Soruşturma Dairesi'nin 16.12.2011 tarihli *Mbarushimana* kararında aranmıştır. Buna göre yardım etme hareketi, suçun işlenmesiyle hukuksal değerlerin ihlali açısından bir riske (tehlikeye) yol açmalı ve bu riski arttırmalıdır. Ayrıca gerçekleşen riskin, suçun işlenmesi bakımından nedensel olması gerekir.²²⁰

3. Müsterek Suç Girişimi (*Joint Criminal Enterprise*)

a. Genel Olarak

Müsterek suç girişiminde (*joint criminal enterprise*) suç teşkil eden müsterek bir amacı gerçekleştirme doğrultusunda bir araya gelen ve bu amaç için farklı nitelikte katkı gerçekleştirenlerin tümü fail olarak sorumlu tutulabilmektedir.²²¹ Uluslararası ceza hukukunda içtihatlarla oluşturulan bu kurumun kabul edilmesinin sebebi, aynı amaçla ve müsterek hareket eden birden fazla kişi tarafından uluslararası suçların işlenmesidir.²²²

217 EYUCM'nin *Tadic* davasında yardım etme bakımından iki önemli hususa değinilmiştir: Suçun işlenmesinin kolaylaştırılmasına yönelik maddi ve manevi anlamda bir yardımın gerçekleştirilmesi ve yardım fiilinin suçun işlenmesi üzerinde önemli bir etkiye sahip olması gerekir. Suçun işlenmesine önemli derecede etki sahibi olmaktan anlaşılması gereken, katkının suçun işlenmesine tesir etmiş olması, yani suçun işlenmesi ile katkı arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Bunun için fiziki olarak, yani bizzat suç mahallinde bulunmak da gerekmez. Yardım etme hareketi, suçun icra hareketinden farklı yer ve zamanda gerçekleşebilir. Dolayısıyla asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması koşuluyla suça yardımın hazırlık aşamasında da gerçekleşmesi mümkündür. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 512; Cryer and others (n 26) 375–376. EYUCM bakımından hazırlık hareketleri aşamasında kalan akim kalmış yardım etmenin (yardım etmeye teşebbüsün) cezalandırılmadığını söylemek mümkündür. Çünkü bağlilik kuralı buna engel görülüş ve asıl suçun icrasının başlamaması durumunda teşebbüs aşamasında kalmış yardım etmenin cezalandırılması kabul edilmemiştir.

218 Cryer and others (n 26) 377–378; Ambos (n 59) 10–11; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513–514.

219 Schabas (n 71) 228; Cryer and others (n 26) 377; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513–514.

220 *Prosecutor v Callixte Mbarushimana* (Judgement) ICC-01/04-01/10, Pre-T Ch I (16.12.2011), para 54 <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/768/Mbarushimana/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaran Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513–514.

221 ibid 519. Ayrıca bkz Ambos (n 59) 12–13. Kurumun teorik temelleri hakkında detaylı bilgi için bkz Ambos (n 25) 167–176; Önok, *Müsterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 87 vd.

222 Önok, *Müsterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 92.

Örneğin; bir esir kampının işletilmesinde A, kampın kurulmasını emreden komutan; B, C ve D mahiyetini bilmelerine rağmen gerekli teçhizatı hazırlayan kişiler; E kampın müdürü; F ve G kapıda bekleyen muhafızlar; H ve İ kampta kötü muamele fiilini işleyen kişiler olsun. Müşterek suç girişimine göre müşterek bir amaçla hareket eden tüm kişilerin fiilin işlenişine olan katkıları ne derecede olursa olsun kötü muamele fiilinden dolayı sorumlu tutulması gerekir.²²³

Örnekten anlaşılacağı üzere müşterek suç girişiminin faydası, “baskıcı suç yapılanmaları veya örgütleri” vasıtasıyla geniş çapta işlenen suçlara farklı nitelikte katkı gerçekleştiren herkese müşterek amaç çerçevesinde işlenen fiili isnat edebilmek ve geniş çaplı farklı nitelikteki katkıları faillik kategorisinde cezalandırabilmektir.²²⁴

Hem EYUCM’nin hem de RUCM’nin statülerinde müşterek suç girişimine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemişti. Ancak EYUCM müşterek suç girişiminden kaynaklı ceza sorumluluğuna ilişkin geniş bir içtihat oluşturmuştur. İstinaf Dairesi’nin *Tadic* kararı bu içtihatlar öncü olmuştur. Örneğin *Tadic*, 1992 yılında *Jaskici* köyünde beş sivilin öldürülmesinden sorumlu tutulan silahlı bir grubun üyesi olma suçundan beraat etmiştir. Çünkü doğrudan doğruya öldürme fiiline müştereken katıldığına ilişkin herhangi bir kanıt ulaşılamamıştır.²²⁵

b. Roma Statüsü’nde Düzenleniş

Müşterek suç girişimi, Statü md 25 (3) (d) bendinde düzenlenmiştir. Fakat hükümde müşterek suç girişiminin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.²²⁶ Mezkûr hüküm, doktrinde baskın görüş tarafından müşterek suç girişimine ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilmemektedir.²²⁷ Hükme göre, müşterek bir amaçla hareket eden insan gruplarının gerçekleştirdikleri veya gerçekleştirmeye teşebbüs ettikleri suça herhangi bir şekilde katkıda bulunanlar işlenen suçtan sorumludur. Statü’de,

223 Örnek için bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 519; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 51.

224 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 519.

225 *Prosecutor v Duško Tadić* (Judgment) ICTY-94-1, A Ch (26 January 2000). Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 368; Ambos (n 25) 164; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 94. Kurumun içtihat yoluyla oluşturulduğu hakkında bkz ibid 87. EYUCM’nin istinaf dairesi tarafından oluşturulmuş olan bu kuruma ilk derece dairesi tarafından sıklıkla başvurulmuştur. RUCM de *Simba* [*Prosecutor v Aloys Simba* (Judgement) ICTR-01-76, A Ch (27 November 2007)] kararından sonra verdiği kararlarında, EYUCM kadar olmasa da bu kuruma yer vermeye başlamıştır. EYUCM’nin içtihatlarında [*Prosecutor v Milutinović et al* (Judgement) ICTY- 99-37, A Ch (21 May 2003)], para 20; *Prosecutor v Miroslav Kvočka* (Judgement) ICTY IT-98-30/1, A Ch (28 February 2005)], para 79-80; *Oric Case* (30 June 2006), para 282] kurum faillik statüsünde kabul edilmiştir. Ancak bu nitelendirme doktrinde tartışılmış ve müşterek suç girişimine katılan kişilerin fail statüsünde olamayacakları ifade edilmiştir. Bkz aktaranlar Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 518, 519; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 51. NUACM Statüsü md 6 ve TUACM Statüsü md 5 (c) bendinde müşterek suç girişimi suç anlaşması ile birlikte düzenlenmiştir. Her iki hükme göre, gelecekte işlenecek suçların işlenmesine müşterek suç planı veya suç anlaşması kapsamında katılan herkes, herhangi biri tarafından icrası gerçekleştirilen tüm fiillerden sorumludur. Bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 367.

226 Cryer and others (n 26) 368.

227 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 522. Statü md 25 (3) (d) düzenlemesi ile müşterek suç girişimi kurumunun farklı olduğu hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 187.

açık bir şekilde, müşterek suç girişimine ilişkin hükmün, sadece Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçlar bakımından uygulama kabiliyetine sahip olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da müşterek suç girişimi sorumluluğu kabul edilmiştir.²²⁸

Grubun işlediği suça katkının mutlaka müşterek amaçla hareket eden gruba mensup bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Grup dışından bir başkasının da suça katkısı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu yüzden Statü, birinci ve bir ölçüde ikinci tip müşterek suç tipine daha yakın düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, doktrindeki baskın görüş, Statü'nün bu hükmünün bir müşterek suç girişimi düzenlemesi olmadığı yönündedir. UCM'nin içtihatlarında kurumun müşterek suç girişiminden farklı olduğu belirtilmiş ve uygulaması dışlanmıştır.²²⁹

Müşterek suç girişimi kurumunun kusurluluk prensibini²³⁰ ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Bazı yargılamalarda, oluşuma katılan her bir iştirakçinin katkısının rolü ve fonksiyonu göz önünde bulundurulmuş olsa da tüm katkıların eşit düzeyde olması gerektiği eğilimi devam etmektedir. Esasen bu yaklaşım, tekçi iştirak sistemini yansıtmaktadır. Ancak cezanın belirlenmesi aşamasında her birinin katkısının farklı olduğunun dikkate alındığı ve bu çerçevede katkısı daha az olana daha az ceza verildiği sürece kusurluluk ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Burada iştirakçinin organizasyonel rolü, fonksiyonu ve konumundan ziyade müşterek suç girişimine şahsi katkısı önemlidir. Kusurluluk, şahsi olarak katkıya işaret etmekte ve bu katkının müşterek suç girişimi içerisinde tayin edilen fonksiyonuna denk düşme zorunluluğu bulunmamaktadır.²³¹

c. Hukuki Niteliği

Doktrinde müşterek suç girişimi kurumunun hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur. Kurumun hukuki niteliğini belirlemenin önemli olduğu ve özellikle bu sorumluluk şeklinin çok tartışmalı olduğu vurgulanmıştır.²³² Kurumun Kıta Avrupası hukuk sistemindeki müşterek faillğe benzer şekilde düzenlendiği ileri sürülmüştür.²³³

228 Schabas (n 71) 230; Ambos (n 59) 12.

229 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 522. Ayrıca bkz Cryer and others (n 26) 374; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 52. Müşterek suç girişimi türleri için "Sübjektif Unsurlar" başlığına bkz.

230 Ceza hukukunda failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde işlenen fiil bakımından failin ceza sorumluluğu doğmaz. Bu prensip, hem işlediği fiil nedeniyle kusuru olmayan faille ceza verilmeyeceğini hem de kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini ifade eder. Kısacası kusursuz suç ve ceza olmaz. Bkz Artuk and others (n 7) 51. TCK md 20'de ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı açıkça ifade edilerek kusurluluk prensibine vurgu yapılmıştır.

231 Ambos (n 25) 173.

232 ibid 160 vd.

233 Daha fazla bilgi için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 389–400, 613–614, 653.

Müşterek suç girişimi, faillik²³⁴ statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilirse bu oluşuma iştirak edenlere yardım edilebilir. Şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilirse müşterek suç girişimine iştirak edenlere yardım etmeden bahsedilemez.²³⁵ Belirtmek gerekir ki, Statü md 25 (3) (d) bendindeki düzenleme, suç anlaşmasına ilişkin bir hüküm olarak nitelendirilmemektedir. Çünkü müşterek suç girişimi suç anlaşmasından²³⁶ farklı bir sorumluluk şeklidir.²³⁷ Suç anlaşmasında üzerinde anlaşılan suça ilişkin plana tüm suç ortaklarının aynı katkısı gerçekleştirmesi gerekmemektedir. İşlenmesi planlanan suç üzerinde anlaşmak yeterlidir.²³⁸ Suç anlaşmasında belirli bir suçu işlemek için bir araya gelen kişiler cezalandırılmakta ve anlaşma konusu suçun işlenmesi aranmamaktadır. Bilgisi dâhilinde olsun veya olmasın bu oluşuma katılan herkes anlaşma çerçevesinde işlenen bütün fiillerden sorumludur. Statü’de failin, suçun müşterek olarak işlenmesine veya teşebbüsüne katkıda bulunması aranmaktadır. Fakat katkının vazgeçilmez nitelikte olması gerekmemekte, önemli olması yeterli görülmektedir. Bunun yanında suçun tamamlanması aranmamakta en azından icra aşamasında (teşebbüs aşamasında) kalması yeterli görülmektedir. Yine subjektif unsur bakımından da işlenecek fiilin varlığını bilme veya en azından grubun amacını bilme şart koşulmaktadır.²³⁹ Müşterek suç girişimi cezai sorumluluğun bir şekli iken, suç anlaşması soykırım suçu bağlamında başlı başına bir suç tipi olarak kabul edilmekte ve anlaşma konusu suçun işlenmesi gerekmemektedir.²⁴⁰

Doktrinde; kurumun Statü’de faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak değil, şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak düzenlendiği ileri sürülmüştür.²⁴¹ *Ambos*, müşterek suç girişimi kurumunun yardım etmenin genişletilmiş şekli olduğunu ve Statü’de gereksiz olarak düzenlendiğini ileri sürmüştür. Yazar, yardım etme kapsamındaki fiillerin işlenmesi için bunların planlanmasına veya belli bir grup tarafından icra edilmesine gerek olmadığını vurgulamıştır.²⁴² Yazara göre, müşterek suç girişimi ile yardım etme subjektif unsur bakımından farklılaşmaktadır.²⁴³ Bir kimse bir gruba yardım ettiğini bilerek hareket ediyorsa ve grubun suç işleme yönündeki kastını paylaşıyorsa müşterek suç girişimi kapsamında müşterek fail olarak sorumlu olur.

234 EYUCM’nin İstinaf Dairesi, *Milutinovic et al* kararında kurumu bir faillik şekli olarak kabul etmiştir (*Milutinović et al Case* (21 May 2003), para 79-80). Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 372.

235 *Ambos* (n 25) 169; Cryer and others (n 26) 372.

236 Müşterek suç girişimi kurumunun suç anlaşmasına benzediği hakkında bkz *Ambos* (n 25) 168. Suç anlaşmasına ilişkin açıklamalar için “Suç Anlaşması” başlığına bkz.

237 İki kurumun benzer ve farklı yönleri için bkz De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 371–372.

238 *ibid* 371–372.

239 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 522–523.

240 De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 372, 378.

241 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 523; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 145, 190.

242 *Ambos* (n 59) 13. Müşterek suç girişimi ile yardım etme arasındaki farklar hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 168 vd.

243 Aynı yönde bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 169.

Bu kişi, sadece bir kişiye yardım ettiğini düşünerek hareket ediyorsa fail müşterek suç girişimine üye biri olsa bile yardım eden olarak sorumlu tutulur. Alman ceza hukukunda yardım etme ile müşterek faillik arasında ayırım yapılırken fiil hâkimiyeti öğretisine başvurulur. Buna göre müşterek bir plan çerçevesinde birden fazla kişinin fonksiyonel katkısı gerçekleşmişse müşterek suç girişimi kapsamında müşterek faillikten bahsedilir.²⁴⁴

Kanaatimizce, müşterek suç girişiminde müşterek faillikten²⁴⁵ farklı bir sorumluluk rejimi kabul edilmekte ve her bir failin fiilin icrası üzerinde fonksiyonel hâkimiyet tesis etmesi şartı aranmamaktadır. Bu yüzden müşterek faillikten farklıdır. Suç anlaşmasından da farklıdır. Çünkü suç anlaşmasında anlaşma konusu suçun işlenmesi gerekmemekte, asıl suç işlenmese bile suç üzerinde sırf anlaşmış olmak yeterli kabul edilmektedir. Müşterek suç girişiminde ise fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir. Müşterek suç girişimi hem faillığe ilişkin hem de şerikliğe ilişkin özellikleri bünyesinde taşımaktadır. Fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması şeriklerin sorumluluğu için kabul edilmiştir. Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet tesis edemeseler dahi bu oluşuma katkı sunan herkesin fiilin işlenmesine yönelik müşterek bir amaç doğrultusunda hareket etmesi müşterek faillığe ilişkin bir özelliktir. Statü'deki hüküm, ne suç anlaşmasına ne de müşterek faillığe ilişkindir. Müşterek suç girişiminin, "iştirak benzeri bir kurum"²⁴⁶ veya "karma nitelikli bir kurum" olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür.

Statü'deki düzenlemenin iştirakin genel teorisine uygun olmadığını ve objektif ceza sorumluluğunu yansıtan bir hüküm olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca düzenleme, Statü'nün "Cezaların Şahsiliği" başlığı altında düzenlenen şahsi ceza sorumluluğuna aykırılık teşkil etmektedir. Statü md 25 (2)'ye göre, UCM'nin yargı yetkisine giren suçlardan birini işleyen bir kimse Statü'ye uygun olarak cezalandırılmaktan şahsen sorumludur.

Ceza hukukunda faillik ve şeriklik kategorileri teorik olarak birbirinden farklı sorumluluk rejimlerine tabiidir. Failin sorumluluğu doğrudan işlediği haksızlığa dayanırken, şeriklerin sorumluluğu için bağlılık kuralına ihtiyaç vardır. Çünkü şerik, failin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Faillik için bu kurala ihtiyaç bulunmamaktadır. Örneğin müşterek faillerden birinin sorumluluğu bir başka müşterek faile değil, bizzat kendi işlediği haksızlığa bağlı olup hepsinin sorumluluğu eşdeğerdir. Azmettirenin cezalandırılabilmesi için ise azmettirilen tarafından işlenen (tamamlanan) veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir fiilin varlığı gerekir. Kanaatimizce olması gereken, Statü'de müşterek suç girişimine ilişkin düzenlemeye

244 Ambos (n 25) 169, 170.

245 Müşterek faillikten farkının katkının önem düzeyine ilişkin olduğu hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 96.

246 Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

yer vermemektir. İştirak teorisine uygun olarak ikici iştirak sistemi temelinde fail olarak katılanların müşterek faillik, şerik olarak katılanların şeriklik (azmettirme ve yardım etme²⁴⁷) statüsünde sorumluluklarının tayin edilmesi gerekir. Cezanın belirlenmesi²⁴⁸ aşamasında işlenen suçun bir uluslararası suç olma niteliğini dikkate almak suretiyle cezaların üst sınırdan belirlenmesi yoluna gidilebilir.

d. Objektif ve Sübjektif Unsurları

Statü’de müşterek suç girişiminin objektif ve sübjektif unsurlarına yer verilmemiştir. Aynı husus EYUCM ve RUCM’nin statüleri için de geçerlidir. Ancak EYUCM’nin ve RUCM’nin içtihatlarından hareketle müşterek suç girişiminin objektif ve sübjektif unsurları ortaya konulmuştur. Bu unsurlar ortaya konulurken örfi hukuk (*customary law*) ve içtihat hukukundan yararlanılmıştır.²⁴⁹

(1) Objektif Unsurlar

Müşterek suç girişiminin türleri bakımından sübjektif unsuru farklılık arz etse de objektif²⁵⁰ unsurlar aynıdır.²⁵¹ EYUCM’nin *Tadic* kararında kurumun üç objektif unsuru ortaya konulmuştur: Birden fazla kişinin bir araya gelmesi, suça ilişkin müşterek plan veya amacın olması ve müşterek plana sanığın katılmış olması.²⁵² Bu unsurların gerçekleşmesi için iki kişinin varlığı yeterli olup aralarında askeri veya siyasi anlamda bir teşkilatlanmanın olması gerekmemektedir. Müşterek planın ne daha evvel tasarlanmış olması ne de açık olması şarttır.²⁵³

Müşterek suç girişimine gerçekleştirilen bir katkının suçun kanuni tanımındaki tipik fiillerden birini oluşturması suçun işlenmesi bakımından vazgeçilmez değildir. Bunun yanında failin işlediği suçun icrasına katkıda bulunması da gerekmemektedir. Diğer bir ifadeyle, müşterek planın gerçekleştirilmesine herhangi bir şekilde (doğrudan veya dolaylı olarak) katkıda bulunmak yeterlidir. Gerçekleştirilen katkının önemli olup olmaması hususu tartışmalıdır.²⁵⁴ EYUCM İstinaf Dairesi 3.4.2007 tarihinde verdiği

247 Önok’a göre de, suça katkısı tali nitelikte olan kişileri fail veya müşterek fail olarak değerlendirmek mümkün olmasa bile TCK bakımından yardım etmeden dolayı sorumlu tutmak gerekir. Yazar, birçok olayda bunun yeterli cezayı sağlayacağı kanaatinde. Bkz ibid 74.

248 Her bir müşterek suç girişimi üyesinin kendi kusuru göz önünde bulundurularak suç planına yaptığı katkının derecesinin cezanın bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulacağı hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 146.

249 Bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 368.

250 Müşterek suç girişiminde objektif hareketleri belirlemenin zor olduğu hakkında bkz Ambos (n 25) 171.

251 Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 145.

252 *Prosecutor v Duško Tadić* (Judgment) ICTY-94-1, A Ch (15 July 1999), para 227. Ayrıca bkz aktaranlar Ambos (n 25) 160; Cryer and others (n 26) 369. Objektif unsurlar hakkında ayrıca bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 147–148.

253 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 519–520; Cryer and others (n 26) 369.

254 Cryer and others (n 26) 369, 370; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 151.

Brdanin and Talic kararında katkının önemli olması hususuna vurgu yapmıştır.²⁵⁵

Müşterek suç girişiminde suçun unsurlarının gerçekleşmesiyle sonuçlanacak önemli bir katkının gerçekleştirilmesi aransa da her bir doğrudan failin suçun tüm unsurlarını tek başına gerçekleştirmesi gerekmemektedir.²⁵⁶ Bu noktada doğrudan failerin her birinin müşterek suç girişiminin bir üyesi olmasının zorunluluğu hususu tartışmalıdır. *Brdanin and Talic* kararına göre, bu oluşuma üyeliği olmayanların üye olan birini azmettirmesi veya teşvik etmesiyle müşterek plan kapsamındaki suçun veya suçların işlenmesi gibi bir durumda diğer üye olanların sorumlu tutulması mümkündür. Burada önemli olan suçların üyelerden birine isnat edilebilir olması ve bu üyenin müşterek plan çerçevesinde doğrudan faileri harekete geçirmiş olmasıdır.²⁵⁷

Müşterek planda veya amaçta temelde bir değişiklik yaşanırsa bu plan veya amaçtan dolayı bir önceki üyelerin sorumlu tutulması kural olarak mümkün değildir. Diğer bir deyişle, bir kimse sadece kendi katkısını gerçekleştirdiği plandan veya amaçtan dolayı sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte planın veya amacın genişlemesine rıza gösteren eski üyeler de işlenen yeni suçlardan dolayı sorumlu tutulabilirler. Bu rızanın açık olması zorunlu değildir. Somut olayın şartlarından rıza verildiği anlaşılıyorsa yeni plan veya amaç üzerine varılan anlaşma geçerlidir.²⁵⁸

Son olarak, Türk ve Alman ceza hukukunda kabul edilen aksine, müşterek failikte fonksiyonel hâkimiyetin tesis edilmiş olması bir objektif unsur olarak aranmamaktadır.²⁵⁹

(2) Söbjektif Unsurlar

Müşterek suç girişiminin türleri arasındaki asıl fark söbjektif unsur bakımından ortaya çıkmaktadır. İctihatlarda müşterek suç girişiminin üç türü kabul edilmektedir.²⁶⁰

Birincisi, müşterek suç girişiminin temel şeklini (*basic form*) oluşturur. Bu oluşuma katılanlar müşterek bir plan ve kast ile hareket ederler. Müşterek suç girişiminin bu türünde bir grup insan suç işleme yönünde müşterek bir kast ile hareket ederler.²⁶¹ Kastın kapsamında müşterek bir plan tasavvur edilmekte ve plana katılan grup içindeki her bir kişinin farklı rolleri bulunmaktadır. Suçun tasarlanması veya hazırlanması şeklinde plana katılmak mümkün olduğu gibi suçun icrası aşamasında

255 *Prosecutor v Brdanin and Talic* (Judgement) ICTY-99-36, A Ch (3 April 2007), para 430.

256 Gal (n 11) 22.

257 *Prosecutor v Brdanin and Talic* (Judgement) ICTY-99-36, A Ch (3 April 2007), para 410-414. Ayrıca bkz aktaran Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 520.

258 Cryer and others (n 26) 370.

259 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 520; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 151.

260 ibid 369, 371; Ambos (n 25) 160; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 144.

261 Ambos (n 25) 160; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

ve farklı oranlarda da katılmak mümkündür. Demek ki, müşterek planın içerisine dâhil olmak suretiyle suçun icrasına doğrudan katılmayan kişiler de eşit şekilde sorumludur. Müşterek suç girişiminin bu türünde, müşterek suç girişiminin üyesi olmayan kişi dâhil müşterek plana katılan herkesin, suçun işlenmesine yönelik müşterek kast ile hareket etmesi gerekir. Plana dışardan katılanların müşterek suç girişimi üyelerinin kastlarını paylaşmaları gerekse de müşterek plan çerçevesinde böyle bir oluşumun varlığını bilmeleri gerekmez.²⁶²

Müşterek suç girişiminin bu türü müşterek faillığe benzemektedir. Çeşitli rollerle bu oluşuma katılanlar aynı suç işleme kastıyla hareket ederler. Dolayısıyla burada herkes müşterek suç işleme kararını paylaşır.²⁶³ Müşterek faillikten ayrılan temel yönü, suçun icrasına doğrudan katılmayan, yani müşterek suç planına dışarıdan katılan kişilerin de oluşumun üyeleriyle eşit şekilde sorumlu tutulabilmesidir.²⁶⁴ Alman ceza hukukunda müşterek faillik için kabul edilen objektif ve sübjektif unsurların (birden fazla kişinin müşterek suç kararıyla hareket etmesi) müşterek suç girişiminin bu türünde ortaya çıktığı kabul edilir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen müşterek faillik (*co-perpetration*) ve Anglosakson hukuk sisteminde kabul edilen müşterek suç girişimini (*common purpose/design*) karşılayan kurumun müşterek suç girişiminin bu türü olduğu kabul edilir. Denilebilir ki, olan hukuk bakımından sadece bu türü müşterek suç girişimini ifade etmektedir.²⁶⁵

İkincisi, sistematik şeklini (*systematic form*) oluşturmaktadır ve toplama kampları modeli şeklinde gerçekleşir.²⁶⁶ Burada mahpuslara yönelik müşterek suç işleme amacı doğrultusunda organize edilmiş bir sistem çerçevesinde hareket edilmekte ve birçok insan mahpuslara yönelik kötü muamele fiillerine iştirak etmektedir. Bu türünde, bu fiillere katılanlar, yetkili kişilerdir ve bu sistemi ya bizzat kurmuşlardır ya da bu sistemin bilincinde olup kendi fonksiyonları dâhilinde katkıları gerçekleştirmişlerdir. Böylece sistemin varlığından haberdar olan ve bu bilinçle sistemin yürütmesine katkıda bulunan herkes, işlenen fiillerden sorumlu olur.²⁶⁷ Birinci türünden farklı olarak burada, belirli bir suç işleme kastının olması gerekmeyip failin sistemin niteliğinden haberdar olması (sistemi bilmesi)²⁶⁸ ve katkı sunmak istemesi yeterlidir. Ayrıca yapılan katkının önemli olması, yani sistemi etkin kılması gerekir.²⁶⁹

262 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

263 Cryer and others (n 26) 371.

264 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 148.

265 Ambos (n 25) 170.

266 ibid 160; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 52.

267 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 52.

268 Ambos (n 25) 160–161.

269 Cryer and others (n 26) 371.

Üçüncüsü, genişletilmiş (*extended form*) şeklini oluşturur. Müşterek suç girişiminin bu türünde, müşterek suç işleme amacı doğrultusunda hareket eden kişiler, bu amacın dışında kalan kişilerden birinin müşterek amacın öngörülebilir bir neticesi olarak ortaya çıkan fiilinden sorumlu tutulurlar.²⁷⁰ “Öngörülür” kelimesinden ziyade “öngörülebilir” kelimesinden hareketle burada taksir sorumluluğu tartışılmıştır. Failin suçun gerçekleşme tehlikesini göze alması açıkça işlenen suç bakımından bilinçli taksirle (*reckless*) veya Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen olası kast (*dolus eventualis*) ile hareket ettiğini gösterir.²⁷¹ EYUCM'nin *Tadic* kararında İstinaf Dairesi, grup üyelerinden biri veya birkaçı müşterek amaç kapsamındaki suçu işleyebileceğini öngörebilir ve netice bakımından olası kast çerçevesinde bu tehlikeyi göze almışsa (kabullenmişse) sanığın sorumlu olacağına hükmetmiştir.²⁷² Örneğin, esir olarak tutulan kişilere her türlü fiziksel ve psikolojik saldırının yapılmasının öngörülebilir olduğu bir ortamda, gardiyanlardan bazıları cinsel nitelikteki saldırılarda bulunursa esaret sistemini yürüten faillerin hepsi gardiyanların bu fiillerinden sorumlu olur. Bu durum, müşterek suç planı çerçevesinde mümkündür. Ancak etnik temizlemeyi amaçlayan bir örgütün bazı üyelerinin aralarında anlaşarak bu amacı soykırıma dönüştürmesi durumunda olduğu gibi, planda ve amaçta ciddi anlamda bir değişiklik gerçekleşirse yeni planın bir parçası olmayan kişilerin bu yeni plan çerçevesinde işlenen fiillerden sorumlu tutulması mümkün değildir.²⁷³

Müşterek suç girişiminin bu türünde üstün sorumluluğu da söz konusu olabilir. Üst, üzerinde sorumluluk sahibi olduğu astının suçu işleyebileceğini öngörür ve öngörülen bu suç ast tarafından işlenirse mesele üstün sorumluluğu çerçevesinde mütalaa edilmektedir. Bundan hareketle, gelecekte astın işleyeceği suçlar, üst tarafından işleneceğini bilmesini gerektiren suçlarsa üst işlenecek bu suçlardan üstün sorumluluğu öğretisi çerçevesinde sorumlu olur. Üst tarafından işlenen haksızlığın temeli, işleneceğini bildiği suçların ast tarafından işlenmesinde gösterdiği ihmale dayanır.²⁷⁴

Müşterek suç girişiminin üçüncü türünün kusurluluk ilkesini ihlal ettiği ve burada objektif ceza sorumluluğuna yol açtığı ileri sürülmüştür. Burada öngörülebilirlik, cezalandırmayı öngörülemez hale getirmektedir. Bu türü, müşterek suç girişimi doktrininin temel dezavantajı olarak nitelendirilir. Bu yüzden hâkimler öngörülebilirlik ölçütüne temkinli yaklaşmışlardır.²⁷⁵

270 Ambos (n 25) 160.

271 Cryer and others (n 26) 371. Bu konudaki tartışma için ayrıca bkz Ambos (n 25) 174.

272 *Prosecutor v Duško Tadić* (Judgment) ICTY-94-1, A Ch (26 January 2000), para 220.

273 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521–522; Cryer and others (n 26) 370; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddî Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 52.

274 Miles Jackson, ‘Command Responsibility’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 414. Detaylı açıklama için “Üstün Sorumluluğu Öğretisi” başlığına bkz.

275 Daha fazla bilgi için bkz Ambos (n 25) 174, 175.

Müşterek suç girişiminin bu üç türünden ikincisinin ve üçüncüsünün iki nedenden dolayı Statü md 25 (3) (d) bendi kapsamında kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Birinci neden, md 25/3 (d) (ii)'de bilme unsuru aranmışken, ikinci ve üçüncü türünde daha çok öngörülebilirlik unsurunun aranmış olmasıdır. İkinci neden, müşterek suç girişiminin suç anlaşmasını da ihtiva etmesidir. Bu nedenlerden dolayı gelecekte UCM'nin, içtihatlarda md 25 temelinde müşterek suç girişimi doktrinini kullanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.²⁷⁶

4. Suç Anlaşması (*Conspiracy*)

Suç anlaşması/komplo (*conspiracy*)²⁷⁷, uluslararası ceza hukukunda kabul edilen ve günümüzde tartışılan²⁷⁸ bir iştirak şeklidir.²⁷⁹ Uluslararası ceza hukukunda Anglosakson hukuk sisteminde olduğu gibi suç anlaşması, bağımsız ve tamamlanmamış bir suç olarak kabul edilmektedir. Başta Soykırım Sözleşmesi olmak üzere EYUCM ve RUCM'nin statülerinde suç anlaşması bu şekilde nitelendirilmiştir. Uluslararası hukukta artan eğilim, şahsi ceza sorumluluğu prensibi nedeniyle bu sorumluluk şeklinin sadece soykırım suçunda uygulanması, yani uygulama alanının kısıtlanması ve sorumluluğun sıkı koşullara bağlanması yönündedir.²⁸⁰

Örgüt kurma suçuna benzeyen, fakat daha hafif şartların gerçekleşmesini arayan suç anlaşması uluslararası ceza hukukunda belli bir suçu işlemekten kaynaklı bir sorumluluk rejimi olarak kabul edilmiştir.²⁸¹ Suç anlaşmasının cezalandırılmasının gerekçesi, bu oluşuma dâhil kişilerin sosyal açıdan tehlikelilik halidir.²⁸²

Suç anlaşması, Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suç grubunda kabul edilir. Her kim suç için başkasıyla anlaşırsa üzerinde anlaşılan suç işlenmezse bile fail olarak sorumlu olur.²⁸³ Bu hukuk sisteminde, suç anlaşması, suç işlemek için iki veya daha fazla kişinin işlenecek suç üzerinde anlaşması ile anlaşma konusu suçun

276 ibid 172–173.

277 Suç anlaşması, “suç için teşekkül oluşturmayı cezalandıran ve bunun için tasarlanan suçun işlenmiş olmasını aramayan; bu oluşuma katılan herkesi, haberleri olsun olmasın, daha sonra bu plan çerçevesinde işlenen tüm fiillerden ayrıca cezalandıran bir kurumdur”. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517. Suç anlaşmasının ceza hukukunda “iştirake teşebbüsün (teşebbüs aşamasında kalmış iştirakin)” bir türü olduğu hakkında bkz Tokdemir (n 3) 116.

278 Tartışmalar için bkz De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 367 vd.

279 Schabas (n 71) 229; De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 367 vd. Tarihsel gelişim hakkında bkz Cryer and others (n 26) 383–384.

280 De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 367, 370. Soykırım Sözleşmesi’nde sadece suç anlaşması değil; soykırım, soykırım suçuna doğrudan ve aleni tahrik, teşebbüs, soykırım suçuna iştirak fiilleri de cezalandırılmaktadır (md 3 (b), (c), (d), (e)). Bkz ibid 373.

281 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517, 518.

282 ibid 517. Tehlikelilik argümanı hakkında ayrıca bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 106.

283 Paul H Robinson, *Criminal Law: Case Studies & Controversies* (1. edn, Aspen Publishers 1997) 611; De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 369.

işlenip işlenmediğine bakılmaksızın oluşan bir suç tipidir.²⁸⁴ Demek ki Anglosakson²⁸⁵ hukuk sisteminde suç anlaşması bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmektedir.²⁸⁶ Suç anlaşması için müşterek kararın ve suç için kullanılacak usule ilişkin bir anlaşmanın varlığı gerekir.²⁸⁷ Suç üzerinde anlaşan kişilerin cezalandırılabilmesi için anlaşma konusu suçun işlenmiş olması gerekmez. İşlenecek suça ilişkin bir planın yapılması suç anlaşmasından dolayı sorumluluk için yeterlidir.²⁸⁸

Suç anlaşmasının kanıtlanabilmesi adına üzerinde anlaşılan suç ile ilgili teşebbüs aşamasına varmış bazı fiillerin işlenmesi gerekir. Bu, anlaşma konusu suçun işlenmesi gerektiği anlamına gelmemektedir.²⁸⁹ Suçun daha sonra işlenmesi durumunda ise iştirak eden kişi bu suça hem iştiraktan hem de suç anlaşmasından dolayı ayrı ayrı cezalandırılır.²⁹⁰

Suç anlaşması, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ulusal ceza kanunlarında sadece önemli bazı suç tipleri (terörizm ve vatana ihanet gibi) bakımından sınırlı olarak kabul edilmiştir.²⁹¹ Bu hukuk sisteminde suç anlaşması maddi bir fiile iştirak veya teşebbüsün bir görünüş şekli olarak niteledirilmişdir.²⁹²

Suç anlaşması için Türkçe'de kullanılan komplo kavramının kaynağını teşkil eden komplo (*complot*) düzenlemesi Fransız Ceza Kanunu (Fr CK) md 412 (2)'de bulunmaktadır. Mezkûr hükümde, bir saldırı gerçekleştirme hususunda iki veya daha fazla kişinin üzerinde anlaşmaya vardığı karar cezalandırılmıştır.²⁹³ İtalyan ceza

284 Schabas (n 71) 229; Cryer and others (n 26) 383. Tanım için ayrıca bkz De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369.

285 Suç anlaşmasının orijinin içtihat hukuku olduğu hakkında bkz De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369.

286 ibid 369, 370; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 113.

287 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 518.

288 ibid.

289 Schabas (n 71) 229. Suç anlaşmasının objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 378–380.

290 De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517. Belirtmek gerekir ki, bu durum ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Örneğin Alman ceza hukukunda anlaşmaya konu amaç suç işlendiğinde faillerin, ACK md 30 (3) çerçevesinde ayrıca cezalandırılması kabul edilmemektedir. Amerikan hukukundaki anlayışın aksine İngiliz hukukundaki anlayışa uygun olarak sorumluluk için faillerin anlaşmanın amacına yönelik herhangi bir davranışı gerçekleştirmesi aranmamaktadır. İngiltere'de amaç suçun icrasına başlasa bile yine de bu suç oluşur ve hatta her ikisinden dolayı sorumluluk kabul edilmektedir. Ancak içtihadı dayalı suç anlaşması bakımından her ikisinden de sorumluluğun isnadi için adaletin selametinin bunu gerektirdiğinin savcı tarafından ispat edilmesi gerekir. Aksi halde, sadece birinden cezanın tayin edilmesi gerekir. Bunun yanında amaç suçun işlenmemesi durumunda suç anlaşmasından dolayı faillere amaç suçun cezasıyla aynı miktarda, yani amaç suçun tam cezası verilebilmektedir. Amerikan ceza hukukunda; içtihatlarda maksada ulaşma imkânı olmasa bile bu durumun suç anlaşması sorumluluğunu etkilemeyeceği, anlaşmanın amacını gerçekleştirmeye yönelik davranışların yapılması gerektiği, amaç suçun icrasına dönük açık bir fiile girişilmedikçe sanığa suç anlaşmasından dolayı ceza verilmeyeceği kabul edilmektedir. Amaç suçun işlenmesi durumunda suç anlaşmasından dolayı ayrıca ceza verilmemekte, savcılar tarafından suç anlaşması sorumluluğunun isnat edilebilmesi mümkün kabul edilmektedir. Amaç suç işlenmişse ve bu da ispat edilebiliyorsa ayrıca suç anlaşmasından ötürü yargılamanın yapılması adalet bakımından özel bir avantaj sağlamaktadır. Bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 110, 113, 121, 122.

291 De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369–370.

292 Schabas (n 71) 229.

293 French Penal Code, entered into forced March 1, 1994, replaced the French Penal Code of 1810 <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french_penal_code_33.pdf> Erişim Tarihi 26 Ocak 2024. Ayrıca bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 110.

hukukunda meseleye ilişkin düzenleme yapılmıştır. İtalyan Ceza Kanunu (İCK)²⁹⁴ md 115 (1)'de hiç kimsenin kanunun özel hükümler kısmında özel suç tipleri bakımından yapılan düzenlemeler haricinde iştirak konusu suç işlenmediği sürece suç anlaşmasından sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında suç işleme konusunda anlaşma durumunda hâkimin güvenlik tedbiri uygulayabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.²⁹⁵ Kıta Avrupası ülkelerinden Almanya'da, suç anlaşması, kanunun genel hükümleri içerisinde iştirake ilişkin hükümler kapsamında cezalandırılmıştır. ACK md 30 (2)'de cezalandırılan suç anlaşmasının gerçekleşmesi için anlaşma konusu suç üzerinde en az iki kişinin iradesinin uyuşması gerekir. Suç anlaşması müşterek suç planı olarak anlaşılmalıdır. Müşterek suç planı çerçevesinde birden fazla kişinin gerçekleştirdiği ve suçun işlenmesini amaçlayan anlaşmalar hazırlık aşamasında kalsa bile cezalandırılır.²⁹⁶ Alman ceza hukukunda Anglosakson hukuk sistemindeki gibi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Türk ceza hukukunda konuya ilişkin genel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte TCK md 316'da²⁹⁷ "Suç İçin Anlaşma" başlığı altında belirli suçlar bakımından kabul edilmiştir.²⁹⁸

Soykırım Sözleşmesi md (3) (b), EYUCM md 4 (3) (b) ve RUCM²⁹⁹ md 2 (3) (b)'de tamamlanmamış bir suç sorumluluğu şeklinde düzenlenen ve sadece soykırım suçu bakımından kabul edilen suç anlaşması Statü'de düzenlenmemiştir.³⁰⁰ Suç anlaşmasına yakın sorumluluk şekli olarak müşterek suç girişiminin ve azmettirmenin düzenlendiği ileri sürülmüştür.³⁰¹

294 Italian Penal Code, adopted October 19, 1930 entered into force July 1, 1931 replaced Zanardelli Code of 1889.

295 Maiwald (n 9) 139. Ayrıca bkz Tokdemir (n 3) 373–374. **İCK md 115:** *Kanun başka türlü emretmedikçe iki veya daha fazla kişi bir suç işlemek gayesiyle aralarında anlaşsalar ve bu suç işlenmezse, bunlardan hiçbiri sırf anlaşma fiilinden dolayı ceza görmezler (f.1). Bununla beraber, suç işlemek hususunda anlaşma halinde, hâkim bir emniyet tedbiri tatbik edebilir (f.2). Kanun metninin çevirisi için bkz Domenico Rende and Burhanettin Köni, 'Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi' (1936) 2 İÜHFD 338, 100–101.*

296 Daha fazla bilgi için bkz Tokdemir (n 3) 120 vd.

297 **TCK md 316:** *"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşsalar, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez."* Madde gerekçesinde devletin ülkesine, egemenliğine, birliğine ve anayasal düzene karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere gerçekleştirilecek birleşmeleri önlemek amacıyla caydırıcı bir tehlike suçunun oluşturulduğu, suçun sadece anlaşmanın gerçekleştirilmesiyle oluşacağı, anlaşmadan maksadın iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen bir biçimde bir irade birleşmesine varmış olmaları ve anlaşmanın suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtaları kapsadığı belirtilmiş ve maddi unsur olan anlaşmanın kapsamı belirlenmiştir. Bkz. TCK md.316'nın gerekçesi.

298 Tokdemir (n 3) 123.

299 RUCM'da soykırım suçu üzerine anlaşma düzenlenmiştir. Soykırım için anlaşma *"soykırım suçunu işlemek üzere iki veya daha fazla kişi arasında yapılan anlaşmadır."* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz md (3) (b). Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 384.

300 ibid 368, 384; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 518; De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 368, 373, 384.

301 De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 368.

5. Üstün Sorumluluğu (*Superior Responsibility*)

Üstün sorumluluğu öğretisi (*doctrine of the superior responsibility*)³⁰² “uluslararası ceza hukukuna özgü”³⁰³, “spesifik” ve “modern”³⁰⁴ bir sorumluluk şekli olup ulusal ceza hukuklarında genel bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmemiştir.³⁰⁵ Öğretinin esası, üstün kendi idaresindeki astlarının işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğunun tespit edilmesine dayanır.³⁰⁶ Öğreti her fiil bakımından değil, sadece uluslararası suçlar bakımından kabul edilmiştir.³⁰⁷

a. Roma Statüsü'nde Düzenlenişi

Yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası ceza hukukunda haksızlığın işlenmesinde asıl neden olan kişiler olayın perde arkasındaki idareciler ve komutanlardır. Yani üst düzey yöneticilerdir. Statü'de üstün sorumluluğu öğretisi bu temelde düzenlenmiştir. “Komutanların ve Diğer Üst Rütbelilerin Sorumluluğu” başlıklı md 28'de³⁰⁸ üstlerin sorumluluğu öğretisi “özel bir cezai sorumluluk şekli”³⁰⁹ olarak kabul edilmiştir. Böylece uluslararası ceza hukukunun gereksinimleri doğrultusunda, emirleri

302 Tarihsel gelişim için bkz Cryer and others (n 26) 387–388; Schabas (n 71) 232; Jackson (n 274) 409; Murat Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (2005) 1 Uluslararası Hukuk ve Politika 93, 98–104; Değirmenci (n 22) 65 vd. Üstün sorumluluğu öğretisinin kapsamı hakkında bkz Jackson (n 274) 414. Uluslararası ceza hukukunda amirin emrini ifa sorumluluğuna ilişkin ileri sürülen teoriler (mutlak sorumluluk, sınırlı sorumluluk ve amirin sorumluluğu) hakkında bkz Değirmenci (n 22) 61 vd.

303 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 123.

304 Jackson (n 274) 409.

305 Müşterek suç girişimi ile üstün sorumluluğu öğretisinin eş zamanlı (hem zaman) olması mümkündür. Bu durumda üstün, müşterek suç girişiminden mi yoksa üstün sorumluluğu öğretisi çerçevesinde mi sorumlu olacağı meselesinde işlenen haksızlığın ağırlığının dikkate alınması ve bu kapsamda müşterek suç girişiminden sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun için üstün katkısının önemli derecede bir katkı sunmuş olması gerekir. Bkz ibid 413. EYUCM'nin içtihatlarında müşterek suç girişimi ile üstün sorumluluğunun eş zamanlı gerçekleşmesi durumunda sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunu üzerinde durulmuştur. Mesele, içtima çerçevesinde mütalaa edilmiş ve mezkûr soruna çözüm aranmıştır. İchtihatlarda görünüşte içtima hallerinden olan ve bir normun bir başka norm tarafından tüketilmesi olarak tanımlanan “tüketen-tüketilen norm (*Konsumtion*)” ilişkisinden hareketle müşterek suç girişiminin uygulanacağı kabul edilmiştir. EYUCM'e göre müşterek suç girişimi üstün sorumluluğu kurumunu da ihtiva etmektedir. Bu durumda üstün konununun cezada arttırıcı bir unsur olarak göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmiştir. İchtihatlar için bkz *Prosecutor v Radislav Krstic* (Judgement) ICTY IT-98-33, T Ch I (2 August 2001) para 610; *Prosecutor v Miroslav Kvocka* (Judgement) ICTY IT-98-30/1, T Ch I (2 November 2001), para 265, 319-320; *Prosecutor v Dragan Obrenovic* (Sentencing Judgement) ICTY IT-02-60/2, T Ch I (10 December 2003), para 79, 80, 85; *Prosecutor v Blagojevic and Jokic* (Judgment), IT-02-60, T Ch I (17 January 2005), para 687, 692; *Miroslav Kvocka Case* (28 February 2005), para 97, 104; *Prosecutor v Slobodan Milosevic* (Decision on Motion for Judgement of Acquittal), ICTY IT-02-54, T Ch III (16 June 2004), para 143. İchtihatlar için ayrıca bkz Ambos (n 25) 162–167. Ayrıca bkz aktaranlar ibid 163, 164; Jackson (n 274) 414. Tüketen-tüketilen norm ilişkisi için bkz Rengier (n 197) § 56, Rn 30; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017) § 21, Rn 60; Gropp (n 9) § 14, Rn 30; Kayıhan İçel, *Suçların İçtima* (1. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972) 193; Kayıhan İçel, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ (2008) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35, 42–45. Müşterek suç girişimi ile üstün sorumluluğu öğretisi arasındaki temel fark ilkinin icrai harekete, diğerinin ihmali harekete dayanmasıdır. İlkinde müştereken suça katılanlar arasında paralel bir ilişki varken, diğerinde hiyerarşik ve dikey bir ilişki bulunmaktadır. Eş zamanlı olarak ikisinin gerçekleştiği bir durumda müşterek suç girişiminin üyeleri arasında hiyerarşik olarak farklılıklar varsa yapısal anlamda bahsi geçen ikinci farklılık önemini kaybeder. Detaylı bilgi için bkz Ambos (n 25) 180 vd.

306 Cryer and others (n 26) 387.

307 Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 55; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 296) 95.

308 Roma Statüsü md 28.

309 Aslan (n 21) 244.

altındakilerin savaş hukukuna uymalarını sağlama konusunda ceza sorumluluğunun üstlere teşmil edilmesi amaçlanmıştır.³¹⁰ Ancak bu sorumluluğun, saldırı suçundan dolayı devlet yöneticilerine yöneltilecek suçlama ile karıştırılmaması gerekir. Üstün sorumluluğu öğretisi saldırı suçu haricindeki suçlar bakımından söz konusu olabilir. Çünkü saldırı suçunda devlet yöneticilerinin zaten doğrudan şahsi sorumluluğu söz konusudur.³¹¹

Statü md 28’de askeri üstler ile sivil üstlerin sorumlulukları ayrı ayrı düzenlenmiştir.³¹² 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I. Protokol md 86 (2)’de bu ayırım kabul edilmemiş, üstün ast üzerinde etkin kontrolünü (*effective control*)³¹³ sağlaması bakımından her iki sorumluluk rejimi eşdeğer kabul edilmiştir.³¹⁴

Statü md 28’in birinci fıkrasında askeri üstlerin (amirlerin) sorumluluğu düzenlenmiştir. Bir askeri komutanın (amirin) veya askeri komutan gibi etkin bir şekilde faaliyette bulunan bir kimsenin (fiili amirin), kendi fiili yönetimi ve denetimi altındaki silahlı kuvvetlerin, bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması neticesinde Statü kapsamında işlenen fiillerden dolayı sorumluluğu cihetine gidilebilir. Bunun için askeri/fiili amirin, askeri kuvvetlerin Mahkeme’nin yargılama yetkisi kapsamındaki fiilleri işlemekte olduğunu veya işlemek üzere olduğunu o andaki mevcut koşullar çerçevesinde bilmesi gerekir (md 28 (a) (i)). Ayrıca askeri/fiili amir, söz konusu fiillerin işlenmesini önlemek veya bastırmak ya da konuyu yetkili mercilere soruşturma ve kovuşturma için sevk etme konusunda yetkisi kapsamındaki bütün gerekli ve makul önlemleri almada yetersiz kalmalıdır. Maddenin b bendinde, a bendinde tanımlanmayan astlık-üstlük ilişkisi içerisinde konusu suç teşkil eden emirler düzenlenmiştir. Maddenin b bendi, sivil veya yarı-askeri üstler için uygulanabilir bir hüküm değeri taşımaktadır. Buna göre bir üst, kendi etkin otoritesi ve kontrolü altındaki astlarının, bunlar üzerinde gerektiği gibi kontrolü sağlayamamaktan dolayı Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamında işledikleri fiillerden dolayı sorumludur (md 28 (b)). Bunun için üstün, astın söz konusu fiilleri işlemekte veya işlemek üzere olduğunu bilmesi ya da bunu açıkça gösteren bilgileri bilinçli olarak göz ardı etmiş olması gerekir (md

310 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 523, 524; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 97. Öğreti, silahlı çatışmalar esnasında işlenen uluslararası suçlar nedeniyle hesap sorulmasını kolaylaştırır. Çatışmada yer alan her bir askerin ihlalini takip etmektense bunların üstlerini yargılamak daha “akılcı” ve “faydacı” bir yöntem olarak görülmüştür. Bkz ibid 98.

311 Aslan (n 21) 245. Üstün sorumluluğu öğretisinin saldırı suçu bakımından uygulanabilir olup olmadığı hakkında bkz Jackson (n 274) 415–416.

312 Ambos (n 59) 16; Cryer and others (n 26) 391; Jackson (n 269) 418–419; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 57. Detaylı bilgi için bkz Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 104–107.

313 Etkin kontrolün üstün sorumluluğu öğretisinin mihenk taşı olduğu hakkında bkz Jackson (n 274) 417.

314 Protocol Additional I to the 1949 Geneva Conventions and Relating to The Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 UNTS 3 (Protocol Additional I to Geneva Conventions). Bkz <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024. Türkçe metin için bkz <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024. Her iki sorumluluk şeklinin eşdeğer olduğu hakkında ayrıca bkz Ambos (n 59) 17.

28 (b) (i)). İşlenen fiiller astın sorumluluk ve otoritesi dâhilinde olan faaliyetlere dair olmalıdır (md 28 (b) (ii)). Bunun yanında üstün; söz konusu fiillerin işlenmesini önlemek, bastırmak veya yetkili mercilere soruşturma ve kovuşturma için sevk etme hususunda yetkisi kapsamındaki bütün gerekli ve makul önlemleri almakta yetersiz olması gerekir (md 28 (b) (iii)).

Kontrolü altındaki astlarını denetleme görevinde ihmal gösteren üstün sorumluluktan kurtulabilmesi, suçların işlenmesini önlemesi veya faillerin cezalandırılması için harekete geçmesine bağlıdır. Üstün, ihmali hareketiyle suçların işlenmesini mümkün hale getirmesi durumunda yapılması gereken, harekete geçmek suretiyle ilgilileri ya bizzat kovuşturması ya da kovuşturulmasını sağlamak üzere yetkili makamlara teslim etmesi veyahut en azından yetkili makamların olaya el koymasını temin etmesidir. Statü'de suçları önlemeyen üstün suçu işleyenleri sadece cezalandırmasının sorumluluğu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Üstün, önleme olanağı olup da bunu yapmayarak kasten suçların işlenmesine sebep olması ve daha sonra failleri sadece cezalandırmakla yetinmesi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.³¹⁵ Bu durumda, üstün ulusal hukuktan kaynaklı disiplin ve ceza sorumluluğu saklıdır.³¹⁶

Üstün verdiği emir çerçevesinde işlenen suçlarda suça iştirakin bir şekli olarak azmettirme veya emretme söz konusu olabilir. Statü'de bağımsız bir iştirak şekli olarak düzenlenen emretmeye dair md 25 (3) (b) hükmü, üstün sorumluluğu öğretisini tamamlayıcı niteliktedir. Aynı şekilde Statü md 28 de emretmeye dair bir hüküm olup üstün sorumluluğunu tamamlamaya yönelik bir düzenlemedir. Burada emretmeden bahsedilmiştir. Fakat md 28 üstün ihmali düzenlerken, md 25 (3) (b) bendindeki emretmekten kaynaklı sorumluluk üstün icrai bir hareketine dayanır.³¹⁷

b. Hukuki Niteliği

(1) Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Üstün sorumluluğu öğretisi, ast tarafından işlenen suçlarla ilgili olarak üstü, bu suçları önlemedeki veya cezalandırmadaki ihmali temelinde sorumlu kılan bir sorumluluk şeklindedir.³¹⁸ Bu temelde, üstün sorumluluğu öğretisine dair Statü md 28 hükmü ihmali bir hareketten kaynaklanan ceza sorumluluğu meselesine ilişkindir. Bu, uluslararası ceza hukukunda ihmali hareketten dolayı failin ceza sorumluluğu cihetine

315 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 533–534. Ayrıca bkz Jackson (n 274) 419.

316 Cryer and others (n 26) 396.

317 Ambos (n 59) 10; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515. EYUCM'nin içtihatlarında emretmeye ilişkin norm, üstün sorumluluğuna ilişkin norm karşısında özel bir norm (*lex specialis*) olarak kabul edilmişti. Bkz aktaran Ambos (n 25) 66–67.

318 Jackson (n 274) 410. Üstün sorumluluğu öğretisinin diğer sorumluluk şekilleri ile çakışması hakkında bkz ibid 414.

gidilemeyeceğine ilişkin anlayışın bir istisnasını³¹⁹ oluşturur. Mezkûr maddede astın davranışlarını denetlemekle yükümlü olan üstün, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi neticesinde astın işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğu düzenlenmiştir.³²⁰

Burada üstün, Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamında işlenen fiillere iştirak etmiş olmasa da cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Esasen üst, suçun işlenişine maddi olarak katılmamakta ve fakat suçların işlendiğini bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen, suçları önleme veya failleri cezalandırma konusundaki yükümlülüğünü ihmal etmektedir.³²¹

Doktrinde üstün sorumluluğu öğretisinin objektif sorumluluğa yola açacak şekilde düzenlendiği ileri sürülmüştür. Üst, sadece denetleme görevini yerine getiremediği için değil, ayrıca astın fiillerinden dolayı da sorumlu tutulmaktadır. Bu yüzden bir taraftan yetersiz/eksik denetlemeden dolayı doğrudan (*direct liability*), diğer taraftan başkalarının (astlarının) fiillerinden dolayılı (*indirect liability*)³²² olarak sorumlu olmaktadır.³²³

Doktrinde üstün sorumluluğu öğretisinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.³²⁴ Bir görüş, üstün sorumluluğu öğretisinde üstün suçun bir tarafı olarak sorumlu olduğunu ve “bağımsız bir sorumluluk şekli” olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir görüş, astın suçlarını önleme veya cezalandırmadaki ihmalinden dolayı üstün sorumluluğunun “bağımsız ihmal bir suç” olduğunu savunmuştur. Diğer bir görüş, üstün sorumluluğu öğretisinin “kendine özgü bir sorumluluk şekli (*sui generis*)” olduğunu kabul etmiştir. Doktrinde üstün sorumluluğu öğretisinin “karma (melez) bir sorumluluk şekli” olduğu ileri sürülen başka bir görüştür.³²⁵

İngiliz hukukunda olduğu gibi bazı ulusal hukuk sistemlerinde üstün sorumluluğu bir iştirak şekli olarak nitelendirilmiştir. Almanya ve Kanada’da olduğu gibi bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde ise sübjektif unsura dayalı olarak bir başkasının

319 Ambos (n 59) 19; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 55; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 296) 95. Statü’de suçun ihmalî davranışla işlenmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bkz Cryer and others (n 26) 363. Örneğin, soykırım suçuna ilişkin hükümde belirtilen davranışların ihmalî olarak da işlenebileceği ileri sürülmüştür. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 554; Başak (n 55) 102. *Ad hoc* mahkemeler, statülerinde bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen fiilin ihmal suretiyle işlenebileceğini içtihatlarında kabul etmiştir. Özellikle, EYUCM’nin *Tadic* kararında bir sorumluluk şekli olarak fiilin ihmalî olarak işlenebileceği yaklaşımı kabul edilmiştir. Bkz aktaran Roth (n 49) 59. Statü md 8 (2) (b) (xxv) bendinde düzenlenen fiil (Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dâhil olmak üzere yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasının bir savaş yöntemi olarak kullanılması) ihmalî olarak işlenen savaş suçuna örnek verilebilir.

320 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 524–525; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 95. Astın işlediği suçların niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz Ambos (n 25) 178.

321 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 525.

322 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 95, 124.

323 Ambos (n 25) 176.

324 Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 56. Tartışma için bkz Ambos (n 59) 19–20; Jackson (n 274) 411; Ambos (n 25) 176 vd; Roth (n 49) 63.

325 Jackson (n 274) 411, 412; Roth (n 49) 63.

işlediği ciddi bir suçtan üstü dolaylı olarak sorumlu tutmanın adil olmayacağından hareketle “bağımsız gerçek ihmal bir suç (*seperate crime of ommission/echtes Unterlassungsdelik*)”³²⁶ olarak kabul edilmiştir. Statü md 28'deki düzenlemenin ihmalî suça ilişkin olduğu kabul eden bu görüşe göre, esasen üstün sorumluluğu görev (yükümlülük) ihlalinin ciddi bir şekli olarak kabul edilmelidir.³²⁷ Doktrinde Roma Statüsü'nde üstün sorumluluğu öğretisinin bağımsız bir ihmalî suç şeklinde düzenlendiği yönündeki bu görüş eleştirilmiştir. Bu görüşün md 28'deki düzenlemeyle uyumlu olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, mezkûr maddede kullanılan terimler kurumun ceza sorumluluğunun bir temeli olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ast tarafından işlenen Mahkeme'nin yetkisi kapsamındaki suçlardan astın ve üstün sorumlu tutulabilmesi mümkündür.³²⁸

326 Ambos (n 25) 176. Gerçek olmayan ihmalî suçun üstün sorumluluğu öğretisini daha iyi nitelendirdiği hakkında bkz Roth (n 49) 64. Alman ceza hukukunda ihmalî suçlar, “gerçek ihmalî suçlar (*echtes Unterlassungsdelik/proper ommission*)” ve “gerçek olmayan (*unechtes Unterlassungsdelik/improper ommission*)” ihmalî suçlar” şeklinde ikiye ayrılır. Gerçek ihmalî suçlar, ihmalî hareketin suç tipinde gösterildiği suçlardır. Bu suçlar, neticesi harekete bitişik suçlardır yani yapılması istenilen (emredilen) hareketin yapılmamasıyla suç oluşur. Bkz Koca and Üzülmöz (n 5) 393–394; Roth (n 49) 58. Uluslararası ceza hukukunda Statü md 8 (2) (b) (xxv) bendinde düzenlenen fiil (Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dâhil olmak üzere yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasının bir savaş yöntemi olarak kullanılması) ve Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleyle İlişkin Cenevre Sözleşmesi III md 118 (4) (b) hükmünde düzenlenen savaş esirlerinin ülkelerine iadesinin hukuksuz olarak geciktirilmesi gerçek ihmalî suçlara örnek olarak verilebilir. Bkz ibid 61. Ayrıca bkz Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva Convention III), 75 UNTS 135. Bkz <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c8.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024> Türkçe metin için bkz <http://ceidizleme.org/ekutuphanesim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024. Gerçek olmayan ihmalî suçlar, tipiklikte tanımlanan neticenin engellenmemesiyle işlenen suçlardır. Bu suçlar, icrai hareketle işlenen suçların ihmalî hareketle işlendiği suç tipleridir. Bunun için failin neticeyi önleme konusunda “özel bir hukuki yükümlülüğünün” yani garanti yükümlülüğünün (garantörlük) olması gerekir. Gerçek olmayan ihmalî suçun cezalandırılabilmesi için neticeyi önleme konusunda failin yükümlülüğünün ahlaki veya dini olması yeterli değildir. Bu hususta fail hukuki bir yükümlülük altında olmalıdır. Bu suçlarda neticeye neden olan yükümlülük ihlalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. Örneğin, “kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesini” cezalandıran TCK md 83'te bu eşdeğerlik açıkça ifade edilmiştir. Gerçek olmayan ihmalî suçun neticeli ve serbest hareketli bir suç olması gerekir. Yani bağlı hareketli suçlarda böyle bir eşdeğerlikten bahsedilemez. Bu eşdeğerlik için failin neticeyi önleme yükümlülüğü bakımından garantör olması gerekir. Ancak hukuken garantör olabilen bir kimse gerçek olmayan ihmalî bir suçun faili olabilir. Eşdeğerlik koşulunun ceza kanunun genel hükümleri içerisinde yapılacak genel bir düzenleme ile sağlanması yolu tercih edilebilir ise de kanaatimize bu yeterli değildir. Bu hususta genel bir hükmün düzenlenmesi kanunilik ilkesinin tüm gereklerine cevap veremez. Özellikle de kanunilik ilkesinin bir sonucu olan “belirlilik ilkesi” bakımından problem çıkabilir. Hangi ihmalî davranışların suç teşkil edeceği konusunda bir belirsizlik ortaya çıkabilir. Makul olan çözüm, neticeli suçlardan hangilerinin ihmalî hareketle işlenebileceğinin unsurlarıyla birlikte ceza özel hükümleri içerisinde açıkça düzenlenmesidir. Nitekim TCK, gerçek olmayan ihmalî suçlar konusunda bu çözümü tercih etmiştir. Dolayısıyla, ceza kanununda ihmalî hareketle işlenebileceği açıkça yazmayan bir fiilden dolayı failin cezalandırılması mümkün değildir. Aksi durum, kanunilik ilkesini ihlal edeceği gibi bu durum, kanun koyucunun iradesiyle açık bir çelişki oluşturmaktadır. Bkz Koca and Üzülmöz (n 5) 397, 398, 399, 400. Uluslararası ceza hukukunda gerçek olmayan ihmalî suçların kabul edilen unsurları şu şekilde ifade edilmiştir: Failin hareket etme konusunda yasal (hukuki) bir yükümlülüğünün olması, hareket etme konusunda kabiliyetinin olması (hareket edebilme imkânının olması), failin hareketi gerçekleştirmemesi (ihmal etmesi), ihmalî hareketin icrai hareket eşdeğer olması ve son olarak spesifik suçun ve iştirak şekline ilişkin subjektif unsurun gerçekleşmesi. Bkz Roth (n 49) 69. Özel yükümlülük bir statüden veya garantör ve garantör olunan kişinin durumundan kaynaklanabilir. Özellikle silahlı çatışmalarda bu duruma çok sık rastlanır. *Ad hoc* mahkemelerin de kimi zaman kabul ettiği gibi yükümlülüğün ceza hukuku normuna dayanması gerekir. Çünkü ceza normları en iyi garantiyi sağlayacak hükümlerdir. Ancak içtihatlarda bu konuda net bir tavır ortaya konulamamıştır. Belirtmek gerekir ki, özel yükümlülükleri açıkça düzenleyen ulusal ceza normlarının genel olarak bu hususta yükümlülük kaynağı olamayacağı kabul edilmektedir. Bkz ibid 62, 71. Uluslararası ceza hukukunda özellikle *ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında gerçek olmayan ihmalî suç sorumluluğu yardım etme ve müşterek suç girişimine iştirak bakımından göz önünde bulundurulmuştur. Bunun için asıl failin hareketiyle zarara uğrayan (ihlal edilen) hukuksal değerlerin korunması bakımından şahsı ve özel bir yükümlülüğün olması ve ayrıca ihmal teşkil eden fiilin iştirak bakımından önemli bir katkı sunması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz aktaran ibid 65.

327 Cryer and others (n 26) 397–398; Ambos (n 59) 17; Jackson (n 274) 412.

328 Jackson (n 274) 412.

Uluslararası ceza hukukunda üstün sorumluluğu öğretisi, geleneksel iştirak düşüncesine daha yakın ve tek başlık altında birden fazla sorumluluk şeklini içerek şekilde düzenlenmiştir. Öğreti, Alman ceza hukukunda olduğu gibi suçun işlenmesine müdahale bakımından kasten yükümlülüğün ihlal edilmesine dayanır ve taksirli olarak görevin ihmal edilmesiyle eşdeğer kabul edilmemektedir. Kasti (bilerek), yükümlülük ihmali üstün suçta önlemeye yönelik bir kabiliyeti ve yükümlülüğü olduğunda söz konusu olur.³²⁹

Jacksons'a göre, Statü md 28'de düzenlenen üstün sorumluluğu öğretisi, üstü Mahkeme'nin yargılama yetkisi kapsamına giren suçlardan dolayı sorumlu kıldığı gerçeği karşısında, doktrinde meseleye ilişkin yapılan tüm değerlendirmelerle bağlantılıdır. Buradaki asıl endişe, herhangi bir nedensel katkısı olmayan üstün, suç ortağı olarak cezalandırılmaması gerekirken bu hüküm nedeniyle sorumlu tutulmasıdır. Hüküm kapsamında, basit bir hata nedeniyle üstün sorumlu tutulabilmesi bu endişeyi daha da arttırmaktadır. Yazara göre, üstün sorumluluğu öğretisi, ihmal suretiyle yardımdan (*aiding and abetting by omission*) dolayı ceza sorumluluğu gerektiren bir sorumluluk türüdür, yani bir çeşit ihmali iştiraki ifade etmektedir. Üstün bu konudaki sorumluluğu, ihmalden kaynaklı spesifik bir sorumluluktur.³³⁰

Cryer ve diğerleri, Statü md 28'de üstün sorumluluğu öğretisinin, Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında düzenlenen önemli suçlar için bir sorumluluk şekli olarak düzenlendiğini ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre, md 28'deki bazı unsurlardan hareketle üstün sorumluluğu, yükümlülük ihmalinin olduğu bir suç tipi olarak anlaşılmasına rağmen, düzenleme açıkça üste bağlı astların suçlarına işaret etmektedir. Bu, kurumun iştirak şekline daha yakın düzenlendiğini gösterir. Suça müdahale noktasında bir yükümlülük ve suça ilişkin bir bilme durumu varsa maddi ve manevi yardım etmeye dayalı bir iştirak sorumluluğundan bahsedilir.³³¹

Ambos'a göre, emri altındaki askeri kuvvetlerin işlediği fiilleri bilen bir üst, en azından fiziksel olarak cesaretlendirdiği için silahlı kuvvetleri destekleyen konumunda şerik (yardım eden) olarak sorumlu tutulabilir. Astlarının fiillerini önlemede başarısızlık gösteren üst, üstün sorumluluğu öğretisi çerçevesinde cezai olarak sorumlu olur.³³²

Tezcan/Ertem/Önok'a göre, astlık-üstlük ilişkisi içerisinde gündeme gelen azmettirmenin (veya emretmenin) üstün sorumluluğu öğretisiyle bir alakası yoktur. Bu durumda iştirak kuralları çerçevesinde ast ve üstün cezai sorumluluğunu tespit etmek mümkündür. Ayrıca md 28'i uygulamak gereksizdir ve zaten mümkün de gözükmemektedir. Örneğin; belirli bir sivil nüfusu katletmek isteyen bir komutan, bunu bizzat veya emir vermek suretiyle gerçekleştirmek yerine, komutası altındaki kişilerin (astların) bu fiili işlediklerini

329 Cryer and others (n 26) 399.

330 Jackson (n 274) 412, 413, 430. Şerikliğin bir görünüş şekli olan yardım etme ile üstün sorumluluğu öğretisi arasındaki farklar için bkz J Ventura (n 37) 182.

331 Cryer and others (n 26) 399. Örneğin Başak, soykırım suçu bakımından üstün sorumluluğu öğretisinin iştirak halinde işlenen suçlar kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz Başak (n 55) 79.

332 Ambos (n 59) 20.

bilmesine rağmen kasten müdahale etmeyerek sivillerin ölmesine neden olursa ceza hukukunda genel sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutulabilir. Bu durumda zaten üstün sorumluluğu öğretisine gitmeye gerek yoktur. Üstün suçun işlenmesine yönelik doğrudan katkısı (icrai hareketleri) varsa cezai sorumluluğu doğrudan belirlenebilir. Bu durumda üstün amir olma sıfatı cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilir.³³³ Yazarlara göre, üstün sorumluluğu öğretisi, iştiraktan farklı ve bağımsız bir ceza sorumluluğu türüdür. Burada, fiilin isnat edilebilirlik kapsamını ve bu şekilde şahsi ceza sorumluluğunu genişleten bir anlayış benimsenmiştir.³³⁴

(2) Kanaatimiz

Statü md 28'de düzenlenen üstün sorumluluğu öğretisi, sadece uluslararası suçlar bakımından kabul edilen ve uluslararası ceza hukukuna özgü bir sorumluluk şeklidir. Her ne kadar şahsi³³⁵ ceza sorumluluğunu genişletici mahiyette bir niteliği olsa da üstün sorumluluğu öğretisini, bir başkasının icrai olarak işlediği suça ihmali bir davranışla iştirakin cezalandırılabilirliği meselesi çerçevesinde mütalaa etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle iştiraktan tamamen bağımsız bir konu değildir. Burada, astın işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğu üstlere de teşmil edilmektedir. Zira üst, astın fiillerini denetlemeye ilişkin yükümlülüğünü ihmal ederek suça iştirak etmektedir. Suça iştirak de suçun özel bir görünüş şekli olarak ceza sorumluluğunu genişletici nitelikte bir kurumdur. Bu, md 28'deki şartlar incelendiğinde düzenlemenin mahiyetine aykırı bir nitelendirme değildir.

Ceza hukukunda ihmali suçlarda yükümlülüğü olan kişiler, birlikte suç işleme kararı çerçevesinde yükümlülüklerini yerine getirmezlerse müşterek fail olarak sorumlu olurlar.³³⁶ Ancak asıl problem, icrai suça ihmali davranışla müşterek fail statüsünde iştirakin mümkün olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır.³³⁷ İcrai hareketle işlenen bir suça ihmali bir davranışla iştirak etmek mümkün değildir, yani icrai ve ihmali hareketi gerçekleştirenler arasında müşterek faillik söz konusu olamaz. Bu ihtimalde fiilin müştereken icrasından, yani fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetin kurulmasından bahsedilemez.³³⁸

333 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 525–526; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 95–97. Üstün konununun cezaı arttırıcı bir unsur olarak dikkate alınabileceği hakkında bkz Roth (n 49) 64.

334 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 526. Aynı yönde bkz Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 56; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 296) 97, 119, 124.

335 Üstün sorumluluğu öğretisinin şahsi ceza sorumluluğuna aykırı olduğu, taksirli ihmal bakımından öğretinin şahsi kusur ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bkz Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 98.

336 Özgenç (n 7) 623; Koca and Üzülmez (n 5) 462.

337 Özgenç (n 7) 623.

338 Koca and Üzülmez (n 5) 463. Ancak işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde (TCK md 94 (5)) cezada indirim yapılmayacağı düzenlenerek ihmali olarak işkence suçunu işleyen kamu görevlisinin sorumluluğu icrai olarak bu fiili işleyen kişiyle eşdeğer tutulmuştur. Aynı şekilde "Denetim Görevinin İhmali" başlığı altında TCK md 251 (1)'de zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında denetim görevini ihmal ederek zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine imkân sağlayan kamu görevlisinin sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir. Böylece ikinci fıkrada icrai suça ihmali iştirak (yardım etme) cezalandırılmıştır.

Belirtmek gerekir ki ihmali azmettirme de mümkün değildir. Çünkü ihmali bir hareketle bir kimseye suç işleme kararının verdirilmesi genel olarak kabul edilmemektedir.³³⁹ Ancak icrai harekete ihmali davranışıyla iştirak eden kişi, failin fiilini önleme yükümlülüğünü ihmal ettiğinden suçun işlenişine yardım etmiş olmaktadır. İhmali davranışı gerçekleştiren kişinin, başka bir suçun yani gerçek ihmali bir suçun faili olarak sorumlu tutulamıyorsa bu durumda icrai hareketle işlenen suçta ihmali davranışla şerik olarak iştirakinden söz edilir. Dolayısıyla suçu önlemekle yükümlü olan kişi, bu yükümlülüğünü ihmal etmek suretiyle aynı zamanda gerçek ihmali bir suçun faili olursa “failliğin şerikliğe önceliği ilkesi” gereği icrai suçta yardım eden değil sadece gerçek ihmali suçun faili olarak sorumlu tutulur. Aksi halde, “bir başkasının işlemekte olduğu suçun işlenişine engel olmama halinde bu icrai suçta yardımda bulunma” söz konusu olur.³⁴⁰

Kanaatimizce, üstün sorumluluğu öğretisi iştiraktan farklı ve bağımsız bir sorumluluk türü olarak nitelendirilmemelidir. Meselenin iştirake ilişkin hüküm (Statü md 25) haricinde bağımsız bir maddede (Statü md 28) düzenlenmiş olması da tek başına iştirak haricinde hareket etmeyi gerektirmez. Bağımsız bir maddede düzenlenmesinin amacı, meselenin hem uluslararası ceza hukukundaki ehemmiyetinden hem de kendine özgü bir sorumluluk şekli olmasından kaynaklanmaktadır. Hüküm, üstün, astın işlediği fiillerden dolayı cezai sorumluluğunu tespit etmeye, yani sorumluluk statüsünü belirlemeye yönelik olarak düzenlenmiştir. Üstün sorumluluk statüsünün belirlenmesi bakımından meselenin suçta iştirak, daha doğrusu icrai suçta ihmali olarak iştirak etme çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Dolayısıyla, sorumluluk şeklinin üstün sorumluluğu şeklinde anlaşılması ve fakat cezanın belirlenmesi bakımından üste şerik gibi davranılması gerekir. Bu durumda, Statü md 28’de belirlenen esaslar çerçevesinde, astın davranışlarını denetlemekle yükümlü olan üst, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi neticesinde astın Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamındaki fiilleri işlemekten ancak yardım eden olarak yani şerik olarak sorumlu tutulabilir.³⁴¹ Üstü, astın işlediği fiillerden dolayı fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü Statü’de tanımlanan uluslararası suçlar gerçek olmayan ihmali suçlar olarak düzenlenmemiştir. Gerçek olmayan ihmali suçlardan dolayı bir kimsenin fail olabilmesi için icrai olarak işlenebilen bir suçun (neticeli serbest hareketli) ihmali olarak da işlenebileceğinin

339 ibid 502; Roth (n 49) 67. *Ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında ihmali azmettirme, emretme ve planlamanın mümkün olduğu kabul edilmişti. Örneğin asılların suç teşkil eden davranışlarını işlemesine ortam hazırlamak ihmali azmettirme kapsamında kabul edilmişti. İhmali azmettirmenin kabul edilebilmesi için azmettirenin de fail gibi hukuksal değerlerin korunması bakımından özel yükümlülük altında olması gerektiği ileri sürülmüştür. Fakat failin alacağı kararı doğrudan ve esaslı olarak etkilemesi gerektiği için azmettirmenin icrai olarak işlenebileceği genel olarak kabul edilir. Bkz aktaran ibid 67.

340 Özgenç (n 7) 623, 635.

341 Uluslararası ceza hukukunda, üstün emretme sorumluluğuna dayanarak fail olarak cezalandırılmasına yönelik içtihatların yerinde olmadığı hakkında bkz Schabas (n 71) 235.

yani icrai hareket ile ihmali hareketin eşdeğerliliğinin³⁴² açıkça kanunda düzenlenmesi gerekir. Bu, kanunilik³⁴³ ilkesinin bir sonucudur. Statü'de, Mahkeme'nin yargılamaya yetkili olduğu suçların kapsamında cezalandırılan fiillerin mahiyeti dikkate alınarak bu hususta düzenleme yapılması gerekir. Örneğin, soykırım kapsamında işlenen öldürme suçu serbest hareketli ve neticeli bir suçtur. İhmali davranışla kasten öldürmeden dolayı bir kimsenin suçun icrai şeklinin düzenlendiği hüküm kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. İcrai davranışa eşdeğer ihmali davranışın ayrıca cezalandırılabilirliğine ilişkin hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim TCK'da kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi ayrıca cezalandırılmıştır. Statü'de gerçek ihmali suçların cezalandırıldığı genel³⁴⁴ bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumda astın suçlarını önleme yükümlülüğünü yani denetim görevini ihmal eden üstün ne doğrudan ne de müşterek fail olabilmesi mümkündür. Ancak bu, üstün otoritesi altındaki astının fiiline yardım eden olarak sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla Statü md 28'de bahsi geçen koşulların gerçekleşmesi durumunda üstün şerik (yardım eden) olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

c. Objektif ve Sübjektif Unsurları

(1) Genel Olarak

Üstün sorumluluğu öğretisi, örfi hukuktan hareketle ortaya konulmuştur.³⁴⁵ Üstün sorumluluğunun objektif ve sübjektif unsurları şunlardır: Birinci objektif unsur üst ve ast arasında altlık-üstlük ilişkisinin olmasıdır. İkincisi uluslararası ceza hukuku ihlallerini önlemeye veya cezalandırmaya dair makul tedbirlerin alınmamış olmasıdır. Bunun yanında Statü'de objektif unsur kapsamında ayrıca nedensellik ilişkisi (*causality*)³⁴⁶ aranmaktadır. Makul ve gereken tüm önlemleri almadığından

342 Eşdeğerlilik ile ilgili yasal (*legal*) ve ahlaki (*moral*) olmak üzere iki yaklaşım ileri sürülmüştür. İlk yaklaşıma göre eşdeğerlilik, hukuki bir normun varlığını gerektirir ve hukuki olarak bir norm olmadığı sürece ihmalen dolayı ceza sorumluluğu doğmaz. İkinci yaklaşım, eşdeğerlilik bakımından ihmali hareketi, kınanabilirliği olan (kusurlu) hareket olarak kabul eder. Her ikisi de birbirini tamamlar niteliktedir. Uluslararası ceza hukuku, ahlaki standartların ağır ihlalini oluşturan hareketin "hukukta masum" olarak nitelendirilemeyeceğinin garantilenmesini amaçlar. Aynı zamanda kanunilik ilkesi, ihmalen dolayı ceza sorumluluğunu doğuran yükümlülük ihmalinin kaynağının dikkatli bir şekilde incelenmesini gerektirir. Roth (n 49) 74.

343 Kanunilik ilkesinin düzenlendiği Statü md 22 ile "Suçun Unsurları" belgesinin genel girişinin ikinci paragrafı, yedinci paragrafının a ve b bentleri ile dokuzuncu paragrafları dikkate alındığında icrai hareket anlamında kullanılan *conduct* kelimesinin ihmali hareketi de ihtiva ettiği ve bu yüzden gerçek ihmali suça ilişkin bir hükmün yokluğunun kanunilik ilkesinin ihmali anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz ibid 70. Ancak uluslararası suçların ciddi ve ağır suçlar olduğu dikkate alındığında bu hususta kanunilik ilkesi sert yorumlanmalıdır. İhmal için her bir suç tipi kapsamında düzenlenen neticeli suçlar bakımından düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuda yapılacak genel bir düzenleme de yeterli değildir. Hangi ihmali davranışların suç teşkil edeceği konusunda bir belirsizlik ortaya çıkabilir. Bu da kanunilik ilkesini ihlal eder. Dolayısıyla üstün fail gibi sorumlu tutulabilmesi için makul olan çözüm, neticeli suçlardan hangilerinin ihmali hareketle işlenebileceğinin unsurlarıyla birlikte ayrıca düzenlenmesidir.

344 Temmuz 1998'de Roma Konferansı'nın Hazırlık Komitesi tarafından ihmalen kaynaklı ceza sorumluluğunu kapsamlı düzenleyen taslak bir hüküm (md 28) hazırlanmıştı. Ancak gerçek olmayan ihmali suçlardan dolayı sorumluluğun gereklerini açıkça düzenleyen bu hüküm konferans sonunda kabul edilmemişti. Statü'nün mevcut halinde açık bir şekilde ne fiilin ihmali olarak işlenebileceğine ilişkin ne de yükümlülüğün ihlaline ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bkz ibid 60, 70.

345 Schabas (n 71) 234. Üstün sorumluluğu öğretisinin objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bkz Jackson (n 274) 416 vd.

346 Jackson (n 274) 426.

dolayı bu suçların işlendiği ispatlanmalıdır.³⁴⁷ Sübjektif unsur, üstün, astlarının ceza sorumluluğunu gerektiren faaliyetlere giriştiklerini bilmesi veya bilmesi gerektirir.³⁴⁸

(2) Objektif Unsurlar

Üstün sorumluluğu öğretisinde **ilk objektif unsur** astlık-üstlük ilişkisinin varlığıdır. Bu unsur, üstün sorumluluğu öğretisinin mihenk taşı oluşturur.³⁴⁹ Üstlük, “başkasını belirli bir eyleme zorlayabilme yetkisi ve ehliyeti bakımından üstün konumda olma” demektir. Bu bağlamda, belli bir davranışı talep etme yetkisinin ve fiili olarak zorlama ehliyetinin olması yeterlidir. Kısacası, astın suçları işlemesini önleme veya işlemişse bu suçları cezalandırma bakımından “üstün maddi iktidarı” şeklinde tanımlanabilir.³⁵⁰

Resmi komuta zincirinin olduğu modern disiplinli ordularda görünürde astlık-üstlük ilişkisi rahatlıkla tespit edilebilir. Ancak modern çatışmalarda bu temelden hareket edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu yüzden EYUCM’nin *Celebici* kararında³⁵¹ suç oluşturan fiilleri önleme ve cezalandırma iktidarı olarak tanımlanan “etkili kontrol testi”³⁵² geliştirilmiştir. Bu, UCM’nin kabulüyle maddi anlamda etkinin yeterli olmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla üstün, bulunduğu konumu vasıtasıyla astlarının üzerinde resmi veya resmi olmayan bir hiyerarşi kurması gerekir.³⁵³ Bu unsurdan, üstün astlarını etkili bir şekilde kontrol etme yetkisinin olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak kontrolün mekanik ve doğal değil, yüksek derecede normatif standartlar çerçevesinde mütalaa edilmesi gerekir. Bu, somut olayda üstün konumuna göre değişir. Doğrudan bir kontrolün yeterli olup olmadığı, kontrolün başka üst veya astlar tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı ve üstün astlarını ne kadar tanıdığı gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekir.³⁵⁴

347 Cryer and others (n 26) 389; Ambos (n 25) 161; Jackson (n 274) 410–411, 416, 430; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529.

348 Ambos (n 59) 19; Jackson (n 274) 410, 416; Ambos (n 25) 161; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529.

349 Ambos (n 25) 162; Jackson (n 274) 417; Keith (n 142) 618; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 108; Başak (n 55) 80.

350 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109.

351 *The Prosecutor v Zejnir Delalic et al* (Judgement) ICTY IT-96-21-A, A Ch (20 February 2001), para 256 [*Celebici Case*]-<<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2001/en/91728>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaran Keith (n 142) 622 vd.

352 Ambos (n 25) 177; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109.

353 Cryer and others (n 26) 390.

354 Ambos (n 25) 177.

Astlık-üstlük ilişkisinin, hukuken (*de jure*)³⁵⁵ veya fiilen (*de facto*)³⁵⁶ olması mümkündür.³⁵⁷ Üstün hukuki konumu tek başına belirleyici değildir, yani fiilleri önleme ve cezalandırmada genel anlamda fiili bir gücün (iktidarın) olması gerekir. Fakat astlık-üstlük ilişkisinin hukuki olması etkili kontrolün bir kanıtı olabilir. İlişkinin niteliği her somut olaya göre değişir. Astların üzerinde otoriteyi tesis etmek için güç kullanımına ihtiyaç duyulması durumunda, otomatik olarak etkin kontrolün sağlanmadığı çıkarımı yapılamaz.³⁵⁸

Hukuki astlık-üstlük ilişkisi, ilgili üste yetkili makamın resmi olarak görev tevdi etmesiyle kurulur ve üste hukuken emretme yetkisini verir. Bu ilişki, üstün görev yaptığı teşkilat içerisindeki konumu ve bu konumun kurumsal işlevinden hareketle belirlenir. Üstün emretme yetkisini fiilen kullanması söz konusu olabilir. İlişkinin hukuken tespit edilemediği özellikle iç savaşlarda, gayri resmi teşkilatlanmaların başında olanlar ve fiilen kontrolü altındaki kişilerin işlemesi muhtemel suçlarını önleme ve cezalandırma yetkisini haiz olanlar, bu görevlerini ihmal etmelerinden dolayı sorumlu tutulabilirler.³⁵⁹ Üst ile ast arasında resmi veya gayri resmi bir “tabiiyet, hiyerarşi veya emir komuta zinciri” ilişkisinin olması esastır.³⁶⁰

Hukuken veya fiilen altlık-üstlük ilişkisinde emir-komuta zincirinin (*chain of command*) bulunması gerekir. Fakat astın üste doğrudan bağlı olması gerekmez. Üst, emir-komuta zincirinde doğrudan kendisine bağlı olmayan kişilerin fiillerinden de sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla bir astın fiilinden birden fazla üst sorumlu tutulabilir.³⁶¹

Emir-komuta zinciri, üstün doğrudan veya dolaylı³⁶² olarak emri altında personelin olmasını gerektirir. Fakat bundan anlaşılması gereken, üstün emrine verilmiş personelin varlığı değil, hukuki teşkilatlanma içerisinde üst gibi davranan kişinin fiili ve etkin kontrolü altındaki personellerin davranışlarını belirleyebilme gücünün varlığıdır. Diğer

355 Amirin emrini ifaya ilişkin Statü md 33'te ise aradaki ilişkinin sadece hukuken olabileceği kabul edilmiştir. Bkz Değirmenci (n 22) 82.

356 Asıl problem *de facto* ilişkinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Uluslararası yargı mercileri bu hususta bazı ölçütler geliştirmişlerdir. Örneğin EYUCM, görev dağılımını bir ölçüt olarak kullanmıştır. Bunun yanında, belli bir yerde görevi olan kişilerin o yerde bulunan bir kimsenin talimatlarına uyması, emirlerine itaat etme yükümlülüğü altında olması ölçüt olarak göz önünde bulundurulabilir. Ayrıca emirleri imzalama yetkisinin *de facto* ilişkinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilmesi mümkündür. Bir görüş, diğerleri üzerinde etkili olmayı da bir ölçüt olarak kabul etmektedir. Bir kimse, *de facto* olarak denetimi altında olan kişiler üzerinde nüfuzunu kurabiliyor ve onları yönlendirebiliyorsa, bu kişinin hukuki konumu dikkate alınmaksızın üst olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun için üstün, o kişileri etkin kontrolü altına alması gerekir. Bkz aktaran Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 111.

357 Cryer and others (n 26) 390; Keith (n 142) 618; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 108; Değirmenci (n 22) 82.

358 Cryer and others (n 26) 390.

359 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529–530; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 108.

360 Jackson (n 274) 417.

361 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109–110.

362 Doktrinde bu durum “zincirleme üstün sorumluluğu (*multiple superior responsibility*)” ile ifade edilmektedir. Bu bağlamda suçu asil işleyen kişinin bu fiilinden dolayı sorumluluğun zincirin en başındaki kişiye isnat edilemeyeceği meselesi üzerinde durulmuştur. Doktrinde sorumluluğun isnadının temellendirilmesinde fiziksel olarak fiilin işlenmesi ile zincirin en başındaki üstün ihmalinin birbirinden çok uzak olduğu ileri sürülmüştür. Bkz Jackson (n 274) 415.

bir ifadeyle üstün, astın davranışlarını belirleyebilme konusunda etkin bir denetim gücünü elinde bulundurması gerekir.³⁶³

Üstün ast üzerinde etkili bir denetime sahip olması ve astın suçunu önleme veya onu cezalandırma konusunda yeterliliği gösteren bir gücü elinde bulundurması gerekir. Bu belirleme konusundaki değerlendirme her somut durum için bağımsız olarak ele alınmalıdır.³⁶⁴ Üstün fiili ve etkin kontrol yetkisini kullandığının belirlenmesinde uluslararası ceza hukukunda bazı ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütler şu şekilde örneklendirilebilir: Hiyerarşik olarak teşkilatlanmış ve belli bir gayeye yönelen bir topluluğun ve teşkilat içiresinde emir-komuta zincirinin varlığı, genel itibariyle kabul görmüş emretme ve verilen emirlere itaat etme uygulamasının olması, astların itaat etmeme veya emre karşı çıkma durumunda bu davranışlarının disiplin cezası gerektireceği beklentisini taşımaları, üstün fiili ve etkin bir şekilde yetkilendirmediği fiilleri önleme ve cezalandırmama konusunda imkân sahibi olması gerekir.³⁶⁵

İkinci objektif unsur, ast tarafından işlenen ve üstün bildiği ya da bilmesi gerektiği suçları önlemeye veya cezalandırmaya dair makul tedbirlerin alınmamış olması, yani “müdahale yükümlülüğünün”³⁶⁶ yerine getirilmemesidir.³⁶⁷ Tedbirlerin üstün kontrolünün tabiatına uygun olarak alınması gerekir. Statü’de belirtildiği gibi, suçları önleme veya cezalandırma amacına matuf olarak imkân dâhilinde ve/veya ilgili kovuşturma makamlarına tevdi edilen konuya ilişkin alınan tedbirlerin makul olması gerekir. Hangi tedbirlerin üst tarafından alınacağı üstün sahip olduğu güce bağlı olup bu konuda bir içerik analizi yapılmalıdır. Bu bağlamda, suçları önleme veya cezalandırma konusundaki ihmaldine dolayı üstün sorumluluğu cihetine gidilebileceğini önemle vurgulamak gerekir.³⁶⁸ Ast tarafından işlenmeden önce üstün bildiği veya bilmesi gereken suçların önlenmesi veya cezalandırılması bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ancak suçu önleme konusunda gücü olmakla birlikte, astı hemen cezalandırmakla durum düzeltilemiyorsa astın suçu işlemesini önlemede gösterdiği ihmalden dolayı üstün sorumlu tutulmaması gerekir.³⁶⁹

Üstün, astlarının davranış ve fiillerini denetleme ve gözetleme, bu kapsamda astın suç oluşturan fiillerini önleme ve işlenmiş suçları cezalandırma yükümlülüğünün olması gerekir.³⁷⁰ Diğer bir ifadeyle, üstün denetleme ve kontrol konusunda garantör olması, yani olayda bir garantörlük durumunun olması gerekir. Garantörlük, meşru ve pozitif hukuktan

363 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529–530; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109–110.

364 Başak (n 55) 82.

365 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 110; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 530.

366 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 120, 125.

367 Cryer and others (n 26) 394; Jackson (n 274) 419; Keith (n 142) 618.

368 Cryer and others (n 26) 394–395; Jackson (n 274) 419 vd.

369 Cryer and others (n 26) 394–395.

370 Jackson (n 274) 419.

(örfi hukuktaki durumlara denk gelen sözleşme hukukunda pozitif bir düzenlemeye dayanan bir normdan) kaynaklanmalıdır.³⁷¹ Ancak kanaatimizce, Mahkeme'nin yargı yekisi kapsamındaki uluslararası suçlar gerçek ihmalî suçlar olarak düzenlenmemiştir. Bu yüzden üstün bu suçlar bakımından garantörlüğünden ve dolayısıyla kanunilik ilkesi gereği bu suçlardan dolayı fail olarak ceza sorumluluğundan bahsedilemez.

Denetleme, gözetleme ve işlenen suçlardan dolayı cezalandırma yükümlülüğünün doğması için üst, hukuka uygun davranmaya yönlendirmek amacıyla astlarını bilgilendirmeli, ilgili konularda gerekli eğitimi ve nasihatleri vermeli ve üzerlerinde daimi bir denetim ve gözetim tesis etmelidir. Bu çerçevede bazı hususlara üstün dikkat etmesi gerekir. Üst, emri altındaki kuvvetlerine insancıl hukuk konusunda gerekli eğitimi vermelidir. Operasyonel kararlarda uluslararası insancıl hukuk kurallarına riayet etmelidir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali durumunda bu ihallerden haberdar olmayı sağlayacak etkin bir bildirim sistemini kurmalı ve bildirim sisteminin denetimi konusunda etkin bir kontrol sağlamalıdır. Hukuka aykırı durumlar gerçekleştiğinde veya gerçekleşmek üzere olduğunun bilincine vardığında bunları düzeltici tedbirlere başvurmalıdır.³⁷²

Bütün bu yükümlülükler kapsamında üstün, normal bir üstün emri altındaki astlarının fiillerini denetleme konusunda göstermesi gereken özene göre hareket etmesi gerekir.³⁷³ Statü md 28'de "yetkisi dâhilindeki tüm gerekli ve makul önlemleri"³⁷⁴ alması koşulu aranarak bu hususta yüksek bir eşik aranmıştır. Kısacası, üstün astlarının işlediği veya işlemekte olduğu suçları önlemesi veya cezalandırması gerekir. Örneğin, henüz suç işlenmemiş olsa bile eldeki bilgi ve istihbarata göre işlenmesi imkân dâhilindeyse emir-komuta zincirindeki ilgili yetkili üstlerin, suçların işlenmesini önlemeye yönelik emirler çıkartmaları ve bu husustaki emirlerin yerine getirildiğini denetlemeleri gerekir. Bu hususta üstün sorumluluğunun doğması için ihmal sonucu astlar tarafından suç işlenmeli veya en azından suç teşebbüs edilmelidir. Salt anlamda ihmal, cezai sorumluluğa yol açmaz.³⁷⁵

Doktrinde üst tarafından alınması gereken tedbirlere ilişkin bazı noktalara dikkate etmek gerekir. Öncelikle üstün suçları önleme ve cezalandırma yükümlülükleri birbirinden farklıdır. Her iki durumda da tedbirleri almak için üstün, astı tarafından işlenen suçları önleme ve/veya gerekirse cezalandırma için harekete geçmesi ve bu kapsamda alınan tedbirlerin makul olması gerekir. Alınan tedbirlerin gerekli, makul ve bunun maddi olarak imkân dâhilinde olup olmadığının belirlenmesinde etkin kontrolün derecesi önem arz eder.³⁷⁶

371 Ambos (n 25) 176.

372 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 532–533. Üst tarafından alınması gereken tedbirlere ilişkin bkz Jackson (n 274) 421; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 120–121.

373 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 121.

374 Jackson (n 274) 420; Başak (n 55) 80.

375 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 533.

376 Jackson (n 274) 419–420.

Statü’de **üçüncü objektif unsur**, işlenen suçlar ile denetleme görevinin ihlali arasında aranan nedensellik bağıdır.³⁷⁷ Ancak ne çeşit bir nedenselliğin olması gerektiği düzenlemeden (Statü md 28) anlaşılammaktadır. Nedensellik, sadece üstün, ast tarafından suçların işlenmesinin önlenmesi yükümlülüğü bakımından kabul edilmiştir. İşlenen suçlardan dolayı astın üst tarafından cezalandırılması bakımından kabul edilmemiştir.³⁷⁸ Mezkûr düzenlemeye göre, makul ve gereken tüm önlemleri almadığı için bu suçların ast tarafından işlendiği kanıtlanmalıdır.³⁷⁹ UCM’nin içtihatlarında üstün kontrol yükümlülüğü ile suçlar arasında ilişkinin olabileceği kabulünden hareketle, sadece suçları önlemede ihmal konusunda nedenselliğe başvurulmaktadır. Ast tarafından işlenen suç ile üstün ihmali arasında kurulmaya muhtaç doğrudan bir nedensellik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda Roma Statüsü md 28 çerçevesinde, üstün ihmalinin suçun işlenme tehlikesini (riskini) arttırdığının kanıtlanması yeterlidir.³⁸⁰ Suçların ast tarafından işlenmemesi veya işlenmesini önleme konusunda üstün yükümlülüğünü ihmal etmesinin kuvvetle muhtemel (*high possibility*) şekilde suçların işlenme tehlikesine yol açacağı ortaya konulması gerekir.³⁸¹

(3) Söbjektif Unsurlar

Üstün sorumluluğu öğretisinde en tartışmalı konu söbjektif unsurdur.³⁸² Bunun, ihmal sonucu gerçekleşen sorumluluğun geniş bir alan olmasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.³⁸³

Uluslararası ceza hukukunda üstün kasten, olası kastla veya taksirle (bilinçsiz veya bilinçli) hareket etmek suretiyle yükümlülüğü ihmal etmesi mümkündür. Buradaki kast, denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlaline ilişkin kasttır. Astın işlemekte olduğu suçu bilmesine rağmen bunlara göz yummak şeklinde ortaya çıkan kast, doğrudan üstün sorumluluğunu gerektirir. İhmal neticesinde astın işlediği suçlar açısından üstün sorumluluğu taksir derecesini aşamaz.³⁸⁴

Üstün, astın fiili işlemek üzere, işleniyor veya işlenmiş olduğunu bilmesi gerekir. Yani üstün sorumluluğunun söbjektif unsuru bilmedir.³⁸⁵ EYUCM ve RUCM içtihatlarında bilmenin iki şekilde gerçekleşebileceği kabul edilmiştir: Gerçekten

377 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 121–122. Belirtmek gerekir ki uluslararası örfi hukukta bu şart aranmamaktadır. Örneğin, EYUCM’nin içtihatlarında [*Oric Case* (30.06.2006), para 338] astın işlediği suçlar ile üstün ihmali arasında nedensellik ilişkisi aranmamıştır. Bkz aktaran Ambos (n 25) 178; Jackson (n 274) 426–427.

378 Jackson (n 274) 426–427.

379 Ambos (n 25) 177–178; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529. Üstün sorumluluğu ihmale dayandığı için nedenselliğin zor ve fakat imkânsız olmadığı, bu yüzden bu unsura başvurulabileceği hakkında bkz Cryer and others (n 26) 396.

380 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 396–397.

381 Jackson (n 274) 427.

382 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 119–120.

383 Cryer and others (n 26) 392. Söbjektif unsurun doktrinde uzun zamandır tartışılan bir konu olduğu hakkında bkz Jackson (n 274) 422.

384 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 112.

385 Keith (n 142) 618 vd; Başak (n 55) 80.

bilmek (*actual knowledge*)³⁸⁶ ve dolaylı olarak bilmek veya bilmesi gerekmek (*constructive knowledge*).³⁸⁷ Bilme, Statü md 30 (3)'te suçun subjektif unsuru ile bağlantılı olarak “*bir durumun varlığının veya olayların normal akışına göre bir neticenin gerçekleşeceğini bilincinde olma*” şeklinde ifade edilmiştir.³⁸⁸

Bilme doğrudan veya koşullardan buna işaret eden bir kanıtla ortaya konulmalıdır. Somut olayın şartlarından hareketle elde edilen delilin çerçevesinde hukuka aykırı fiillerin sayısı, türü ve kapsamı bu fiillerin işlendiği zaman, askeri güç ve lojistiğin sayısı ve türü, coğrafi konum, fiillerin gerçekleşme sahası (yayılmı), operasyonların planlı olarak gidişatı, katılan yetkili ve personelin benzer fiilleri icra tarzı ve komutanın aynı zamanda bulunduğu yer gibi hususlar göz önünde bulundurulur.³⁸⁹

Uluslararası hukukta işlenmesi emredilen veya bilerek işlenmesine göz yumulan suçlara ilişkin doğrudan bir kanıtın bulunmadığı durumlarda iki çözüm savunulmuştur. Birinci çözüm, üstün emriyle astların suçu işlediğinin karine olarak kabul edilmesidir. Belli suçların bilerek işlendiğinin kanıtlanmasının zor olduğu durumlarda ulusal hukuk sistemlerinde bu çözüm çok yaygındır. İkinci çözüm; üstün suçların işlenmesini emrettiği için değil, bunları önlemeyi ihmal ettiği için cezalandırılmasıdır. Statü'de (md 28) ikinci çözüm tercih edilmiştir.³⁹⁰

İşlenen veya işlenmekte olan suçların varlığını kanıtlamak zor olsa da somut olayın koşullarından hareketle maddi delillerin incelenmesi sonucu üstün olayları bildiği sonucuna ulaşmak mümkün olabilir.³⁹¹ Üstün ast tarafından işlenen suçları ve suç tiplerini bilmesi, cezai sorumluluk bakımından yeterli görülmemiştir. Ast tarafından suçun işlendiğini veya işlenmekte olduğunu bilmesinin gerekmesi de yeterlidir. Fakat bu, faillerin kimliğinin tam olarak bilinmesini ihtiva etmez.³⁹² Statü md 28'de bu husus, “bilmesi gerekirdi” anlamına gelen *should have known*³⁹³ şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin; bir komutan, bilme konusundaki kayıtsızlığı nedeniyle işlendiğini bilmediği savaş suçlarından dolayı sorumlu tutulabilir. Ayrıca daha sonra işlendiğini

386 Jackson (n 274) 422; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113; Keith (n 142) 620.

387 Bkz aktaranlar Ambos (n 25) 162; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 531; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113, 114. Modern içtihat hukukunda amaç, bilme, bilinçli taksir ve basit taksir arasında ayırım yapılmaktadır. Bkz Ambos (n 59) 21, 22. Bilme veya bilmesi gerekme unsuruna göre Türk ceza hukuku bakımından üstün sorumluluğuna ilişkin yapılan değerlendirmeler için bkz Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 57–58; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 296) 112–113.

388 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 112.

389 Cryer and others (n 26) 390. Ayrıca bkz Keith (n 142) 620–621; Başak (n 55) 82; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113.

390 Schabas (n 71) 232; Ambos (n 59) 19; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 97.

391 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 531; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113.

392 Cryer and others (n 26) 390–391.

393 Ambos (n 59) 18; Jackson (n 274) 423; Ambos (n 25) 179; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 114. EYUCM’nin içtihatlarında *has reason to know* (*bilmesi gerekme*) kavramı kullanılmıştır. Bkz aktaran Keith (n 142) 622. Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol md.86 (2)’de “suçların işlendiği sonucuna varmalarını mümkün kılan bilgiye sahip olma” anlamına gelen *had information enabling them to conclude* ifadesi kullanılmıştı. Bkz aktaran Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 114.

öğrendiği savaş suçlarını rapor etmemesi bu suçlara iştirakten dolayı cezalandırılmasını gerektirebilir. Üst, emir komuta zincirinde suçu işleyen astlara birim olarak ne kadar yakınsa ihlalleri bilmesi gerektiği de o kadar muhtemeldir.³⁹⁴

Astın fiili işlemek üzere, işleniyor ya da işlenmiş olduğuna ilişkin ihtimalin bulunduğu bir durumdan haberdar olmasına ve emin olmak için ek araştırma veya soruşturma yapması gerekmesine rağmen bunu ihmal eden üst sorumludur. Üstün bilgi eksikliği, üst statüsünde olduğu durumun kendisine verdiği yetkiyi kullanmamaktan veya bilmesini gerektiren bir durumdan kaynaklanması halinde üst yine de sorumludur.³⁹⁵ Bunun yanında, fiilin işlenmek üzere olduğunu bilmekle birlikte o an fiilin işlenmesini önlemeyip daha sonra sırf bu hatasını geçiştirmek amacıyla astı/astları cezalandırma yoluna giden üstün sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.³⁹⁶

Doktrinde sübjektif unsur temelinde üstün sorumluluğunun derecelendirilebileceği ileri sürülmüştür. Alman Uluslararası Hukuka Karşı İşlenen Suçlar Kanunu'nda (AUHKİSK)³⁹⁷ üç kategori kabul edilmiştir: **Askeri amir veya diğer üstlerin sorumluluğunu** kapsayan birinci kategoride fail (üst), astın suçu işlediğini veya işlemek üzere olduğunu bilmektedir. Mezkûr kanunda bu durumda üstün şerik gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İkinci kategori, **gözetim görevinin ihlaline** ilişkindir. Kasten veya taksirle asta gereği gibi nezaret etmede ihmal gösteren üstün sorumluluğunun düzenlendiği bu durumda, kast varsa beş yıla kadar, taksir varsa üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ancak bu ihtimalde üstün suçun işlenmek üzere olduğunu öngörebilmesi ve bunu önleyebilecek durumda olması gerekir. Üçüncü kategoride **suçu bildirmeme görevini ihmal** düzenlenmiştir. Bu durumda üstün suçun işlendiğini bilmesine rağmen soruşturulması veya kovuşturulması konusunda yetkili mercie durumun bildirmemesi beş yıla kadar hapis cezası ile yaptırma bağlanmıştır. Doktrindeki bu kategorilerin uluslararası ceza hukukunda henüz kabul edilmediğini belirtmek gerekir.³⁹⁸

Statü md 28'de astın sorumluluğu bakımından sübjektif unsur için daha ağır koşullar aranmıştır.³⁹⁹ Böylece sorumluluk rejimini taksirden daha yüksek bir eşik olarak belirlenmiştir. Bu şekilde Statü, sivil üstlerin konumunu dikkate almak suretiyle uluslararası hukukta üstün sorumluluğuna ilişkin öğretiyi değiştirmiştir. Mezkûr düzenlemeyle, sivil üstlerin astları üzerindeki tam kontrolü sağlayamamaktan dolayı işlenen suçlardan kovuşturulmalarını zorlaştırmıştır.⁴⁰⁰ Böylece ceza hukukunun genel

394 Cryer and others (n 26) 394; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 531–532; Aslan (n 21) 246. Bu ihtimalde üstün sorumluluğunun, gerçek durumu öğrenmemesi hususundaki taksirine dayandığı hakkında bkz Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 114.

395 Başak (n 55) 82.

396 ibid 83.

397 deutsches Völkerstrafgesetzbuch [vom 26.06.2002 BGBl I S 2254].

398 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 119–120.

399 Cryer and others (n 26) 390; Jackson (n 274) 423.

400 Ambos (n 59) 18.

ilkelerinden sapmadan ve fakat geniş sorumluluk doğuracak şekilde bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁰¹ Demek ki, üstün suçun işlenmekte veya işlenmek üzere olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi yeterli değildir. Üst, Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki fiillerin işlendiğini bilmeli veya işlendiği hususundaki bilgileri bilinçli olarak dikkate almamak suretiyle hareketsiz kalmalıdır. Yani daha yoğun bir subjektif durum benimsenmiştir. EYUCM'de bu bakımdan askeri ve sivil amirler arasında böyle bir ayırım yapılmamıştır. Böylece Statü'de üstün sorumluluğu öğretisinin diğer şartları da oluşmuşsa sivil üstlere de uygulanabileceği yönündeki anlayış değiştirilmiştir.⁴⁰²

Bununla birlikte Statü'de askeri ve sivil üstler için subjektif unsur bakımından bir farklılaşmaya gidilmiştir.⁴⁰³ Statü md 28'de, siviller bakımından sahip olunan bilgiye karşın görmezden gelme durumunun gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda olaylardan bihaber olan sivil üst işlenen veya işlenmekte olan fiillerden dolayı sorumlu tutulamaz.⁴⁰⁴ Buna göre, hükmün örfi değeri zamanla kabul edilirse Statü bakımından askeri üstler için taksir (*negligence*), sivil üstler için bilinçli taksir (*recklessness*) derecesinde sorumluluğun tespit edilmesi gerekir. İfade etmek gerekir ki EYUCM ve RUCM sivil ve askeri üstler için manevi unsura ilişkin böyle bir ayrımı benimsememiştir.⁴⁰⁵ Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol md.86 (2)'de "suçların işlendiği sonucuna varmalarını mümkün kılan bilgiye sahip olma" ifadesi bilinçli körlük (*wilful blindness*) anlamında "bilinçli bilgisizlik (*conscious ignorance*)" olarak yorumlanmıştır.⁴⁰⁶ Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, astın işlediği suçları bilmesi gerekmesi bakımından üstün sorumluluğu gerçek durumu öğrenmeme hususundaki taksirine dayanır.⁴⁰⁷

Sonuç

Uluslararası ceza hukuku; uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlarla (savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçu) ilgilenen, ulusal ceza hukuklarından ayrı ve fakat onlardan ilham alan farklı karakteri olan bir disiplindir. Ceza sorumluluk bakımından tarihsel süreç içerisinde bu disiplinin kendine özgü prensipleri ortaya çıkmıştır. Örneğin üstün sorumluluğu öğretisi bu bağlamda ortaya çıkmış ve Roma Statüsü'nde (md 28) olduğu gibi uluslararası mahkemelerin statülerinde kendine yer bulmuştur. Uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarının da bu husustaki etkisini gözden kaçırmamak gerekir. Bu bağlamda müşterek suç girişimi, EYUCM'nin içtihatları ile iştirake benzer bir kurum olarak geliştirilmiş bir kurumdur.

401 Aslan (n 21) 245. Aynı yönde bkz Jackson (n 274) 425.

402 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529.

403 Jackson (n 274) 424-425.

404 Ambos (n 25) 179; Jackson (n 269) 424; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 532; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 116.

405 Ambos (n 59) 16-17; Ambos (n 25) 179; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 116.

406 Ayrıca bkz Ambos (n 25) 179.

407 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 114.

Suçta iştirak, uluslararası ceza hukukunun kendine has özellikleri çerçevesinde şekillenmiştir. Bu durum, çalışmada esas alınan Roma Statüsü için de geçerlidir. Uluslararası suçlar bakımından asıl sorumlu olan kişiler suç tipinin maddi unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişiler değildir. Tipik fiillerin işlenmesine neden olan kişiler daha çok arka planda duran üst düzey idareciler ve komutanlardır. Bu bağlamda emretme, müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu öğretisi Statü’de bağımsız sorumluluk rejimleri olarak düzenlenmişlerdir. Bununla birlikte Statü’de iştirakin klasik görünüş şekilleri olarak faillik kategorisinde doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik; şeriklik kategorisinde azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir. Statü’de müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu kurumları hariç tutulduğunda temelde ikici iştirak sisteminin benimsendiğini söylemek mümkündür.

Ulusal ceza hukukları ve uluslararası ceza hukukunda kabul edilen iştirakin görünüş şekilleri arasında farklılıklar ve benzerlikler bulunmaktadır. Muhtevaları bakımından farklılıklar olsa da Türk ceza hukukunda faillik şekilleri olan doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik Statü’de temel esaslarıyla kabul edilmiştir. Örneğin, müşterek suç girişimine katkı sunmak bir faillik türü olarak kabul edilirken, böyle bir oluşuma katkı sunan bir kimsenin hukukumuzda şerik olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

Ad hoc mahkemelerin uygulaması, suçta iştirak bakımından çoğunlukla tekdüze bir seyir izlemiş olsa da Roma Statüsü’nde ve UCM’nin içtihatlarında bu hususta yenilikçi yaklaşımlar benimsenmiştir. Mahkeme’nin içtihatlarında Alman doktrininde kabul edilen fiil hâkimiyeti ve özellikle dolaylı faillik kurumu bakımından “failin arkasındaki fail” doktrinine müracaat edilmesi buna işaret etmektedir. Zaten Statü’nün iştirake ilişkin hükümleri irdelendiğinde Alman ceza hukukunun etkisini görmek mümkündür. Aynı şekilde Alman ceza hukukunda olduğu gibi yan yana faillik ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak bu bir eksiklik olmayıp bu faillik kategorisi doğrudan faillik kapsamında değerlendirilebilir. Yan yana faillige ilişkin bu durum, Türk ceza hukuku için de geçerlidir.

Soykırım Sözleşmesi, EYUCM ve RUCM’nin statülerinde düzenlenen suç anlaşması ise Statü’de kabul edilmemiştir. Müşterek suç girişiminden dolayı suç anlaşmasına ilişkin bir hükme gerek duyulmadığı söylenebilir. Roma Statüsü’nde kabul edilmeyen, fakat önceki uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde ve içtihatlarında kendisine yer bulan bir iştirak şekli de planlamadır.

Ceza hukukunda failin işlediği haksızlık nedeniyle şerikin sorumluluğu bağıllık kuralına dayanır. Bu durumda failin fiiline bağıllığı ifade eden şeriklik sorumluluğu ikinci dereceden (bağlı) bir sorumluluk şekli olup Statü’de kabul edilmiştir. Statü’de emretme ve azmettirmeye ilişkin hüküm (md 25 (3) (b)) ile yardım etmeye ilişkin hükümde (md 25 (3) (c)) “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bu kural açıkça ifade edilmiştir. Bu kuralın bir sonucu olarak Statü’de akim kalmış azmettirme

cezalandırılmamıştır. Akim kalmış azmettirme, azmettirmenin özel bir durumu olup burada azmettirme fiili işlenmesine rağmen asıl fiil işlenmemektedir. Daha doğrusu, failin doğrudan doğruya icrasına başladığı bir fiilden bahsedilemez. Mevcut TCK'da da akim kalmış azmettirmeyi cezalandıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Alman ceza hukukunda ise başlı başına haksızlık teşkil eden bir fiil olarak cezalandırılmıştır (ACK md 30 (1)). Statü'de soykırımında bulunmaya doğrudan ve aleni tahrik etmek müstakil bir suç olarak düzenlenmiş ve bu şekilde bağluluk kuralından vazgeçilmiştir. Sadece soykırım suçu için düzenlenen bu durum UCM'nin yargılama yetkisi kapsamındaki diğer uluslararası suçlar bakımından da kabul edilmelidir.

Statü md 25 (3) (d) bendinde müşterek suç girişimi düzenlenmiştir. Doktrinde kurumun hukuki niteliği tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki baskın görüş, Statü'nün bu hükmünün bir müşterek suç girişimi düzenlemesi olmadığı yönündedir. Ayrıca UCM'nin içtihatlarında, kurumun müşterek suç girişiminden farklı olduğu ifade edilmiş ve uygulaması dışlanmıştır. Mezkûr hükümde, müşterek bir amaçla hareket eden insan gruplarının gerçekleştirdikleri veya gerçekleştirmeye teşebbüs ettikleri haksızlığa herhangi bir şekilde katkı sunanların sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce müşterek suç girişimi gibi bir kuruma yer verilmemesi daha isabetli olurdu. Çünkü bu oluşuma katkı sunanların eşit derecede sorumluluk sahibi olması, Statü'de kabul edilen cezaların şahsiliği prensibine aykırılık teşkil etmekte ve objektif ceza sorumluluğuna yol açmaktadır. Fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması şeriklerin sorumluluğu için kabul edilmiştir. Fiilin işlenmesine yönelik olarak müşterek bir amaç doğrultusunda hareket edilmesi müşterek faillğe ilişkin bir özelliktir. Bundan dolayı iştirak benzeri veya karma nitelikli bir kurum olarak nitelendirilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bunun yanında, hakkaniyeti sağlamak adına, cezanın belirlenmesi aşamasında işlenen suçun bir uluslararası suç olma niteliğini dikkate almak suretiyle cezanın üst sınırdan belirlenmesi yoluna gidilebilir. Böylelikle suç ve ceza arasındaki orantı da sağlanmış olur.

Statü md 28'de uluslararası ceza hukukuna özgü bir sorumluluk şekli olan üstün sorumluluğu öğretisi özel bir sorumluluk şekli olarak düzenlenmiştir. UCM'nin yargı yetkisi kapsamındaki uluslararası suçlar bakımından kabul edilen bu öğreti, üstün kendi idaresindeki astlarının işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğunun belirlenmesine dayanır. Mezkûr maddede askeri üstler ile sivil üstlerin sorumlulukları ayrı ayrı detaylı olarak düzenlenmiştir.

Üstün sorumluluğu öğretisinde üstün cezai sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı olup doktrinde bağımsız, *sui generis* ve karma nitelikte bir sorumluluk şekli olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Alman ceza hukukunda ise bağımsız gerçek ihmali bir suç olduğu yaklaşımı kabul edilmiştir. Düzenlemenin ihmali suça ilişkin olduğunu kabul eden bu görüş, sorumluluğun üstün yükümlülük ihlalinin ciddi bir şekli olduğunu

ileri sürmüştür. Kanaatimizce şahsi ceza sorumluluğunu genişletici niteliğine rağmen üstün sorumluluğu öğretisi, başkasının icrai olarak işlediği suça ihmali bir davranışın cezalandırılabilirliği çerçevesinde değerlendirilmelidir. Astın davranışlarını denetleme yükümlülüğü altında olan üstün, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda yardım eden (şerik) olarak sorumlu tutulması mümkündür.

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

Kitap ve Makaleler

Akbulut B, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV GÜHFD 167-212.

—, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs, Adalet Yayınevi 2022).

Ambos K, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute' (1999) 10 Criminal Law Forum 1-32.

—, 'Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility' (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 159-183.

Ambos K and Bock S, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)* (1st edn, Ashgate 2013) 323-339.

Antonio C, 'Instigation', *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. bs, Cambridge University Press 2019), 257-283.

Artuk ME and others, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Adalet Yayınevi 2022).

Aslan MY, 'Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu' (2007) TBB Dergisi 239-254.

Aydın D, 'Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi' (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131-167.

Baker DJ, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences* (1. edn, Routledge 2016).

Başak C, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar* (1 bs, Turhan Kitapevi 2003).

Baumann J and Weber U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, Gieseking 1985).

Bayraktar K, Evik VS and Kurt G, *Özel Ceza Hukuku: Uluslararası Suçlar (Cilt I)* (1 bs, On İki Levha Yayıncılık 2016).

Bock D, 'Grundwissen Zur Anstiftung (§ 26 StGB)' (2007) JA 599-604.

Bohlander M, *Principles of German Criminal Law* (1st edn, Hart Publishing 2009).

Çelen Ö, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020).

Cryer R and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn, Cambridge University Press 2010).

- De Hemptinne J, 'Conspiracy' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 367-387.
- , 'Incitement' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 388-407.
- , 'Planning' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1 edn, Cambridge University Press 2019) 355-367.
- Değirmenci O, 'Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu' (2012) 10 Legal Hukuk Dergisi 57-96.
- Demirel M, 'Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri' (2017) 5 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119-161.
- Dressler J, *Understanding Criminal Law* (7. edn, LexisNexis 2015).
- Einarsen T and Rikhof J, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes Terje Einarsen/ Joseph Rikhof* (1. edn, Torkel Opsahl Academic EPublisher 2018).
- Erem F, 'Suça İştirak' (1946) 3 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62-107.
- Evik VS, *Suçta İştirake Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu* (2. bs., On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Gal T, 'Direct Commission', *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 17-29.
- Geppert K, 'Die Anstiftung (§ 26 StGB)' (1997) JURA/Heft 6 299-305.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl, Springer Verlag 2015).
- Hacifazlıoğlu A, *Teori ve Uygulamada Suça İştirak* (1. bs, Bilge Yayınevi 2014).
- Hakeri H, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak' (2006) 1 Ceza Hukuku Dergisi 75-109.
- , *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. bs, Adalet Yayınevi 2023).
- Heine G and Weißer B, 'Anstiftung' in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019).
- , 'Beihilfe' in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019).
- İçel K, *Suçların İçtima* (1. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972).
- , 'Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35-49.
- J Ventura M, 'Aiding and Abetting', *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 173-256.
- , 'Ordering' (1. edn, Cambridge University Press 2019) 284-306.
- Jackson M, 'Command Responsibility' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 409-431.
- Jäger C, *Ezamins-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, C F Müller 2019).
- Johannes K and Roef D, 'Forms of Participation', *Comparative Concepts of Criminal Law, (203-234), United Kingdom 2016*. (2nd edn., Intersentia 2016).

- Kadish SH, 'Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine' (1985) 73 California Law Review 323-410.
- Karakehya H, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk' (2008) 57 AÜHFD 133-163.
- Keçelioğlu E, 'Alman Ceza Hukukunda Faillik' (2006) TBB Dergisi 73-88.
- Keiler J, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law* (1. bs, Intersentia 2012).
- Keith KMF, 'The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence' (2001) 14 Leiden Journal of International Law 617-634.
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2022).
- Koch A and Wirth K, 'Grundfälle Zur Anstiftung' (2010) JuS 203, 203-209.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017).
- Kurşun G, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi* (1 bs, İnsan Hakları Gündemi Derneği 2011) <https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.
- Less G, 'Der Unrechtscharakter Der Anstiftung' (1957) ZStW/Band 69-Heft 1 43, 43-58.
- Letzgus K, *Vorstufen Der Beteiligung* (1. Aufl, Duncker & Humblot 1972).
- Mahmutoğlu FS, 'Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu' (2005) LXIII İÜHFM 57.
- Maiwald M, *Einführung in Das Italienische Strafrecht Und Strafprozessrecht* (1. Aufl, Peter Lang 2009).
- Marchuk I, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law (A Comparative Law Analysis)* (1 edn, Springer Verlag 2014).
- Mitchell P, 'Mental Element in Complicity (Case Notes)' (1998) 9 King's College Law Journal 125-128.
- Noto F, *Secondary Liability in International Criminal Law- A Study on Aiding and Abetting or Otherwise Assisting the Commission of International Crimes* (1 edn, Dike Publishers 2013).
- Olofsson A, 'Aiding and Abetting International Crimes-In the Light of International Legal Pluralism' (Stockholm University, Faculty of Law, Department of Law 2016) <<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:968082/FULLTEXT01.pdf>> accessed 15 April 2023.
- Önok M, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (2005) 1 Uluslararası Hukuk ve Politika 93-126.
- , 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu/Almanya Büyükelçiliği 2010).
- , *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özen M, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı' (2007) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 239-253.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).

- Özkan H, *Ceza Hukukunda Azmettirme* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013).
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (12. bs, Turhan Kitapevi 2014).
- Rehaag C, *Prinzipien von Täterschaft Und Teilnahme in Europäischer Rechtstradition* (Duncker & Humblot 2009).
- Rende D and Köni B, 'Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi' (1936) 2 İÜHFD 338.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019).
- Robbers G, *An Introduction to German Law* (5. Aufl, Nomos 2012).
- Robinson PH, *Criminal Law: Case Studies & Controversies* (1. edn, Aspen Publishers 1997).
- Roth R, 'Improper Omission' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 58-81.
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen Der Straftat* (1. Aufl, C H Beck 2003).
- Safferling C, *Internationales Strafrecht* (1. Aufl, Springer Verlag 2011).
- Sancar TY, *Çok Failli Suçlar* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 1998).
- Satzger H, 'Der >>omnimodo Factorus<<-Und Das, Was Man in Jedem Fall Dazu Wissen Muss!' (2017) JURA/Heft 10, 1169-1182.
- Schabas WA, *An Introduction to the International Criminal Court* (4th edn, Cambridge University Press 2011).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. bs, Yetkin Yayınları 2020).
- Stratenwerth G and Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)* (6. Aufl, Franz Vahlen 2011).
- Tezcan D, Erdem MR and Önok M, *Uluslararası Ceza Hukuku* (6 bs, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Tezcan D, Erdem MR and Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Tokdemir S, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- , 'The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute' (2023) 13 Hacettepe HFD 107-128.
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahista Veya Konuda Hata (Error in Persona Vel Obiecto)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2022).
- , *Kriminelle Vereinigungen Im Deutschen Strafrecht Im Vergleich Zum Türkischen Strafrecht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Beteiligungsdogmatik* (1. Aufl, Felix).
- Van Sliedregt E and Yanev L, 'Co-Perpetration Based on Joint Control over the Crime' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 85-120.
- Yenisey F and Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009).
- Zurkinder N, 'Parties to Crime in Switzerland' in Ulrich Sieber, Kostanze Jarvers and Silverman Emily (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context: Introduction to National Systems (National Characteristics, Fundamental Principles, and History of Criminallaw)*, vol 1.1 (Duncker & Humblot 2015) 208-239.

Uluslararası Sözleşme ve Belgeler

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945, 82 UNTS 279 <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945/article-6b>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277 <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf> Erişim Tarihi 3 Ekim 2023.

Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva Convention III), 75 UNTS 135 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c8.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024; Türkçe metin için <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

International Military Tribunals for the Far East Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946, TIAS No. 1589 <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Protocol Additional I to the 1949 Geneva Conventions and Relating to The Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 UNTS 3 (Protocol Additional I to Geneva Conventions) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024; Türkçe metin için <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

Roma Statüsü, Kabul Tarihi 17 Temmuz 1998, Yürürlük Tarihi 1 Temmuz 2002 <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf> Erişim Tarihi 14 Haziran 2023.

Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3 <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

The Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute).

The Statute of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia, UN Doc S/RES/808 (1993) <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

The Statute of the International Tribunal for Rwanda UN Doc S/RES/955 (1994) <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_rwanda_EF.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Ulusal Düzenlemeler

1982 Anayasası, Kanun Num 2709, Kabul Tarihi 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2024.

Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu, Kanun Num 6706, Kabul Tarihi 23.04.2016, RG 5.5.2016/29703 <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6706.pdf>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBl I S 3322]
deutsches Völkerstrafgesetzbuch [vom 26.06.2002 BGBl I S 2254].

French Penal Code, entered into force March 1, 1994; replaced the French Penal Code of 1810 <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french_penal_code_33.pdf> Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

Italian Penal Code, adopted October 19, 1930; entered into force July 1, 1931 replaced Zanardelli Code of 1889.

Model Penal Code (adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, DC, May 24, 1962) <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2024

The Accessories and Abettors Act 1861(1861, c 94).

Türk Ceza Kanunu, Kanun Num 5237, Kabul Tarihi 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2023.

Uluslararası Yargı Kararları

Nikolaus von Falkenhorst <https://en.wikipedia.org/wiki/Nikolaus_von_Falkenhorst> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

Prosecutor v Ahmed Muhammad Harun (Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/07-2, Pre-T Ch I (27 April 2007).

Prosecutor v Aloys Simba (Judgement) ICTR-01-76, A Ch (27 November 2007).

Prosecutor v Blagojevic and Jokic (Judgment), IT-02-60, T Ch I (17 January 2005).

Prosecutor v Dario Kordic and Mario Cerkez (Judgement) ICTY-95-14/2, A Ch (17 December 2004) <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v Dragan Obrenovic (Sentencing Judgement) ICTY IT-02-60/2, T Ch I (10 December 2003).

Prosecutor v Jean Paul Akayesu (Judgment) ICTR-96-4, T Ch I (2 September 1998) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icttr/1998/en/19275>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v Joseph Kony (Warrant of Arrest) ICC-02/04-01/05, Pre-T Ch I (27 September 2005).

Prosecutor v Katanga and Ngudjolo (Judgement) ICC-01/04-01/07 OA 8, Pre-T Ch I (30 September 2008) <<https://www.legal-tools.org/doc/67a9ec/pdf>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Prosecutor v Milomir Stakic (Judgement) ICTY IT-97-24-T, T Ch II (31 July 2003) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2003/en/40192>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024.

Prosecutor v Milorad Krnojelac (Judgement) ICTY IT-97-25-T, T Ch II (15 March 2002) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2002/en/19276>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024.

Prosecutor v Milutinović et al (Judgement) ICTY- 99-37, A Ch (21 May 2003).

Prosecutor v Miroslav Kvocka (Judgement) ICTY IT-98-30/1, A Ch (28 February 2005).

Prosecutor v Miroslav Kvocka (Judgement) ICTY IT-98-30/1, T Ch I (2 November 2001).

Prosecutor v Nahimana et al (Judgement) ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icttr/2007/en/91996>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

Prosecutor v Naser Oric (Judgment) ICTY-IT-03-68, T Ch II (30 June 2006) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2006/en/78025>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v Radislav Krstic (Judgement) ICTY IT-98-33, T Ch I (2 August 2001).

Prosecutor v Slobodan Milosevic (Decision on Motion for Judgement of Acquittal), ICTY IT-02-54, T Ch III (16 June 2004).

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Decision of the Warrant for Arrest) ICC-01/04-01/06-2, T Ch I (10 February 2006).

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, Pre-T Ch I (29 January 2007).

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Judgement) ICC-01/04-01/06, T Ch I (14 March 2012) <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_02234.PDF> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

Prosecutor v Tihomir Blaškić (Judgment) ICTY-95-14, T Ch I (3 March 2000) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2000/en/19490>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v. Callixte Mbarushimana (Judgement) ICC-01/04-01/10, Pre-T Ch I (16.12.2011) <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/768/Mbarushimana/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024.

The Prosecutor v Yvonne Basebya (Judgement) District Court of The Hague Case No. 09/748004-09 (1 March 2013) <<https://www.legal-tools.org/doc/3f41c2/>> Erişim Tarihi 25 Ocak 2020.

The Prosecutor v Zejnil Delalic et al (Judgement) ICTY IT-96-21-A, A Ch (20 February 2001) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2001/en/91728>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Sırasında Alınan İhtiyati Haciz Kararının İcra Edilememesi Sorunu

The Problem of Non-Execution of the Precautionary Attachment Decision Taken during the Enforcement of Foreign Court Decisions

Zeynep Derya Tarman* 

Öz

Tenfiz yargılaması sürecinde ihtiyati haciz kararının alınması ve icra edilmesi hem milletlerarası özel hukuk hem de icra hukuku açısından önem arz etmektedir. Hukukumuzda tenfiz kurumu 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 50. maddesi ve devamında; ihtiyati haciz kurumu ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 257. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. İİK m. 257 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için aranan şartlar yönünden vadesi gelmiş ve gelmemiş borçlar bakımından bir ayırım yapılmıştır. Ancak, henüz tenfiz edilmemiş bir yabancı mahkeme kararına konu olan bir alacağa istinaden ihtiyati haciz talep edilmesi halinde aranacak olan şartlar ile ilgili olarak hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür alacakların muaccel alacaklar gibi mi yoksa vadesi henüz gelmemiş alacaklar gibi mi yorumlanacağı tartışmalı bir husustur. Bununla birlikte, MÖHUK m. 57/f.2'de yer alan temyiz icrayı durduracağı hükmünün ihtiyati haczin tamamlayıcı merasimleri bakımından öngörülen sürelerle nasıl bir ilişki içinde olduğu da uygulamada sorun arz eden bir durumdur. Öte yandan, MÖHUK m. 48 gereğince teminat yatırmış yabancıların İİK m. 259 uyarınca ihtiyati haciz istemleri kapsamında bir kez daha teminat yatırmalarının gereği de doktrinde tartışmalı bir mesele teşkil etmektedir. Bu çalışmada, ilk olarak ihtiyati haciz kurumu ana hatlarıyla incelenecek, ardından anılan meseleler kapsamında uygulamada karşılaşılan sorunlar, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararlarından örneklerle tartışmalı hususlar irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

İhtiyati haciz, Kesinleşmemiş ilamın icrası, Yabancı mahkeme kararı, Yabancı hakem kararı, Tenfiz davası, Teminat

Abstract

Obtaining and executing a provisional attachment order during the recognition and enforcement proceeding of a foreign court judgement constitutes a significant issue in both private international law and enforcement law. Under Turkish law, rules regarding the procedure and conditions for the enforcement of foreign court judgements are regulated under the Private International Law and Procedural Law Code numbered 5718 (PIL Code) Article 50, and so forth, while the rules governing the conditions of issuance of provisional attachment orders are regulated under the Enforcement and Bankruptcy Law numbered 2004 (EBL) Article 257, and so forth. Pursuant to Article 257 of the EBL, a distinction is made between those receivables that are due and those other receivables that are not due in terms of the conditions needed for the issuance of a provisional attachment order. Nevertheless, there is no specific provision under Turkish law regarding receivables that are subject to a foreign court judgement whose enforcement is yet to be requested or finalised before Turkish courts. The determination of whether the receivable is due or not is important in terms of the conditions to be sought for provisional attachment. Furthermore, the relationship between Article 57 (2) of the PIL Code, which envisages that an appeal to the enforcement decision with regard to the foreign court judgement shall suspend the execution of the enforcement decision, and the time limits foreseen regarding the complementary procedures of a provisional attachment

* **Sorumlu Yazar:** Zeynep Derya Tarman (Prof. Dr.), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, Eposta: ztarman@ku.edu.tr
ORCID: 0000-0002-2574-8643

Atf: Tarman ZD, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Sırasında Alınan İhtiyati Haciz Kararının İcra Edilememesi Sorunu" (2024) 44(1) PPIL 99. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1345399>

order is a debated subject. Moreover, whether foreigners who have deposited a security payment to file an enforcement lawsuit pursuant to Article 48 of the PIL Code will also be required to deposit security for a second time for the issuance of the provisional attachment order pursuant to Article 259 of the EBL is another issue that needs to be clarified. In this paper, initially, the conditions for issuance of provisional attachment orders will be examined. Next, the aforementioned issues will be examined with examples from the practise and the decisions of the Court of Cassation.

Keywords

Provisional attachment order, Enforcement of unfinalized judgements, Foreign court judgement, Foreign arbitral award, Enforcement lawsuit, Security payment

Extended Summary

The Private International Law and Procedural Law Code numbered 5718 (PIL Code) stipulates the rules that govern the recognition and enforcement of foreign court judgements under Article 50 and so forth; whereas Enforcement and Bankruptcy Law numbered 2004 (EBL) stipulates the requirements and procedures for the issuance of provisional attachment orders under Article 257 and so forth.

Under Turkish law, for a foreign court judgement to be enforceable in Türkiye, the Turkish courts must grant an enforcement decision. Unless the foreign court judgement is enforced pursuant to Article 50 (1) of the PIL Code, it shall not be executed by Turkish courts or execution offices. Considering the volume of lawsuits and appeal mechanisms available under the Turkish legal system, enforcement can become a lengthy process. In this process, the creditor's collection of receivables may be jeopardised because of the debtor's abusive behaviour. At this point, the institution of provisional attachment, which restricts the debtor's right of disposition on their property, becomes a significant tool.

According to the established practise of the Court of Cassation, it is possible to obtain a provisional attachment order during proceedings initiated for the enforcement of a foreign court judgement. Nonetheless, it is debateable whether the receivable subject to the foreign court judgement which is yet to be enforced in Türkiye, should be considered a due receivable or an undue receivable. This classification is important because the conditions for issuing a provisional attachment order will differ and be subject to different rules. Accordingly, while Article 257/1 of EBL sets forth the conditions for receivables that are due, the second paragraph of the same provision (Article 257/2 of EBL) lists the conditions to be sought for receivables that are not due. The main difference here is that the creditor who wishes to rely on Article 257/2 must prove the bad faith of the debtor.

Even if a provisional attachment order is obtained, problems arise in terms of complementary procedures and their time limits for the execution of this provisional order. According to paragraph 3 of Article 264 of the EBL, the creditor must apply for an executory proceeding within one month after the judgement is rendered regarding the case in which the provisional attachment order was obtained. Otherwise, the

provisional attachment order will be annulled. The major problem stemming from the said provision is that under Article 57/2 of the PIL Code, an appeal to the enforcement of the foreign court judgement decision suspends execution. As the appeal suspends the execution of the enforcement of foreign court judgement, it shall not be possible to initiate executory proceedings within one month based on this decision. In such a case, the effect of the provisional attachment order will be discussed in this paper. Whether the ‘appeal’ under this provision means an appeal to the Court of Cassation (Yargıtay) or an appeal to the Regional Courts of Justice (İstinaf Mahkemesi) is also a matter of debate and will be examined in this paper.

Another issue to be further discussed in this paper concerns the security required to be deposited by the claimant. Under Article 259 of the EBL Code, a claimant requesting a provisional attachment order must provide a security payment. This security is requested to cover all damages incurred by the debtor if the claimant who seeks a provisional attachment order proves to act unfairly in the future. It is controversial whether foreigners who have already deposited a security when filing a lawsuit for the enforcement of a foreign court judgement according to Article 48 of the PIL Code should also deposit a security to obtain a provisional attachment order. The controversy arises from the fact that these two securities have the same objective of securing the debtor’s rights if the claimant will be wrong in his/her claims. However, these securities are different in terms of their scope. Security deposited according to Article 48 of the PIL Code protects against damages incurred in the event of an unfair claim in terms of the subject matter of the lawsuit. On the other hand, the security deposited under the EBL Code guarantees the damages to be incurred in the event of an unfair outcome in provisional attachment order proceedings. Therefore, if the judge deems it necessary, it is possible for him/her to request security for the issuance of a provisional attachment order, and it is within the discretion of the judge to determine the amount of the securities. The need for a second payment of securities is a highly debated issue.

In this paper, initially, the conditions for issuance of provisional attachment orders will be examined. Next, the aforementioned issues will be examined with examples from the practise and the decisions of the Court of Cassation. Accordingly, this paper focuses on the solutions for the identified problems.

I. Giriş

Türk hukukuna göre yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de icra kabiliyeti kazanabilmesi için, söz konusu mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tenfiz davasına konu edilmesi gerekmektedir¹. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)² m. 57/f.1 uyarınca, yabancı mahkeme kararları hakkında tenfiz kararı verilmesi durumunda, bu kararlar Türk mahkemeleri tarafından verilmiş kararlar gibi sonuç doğuracaktır. Başka bir deyişle, bir yabancı mahkeme kararı, tenfiz edilmediği sürece, Türk hukuku bakımından icra kuvveti taşımayacaktır.

Tenfiz davası kapsamında yapılacak incelemenin basit yargılama usulüne tabi olması öngörülmüştür³. Yazılı yargılama usulü yerine basit yargılama usulünün öngörülmüş olmasının amacı, davanın uzaması suretiyle hakkın elde edilmesinin gecikmesini önlemektir. Buna rağmen Türk hukuk sisteminde tenfiz davaları uzun sürebilmektedir. Bu süreçte davalı tarafın, malvarlığı değerlerini kolayca devretmesi, paraya çevirmesi veya söz konusu değerleri başka bir ülkeye kaçırmaya riski söz konusu olabilmektedir⁴. Tam da bu ihtiyaca cevap veren ihtiyati haciz, para alacağının ödenmesini güvence altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasına imkân verir ve bu kararın tenfiz davası sırasında alınması mümkündür⁵. Bu nedenle alacaklılar, yabancı mahkeme kararının tenfizinin yanı sıra alacaklarının güvence altına alınması için ihtiyati haciz kararı verilmesini de talep etmektedir.

Nitekim, uygulamada da mahkeme kararının tenfizi sonucunda borcunu ödemekten kaçınmak isteyen borçlunun, alacaklının alacağına kavuşmasını engellemeye yönelik davranışlarda bulunduğu görülmektedir⁶. Öyle ki, bir borçlu kötü niyetle hareket ederek Türkiye’de bulunan bir banka hesabındaki parasını dakikalar içerisinde yabancı bir ülkede bulunan bir banka hesabına aktarabilir. Bu gibi kötü niyetli işlemlerin sonuçlarından korunmak için, yabancı mahkeme kararının tenfizi aşamasında da ihtiyati haciz talebi gerekebilmektedir. İhtiyati haciz, tenfiz davası sırasında alacağı güvence altına alarak dava sonuçlanıncaya kadar davalının malvarlığı unsurlarını üçüncü kişilere devretme riskini bertaraf eden bir geçici koruma tedbiridir. Bu yönüyle ihtiyati haciz kararı, davalının Türkiye’de bulunan mal ve alacaklarını kaçırmasını önleyerek davacının lehine verilen tenfiz kararı doğrultusunda alacağını tahsil edebilmesini temin eder.

1 Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021) 620-622; Aysel Çelikel ve B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021) 713; Sibel Özel, Mustafa Erkan, H Selin Pürselim ve H Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1. Bası, On İki Levha 2022) 713. Tanınmamış ve tenfiz edilmemiş yabancı mahkeme kararının, ilamsız icra takibine dayanak olabileceği hakkında bkz. Cemre Tüysüz, ‘Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler’ (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 702, 710.

2 RG 12.12.2007/26728.

3 Çelikel ve Erdem (n 1) 785.

4 Çelikel ve Erdem (n 1) 532; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 1) 598.

5 İ Ethem Postacıoğlu ve S Altay, *İcra Hukuku Esasları*, (5. Bası, Adalet 2010) 860.

6 Rifat Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri* (1. Bası, Adalet 2010) 30.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁷ (İİK) m. 257 vd. hükümleri ihtiyati haciz kurumunu düzenler. Geçici hukuki koruma tedbiri olarak tanımlanan ihtiyati haciz kararları bu geçicilik niteliğinden ötürü kesin hüküm teşkil etmez⁸.

İhtiyati haciz kurumunun düzenlendiği İİK'nın 261. maddesine göre lehine ihtiyati haciz kararı aldırın alacaklı, bu kararın icra edilmesini on gün içinde ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresi içindeki icra dairesinden istemelidir. Aksi takdirde ihtiyati haciz kararı ortadan kalkacaktır. Ayrıca, İİK'nın 264. maddesinin 3. fıkrasına göre ihtiyati haciz kararının ortadan kalkmasını engellemek için alacaklının, ihtiyati haciz kararı alınan davada hüküm verildikten sonra bir ay içinde ilamlı takibe başvurması gerekmektedir.

MÖHUK m. 57/f.2 uyarınca '*Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tâbidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur.*' Tenfiz isteminin kabulü veya reddine ilişkin karara karşı temyiz yoluna başvurulması durumunda icranın durmasına ilişkin hüküm, yabancı mahkeme kararının icra edilmesinin ardından tenfiz kararının bozulmasına ilişkin hüküm verilmesi durumunda ortaya çıkabilecek hak kaybını önlemek bakımından önem taşır⁹. Ancak, uygulamada anılan hükmün farklı şekilde yorumlandığı görülebilmekte ve Yargıtay'ın da kesinleşmemiş tenfiz kararının icraya konulabileceğini ifade ettiği kararları bulunmaktadır¹⁰. Bu yaklaşımda izlendiği anlaşılan argüman, tenfiz kararının icraya konulması için kesinleşmesi gerekmediğinden hareketle icraya konulması ve akabinde temyiz edilmesi durumunda bu temyiz kararının ilamın yerine getirilmesini durduracağı şeklinde anlaşılması gerektiğidir. Ancak, yukarıda da açıkladığımız üzere biz bu yaklaşıma MÖHUK m. 57 hükmünde yer alan açık ifade karşısında katılmamaktayız.

7 RG 19.6.1932/2128.

8 Çelikel ve Erdem (n 1) 533.

9 Çelikel ve Erdem (n 1) 781.

10 Bu yönde ifadeler barındıran Yargıtay kararlarından bazılarında yer alan ilgili bölümler şu şekildedir:

Yargıtay 12. HD., E. 2004/6229 K. 2004/10889 T. 30.04.2004: '*takibe dayanak ilamın alacak ilamı olması nedeniyle infaza konulmasında usulsüzlük bulunmamasına sadece kararın temyiz edilmesininin 2675 Sayılı Kanununun 41/son maddesine göre yerine getirmeyi durduracağına HUMK.nun 442/son maddesi hükmüne göre karar düzeltme isteminin mahkeme ilamının icrasını durduramayacağına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK. nun 366. ve HUMK.nun 438. maddeleri uyarınca onanmasına'*

Yargıtay 12. HD., E. 2011/27087 K. 2012/11583 T. 9.4.2012: '*İcra takibinin dayanağı olan Uluslararası Tahkim Mahkemesince verilen hakem kararının tenfizine ilişkin İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesininin 14.04.2011 tarih ve 2009/821 Esas, 2011/ 145 Karar sayılı hükmününün temyiz edildiği ve takip tarihinde henüz kesinleşmediği, itiraz dilekçesi ekindeki 25.05.2011 tarihli yazı işleri müdürlüğününün meşruhatından anlaşılmaktadır. Somut olayda tenfizine karar verilen ilam, alacağa ilişkin olup, **tenfiz kararının infazı kesinleşmesine bağlı değildir.** Ancak, takip tarihinde ve takibin başlangıcında icra edilebilir bir hükmün varlığı gerekmekte olup, yukarıda özetlenen yasa hükmü uyarınca ilamın temyiz edilmiş olduğu dikkate alınarak, takip tarihi itibarı ile takibin durmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.'*

Yargıtay 12. HD., E. 2018/10197 K. 2018/13303 T. 11.12.2008 ilamı: '*Dayanak yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin ilamın temyizi yukarıda açıklanan Yasa hükmü gereğince yerine getirmeyi durdurmakta ise de, karar düzeltme yoluna başvurulması, **tenfizine karar verilen yabancı ilamın icrasını durdurmaz.***'

Öte yandan, Temmuz 2016 itibarıyla Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçmiştir; dolayısıyla MÖHUK'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyette olmadığı için MÖHUK m. 57/f.2 hükmünde istinaftan söz edilmemiştir¹¹. Doktrinde istinaf yoluna başvurulmasının icrayı durdurup durdurmayacağı tartışmalı olsa da¹² temyiz için getirilen düzenlemenin istinaf bakımından da geçerli olduğu görüşü hakimdir¹³. Buna göre, istinaf ve temyiz başvurusu nedeniyle tenfize konu kararın icrası kendiliğinden duracaktır. Ancak tereddütlerin giderilmesi amacıyla, MÖHUK'a veya 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na¹⁴ (HMK) açık bir hüküm konulması önerilmiştir¹⁵. Aksi görüşte olanlar ise, tanıma veya tenfiz davalarında verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurmanın icraya etkisine ilişkin olarak MÖHUK'ta bir hüküm yer almadığından, HMK m. 350 hükmünün uygulanacağı ve dolayısıyla istinaf yoluna başvurunun kararın icrasını durdurmayacağını savunmaktadırlar¹⁶. Kanaatimizce, MÖHUK yürürlüğe girdiği sırada istinaf düzenlemesinin henüz mevzuatta yer almaması durumu ile MÖHUK m. 57/f.2 hükmünün düzenleme maksadı birlikte düşünülerek amaca uygun yorumlandığında istinaf başvurusunun varlığı halinde de tenfize konu kararın icrasının kendiliğinden durması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Aksi takdirde, HMK m. 350 hükmünün doğrudan MÖHUK bakımından da uygulanarak istinaf kanun yoluna başvurunun temyize başvurudan farklı olarak icrayı durdurmayacağı kuralının benimsenmesi, tenfize konu kararın icrasının durması bakımından tenfiz ve istinaf başvuruları arasında kanun koyucunun amaçlamış olmayacağını düşündüğümüz bir tutarsızlık yaratır.

MÖHUK m. 57/f.2 karşısında İİK m. 261 ve m. 264/f.3'teki düzenlemelerin ihtiyati haciz kurumunun etkinliğini ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmaması önem taşımaktadır. İşbu çalışmada, öncelikle ihtiyati haciz kurumu ele alınacak, daha sonra tenfiz davası sırasında alınan ihtiyati haciz kararları bakımından İİK m. 261 ve m. 264'ün MÖHUK m. 57/f.2 hükmü karşısında nasıl yorumlanması gerektiği açıklanacaktır.

11 Bu konuda bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 1) 745-746.

12 Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020) 307; Zeynep Derya Tarman, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 27(2) MHB 798, 805.

13 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 1) 745-746; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 1) 772-773. Aynı yönde bkz. Mine Tan-Dehmen, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları' (2020) 40(2) MHB (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1433, 1441-1442; Özkan ve Tütüncübaşı (n 12) 307-308; Tarman (n 11) 805; Burak Huysal, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler' (2012) 3(1) MHB 71, 97.

14 RG 4.2.2011/27836.

15 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 1) 745-746.

16 Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. Bası, Beta 2020) 373-374; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22. Bası, Beta 2017) 541-542; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (1. Bası, On İki Levha 2017) 806-807; Mehmet Köle, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul' (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 88.

II. Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Olarak İhtiyati Haciz

A. Genel Olarak

Yargılama süreçlerinin uzaması nedeniyle alacaklının alacağına kavuşması zaman alabilmektedir. Sürecin uzaması ve/veya karşı tarafın kötü niyetli davranışları sebebiyle mahkeme kararıyla elde edilecek olan hak tehlikeye girebilmektedir. Geçici hukuki korumalar, yargılama sırasında veya öncesinde meydana gelebilecek bir değişim nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşmasını ya da tamamen imkânsız hâle gelmesini önlemek amacıyla, hakkı geçici olarak koruma altına alır. Türk hukukunda talep üzerine mahkemelerin geçici ve koruyucu tedbir kararı alabilmelerine imkân tanınmıştır¹⁷. Geçici ve koruyucu tedbir kavramı, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ve deliller açısından ortaya çıkan koruma tedbirleri ile çok çeşitli tedbir türlerini kapsamaktadır¹⁸.

İhtiyati hacizdeki amaç da ihtiyati tedbirle benzer şekilde, Anayasanın 2. maddesinde vurgulanan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, bireylere etkin hukuki himaye sağlamaktır. İhtiyati haciz yargılamasında, etkin hukuki himaye sağlamak, bunu sağlarken mümkün olduğunca çabuk ve seri hareket etme gerekliliği, usul kurallarına göre maddi hukuka dayanan hakkın araştırılmasından önce gelirdir¹⁹.

İhtiyati haciz bir ihtiyati tedbir değildir²⁰, geçici hukuki koruma önlemlerinin özel bir çeşididir; şartları ve etkileri İİK'da ayrıca düzenlenmiştir. İhtiyati haciz, HMK m. 389 ve devam eden hükümlerde düzenlenen ihtiyati tedbirden farklı olarak sadece para alacakları için öngörülmüş bir tedbirdir. İhtiyati haciz ile alacaklının, henüz kesin haciz isteme yetkisinin olmadığı bir dönemde, para alacağının zamanında ödenmesi güvence altına alınır²¹.

B. İhtiyati Haczin Tanımı, Şartları ve İcrası

İhtiyati haciz, borçlunun halihazırda mevcut olan veya yapılması ihtimali bulunan icra takibini başarısız kılmaya yönelik eylemlerine engel olmak için öngörülmüş bir mekanizmadır. Daha açık bir ifadeyle, ihtiyati haczin temel amacı belli bir cebri icranın semeresiz kalmasını engelleyerek alacaklının hak ve menfaatlerini korumaktır²². İhtiyati haciz, hukukumuzda ilk olarak 1927 tarihli mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)²³ 102. maddesinde düzenlenmiş olmasına karşın, 1929 tarihli İİK'nın 257-

17 D Defne Kırılı-Aydemir, *Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler (Brüksel I Tüzüğü, UNIDROIT İlkeleri ve Türk Yargılama Hukuku Çerçevesinde)* (1. Bası, On İki Levha 2013) 279.

18 Kırılı-Aydemir (n 17) 279-280.

19 Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi* (6. Bası, Yetkin 2016) 1128.

20 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler* (19. Bası, On İki Levha 2022) 230. İhtiyati haczin, ihtiyati tedbirin özel bir türü olduğu yönündeki görüş için bkz. Baki Kuru, *İcra İflas Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013)1033-1034.

21 Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2023) 426.

22 Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II* (5. Bası, Adalet 2013) 1076 vd.; Postacıoğlu ve Altay (n 5) 860; Hasan Özkan, *İhtiyati Tedbir Delil Tespiti İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz* (1. Bası, Legal 2010) 900.

23 RG 4.7.1927/622, 623, 624.

268. maddeleri arasında yeniden düzenlenerek icra hukukuna dahil edilmiş ve bir takip hukuku müessesesi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağına zamanında ödenmesini güvence altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır²⁴. Diğer bir ifadeyle, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun garanti altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici hukukî korumadır²⁵. İhtiyati haciz, alacaklıya takipten önce veya takip süresince borçlunun belirli bir malı üzerinde tasarrufta bulunmasını geçici olarak sınırlama imkânı getirmektedir²⁶.

Kanun koyucu, ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için yalnızca alacağın tehlikede bulunmasını yeterli görmemiştir. ‘İhtiyati Haciz Şartları’ başlıklı İİK m. 257’de ihtiyati haciz sebeplerini tahdidi olarak saymıştır²⁷. Buna göre, İİK m. 257/f.1 uyarınca vadesi gelmiş bir borcun bulunması ve alacağın rehinle temin edilmemiş olması durumunda ihtiyati haciz kararı verilebilecektir²⁸. İİK m. 257/f.2 hükmünde ise vadesi gelmemiş borçtan dolayı hangi hallerde ihtiyati haciz istenebileceğine dair şartlara yer verilmiştir²⁹. Vadesi gelmemiş bir borçtan ötürü ihtiyati haciz kararı alınabilmesi ise ancak hükmün 2. fıkrasında sayılan hallerde mümkün olmaktadır. Bu haller; borçlunun muayyen yerleşim yeri olmaması ya da borçlunun kendi taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemeye, kaçırmaya çalışması veya kendisinin kaçmaya hazırlanması yahut kaçması ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunması durumlarından ibarettir.

İİK m. 258’de borçlu aleyhine ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için alacaklının, alacağı hakkında mahkemenin kanaat getirmesini sağlayacak delilleri getirmesi gereği öngörülmüştür. Ancak, kanunda mahkemenin kanaat getirmesine ilişkin unsur hakkında bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde, mahkemenin kanaat getirmesine ilişkin söz konusu hükümdeki eşik tam ispat yerine yaklaşık ispat olarak yorumlanmakta; mahkemenin az çok kanaat getirmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir³⁰. İspat ölçüsünün düşük tutulup tam ispat aranmamasının nedeni, aciliyetin söz konusu olmasıdır.

İİK m. 259 uyarınca ihtiyati haciz talep eden alacaklının teminat göstermesi gerekmektedir. Bu teminat, ihtiyati haciz isteyen alacaklının ileride haksız çıkması

24 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 3* (1. Bası, Evrim Dağıtım 1993) 2495.

25 Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz* (1. Bası, Seçkin 1999) 12; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 21) 540-541.

26 Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Bası, Beta 2021) 402.

27 ibid 402-403.

28 Hâlihazırda rehinle güvence altına alınmış bir alacak için ihtiyati haciz talep edilmesinin gereksiz olduğu hakkında bkz. Özkes (n 25) 116.

29 Kuru (*El Kitabı*, n 20) 1038-1039; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 21) 541; Pekcantez, Atalay ve Özkes M (n 20) 231.

30 Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (27. Bası, Yetkin 2012) 438; Özkes (n 25) 217; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 21) 542; Talih Uyar, *İcra Hukukunda Haciz* (3. Bası, Bilge 2016) 46.

halinde borçlunun bu yüzden uğrayacağı bütün zararları karşılamak için alınır³¹ ve teminatın miktarı bunu karşılayacak oranda belirlenir. Gösterilecek teminatın cinsi, HMK m. 87'ye göre tespit edilir. Hâkim, teminatın şeklini serbestçe tayin eder. Ancak tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları halinde, teminat anlaşmaya göre belirlenir (İİK m. 259/f.1).

Borçlu, ihtiyati hacze itiraz edebilir (İİK m. 265). İhtiyati hacze itiraz süresi ise yedi gündür. Bu itiraz, ihtiyati haczin dayandığı sebepler (İİK m. 257), mahkemenin yetkisi (İİK m. 258) ve teminat (İİK m. 259) ile sınırlıdır³². Mahkeme itiraz sebebini yerinde bulmazsa, itirazın reddine karar verir. Mahkemenin itiraz üzerine verdiği kararlara karşı kanun yoluna gidilebilir. Bölge Adliye Mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceleyerek konu hakkındaki kesin kararı verir. Ancak, bu süreçte ihtiyati haciz kararının uygulanması devam eder; diğer bir ifadeyle, istinaf yoluna başvurulmuş olması bu kararının uygulanmasını durdurmaz (İİK m. 265/f.5).

Mahkemeden ihtiyati haciz kararı alan alacaklı, bu kararın yerine getirilmesi (borçlunun mallarına ihtiyati haciz konulması) için, ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesine başvurabilir. Alacaklının ihtiyati haciz kararının yerine getirilmesini istemesi bir süreye tabidir. İİK m. 261 uyarınca alacaklı, ihtiyati haciz kararını aldığı günden itibaren on gün içinde icra mahkemesinden ihtiyati haciz kararının yerine getirilmesini istemek zorundadır. Aksi takdirde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkar.

İhtiyati haciz prensip olarak alacaklıya bir öncelik hakkı vermemektedir. Hacizden farklı olarak ihtiyati hacizde alacaklının, ihtiyaten haczedilen maldan tatmin edilme hakkı bulunmamaktadır. Mallar, sadece takibi teminat altına almaya hizmet etmektedir³³. İhtiyati haciz talebi kabul edildiği takdirde, hâkim icra dairesine yönelik bir ihtiyati haciz kararı verir. Burada dikkat etmek gerekir ki, haciz ve ihtiyati haciz aynı şeyler değildir. Her iki kurum da malvarlığı değerlerine resmen el koymayı amaçlasa da ihtiyati haczin özelliği saf bir teminat fonksiyonuna sahip olması ve geçici olmasıdır. Başka bir deyişle, ihtiyati haciz daha sonra yapılacak takibi teminat altına almak üzere getirilmiştir³⁴. İhtiyati haciz geçici bir hukuki koruma tedbiri olduğundan alacaklı ihtiyati haciz kesinleşmeden önce ihtiyaten haczedilen malların satılmasını ve bedelinden alacağının ödenmesini isteyemez. İhtiyati haczin nasıl kesin hacze dönüşeceği ise İİK m. 264'te çeşitli ihtimaller bakımından ayrıntılı olarak belirlenmiştir³⁵.

31 Muhammat Özkes, 'Geçici Hukuki Koruma' in Hakan Pekcantez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds), *Medeni Usul Hukuku C.III* (15. Bası, On İki Levha 2017) 2445.

32 Yılmaz (n 19) 1127; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 21) 545.

33 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 26) 408.

34 ibid 407-408.

35 Yılmaz (n 19) 1123; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 21) 549; Pekcantez, Atalay ve Özkes (n 20) 236-237.

İİK m. 264'te 'İhtiyati Haczi Tamamlayan Merasim' başlığı altında alacaklının ihtiyati haciz kararı alındıktan sonra yapması gereken birtakım işlemler düzenlenmiştir. Alacaklı, bu maddede gösterilenleri yapmazsa ihtiyati haciz kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir. Bu maddenin 3. fıkrası uyarınca dava açılmış ve dava sırasında bir ihtiyati haciz talep edilmiş ise alacaklı, mahkemenin esas hakkında verdiği kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, takip talebinde bulunmaya mecburdur³⁶. İhtiyati haczin amacı esas olarak yapılacak müstakbel bir takibi teminat altına almak olduğundan mahkeme esas hakkında bir karar verdikten sonra artık ilamlı takibe başvurma imkânı doğar ve bu teminata ihtiyaç kalmaz. Asıl davada esas hakkında karar verildikten sonra alacaklı ilamlı takibe başvurabilir ve bu durumda hacizli malın satışı istenebilir (İİK m. 264/f.5). Görüldüğü üzere, alacakla ilgili ilamlarda genel zamanaşımı on yıl olan ilamlı icraya başvurma süresi bir aya indirilmiştir. Bununla amaçlanan, ihtiyati haciz durumunun (geçiciliğinin) bir an önce kesinleştirilmesidir³⁷.

C. Türk Mahkemelerinin Yetkisi

İİK m. 50 uyarınca, ihtiyati haciz talebine konu alacağı ilişkin olarak HMK'daki yer itibariyle yetkili mahkeme, ihtiyati haciz kararı verme konusunda da yetkilidir³⁸. Tenfiz davası sırasında talep edilen ihtiyati haciz kararlarında ise tenfiz davasına bakan mahkeme yetkili olacaktır. Tenfiz davaları bakımından hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu MÖHUK m. 51'de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca tenfiz davaları için görevli mahkeme asliye mahkemesidir³⁹; yetkili mahkeme ise kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi, yoksa mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi, eğer bu da yok ise Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birisidir.

Türk mahkemesi tarafından verilen bir ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanması, bir devletin kendi ülkesi sınırları içinde hakimiyet tasarruflarında bulunabilme yetkisinin bir görünümüdür ve bu bakımdan Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusudur⁴⁰. Bu nedenle tenfiz davası öncesi veya sırasında ancak

36 'İİK'nun 264/3. maddesi hükmüne göre ihtiyati haciz alacak davasının mahkemede görüldüğü sırada konulmuş ise esas hakkında verilecek hükmün ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye tebliğinden itibaren bir ay içinde alacaklı takip talebinde bulunmaya mecburdur. Alacaklının, hükmün tebliğinden itibaren bir ay içinde takip talebinde bulunmaması halinde, ihtiyati haciz hükümsüz kalır.' (Yargıtay 12 HD, 7031/7193, 30.06.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023).

37 Yılmaz (n 19) 1123; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 21) 553.

38 Gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesine ilişkin Türk mahkemelerinin yetkisi TTK m. 1354 ve TTK m. 1355 hükümleriyle düzenlenmiştir. TTK m. 1356 hükmünde alacağın esası hakkında hüküm vermeye bir hakem kurulu veya yabancı mahkeme yetkili olsa dahi, TTK m. 1354 ve TTK m. 1355 hükümlerine göre yetkili olan mahkemelerin ihtiyati haciz verme yetkisinin ortadan kalkmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

39 MÖHUK m. 51/f.1 hükmünün tanıma ve tenfiz davalarında görevli mahkemeyi belirlerken yalnızca asliye mahkemelerine ilişkin bir düzenleme içermesi, bu davalar bakımından ticaret mahkemelerinin görevi hakkında bir tartışmaya sebebiyet vermiştir. Uygulamada, tenfiz davasını açan taraf gerek MÖHUK'ta yer alan bu düzenlemedeki belirsizlik gerekse Yargıtay kararlarının görevli mahkeme konusunda farklı yaklaşımlar içermesi sebebiyle zaman kaybı yaşayabilmektedir. Örneğin, davacı tenfiz talebini asliye ticaret mahkemesi nezdinde ileri sürmüştü ve davalı görevli mahkemeye ilişkin itirazda bulunmuş ise bu itirazın Yargıtay aşamasında incelenmesi ve davalının haklı bulunarak görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunun tespiti halinde, görevli mahkemenin belirlenmesi süreci uzayabilecektir. Bkz. Tarman (n 11) 804.

40 Yargıtay HGK., 12- 287/325, 6.5.1998 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

Türk mahkemelerinden alınan ihtiyati haciz kararları Türkiye’de icra edilebilmektedir. Yargıtay’ın kararlarında sıklıkla belirttiği üzere, ‘*Tenfiz kararı kesinleşmeden ifa edilemez ise de bu karara dayanarak ihtiyati haciz istenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır*’⁴¹.

Bunun yanı sıra, doktrinde Türk mahkemelerinin, yabancı devlet mahkemelerinde derdest olan davalar lehine de ihtiyati haciz kararı verebileceği konusunda tereddütün bulunmadığı belirtilmiştir⁴². Yargıtay da çeşitli kararlarıyla Türk mahkemelerinin bu durumda ihtiyati haciz kararı verebileceğine hükmetmiştir⁴³. Türkiye’de icrai bir işlemin gerçekleştirilebilmesi için ihtiyati haciz kararının Türk mahkemelerinden alınmış olması da zaruridir; zira Yargıtay’ın da belirttiği üzere cebri icra hukuku alanındaki meseleler münhasır yetki kapsamına girmektedir⁴⁴. Cebri icra hukuku kapsamına giren konuların, devletin hükümlerlik haklarının doğrudan bir sonucu ve hak arama düzeninin bir parçası olduğu ve bu alanlarda Türk mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeninden olduğu doktrinde de belirtilmektedir⁴⁵. Buna göre, cebri icra hukukuna giren konularda Türk mahkemelerinin yetkisi icra hukukunun niteliği gereği devam eder⁴⁶.

III. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Sırasında İhtiyati Haciz Kararı Alınması ve İcrası

A. İhtiyati Haciz Kararı Alınmasının Şartları (İİK m. 257)

Türk mahkemelerinin ihtiyati haciz kararı verebilmesi için, İİK m. 257’de yer alan koşulların varlığı aranmaktadır. İİK m. 257/f.1 uyarınca ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için; (i) talepte bulunan tarafın alacağıın vadesinin gelmiş ve ödenebilir olması, (ii) talepte bulunan tarafın alacağıın rehinle temin edilmemiş olması aranır. Eğer alacağıın vadesi gelmemiş ise, İİK m. 257/f.2 uyarınca ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için (i) borçlunun muayyen bir ikametgahının bulunmaması, ya da (ii) borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla mallarını gizlemeye, kaçırmaya veya kendisinin kaçmaya hazırlanması, ya da kaçması veyahut bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması hallerinden biri mevcut olmalıdır.

41 Yargıtay 19. HD., 9775/13391, 30.12.2004; Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 6. HD., 3906/4941, 14.4.2014; Yargıtay 19. HD., 4662/7268, 01.06.2011 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

42 Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 1) 602; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019) 245; Çelikel ve Erdem (n 1) 586; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 1) 666.

43 Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD., 4717/6504, 12.06.2008; Yargıtay 19. HD., 4848/6506, 12.06.2008; Yargıtay 19. HD., 4907/6507, 12.06.2008; Yargıtay 19. HD., 4712/6505, 12.06.2008; Yargıtay 19. HD., 5052/6508, 12.06.2008 (Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 1) 602, dn 341. Ayrıca Yargıtay HGK., 12-287/325, 6.5.1998 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

44 Yargıtay 11 HD, 8103/11770, 5.6.2013 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

45 Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 1) 604-605; Şanlı (n 42) 248; Özel, Erkan, Pürselim, Karaca (n 1) 667.

46 Çelikel ve Erdem (n 1) 587.

İİK gereğince ihtiyati haciz kararı verilirken aranan koşullar bakımından vadesi gelmiş veya gelmemiş alacaklar yönünden bir ayrım gözetilmiştir. Buna bağlı olarak henüz tenfiz edilmemiş yabancı mahkeme kararı ile tespit edilmiş alacakların bu çerçevede incelenmesi önem arz eder. Tenfizi talep edilmiş yabancı mahkeme kararı ile varlığı sabit olan bir alacak, İİK’da ihtiyati hacze karar verilmesi için aranan koşullar bakımından vadesi gelmiş bir alacak gibi ele alınacak olursa, mahkemece borçlunun maksadı araştırılmaksızın ihtiyati hacze karar verilebilir. Buna karşın, eğer söz konusu alacak henüz vadesi gelmemiş alacak olarak yorumlanırsa, ihtiyati haciz kararının verilebilmesi için mahkeme, borçlunun belirli bir yerleşim yerinin bulunmaması veya taahhütlerinden kaçması maksadını arayacaktır. Nitekim, henüz Türkiye’de tenfiz edilmemiş yabancı bir mahkeme kararına konu olan bir alacağa dayanılarak İİK’nın 257/f.1 maddesi uyarınca bir ihtiyati haciz kararı verilip verilemeyeceği meselesi hakkında özel bir kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır ve aşağıda değinileceği üzere Yargıtay’ın bu konuya ilişkin yaklaşımında yeknesaklık bulunmadığından meselenin çözümü doktrinde tartışılmaktadır⁴⁷.

Doktrinde bu tür alacakların ‘vadesi gelmiş bir alacak’ olarak yorumlanamayacağı savunulmaktadır, zira söz konusu alacağın konu olduğu yabancı mahkeme kararı henüz tenfiz edilmemiştir ve kararın tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı ancak tenfiz davasının sonunda anlaşılacaktır⁴⁸. Öte yandan, tenfiz isteminde bulunan alacaklı, İİK m. 257/f.2’de yer alan koşulların varlığını ispatlayarak her zaman ihtiyati haciz talebinde bulunabilir.

Henüz tenfiz edilmemiş ve bu bakımından tenfiz şartlarını yerine getirdiği sabit olmayan bir yabancı mahkeme kararına konu alacağa istinaden talep edilen bir ihtiyati haciz isteminde, bu alacağı vadesi gelmiş bir alacak olarak yorumlayıp borçlunun malvarlıklarına İİK m. 257/f.1 uyarınca ihtiyaten haciz konulup konulamayacağı

47 Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 1) 469; Sedat Bozanoğlu ve Mehmet Emre Günay, ‘Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku Işığında ‘İnfaz’ Kabiliyeti Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği – Uygulamada Yaşanan Sorunlar’ (2017) 91 (1) İBD 226-240. Tenfiz kararı kesinleşmeden yabancı mahkeme ilamına dayalı ihtiyati haciz talebinin İİK m. 257/f.1 kapsamındaki koşullar bakımından dikkate alınması halinde takip dayanağı ilamın kesinleşmeden icraya konulamayacağı kuralı çerçevesinde “alacaklıyı daha sonra icra mahkemesince iptal edilecek bir takip yaptırmak” olarak yorumlayan ve bu bakımdan tartışmaya açık bulan yaklaşım için bkz. Cüneyt Uyar ‘Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanılarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir mi?’ (2012) 86(3) İstanbul Barosu Dergisi 295.

48 Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 1) 469-470; kesinleşmemiş yahut tenfiz edilmemiş yabancı mahkeme yahut hakem kararlarına ihtiyati haciz yolunun da kapatılması gerektiği yönünde Bozanoğlu ve Günay (n 47), 249; yabancı hakem kararları bakımından aynı yönde bkz. Tüysüz (n 1) 714. Aşağıda da değinileceği üzere bu meseleye ilişkin Yargıtay kararlarındaki yaklaşım yeknesak değildir. Doktrindeki görüşlerin aksine, tenfiz davasına konu yabancı mahkeme veya hakem kararında hükme bağlanan alacağın İİK m. 257/f.1 bağlamında “vadesi gelmiş alacak” olarak görüldüğünün anlaşıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2004/4309, K. 2005/4022, T. 21.04.2005, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 16.02.2024. Söz konusu karar yabancı hakem kararının tenfizi sırasında talep edilen ihtiyati haciz kararına ilişkin olmakla beraber yabancı mahkeme kararlarının tenfizi aşamasındaki ihtiyati haciz talepleri bakımından da önem arz eder: “*yabancı mahkeme veya hakem heyeti tarafından verilen bir kararla tespit edilen alacak hakkında tedbir niteliğinde bulunan ihtiyati hacze karar verilmesi için yabancı kararın tenfizi koşulunun aranmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü ihtiyati haciz kararı ile sadece borçlunun mal ve haklarına geçici olarak el konulmaktadır. Öte yandan, 4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 6 ncı maddesinde de belirtildiği üzere tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında ihtiyati hacze karar verilmesi mümkün bulunduğuna göre, kararın verilmesinden sonra da ihtiyati hacze karar verilebilir. Bu itibarla mahkemece, İİK 257 maddesinde yazılı şartlar göz önüne alınarak, davacının ihtiyati haciz isteminin değerlendirilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden, kararın davacı yararına bozulması gerektirir.*”

meselesi Yargıtay'ın çeşitli daireleri tarafından farklı şekilde değerlendirilmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'ne göre, yabancı mahkeme kararı henüz tenfiz edilmemişse bu karara konu alacak, vadesi gelmemiş alacak olarak yorumlanmalıdır ve İİK m. 257/f.1 çerçevesinde bu alacaklar hakkında ihtiyati haciz kararı verilemez⁴⁹. Buna mukabil, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tenfiz kararının amacı kapsamında bir gerekçelendirme yaparak, yabancı ülkelerdeki hukuk davalarına ilişkin olarak verilen ve o devlet kanunlarına göre kesinleşen ilamların Türkiye'de icrasını sağlamaya yönelik tenfiz davalarına konu yabancı mahkeme kararında tespit olunan alacak hakkında henüz Türkiye'de tenfiz edilmemiş olsa bile sadece borçlunun mal ve haklarına geçici olarak el konulmasını sağlayacak ihtiyati haciz kararı verilebileceğini belirtmiştir⁵⁰. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de yabancı mahkeme kararına konu alacağı ilişkin ihtiyati haciz talebi bakımından her ne kadar yabancı mahkeme kararının tenfizi davası henüz kesinleşmemiş ise de söz konusu alacağın ilama dayalı olduğu gözetilerek muaccel olmadığını kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁵¹. Bundan daha eski tarihli bir kararında da Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, yabancı hakem kararının icra edilebilmesi için tenfizinin gerekli olduğunu vurgulayarak söz konusu hakem kararına konu alacağı dayanılarak bir ihtiyati haciz kararı verilmesinde yasal bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır⁵². Kanaatimizce de yabancı karara konu alacaklar hakkında henüz bu karar tenfiz edilmemiş olsa bile ihtiyati haciz kararlarının geçici nitelikte olduğu düşünülerek İİK m. 257/f.1 uyarınca bu alacaklar hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi menfaatler dengesi yönünden daha isabetli bir yaklaşımdır. Bu görüşe paralel olarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi de tenfizine karar verilen yabancı bir hakem kararına konu alacağın İİK m. 257/f.1 çerçevesinde 'vadesi gelmiş alacak' olarak yorumlanması gerektiğine ve tenfiz ilamına karşı kanun yoluna başvurulmasının icra takibini durdurmasına karşın bu durumun ihtiyati haciz kararı verilmesine engel olmadığına hükmetmiştir⁵³. Öte yandan, doktrinde *Özkan/Tütüncübaşı*, Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği kararlara atıf yaparak tenfize konu kararın kesinleşmemesi nedeniyle ihtiyati haciz taleplerinin reddedilmesinin doğru olmadığını belirtmiştir⁵⁴.

Davalı ve üçüncü kişilerin ihtiyati haciz sebebiyle ileride yaşayabilecekleri problemler düşünülerek İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında ihtiyati haciz karar verilebilmesi için İİK m. 257/f.2 uyarınca sayılan şartların somut olayda aranması gerekmediğine ve İİK m. 257/f.1 uyarınca teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verilebileceğine karar vermiştir⁵⁵. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir başka

49 Yargıtay 15 HD., E. 7100 K. 365, T. 26.1.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

50 Yargıtay 11. HD., 4309/4022, 21.04.2005 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

51 Yargıtay 19. HD., 7952/9703, 21.10.2009; Aynı yönde Yargıtay 6. HD., 3906/4941, 14.04.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

52 Yargıtay 19. HD., 9775/13391, 30.12.2004 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

53 İstanbul 14. BAM., 2410/158, 12.02.2020 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

54 Özkan ve Tütüncübaşı (n 12) 300-301. İlgili Kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD., 4439/68, 17.01.2018; Yargıtay 11. HD., 7198/1421, 15.02.2016 (Özkan ve Tütüncübaşı (n 12) 301, dn. 311).

55 İstanbul 13. BAM., 353/328, 05.03.2020 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

kararında da ihtiyati haczin tenfiz kararı kesinleşmeden de istenebileceği, ancak ihtiyati haciz kararı alınırken henüz kesinleşmiş bir ilam bulunmadığı gerekçesiyle İİK m. 259 düzenlemesinde öngörülen teminatın yatırılması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁶.

Mesele, yakın bir tarihte, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2023 tarihli ve E. 2022/247, K. 2023/429 sayılı kararıyla onanan Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 18.11.2021 tarihli ve E. 2021/778, K. 2021/1110 sayılı kararında ele alınmış; kararda: “İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için İİK'nun 257. maddesindeki şartların oluşması gerekir. İİK'nun 257/1. maddesine göre, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı ihtiyati haciz talebinde bulunabilir. İİK'nun 258/1. maddesi hükmüne göre ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için mahkemenin ‘alacağın varlığı hakkında kanaat edinmiş olması’ yeterlidir. Mahkemenin ‘alacağın varlığına kanaat edinmiş olmasından’ anlaşılması gereken alacağın usul hukuku kurallarına göre kesin veya tam olarak ispat edilmesi değildir. Diğer hukuki himaye tedbirlerinde olduğu gibi ihtiyati hacizde de amaç davaya ilişkin yargılamadan farklı olarak, maddi hukuka dayanan hak bakımından nihai bir karar verip, uyumsuzluğu esastan sona erdirmek değildir. Yani ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için ispat gerekmez, yaklaşık ispat için delil sunulması yeterli olup, alacaklının ilişkisinin varlığını ve muaccel olduğunu tam ve kesin olarak ispat etmesi aranmamaktadır. Bu açıklamalar ışığında, ilgili yabancı mahkeme kararının içeriğinden alacağın varlığı ve miktarı tespit edilebildiği; karar içeriğinin alacağın varlığı konusunda yaklaşık ispat koşulunu sağladığı takdirde, ihtiyati haciz kararı verilmesi gerek hukuka gerek menfaatler dengesine uygun olacaktır.” şeklinde tespitlerde bulunulmuştur.

Buna karşılık, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi aksi yönde bir hüküm kurmuş ve alacağa konu yabancı mahkeme veya hakem kararı henüz tenfiz edilmemiş ise İİK m.257/f.1'e göre ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir⁵⁷. Aynı şekilde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi de yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi davası sırasında ileri sürülen ihtiyati haciz istemini reddetmiştir⁵⁸. Doktrinde de bu yönde *Bozanoğlu/Günay*, kesinleşmemiş veya tenfiz edilmemiş yabancı mahkeme kararına konu alacaklar hakkında ihtiyati haciz yolunun kapatılmasını savunmaktadır⁵⁹. Bunun gerekçesi olarak ise ihtiyati haczin, ‘devletin cebir yetkisinin sonuna kadar kullanılabilirdiği en sert sonuçları doğuran borçluyu geri dönülmez bir yola sokan en esaslı cebri icra işlemi’ olması öne sürülmüştür⁶⁰.

56 İstanbul 14. BAM., 2410/158, 12.02.2020 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023; Aynı yönde İstanbul 14. BAM., 130/1042, 11.10.2018; İstanbul 14. BAM., 264/253, 11.05.2017 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

57 Yargıtay 15. HD., 7100/365, 26.01.2015 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

58 İstanbul 13. BAM., 1234/1134, 21.11.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

59 Bozanoğlu ve Günay (n 47) 239.

60 Bozanoğlu ve Günay (n 47) 239.

Doktrinde *Uyar* ise tenfiz kararı kesinleşmeden ihtiyati haciz kararı verilebileceğine ilişkin Yargıtay kararlarını ‘düşündürücü’ olarak nitelendirmiştir; çünkü bir an için bu durumda ihtiyati haciz kararı verilebileceği kabul edilse de İİK m. 264 uyarınca ‘ihtiyati haczi tamamlayan merasim’ sırasında alacaklının sorunlarla karşılaşacağını belirtmiştir⁶¹. *Uyar*, yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin ilam kesinleşmeden bu karara konu alacağa istinaden ihtiyati haciz kararı verilebileceğinin kabulü halinde, kesinleşmeden takip konusu yapılamayan diğer ilamlar için de ihtiyati haciz talep edilmesi ve takibe geçilmesinin gündeme geleceğini ve bunun uygulamada problemler yaratacağını savunmuştur⁶².

Anılan tartışmaların doktrin ve mahkeme uygulamasında kesin bir çözüme kavuşmuş olmamasının da bir sonucu olarak uygulamada bir alternatif olması açısından, avukatların tenfiz davası kesinleşmeden yaptıkları ihtiyati haciz başvuruları sırasında taleplerini terditli biçimde ileri sürmek durumunda kaldıkları, bu bakımdan taleplerinin öncelikle İİK m. 257/f.1 uyarınca zaten kabulü gerektiğini, bir an için aksi varsayılacak olsa dahi İİK m. 257/f.2 koşullarının da mevcut olduğunu somutlaştırmaya çalıştıkları görülmektedir.

B. Talep Edilen Teminat

Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi istemi ile açılan bir davada ihtiyati haciz talebinin ileri sürülmesi halinde mahkemeler ihtiyati haciz kararı vermeden evvel, çoğunlukla, yabancı mahkeme kararının usulüne uygun biçimde apostil tasdiki yapılmış orijinal kopyasını talep etmektedirler⁶³. Yukarıda değinildiği üzere, yabancı davacı tarafından MÖHUK m. 48 uyarınca öngörülen teminat yatırılmış olsa bile ihtiyati haciz kararı verilmesi için davacıdan ayrıca bir teminat talep edilmesi söz konusu olabilir. Söz konusu teminat, MÖHUK m. 48’den farklı olup tedbir teminatı olarak nitelendirilmekte ve uygulamada miktarı belirlenirken çoğunlukla alacağın %10 ila 15’i oranında bir miktar hesaplanmaktadır. Diğer bir olasılıkta ise, mahkeme kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararının bulunduğunu dikkate alarak teminat talep etmeyebilir. Bu mesele, mahkemenin takdirinde olan bir konudur. Ancak doktrinde, MÖHUK m. 48 ile yargılama masrafları ve karşı tarafın oluşabilecek zarar ve ziyanlarının karşılanması amacının sağlandığını savunularak aynı amacı hedefleyen ve kanunen teminat gösterme yükümlülüğü söz konusu olan diğer talepler için yabancılardan yeniden teminat istenmesinin MÖHUK m. 48 kapsamında yatırılması öngörülen teminatın amacıyla örtüşmediği belirtilmektedir⁶⁴. Kanaatimizce de yabancı

61 *Uyar (Kesinleşmemiş Tenfiz İlamı*, n 47) 302.

62 *Uyar (Kesinleşmemiş Tenfiz İlamı*, n 47) 302.

63 Yabancı bir ilam resmi belge olmasından dolayı Türkiye’ye getirilmeden önce Türk Konsoloslğu tarafından onaylanması ya da ‘Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki Sözleşme’ uyarınca apostil şerhi alınması gerekmektedir (HMK m. 224).

64 Çelikel ve Erdem (n 1) 622; Zeynep Çalışkan ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2012) 67.

kişi MÖHUK m. 48 kapsamında teminat yatırmış ise, diğer hükümlere göre teminat yatırılması koşulunun karşılandığını kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Öte yandan eklemek gerekir ki, ihtiyati haciz talebinde bulunan yabancılar bakımından bu kişilerin sıklıkla MÖHUK m. 48/f.2’de öngörülen karşılıklılık şartı kapsamındaki muafiyetlerden faydalanan kişiler olması söz konusudur. Zira Türkiye, bu alanda pek çok ülkeyle teminattan muafiyeti öngören iki taraflı antlaşmalar akdetmiştir. Söz konusu ikili⁶⁵ ve çok taraflı antlaşmalar, davacının yabancı olmasına bağlı olarak karşı tarafın muhtemel zarar ziyanına karşılık teşkil etmek üzere yatırması gereken teminatı önemli ölçüde ortadan kaldırmıştır. Türkiye ayrıca teminattan muafiyeti öngören pek çok ülkenin taraf olduğu Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi’ne⁶⁶ de taraftır. Ayrıca, Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İkamet Sözleşmesi⁶⁷ m. 9 uyarınca da âkit devlet vatandaşları bakımından yabancı olmaları veya ülkede ikametgâh sahibi olmamaları sebebiyle diğer âkit devletlerde herhangi bir teminat veya depozito istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Birçok ülke ile karşılıklılık sağlanması nedeniyle MÖHUK m. 48’e dayanarak teminat talep edilmediğinden tenfiz davası sırasında ihtiyati haciz talep edildiğinde ikinci kez bir teminat yatırılması sorunuyla çoğunlukla karşılaşılmayacaktır.

C. İhtiyati Haciz Kararının İcrası

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, alacaklı, ihtiyati haciz kararının verilmesi üzerine İİK m. 261 uyarınca kararın verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra mahkemesinden kararın infazını istemek zorundadır, aksi takdirde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır⁶⁸. Başka bir deyişle, hâkimin icra dairesine yönelik verdiği ihtiyati haciz emrinin icra dairesine bildirilmesi zorunludur, ancak bu takdirde icra dairesi bu kararı uygulayacaktır. Keza yine yukarıda ifade edildiği üzere ihtiyati haciz, geçici bir koruma sağlamaktadır⁶⁹. İhtiyaten haczedilen mallara yalnızca hukuken el konulacak, ancak bu malların satışı istenemeyecektir. Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da sabit olduğu üzere MÖHUK m. 57/f.2 hükmü, tenfiz davası sırasında alınan ihtiyati haciz kararlarının İİK

65 Örneğin, Türkiye ile ABD arasında imzalanan 28.10.1931 tarihli İkamet Sözleşmesi’nin 1. maddesinde ‘en çok gözetilen ulus’ kaydı yer almaktadır. Türkiye ile ABD’nin birbirine tanıdığı ‘en çok gözetilen ulus muamelesi’nin bir sonucu olarak Türkiye, bir (X) devlete teminattan muafiyet hakkı tanıdığında, ABD ‘en çok gözetilen ulus muamelesi’ne dayanarak Türkiye’den kendi vatandaşlarına (şirketlerine) de aynı muameleyi göstermesini talep edebilecektir.

66 RG 23.3.1972/14137. Türkiye, Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi’ne taraf olmasının sonucu olarak, taraf devletlere akdi karşılıklılığa dayanarak yabancılık teminatından muafiyet tanımaktadır. Yargıtay 12. HD, 2014/12188, 2015/15555, 29.05.2014 tarihli kararında, La Haye Sözleşmesi’nin 17. maddesinde tanıdığı karşılıklılık esasına dayanan muafiyet ilkesini örnek göstermiştir (www.kazanci.com.tr). Ancak Yargıtay 1954 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin söz konusu 17. maddesinde öngörülen yargı muafiyetini yalnızca gerçek kişiler bakımından uygulamakta; tüzel kişilerin bu madde kapsamında olmadığından bahisle başkaca bir muafiyet sebebi bulunmadıkça tüzel kişilerin teminat yükümlülüklerinin devam edeceği yönünde hüküm kurmaktadır. Bu kararlar için bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2015/26555, K. 2016/3489, T. 11.02.2016; Yargıtay 12. HD., E. 2013/17436, K. 2013/24686, T. 02.07.2013 (www.kanunum.com).

67 RG 20.04.1989/20145.

68 Bkz II/B.

69 Bkz II/B.

m. 261 uyarınca infazına engel teşkil etmemektedir. Nitekim, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2020 tarihli kararında ‘*ihtiyati haczin icrası sırasında MÖHUK m. 57/2’nin uygulama yerinin bulunmadığı*’ kanaatine varmıştır⁷⁰. Ancak burada üstünde durulması gereken ve esas tartışma yaratan nokta ihtiyati haczin ortadan kalkmasını engellemek için İİK m. 264’te ‘haczi tamamlayan merasim’ başlığı altında düzenlenen, ihtiyati haciz kararı verilmiş olan davanın sonucunda mahkemenin verdiği esas hakkındaki kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ilamlı takipte bulunma zorunluluğudur. Bu madde, asıl davada esas hakkında bir hüküm verilmesinden söz etmektedir. Buna göre, örneğin ilk derece mahkemesinde görülen bir tenfiz davası sırasında ihtiyati haciz kararı verilmiş ise mahkemenin yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi yönünde hüküm tesis etmesi üzerine, bu hükmün tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde alacaklı, takip talebinde bulunmaya mecburdur. Nitekim, Yargıtay da bu görüşe paralel bir karar vermiştir⁷¹. Kısaca, tenfiz davası sırasında ihtiyati haciz talebi kabul edilen alacaklı, tenfiz kararının kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde verilen karara istinaden takip başlatmazsa ihtiyati haciz kararı ortadan kalkacaktır. Bunun nedeni, alacaklının artık ihtiyati haciz kararının devam etmesi bakımından korunacak bir menfaati kalmamış olması, hak kaybı ihtimalinin sona ermiş olmasıdır. Esas hakkında karar verilmesi ile alacaklı artık ilamlı takibe başvurma olanağına kavuşmaktadır.

MÖHUK m. 57/f.2’de ise tenfiz davasında verilen ilamların kesinleşmeden icra edilmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda ilk derece mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurulduğunda tenfiz davasında verilen ilam icra edilemeyecektir. Hukukumuzda ise HMK m. 350 ve HMK m. 367 uyarınca kural olarak istinaf veya temyiz kanun yollarına başvuru kararın icrasını durdurmaz. Ancak kanun yoluna başvuran, icranın durdurulmasını üst mahkemeden talep edebilir ve üst mahkeme, teminat yatırılması şartına bağlı olarak, icranın durdurulmasına karar verebilir (İİK m. 36). Bu yönde bir talep olmaması durumunda, lehine ihtiyati haciz kararı verilmiş alacaklı, esas hakkında hüküm verildiğinde ilamlı takip yoluyla borçluyu takip edebilecektir. Oysa tenfiz davalarında MÖHUK m. 57/f.2 uyarınca kesinleşmemiş kararların icrası mümkün olmadığından, İİK m. 264/f.3’te ifade edildiği şekilde, hükmün alacaklıya tebliğinden itibaren bir ay içinde takip talebinde bulunma zorunluluğunun yerine getirilmesi, kanun yoluna başvuru durumlarda söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle hem ilk derece mahkemesinin verdiği esas hakkındaki karar icra edilemeyecek hem de ihtiyati haciz kararı ortadan kalkacaktır. Diğer bir ifade ile tenfiz davalarında henüz kesinleşmemiş olan kararın alacaklıya tebliği ve buna bağlı olarak bir ay içerisinde takip talebinde bulunma imkânı söz konusu olmayacağından

70 İstanbul 21. BAM., 942/2604, 19.11.2020. Aynı yönde kararlar için bkz. İstanbul 12. BAM., 1247/1225, 1.9.2021; İstanbul 14. BAM., 2410/158, 12.2.2020, İstanbul 13. BAM., 353/328, 5.3.2020 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023.

71 ‘Somut olayda, ihtiyati haciz kararı (...) alacak davası sırasında verilmiş olup, bu durumda İİK’nun 264/3. maddesi uyarınca alacaklının alacak davasında ki hükmün kendisine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde takip talebinde bulunmaya mecbur olması ve henüz mahkemece bir hüküm verilmiş bulunması karşısında icra müdürlüğünün (...) kararı yerinde olmayıp...’ (Yargıtay 12. HD., 25052/35940, 14.11.2013 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023).

tenfiz davası sırasında alınan ihtiyati haciz kararı, esas hakkındaki hükmün alacaklıya tebliği tarihinden bir ay sonra ortadan kalkacaktır⁷². Burada belirtmek gerekir ki Yargıtay'a göre icra müdürü, takibe konu ilamın kesinleşip kesinleşmediğini kendiliğinden gözetemez ve uygulamada buna uygun hareket ederek borçluya icra emri gönderen icra müdürünün işlemleri borçlunun şikayet yoluyla takibin iptali talebine konu olabilir⁷³. Zira İcra iflas dairelerinin işlemlerine karşı İİK m.16 uyarınca şikâyet yoluna başvurulabilmektedir. Fakat bu içtihat, pek uygulama alanı bulmadığından icra müdürü böyle bir durumda büyük ihtimalle icra emri göndermekten kaçınacaktır.

Öte yandan, yargılama sırasında ihtiyati haciz kararı alınmış ise, karşı tarafın henüz istinaf başvurusu yapmadığı sırada esas takibe başvurarak 2 haftalık istinaf süresi sona ermeden hem ihtiyati haczi tamamlayıcı merasimin yerine getirilmesi hem de esas takibin başlatılması (ve ardından durması) mümkündür.

D. Değerlendirmeler

Yukarıda belirtilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, tenfiz davalarında ihtiyati haciz kurumunun işlevsiz hale düşme tehlikesi ile karşı karşıya olduğu görülmektedir. Tenfiz davası sırasında ihtiyati haciz kararı alan alacaklı, İİK m. 261/f.1 uyarınca bu kararın alınmasından itibaren on gün içinde kararın icrasını talep etse bile hüküm kesinleşmeden esas hakkındaki kararın icrası mümkün olmayacaktır. Esas hakkında hüküm verildikten sonra kanun yoluna başvurulması halinde ilamlı takip istenemeyeceği için İİK m. 264/f.3 uyarınca belirlenen bir aylık süre sona erdiğinde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki tarafların tenfiz davası sırasında kendi aralarında anlaşması nedeniyle bu meseleyle ilgili pek fazla sorunla karşılaşılmamaktadır. Ancak bu durum ortada çözülmesi gereken bir sorun olmadığı anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, İİK'nın ihtiyati hacze ilişkin hükümleri düzenlenirken yabancı kararların oluşturabileceği etkinin göz önünde bulundurulmadığı aşikardır. Ancak buna rağmen MÖHUK'un da bu konulara ilişkin özel hükümler içermemesi nedeni ile İİK'nın ilgili hükümleri milletlerarası uyumsuzluklarda da uygulama alanı bulmaktadır. Kanaatimizce, alacaklıların haklarının etkin olarak korunabilmesi için bu iki kanun arasındaki uyumsuzluğun MÖHUK'a getirilecek bir değişiklik ile veya İİK'nın milletlerarası özel hukukla daha uyumlu hale gelmesini sağlayacak bir düzenleme ile giderilmesi gerekir. Bu bağlamda, MÖHUK m. 57/f.2 hükmünün yeniden ele alınması suretiyle yabancı mahkeme ilamının tenfizine ilişkin kararların kesinleşmesine gerek olmaksızın ihtiyati haczin talep edilebileceğine dair bir düzenlemenin öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda MÖHUK m. 57/f.2 hükmünün reformuna ilişkin önerimiz şu şekildedir:

72 Aynı yönde görüş için bkz. Uyar (*Kesinleşmemiş Tenfiz İlamı*, n 47) 295 ff.

73 Uyar (*Kesinleşmemiş Tenfiz İlamı*, n 47) 301.

(2) Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların istinafi ve temyizi yerine getirmeyi durdurur. Ancak, kesinleşmemiş tenfiz istemine konu olacak hakkında ihtiyati haciz talep edilebilir. İhtiyati haciz taleplerinin icrası bakımından öngörülen süreler tenfiz kararının kesinleşmesine dek işlemez.

Öte yandan, tenfiz isteminin kabulüne dair kararın istinaf incelemesinde kaldırılması veya temyiz incelemesi sonunda bozulması ihtimalinde de ortaya ihtiyati hacizle ilgili bazı sorunlar çıkabilecektir. Zira, tenfiz kararı kesinleşmeden ihtiyati haczi ve tamamlayıcı merasimi mümkün kılan yaklaşımda dahi tenfiz kararının istinaf veya temyiz incelemesinde ortadan kaldırılması halinde İİK m. 257'deki şartların yeniden değerlendirilmesi gereği gündeme gelebilir. Bu bağlamda, söz konusu ihtimalde İİK m. 257/f.1 anlamında vadesi gelmiş bir alacak söz konusu olmayacaktır ve bu durum ihtiyati haciz kararı yönünden sorun teşkil edecektir.

Anılan sorunların çözümünde mehzaz İsviçre İcra İflas Kanunu'ndaki⁷⁴ (“Mehaz Kanun”) yaklaşıma değinilmesi önem arz eder. Mehaz Kanun ihtiyati haciz sebeplerini “İhtiyati Haciz” başlıklı 271. maddesinde saymaktadır.⁷⁵ İhtiyati haczi tamamlayan merasime ilişkin olarak ise Mehaz Kanun'un 279. maddesi (SchKG. Art. 279) bir düzenleme içermektedir⁷⁶. Öncelikle, Mehaz Kanun'da da ihtiyati haczin kaldırılması davası ile tamamlayıcı merasime ilişkin esas davayı açmadaki süreler bakımından on günlük süreler öngörülmektedir. Çalışmamız bakımından önem arz eden ve İİK'dan farklı bir düzenleme içeren husus Mehaz Kanun'un 279. maddesinin son fıkrasının ikinci bendinde yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca ihtiyati haciz kararlarını tamamlayıcı merasimde öngörülen süreler hakkında tenfiz istemi ile ileri sürülen yabancı mahkeme kararlarına konu olacaklar bakımından bir istisna öngörülmektedir. Buna göre, Lugano Konvansiyonu⁷⁷ kapsamında ileri sürülen tenfiz taleplerine ve yabancı mahkeme kararına icra kuvveti kazandırmak üzere yapılacak diğer işlemlere konu olacaklar hakkında talep edilen ihtiyati haciz kararlarını tamamlayıcı merasimde öngörülen süreler, tenfiz prosedürü süresince işlemez (SchKG. Art. 279/f.5). Böylece, anılan hüküm ile İsviçre Hukuku'nda Türk Hukuku'nda karşılaşılmaması muhtemel olan sorunların önüne geçilmiştir. Benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda yapılacak bir reform ile İcra İflas Kanunumuzda da öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

74 *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (SchKG). Kanunun Almanca metni ile Fransızca, İtalyanca ve Romanşça resmi tercümelere için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/de/#fbck-d8e12858> Erişim Tarihi: 17.02.2024.

75 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 26) 403.

76 E. Önen, ‘İhtiyati Haczin Kaldırılması Davası’ (İİK. m. 265) (1980) 37 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 270.

77 İsviçre'nin taraf olduğu Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyon (Lugano Konvansiyonu) (OJ. L 339/3, 21.12.2007) Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22007A1221%2803%29>.

IV. Sonuç

Türk hâkimlerinin karşı karşıya olduğu dosya yoğunluğu ve kanun yollarına ilişkin düzenlemeler gözetildiğinde, tenfiz davalarının uzun sürdüğü bilinmektedir. Bu süre zarfında, tenfizi talep eden tarafın alacağına teminat altına alınabilmesi amacıyla borçlunun malları üzerinde bazı geçici tedbirlerin alınması söz konusu olabilmektedir. Davalının, mahkeme yargılaması sonucunu pratikte anlamsız kılacak şekilde, mal ve alacaklarını kaçırmaya riskini ortadan kaldırmak için davalıya ait malvarlığı unsurları üzerinde alınacak bir ihtiyati haciz kararı büyük bir önem teşkil eder.

Kanaatimizce, bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi davası sırasında tenfize konu olacak hakkında İİK m. 257/f.1 çerçevesinde bir ihtiyati haciz kararı alınması mümkündür. Tenfizi talep edilmiş yabancı mahkeme kararı ile varlığı sabit olan bir alacak, İİK’da ihtiyati hacze karar verilmesi için aranan koşullar bakımından vadesi gelmiş bir alacak gibi ele alınmalıdır. Zira, yukarıda da açıklandığı üzere İİK m. 258/f.1 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için mahkemenin “alacağın varlığı hakkında kanaat edinmiş olması” yeterlidir ve yaklaşık ispat kıstası uygulanır. Bu bakımdan, ilgili yabancı mahkeme kararının içeriğinden alacağın varlığı ve miktarı tespit edilebildiği; karar içeriğinin alacağın varlığı konusunda yaklaşık ispat koşulunu sağladığı takdirde, İİK m. 257/f.1 çerçevesinde bir ihtiyati haciz kararı verilmesinin gerek hukuka gerek menfaatler dengesine uygun olacağı görüşüne katılmaktayız.

İhtiyati hacze itiraz halinde İstinaf Mahkemesi’nin vereceği karar kesin olduğu için Yargıtay kararlarında ihtiyati haczin icrasına ilişkin bir değerlendirme mevcut değildir. Öte yandan, Bölge Adliye Mahkemeleri’nin verdiği kararlar uyarınca tenfiz davalarında ihtiyati haciz kararı alınması ve ihtiyati haczin icrası mümkündür. Durum bu olmakla birlikte yukarıda değinildiği üzere ihtiyati haciz kurumu, MÖHUK m. 57/f.2 ve İİK m. 264/f.3 karşısında işlevsiz kalmaktadır. Zira, ihtiyati haciz tenfiz davasının sonuçlanmasına kadar devam etse de tenfiz davası sırasında verilecek hükmün mahkemece alacaklıya tebliğinden itibaren bir ay içinde alacaklı ilamlı takip talebinde bulunmaya mecburdur (İİK m. 264/f.3). Aksi halde ihtiyati haciz hükümsüz kalır. Anılan hükümler çerçevesinde, tenfizi talep edilmiş yabancı mahkeme kararı ile varlığı sabit olan bir alacak, İİK’da ihtiyati hacze karar verilmesi için aranan koşullar bakımından vadesi gelmiş bir alacak gibi ele alınsa dahi ihtiyati haczi tamamlayan merasimin uygulanması sorunlu hale gelmektedir. MÖHUK m. 57/f.2 ve İİK m. 264/f.3 düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde tenfiz davası sırasında verilen ihtiyati haciz kararı, esas hakkındaki henüz kesinleşmemiş kararın alacaklıya tebliğinden itibaren bir ay sonra ortadan kalktığından hakkın korumasız kalma riski ortaya çıkmaktadır. Yabancılık unsuru içeren davalar ve bu bağlamda tenfiz davaları nazara alınmadan, iç hukuka yönelik bir düzenleme barındıran İİK’nın ihtiyati hacze ilişkin hükümleri, tenfiz davası kesinleşene dek davacının aleyhine olacak şekilde taraflar arasındaki

menfaatler dengesini bozmaktadır. Bu durum uygulamada alacaklının haklarını zedelemekte ve ihtiyati haciz kurumunu işlevsiz hale getirmektedir.

İhtiyati haciz kurumunun temel amacı, mahkeme kararı ile elde edilecek olan hakkın elde edilmesinin yargılama sırasında veya öncesinde önemli ölçüde zorlaşmasını ya da tamamen imkânsız hâle gelmesini önlemektir. Bu amaç ve uygulamadaki sorunlar gözetilerek, kanaatimize, alacaklının mahkeme kararı ile elde edeceği hakkın tehlikeye girmemesi için MÖHUK’a ihtiyati haczin tenfiz kararlarının kesinleşmesine gerek olmaksızın icra edilebileceğine dair bir düzenleme getirilmeli ve ihtiyati haciz kararlarının MÖHUK m. 57/f.2 ve İİK m. 264/f.3 engeline takılmaksızın icra edilebilmesinin önü açılmalıdır. Öte yandan, tenfiz isteminin kabulüne dair kararın istinaf incelemesinde kaldırılması veya temyiz incelemesi sonunda bozulması ihtimalinde de ortaya çıkabilecek ihtiyati hacizle ilgili sorunlar gözetilerek Mevaz Kanun m. 279 ışığında tenfiz kararı kesinleşinceye dek ihtiyati hacizde tamamlayıcı merasim için öngörülen sürelerin işlemeyeceğine dair bir düzenleme yapılması gereği de dikkate alınmalıdır.

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

- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2023).
- Bozanoğlu S ve Günay ME, ‘Tenfiz Edilmemiş yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku Işığında “İnfaz” Kabiliyeti Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar’ (2017) 91(1) İstanbul Barosu Dergisi 226-240.
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. Bası, Beta 2020).
- Huysal B, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler’ (2012) 3(1) MHB 71-101.
- Kırlı-Aydemir DD, *Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler (Brüksel I Tüzüğü, UNIDROIT İlkeleri ve Türk Yargılama Hukuku Çerçevesinde)* (1. Bası, 12 Levha 2013).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 3* (1. Bası, Evrim Dağıtım 1993).
- Kuru B, *İcra İflas Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013).
- Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (27. Bası, Yetkin 2012).
- Köle M, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizinde Usul’ (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39.

- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II* (5. Bası, Adalet 2013).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22. Bası, Beta 2017).
- Önen E, 'İhtiyatî Haczin Kaldırılması Dâvası (İİK. m. 265)' (1980) 37 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-279.
- Özekes M, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz* (1. Bası, Seçkin 1999).
- Özekes M, 'Geçici Hukuki Koruma' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds), *Medeni Usul Hukuku C.III* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1. Bası, On İki Levha 2022).
- Özkan H, *İhtiyati Tedbir Delil Tespiti İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz* (1. Bası, Legal 2010).
- Özkan I ve Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usûl Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler* (19. Bası, On İki Levha 2022).
- Postacıoğlu İE ve Altay S, *İcra Hukuku Esasları* (5. Bası, Adalet 2010).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019).
- Tan-Dehmen M.; 'Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları' (2020) 40(2) MHB (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1433-1476.
- Tarman ZD, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 27(2) MHB 798-820.
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (1. Bası, On İki Levha 2017).
- Tüysüz C, 'Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler' (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 701-732.
- Uyar C, 'Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanılarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir mi?' (2012) 86(3) İstanbul Barosu Dergisi 295-305.
- Uyar T, *İcra Hukukunda Haciz* (3. Bası, Bilge 2016).
- Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Bası, Beta 2021).
- Yılmaz E, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi* (6. Bası, Yetkin 2016).

A Case Study on the Protection of Cultural Property Under the Law of Armed Conflict: Russia-Ukraine War

Silahlı Çatışmalar Hukukunda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Vaka İncelemesi: Rusya Ukrayna Savaşı

Firdes Şeyda Kahraman* 

Abstract

This study provides a comprehensive examination of impacts and repercussions of Russian-Ukrainian war on the protection of cultural property under international humanitarian law. In this regard, the study first analyzes the significance of cultural property prior to outlining how states identify these properties. Thereafter, it evaluates the role and enforceability of the 1949 Geneva Convention IV on the Protection of Civilian Persons in Times of War, which governs the protection of cultural property in international humanitarian law. Since the 1949 Geneva Convention IV classifies cultural properties as civilian objects, they are therefore entitled to the protective regime offered by the Convention—not as cultural properties, but as civilian objects. Following that, the applicability of the 1977 Additional Protocol I's regime for protecting cultural property to the Russian-Ukrainian war in the context of an international armed conflict is also discussed herein. The underlying reason is that the 1954 Hague Convention is the first in international law to provide exclusive protection for cultural property. The principle of military necessity is included as an exception in the 1954 Hague Convention and constitutes the weakness of the Convention. By addressing this exception, it was concluded that Russia damaged and destroyed the cultural property of Ukraine in violation of the requirements of the principle of military necessity. Last but not least, the 1999 Second Protocol to the 1954 Hague Convention has undergone an examination herein with a focus on settling issues with the Convention's military necessity exception.

Keywords

Cultural property, International humanitarian law, Protection, Safeguarding, Russian-Ukraine War, International armed conflict

Öz

Bu çalışmada uluslararası insancıl hukukta Rusya-Ukrayna savaşı sırasında kültürel varlıkların korunması incelenmiştir. Çalışmada bu bakımdan öncelikle kültürel varlıkların önemi ortaya koyulmakta olup, ardından devletler tarafından kültürel varlıkların nasıl saptandığına değinilmektedir. Daha sonra uluslararası insancıl hukukta kültürel varlıkların korunmasına ilişkin öncelikle 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nden Sivillerin Korunması konusunun düzenlendiği IV. Cenevre Sözleşmesi ele alınmıştır. Kültürel varlıkların 1949 IV. Cenevre Sözleşmesi kapsamında sivil varlıklar olarak kabul edilmeleri nedeniyle Sözleşme'nin tanıdığı koruma rejiminde kültürel varlıklar olarak değil sivil varlıklar olarak yararlandıkları belirtilmektedir. Ardından Rusya-Ukrayna savaşının uluslararası bir silahlı çatışma olması nedeniyle 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'de kültürel varlıklar bakımından öngörülen koruma rejimine değinilmiştir. Askeri gereklilik ilkesine 1954 Lahey Sözleşmesi'nde bir istisna olarak yer verilmiş olup Sözleşme'nin zayıf yönünü oluşturmaktadır. Söz konusu istisna ele alınarak Rusya'nın askeri gereklilik ilkesinin gerekliliklerine aykırı şekilde Ukrayna'nın kültürel varlıklarına zarar verdiği ve yok ettiği sonucuna varılmıştır. Son olarak, 1954 Lahey Sözleşmesi'nin 1999 tarihli İkinci Protokolü, Sözleşme'nin askeri gereklilik istisnası ile ilgili sorunların çözümüne odaklanan bir incelemeye tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Kültürel varlık, Uluslararası insancıl hukuk, Koruma, Muhafaza etme, Rusya-Ukrayna Savaşı, Uluslararası silahlı çatışma

* **Corresponding author:** Firdes Şeyda Kahraman (Asst. Prof. Dr.), Çankırı Karatekin University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Relations, Department of International Law, Çankırı, Türkiye. E-mail: seyda_turkay@hotmail.com ORCID: 0000-0002-6169-9420

To cite this article: Kahraman FS, "A Case Study On The Protection Of Cultural Property Under The Law Of Armed Conflict: Russia-Ukraine War" (2024) 44(1) PPIL 121. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1325962>

Introduction

On February 24, 2022, the Russian Federation launched an armed attack against Ukraine in violation of the prohibition on the use of force in Article 2, paragraph 4 of the United Nations Charter¹. Breach of Article 2/4 by any means and on any grounds, constitutes an act of aggression.² The attack launched by the Russian Federation was not only a response but also a consequence of the escalation of tensions with Ukraine, which began in 2014 with the annexation of Crimea and was further aggravated owing to ensuring political issues and unrest in the Donbas. Even if this armed conflict between Russia and Ukraine had begun before 2022, it was not anticipated to escalate into a land war comparable in scale to the Second World War. The Russian Federation attempted to justify its invasion of Ukraine on moral and cultural grounds.³ Despite the fact that Ukraine has been independent since 1991, the Russian Federation contends that it is an integral component of Russian history, culture, and spirituality⁴, and further maintains that Russians and Ukrainians constitute a single and unified Russian people without any separate identity, and that unity must be restored. Due to the justifications stated by the Russian Federation, Ukraine's numerous cultural properties have become unwelcome objects, thus leading to the risk of perceiving cultural properties as an object of aggression.

During any armed conflict, destroying the enemy's military and critical infrastructure, as well as its memory and identity is the primary goal. Thus, religious buildings, monuments, museums, archaeological sites, and libraries that qualify and are considered part of a country's cultural property are targeted for destruction. After more than a year since the war waged between the Russian Federation and Ukraine, some of Ukraine's cultural properties have been partially or completely destroyed in the military attacks of the Russian Federation. Many civil and cultural properties, including monuments, buildings, theatres, houses of worship, libraries, and schools, have been destroyed.⁵ Ongoing indiscriminate attacks by the Russian Federation have damaged Ukraine's cultural heritage beyond repair.

As a matter of fact, cultural properties as well as civilians exposed to an armed conflict benefit from international protection. International law strictly prohibits both the destruction of cultural property and the killing of civilians. In this study, the Russian Federation's assaults, looting, and annihilating actions, among others

1 United Nations Charter (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>> accessed September 12, 2023.

2 Ali Osman Karaoğlu, 'Libya'ya Askeri Müdahale ve Uluslararası Hukukta Yeniden İnşa Sorumluluğu' (2019) 6(1) İMÜHFĐ 199, 203-204.

3 Magdalena Psikowska-Schnass, 'Russia's War on Ukraine's Cultural Heritage' (EPRC, 22 April 2022) accessed 1 June 2023.

4 Tom Seymour and Sophia Kishkovsky 'Is Ukraine's Cultural Heritage Under Coordinated Attack?' (The Art Newspaper, 10 June 2022) accessed 15 May 2023.

5 'Targeted Destruction of Ukraine's Culture Must Stop: UN Experts' (UNHROHC, 22 February 2023) accessed 7 March 2023.

targeting Ukraine's cultural properties directly or indirectly are examined considering international law. The objective of this study is to determine whether the Russian Federation acts against Ukrainian cultural property that violates international law. The principles of international humanitarian law are examined in order to fulfil this purpose. This study examines the provisions for protecting cultural property, the situations leading up to the violation, and the particular Russian Federation actions that were prohibited. Following the primary brief discussion on the definition and significance of cultural property, comprehensive evaluation of the protection of cultural properties in Ukraine is conducted in accordance with the 1949 Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949 Geneva Convention IV)⁶, the 1977 Protocol Additional to the 1949 Geneva Conventions on the Protection of Victims of International Armed Conflicts (1977 Additional Protocol I)⁷, the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954 Hague Convention)⁸ and the Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1999 Second Protocol).⁹

I. Framework for Conceptualising Cultural Property

A. Importance of Cultural Property

Culture plays a crucial role in determining the national identity and social memory of a society. Any attempt to destroy of culture undermines the basis of national identity and the sense of belonging to a specific nation.¹⁰ It is indeed impossible to separate a people's cultural heritage from the people themselves and their rights. The human rights perspective requires that the rights of people with regard to their cultural heritage be taken into consideration. The right of everyone to participate in cultural life intrinsically serves as the legal foundation for the right to enjoy cultural heritage, which is enshrined as a component of international human rights law. The Human Rights Council declared in its September 2016 Resolution¹¹ 33/20 on Cultural Rights and

6 1949 Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-973-English.pdf>> accessed March 19, 2024.

7 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (adopted 08 June 1977, entered into force 07 December 1978) 1125 UNTS 609 <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/475-AP-II-EN.pdf> accessed March 19, 2024.

8 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (adopted 14 May 1954, entered into force 7 August 1956) 249 UNTS 216 <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-protection-cultural-property-event-armed-conflict-regulations-execution-convention> accessed 19 March 2024.

9 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (adopted 26 March 1999, entered into force 9 March 2004) 2253 UNTS 172 <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/second-protocol-hague-convention-1954-protection-cultural-property-event-armed-conflict> accessed 19 March 2024.

10 Alla Kravchenko, Iryna Kyzymenko, Nataliia Husieva and Olena Krasilnikova, 'Crime Against Memory or Cultural Genocide? On The Destruction of The Cultural Heritage of Ukraine During Russian Aggression in The XXI Century' (2022) 10(2) EJTS 206, 209.

11 Cultural Rights and The Protection of Cultural Heritage Human Rights Council, A/HRC/RES/33/20, (2016).

the Protection of Cultural Heritage that the destruction or damage to cultural heritage can have a detrimental and irreversible impact on the enjoyment of cultural rights.¹²

Cultural property includes not only stones, buildings, pottery, and objects, but, also identity and dignity.¹³ Societies cherish and preserve their culture by building monuments, establishing museums, and maintaining historical structures.¹⁴ Cultural property is a source of community prosperity, and its destruction endangers peace.¹⁵ According to the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO), access to historical sites and monuments is a critical component of a sense of belonging.¹⁶

Culture is frequently a deliberate target in armed conflicts, and belligerents are aware that eliminating cultural traces and remnants of the past amounts to erasing people's memories and causes long-term harm to people's identities.¹⁷ Urban areas are at the frontline of contemporary conflicts, thereby resulting in direct or indirect inevitable damage to cultural property. Furthermore, deliberate targeting of cultural property permanently undermines the foundations of society and intensifies social fragmentation.¹⁸ The Director-General of UNESCO stated that Ukraine's cultural heritage should be preserved "*as a testimony of the past but also as a catalyst for peace and cohesion for the future, which the international community has a duty to protect and preserve*".¹⁹ The cultural heritage of Ukraine is an integral part of world culture.

Since 1999, the nature and impact of armed conflict on cultural property have altered, with an increase in non-international armed conflicts. After the Second World War, it was believed that belligerents in armed conflicts would no longer intentionally destroy cultural heritage. Therefore, the destruction of cultural property during the conflicts in Yugoslavia exerted a significant impact on the international community.²⁰ Another incident that had an impact on the world community was the Russian Federation's invasion of Ukraine in 2022, which put into doubt the validity of the

12 Benboune K, 'The Human Rights Based Approach to The Protection of Cultural Heritage' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 23.

13 Michael Møller, *Opening Speech in International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property: Protecting Cultural Property Conference Proceedings* (UNESCO 2020) 20.

14 Ayesha Jawad and Maira Bokhari, 'Measuring the Protection of Cultural Property Under International Humanitarian Laws: Analysis of Russia-Ukraine Conflict' (2022) 4(3) *JLSS* 469, 471.

15 Møller (n 13) 19.

16 'Cultural Heritage: 7 Successes of UNESCO's Preservation Work' (UNESCO, 2023) accessed 22 June 2023.

17 "Creating Our Future: Creativity and Cultural Heritage as Strategic Resources for a Diverse and Democratic Europe" Declaration on The Russian Federation's Aggression Against Ukraine" (Council of Europe Conference of Ministers of Culture, 31 March 2022) accessed 5 June 2023.

18 International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, *Protecting Cultural Property: Protecting Cultural Property Conference Proceedings* (UNESCO 2020) 79.

19 'UNESCO Statement' (UNESCO, 8 March 2022) accessed 12 September 2023.

20 'When Cultural Heritage Becomes Collateral Damage in War' (Swissinfo, 15 April 2022) accessed 5 June 2023.

assertions that land warfare had ceased. In an armed conflict, what remains constant is the eradication of identity and consequently of culture and cultural heritage. This results in the destruction of historical buildings, theatres, places of worship, museums, museum collections, and other structures.²¹ Do all historical structures, houses of worship, and museums count as cultural property? The right answer to this question is strongly and inextricably linked to defining cultural property and determining the properties of the definition.

B. Definition of Cultural Property

Cultural properties were damaged or destroyed during the Second World War, mainly in Europe and other regions of the world. Despite the global disagreement over what constitutes cultural property, historians and jurists agree on the significance of cultural property protection in times of war.²² The enormous destruction of cultural properties during the Second World War eventually paved the way for substantial improvements in international law on protection and preservation. The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954 Hague Convention), adopted in 1954, was the first international convention regulating the global protection of cultural property.

According to Article 1 of the 1954 Hague Convention, “cultural property” is defined as follows:

*“For the purposes of the present Convention, the term ‘cultural property’ shall cover, irrespective of origin or ownership: (a) movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above; (b) buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property defined in sub-paragraph (a) such as museums, large libraries and depositories of archives, and refuges intended to shelter, in the event of armed conflict, the movable cultural property defined in sub-paragraph (a); (c) centers containing a large amount of cultural property as defined in sub-paragraphs (a) and (b), to be known as ‘centers containing monuments’”.*²³

When this study examines the concept of cultural property, the above-mentioned definition is considered in all aspects. A State Party to the 1954 Hague Convention determines and identifies items of its own cultural property among any movable or immovable objects that are deemed “of great importance for the cultural heritage of

21 Nout van Woudenberg, 1999 – 2019: *New Security Threats for Cultural Property in International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 111.

22 Jawad et al. (n 14) 471.

23 1954 Hague Convention, Article 1.

every people.” The Convention broadens the concept of cultural property to include “*movable and immovable properties deemed of great importance to each people’s cultural heritage.*”²⁴ Accordingly, the term “cultural property” does not only refer to the places listed on the World Heritage List²⁵ but, also to a variety of both moveable and immovable properties, as prescribed in the Convention. In the event of an armed conflict, it is impractical to safeguard every religious, artistic, scientific, or charitable structure, historical landmark, or work of art. A higher level of protection can only be enforceable under a convention with a restricted and narrow scope of application. Therefore, a more selective approach to the protection of cultural property was adopted in the 1954 Hague Convention’s definition of cultural property.²⁶

Since states have the exclusive authority to determine and decide on their cultural property, national laws are naturally bound to vary on what constitutes and qualifies as cultural property. Whether a state recognizes a specific property as being of considerable significance for its cultural heritage or not can be determined by consulting the concerned state’s national cultural heritage registry or comparable local legal or administrative inventory.²⁷ In this respect, it can be legitimately asserted that the cultural property in Ukraine protected by the 1954 Hague Convention includes far more monuments and sites than the seven UNESCO World Heritage Sites.²⁸ The Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine identifies the objects of the cultural heritage of Ukraine in the “List of Monuments of Cultural Heritage of National Importance Entered in the State Register of Immovable Monuments of Ukraine” in a separate designed manner for every region.²⁹ There is no doubt that the sites included on the lists fall under the conceptual definition of cultural property as solely the state holds the authority to determine whether a site or object qualifies as cultural property or not.³⁰ Both UNESCO and the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine confirm that cultural property has been destroyed as a result of Russia’s armed conflict with Ukraine. As of June 12, 2023, there remain 259 cultural sites, including 112 religious structures, 22 museums, 93 historical buildings, 19 monuments, 12 libraries, and one archive, which should be protected under Article 1 of the 1954 Hague Convention. However, the actual quantity of damaged cultural properties is likely to exceed the total

24 Tiberiu Horea Moldovan, ‘The Russian Invasion in Ukraine and Cultural Heritage Protection’ (2022) 9(2) JAHA 231, 235.

25 Roger O’Keefe, Camille Péron, Tofiq Musayev and Gianluca Ferrari, *Protection of Cultural Property: Military Manual*, (UNESCO 2016) accessed 22 June 2023.

26 Roger O’Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (Cambridge 2006) 101.

27 O’Keefe et al. (n 25) 14.

28 Evelien Campfens and Kateryna Busol, ‘Protecting Cultural Heritage from Armed Conflicts in Ukraine and Beyond’ (EP, 2023) accessed 15 May 2023.

29 According to the List, a total of 1345 immovable cultural properties are registered in 24 regions (oblasts), 2 cities, and 1 autonomous republic, ‘Перелік пам’яток культурної спадщини національного значення, занесених до Державного реєстру нерухомих пам’яток України’ (The Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine) accessed 10 April 2023.

30 Firdes Şeyda Türkay Kahraman, *Kültürel Varlık Kavramı ve Uluslararası Hukukta Kültürel Varlıkların Korunması: Karabağ’a Dair Bir İnceleme* in Ali Samir Merdan (eds), 2020 Karabağ Savaşı İlhan Aliyev: Karabağ Azerbaycan’dır! (Nobel 2022) 478.

number of those sites.³¹ Up until June 2023, according to the Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine; 63 museums, 305 religious structures, 569 historical buildings, and a significant number of artifacts, were destroyed or damaged. It is worth noting that there are significant conventions in international law that regulate the safeguarding of cultural property during an armed conflict, such as the 1949 Geneva Conventions and its 1977 Additional Protocol I, and the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, and its 1999 Second Protocol. When the protection of cultural property among the Russian-Ukrainian war is concerned, the conventions mentioned above must be examined.

II. Protection of Cultural Property in the Law of Armed Conflict

A. 1949 Geneva Conventions

Every conflict bears its own characteristics, but cultural heritage is constantly at risk in most cases and frequently targeted in hostilities. Deliberate destruction of cultural heritage is not a new feature of warfare. Among the historic sites that have been severely devastated in conflict zones are the archaeological ruins of Palmyra in Syria and Nimrud in Iraq. Such targeting has similarly led to the destruction and pillage of cultural properties in various countries, such as the Balkans, Afghanistan, Ethiopia, Libya, Mali, Nagorno-Karabakh, Yemen, and Nigeria, during armed conflict.³² After the Second World War, the scale of institutionalization grew considerably³³ and efforts to restrain the authority of governments for the benefit of individuals gained recognition, especially in subjects, most notably human rights and humanitarian law.³⁴ The 1949 Geneva Conventions and 1977 Additional Protocols provide international regulations for the humane treatment of prisoners of war³⁵ and, the wounded and sick during armed conflict³⁶, as well as for the protection of civilians in war zones³⁷ and for, the protection of civilian property.³⁸ Attacks on civilians who do not take part in

31 'Targeted Destruction of Ukraine's Culture Must Stop: UN Experts' (n 5).

32 Protection of Cultural Heritage in Armed Conflicts, European Parliament, Briefing (EP March 2016) accessed 7 March 2023.

33 Mehmet Emin Büyüç, 'Machiavelli'den Grotius'e Egemenlik Kuramının ve Modern Devletler Hukukunun Gelişimi' (2022) 80(1) İHM 55.

34 International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict (UNHR 2011) 14,72 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf> accessed March 19, 2024.

35 Articles 13, 14, Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 972 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>> accessed March 20, 2024.

36 Article 12, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (adopted 18 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 970 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-970-English.pdf>> accessed March 20, 2024.

37 1949 Geneva Convention IV, Articles 13, 32, 27 and 47.

38 1949 Geneva Convention IV, Article 53.

an armed conflict³⁹, as well as attacks on civilian property⁴⁰ are prohibited activities. Armed conflicts are classified as international or non-international under international humanitarian law.⁴¹ The resort to armed force with two or more states constitutes an international armed conflict.⁴²

The fundamental general principles⁴³ of international humanitarian law include distinction,⁴⁴ proportionality⁴⁵, and precaution⁴⁶. In other words, in all armed conflicts, an attack must be directed against a legitimate military objective (the principle of distinction), not violate the concept of proportionality, and follow the principle of precaution at the time of the attack.⁴⁷ An attack should be canceled or suspended if it indicates that it would violate the principles of distinction or proportionality.⁴⁸ Treaties, customs, and general principles of law provide the foundation for these principles rather than a separate source of international law.⁴⁹

39 1977 Additional Protocol I, Articles 11, 48, 51. For further information Yücel Acer, 'Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri' (SETA, 2020) accessed 23 March 2024.

40 Additional Protocol I, Articles 52 and 53.

41 Conflicts "not of an international character" are defined under article 3 Common to the Geneva Conventions, Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 971 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-971-English.pdf>> accessed March 20, 2024; Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War (n 36).

42 Article 2 common to the 1949 Geneva Conventions. For further information Roger O'Keefe, *The Application of the Second Protocol to Non-International Armed Conflicts in International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property: Protecting Cultural Property Conference Proceedings* (UNESCO 2020) 40.

43 In the doctrine, the basic general principles of international humanitarian law include distinction, proportionality, proportionality as well as humanity, necessity, prohibition of unnecessary suffering, and the independence of jus in bello from jus ad bellum, 'Handbook on International Rules Governing Military Operations' (ICRC 2013) 53; Marco S, Antonie B AND Anne Q, 'How Does Law Protect in War?', (3rd edn, ICRC 1999)10-14; Nils Melzer, 'International Humanitarian Law' (ICRC 2019) 17; *The Handbook of International Humanitarian Law*, Ed. Dieter Fleck (Oxford 2008) 35-37; *The Handbook of International Law of Military Operations*, Eds. Terry Gill and Dieter Fleck, 2nd Ed. (Oxford 2015) 36.

44 Parties in conflict must distinguish between civilians and military objectives that are directly engaged in hostilities and between civilians and civilian objects. Attacks against military objectives are permitted, but it is prohibited to attack civilians or civilian property, Jann K. Kleffner, 'Kleffner J K, *Human Rights and International Humanitarian Law*', in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015).36; Melzer, (n 44) 18; Nils Melzer, *The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants*, in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (Oxford 2014) 382.

45 The principle of proportionality prohibits attacks, even when directed against a military objective, that "may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated." If a military target is targeted and the principle of proportionality is respected, precautionary measures should also be taken to protect civilians or civilian objects from the effects of the attack, Sassoli et al (n 44) 9; Gill T D, 'Legal Basis of the Right of Self-Defence Under the UN Charter and Under Customary International Law' in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015) 223.

46 In the choice of means and methods of warfare, all possible precautions should be taken with a view to avoiding or minimising incidental harm to civilians and civilian objects, *Handbook of International Rules Governing Military Operations* (n 44) 149; Nils Melzer and Gloria Gaggioli Gasteyer, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', Gill et al. (n 44) 78.

47 *Handbook on International Rules Governing Military Operations* (n 44) 145; Melzer (n 44) 18.

48 *Handbook on International Rules Governing Military Operations* (n 44) 150.

49 Sassoli et al (n 45) 10.

The obligations to determine proportionality and to minimize damage to civilians and civilian property during an attack remain in effect.⁵⁰ The prohibition of excessive damage, inherent in the prohibition of indiscriminate attack, compels belligerents to relate the military advantage expected from an attack to potential civilian casualties. However, an attack may be justified if the anticipated military advantage is tactically or strategically significant to justify the collateral damage. The requirements for the balancing act remain vague, providing considerable flexibility in the assessment of potential outcomes.⁵¹

The 1949 Geneva Convention IV regulates the treaty-based protection of civilian objects and items of cultural property defined as civilian objects during armed conflicts.⁵² This provision is interpreted quite broadly, and the prohibition covers the destruction of all property (real or personal), whether private property of protected persons or State property.⁵³ Under the principle of distinction, a fundamental rule of international humanitarian law, attacks can only be directed against military targets; therefore, in principle, all civilian objects are entitled to protection during hostilities.⁵⁴

The Russian Federation and Ukraine are the State Parties to the 1949 Geneva Conventions. The provisions thereof are binding on both parties. Nevertheless, numerous indiscriminate attacks on civilians, as well as the destruction and damage of civilian property, have been confirmed by the Ministry of Culture of Ukraine since the outset of the conflict.⁵⁵ The distinction of civilian buildings and monuments during indiscriminate attacks violates the distinction and proportionality norms, which are the fundamental principles of international humanitarian law. Compared with the likelihood of civilian casualties and anticipated direct military advantages to be gained through Russian assaults, excessive and extensive damage has been inflicted on civilian objects in Ukraine. The Russian armed forces, for instance, might arbitrarily use any place or location registered, by Ukraine as a cultural property as, a target for an armament or training facility. It is strictly prohibited to attack civilian objects that are not being used for hostile acts or military purposes.⁵⁶ Such destruction and appropriation must be extensive to qualify as a grave breach.⁵⁷ In the Karadzic case the bombardment of Sarajevo on May 28-29, 1992 and June 5-8, 1992 was indiscriminate

50 Melzer N, 'Targeted Killings in Operational Law Perspective', in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015) 301.

51 Fleck (n 44) 198.

52 1949 Geneva Convention IV, Article 53.

53 Commentary of the Article 53, Commentary of 1958 to the 1949 Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-53/commentary/1958?activeTab=undefined>> accessed March 19, 2024.

54 Kristin Hausler, 'How Does International Law Protect Ukrainian Cultural Heritage in War? Is It Protected Differently Than Other Civilian Objects?' (BIICL, 2022) accessed 5 June 2023.

55 Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine (n 32).

56 1949 Geneva Convention IV, Article 147.

57 Commentary of the Article 147 (n 53).

and disproportionate.⁵⁸ The Trial Chamber found that the Planned Events took place “*in a purely urban setting where large concentrations of civilians and civilian buildings were closely intermingled with a number of military targets and that the SRK shelling targeted entire civilian neighbourhoods of Sarajevo, without differentiating between civilian and military targets*”.⁵⁹ As stated in the same judgement, no further finding of disproportionality is required where the assaults are directed against civilians and the shelling is indiscriminate.⁶⁰ In the Dordevic Case, the The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) evaluated evidence that Serbian soldiers used force against Kosovo Albanian towns and villages, destroying religious and culturally significant property. The Tribunal sought evidence that the attacks were proportionate or militarily necessary.⁶¹

Parties in conflict must show mutual respect for each other’s cultural property. Such respect absolutely requires additional precautions to avoid causing any damage to cultural property. Attacks on cultural property might be carried out only when justified by the principle of military necessity. Article 147 of the 1949 Geneva Convention IV prohibits the destruction and appropriation of cultural property during armed conflict unless justified by military necessity. Such action would be a grave breach of the Geneva Conventions.⁶² Baghdassarian asserts that the 1949 Geneva Convention IV protects civilian objects such as churches, sites, monuments, and museums regardless of whether they are military targets or not.⁶³ Attacks on civilian objects cannot be justified on the grounds of military necessity due to the fact that they provide no military advantage and cause harm to civilians. An example of this is the destruction of the Old Town in Dubrovnik. In the Strugar case, the Trial Chamber defined the offence of destruction not justified by military necessity as follows: “*(a) destruction or damage of property on a large scale; (b) the destruction or damage was not justified by military necessity; and (c) the perpetrator acted with the intent to destroy or damage the property or in the knowledge that such destruction or damage was a probable consequence of his acts.*”⁶⁴ The ICTY found evidence of indiscriminate rocket fire in the Old City, which was listed on the World Heritage List in 1979.⁶⁵ The Trial Chamber concluded that this bombardment was intentional, did not target Croatian military facilities, and seriously damaged Old Town. This shelling constituted an attack on both civilians and civilian objects, and resulted in destruction of cultural property

⁵⁸ Commentary of the Article 147 (n 53).

⁵⁹ *Prosecutor v Karadzic* (Judgement) RMCT-MICT-13-55-A (20 March 2019) 477.

⁶⁰ *Karadzic* (n 59) 506.

⁶¹ *Prosecutor v Dordevic* (Public Judgement) ICTY-IT-05-87/1-T (23 February 2011) 2055 https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf accessed May 16, 2024.

⁶² 1949 Geneva Convention IV, Article 147.

⁶³ Anoush Baghdassarian, ‘The History Behind the Violence in Nagorno-Karabakh’ (Lawfare, 19 October 2020) accessed 22 June 2023.

⁶⁴ *Prosecutor v Strugar* (Judgement) ICTY-IT-01-42-A (17 July 2008) 326.

⁶⁵ *Strugar* (n 64) 273.

not justified by military necessity.⁶⁶ The Trial Chamber held that a perpetrator must act with a direct intention to damage or destroy the property.⁶⁷ Comparably, the Jokic judgement specifies several offences committed by soldiers, such as the violation of duty to limit their operations to military targets, the inability to distinguish between civilian and military targets, the attack of protected objects⁶⁸, destruction not justified by military necessity, and a prohibition on unlawful attacks on civilian targets.⁶⁹

According to UNESCO reports in June 2023, 112 religious buildings were damaged or destroyed, whereas the Ministry of Culture of Ukraine reported that 305 religious buildings were damaged or destroyed. Unless otherwise proved, these figures indicate of the fact that the Russian Federation has violated Article 147 of the 1949 Geneva Convention IV by destroying and damaging religious buildings without any grounded military necessity.

A treaty provision also becomes binding on a non-party state only if that rule has become part of customary international law. The International Committee of the Red Cross has compiled a collection of customary international humanitarian law rules. According to customary international humanitarian law, it is an obligation to take special care and precautions to avoid damage, unless rendered an absolute necessity for military purposes.⁷⁰ As a result, even if the Russian Federation withdraws from the 1949 Geneva Conventions in the future, it will be in open violation of customary international law when it damages cultural property without compelling military necessity. Although the 1949 Geneva Conventions fail to lay down specifically designed provisions for the protection of cultural property, the 1977 Additional Protocol I includes a special provision for cultural property protection.

B. 1977 Additional Protocol I

While the 1949 Geneva Conventions do not contain a specific provision on cultural property, Article 52 of the 1977 Additional Protocol I provides that civilian property shall not be the target of any attacks or reprisals.⁷¹ According to Article 52, it is a general principle that when a civilian object is used for military purposes, it becomes a military target, thereby becoming vulnerable to attacks or reprisals.⁷² It is stated in the same article that any object, cultural or non-cultural, can be targeted only if

⁶⁶ *Strugar* (n 64) 3.

⁶⁷ *Strugar* (n 64) 278.

⁶⁸ *Prosecutor v Jokic* (Sentencing Judgement) ICTY-IT-01-42/1-S (18 March 2004) 42.

⁶⁹ *Jokic* (n 68) 45.

⁷⁰ Under paragraph b of Rule 38 and Rule 39, it is strictly forbidden to attack properties of significant importance unless it is absolutely necessary for military purposes, Jean Marie Henckaerts and Louise Doswald Beck, 'Customary International Humanitarian Law: Rule 38' (ICRC, 2005) accessed 12 September 2023.

⁷¹ Additional Protocol I, Article 52 (1).

⁷² Additional Protocol I, Article 52 (2).

it is a legitimate military target. Military objectives are restricted to such objects that, regardless of their nature, location, purpose, or use, effectively contribute to military operations and whose neutralization or destruction would provide a definite military advantage under the current circumstances. In other words, a civilian object, including cultural property, may become a legitimate military objective if its nature, location, purpose, or use effectively contributes to military operations and its capture, neutralization or destruction yields a definite military advantage.⁷³ This definition of a military target was also used in the Karadzic case. According to the Decision, the commonly accepted definition of military objectives is regulated in this provision.⁷⁴ In the Strugar case, the fact that the cultural property has not been used for military purposes is a factor indicating that it does not make an effective contribution to military operations. However, the destruction of a military target does not necessarily constitute a military advantage.⁷⁵ Similarly, in the Al-Mahdi case of the International Criminal Court, all the sites were dedicated to religious and historical monuments and were not military targets. With the exception of one Mausoleum, all buildings are listed as UNESCO World Heritage Sites and have the status of protected areas.⁷⁶

Article 53 states that, without prejudice to the provisions of the 1954 Hague Convention, “*historic monuments, works of art, or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples*” may not be used to support military efforts as barracks or as a part of defense mission, or made the target of hostile acts or reprisals.⁷⁷ Attacks on historical monuments, works of art, or places of worship could constitute grave breaches. The obligation regulated by the 1977 Second Protocol is also stricter than that required by the 1954 Hague Convention, as it does not allow for any derogation, even “*where military necessity imperatively requires such a waiver.*”⁷⁸ Even the States that have not ratified the Additional Protocols have not objected to the applicability of this principle, which stipulates protection of cultural property in the event of international armed conflicts.⁷⁹ According to Article 85, paragraph 4, sub-paragraph d of the Protocol, “*making the clearly-recognized historic monuments,*

73 “A closer look at the various criteria used reveals that the first refers to objects which, by their nature, make an effective contribution to military action... The second criterion is concerned with the location of objects. Clearly, there are objects which by their nature have no military function but which, by virtue of their location, make an effective contribution to military action. This may be, for example, a bridge or other construction. The criterion of purpose is concerned with the intended future use of an object, while that of use is concerned with its present function. Most civilian objects can become useful objects to the armed forces. Thus, for example, a school or a hotel is a civilian object, but if they are used to accommodate troops or headquarters staff, they become military objectives”, Commentary of Article 52 (2), ‘Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions’ (ICRC 1987) 636 accessed March 21, 2024.

74 Karadzic (n 59) 488.

75 Strugar (n 64) 330.

76 *Prosecutor v Al Mahdi* (Judgement and Sentence) ICC-01/12-01/15 (27 September 2016) 39.

77 1977 Additional Protocol I, Article 53 (a).

78 Commentary of Article 5 (a) (n 73) 647-648.

79 Fausto Pocar, *Cultural Property and Military Necessity Under The 1999 Second Protocol in International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property: Protecting Cultural Property Conference Proceedings* (UNESCO 2020) 101.

works of art or places of worship, which constitute the cultural and spiritual heritage of the peoples and to which special protection has been given by special arrangement, for example, within the framework of a competent international organization, the object of attack, causing, as a result, extensive destruction thereof... and when such historic monuments, works of art and places of worship are not located in the immediate proximity of military objectives” constitutes a grave breach of international humanitarian law.⁸⁰

Russia and Ukraine have an obligation to comply with the conventions regulating the law of war to which they are parties, as well as the provisions thereof that have become norms of customary international law. Both States were parties to the 1977 Additional Protocol I, which regulates protections for cultural property. A treaty provision also becomes binding on a non-party state only if that rule has become part of customary international law. In this respect, even if Russia and Ukraine are not parties to the conventions mentioned in this study, all states are bound by the provisions that have become rules of customary international law.

In the conduct of attacks, those who decide to attack shall do everything feasible to verify that the targets to be attacked are not civilians or civilian objects and are not subject to special protection but are military targets within the meaning of Article 52, paragraph 2.⁸¹ Military and humanitarian considerations may affect the feasibility of precautions.⁸² Necessary measures include the timely collection, analysis, and dissemination of intelligence to those who plan, authorise, and execute attacks.⁸³ Due to a lack of information, non-commissioned officers and unit commanders may not have an overview for an adequate assessment of the legality of operations when evaluating a proportionality assessment. The decisive factor will be the information available to such commanders at the time a decision is reached.⁸⁴

Pursuant to the Military Manual of the Russian Federation, using cultural property, historical monuments, places of worship, and other buildings representing the cultural or spiritual heritage of a people “for the purpose of gaining military advantage” is a prohibited method of warfare.⁸⁵ The destruction of cultural property, historical monuments, places of worship, and other objects of the cultural or spiritual heritage of peoples, as well as their non-use for the purpose of achieving success in military

80 1977 Additional Protocol I, Article 85 (4) (d).

81 1977 Additional Protocol I, Article 57 (2) (a) (i).

82 Sassoli et al. (n 44) 19.

83 Michael Schmitt, ‘Targeting in Operational Law’, *The Handbook of International Law of Military Operations*, Eds. Terry Gill and Dieter Fleck, 2nd Ed. (Oxford 2015) 287.

84 Fleck (n 44) 208.

85 Russian Federation, *Instructions on the Application of the Rules of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the USSR*, Appendix to Order of the USSR Defence Minister No. 75, 1990, 5(s), cited in ‘Practice Relating to Rule 39’ *Use of Cultural Property for Military Purposes*, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule39>> accessed 7 March 2023.

operations, is also prohibited under the Russian Federation's Regulations on the Application of International Humanitarian Law.⁸⁶ The use of cultural property, historical landmarks, or places of worship that are part of a people's cultural or spiritual heritage to support military operations is a prohibited method of warfare, according to the Report on the Practice of the Russian Federation.⁸⁷ While attacking Ukrainian cultural property, the Russian Federation also violates the rules of its domestic legislation.

According to the customary rules of international humanitarian law of the International Committee of the Red Cross,⁸⁸ it is required parties of a conflict must respect each other's cultural property and prohibit the seizure, destruction or intentional damage to historical monuments and buildings related to religion, charity, education, art, and science as well as works of art and science. Rule 40, paragraph b, prohibits theft, pillage, or misappropriation of cultural property of great importance to the cultural heritage of every people, as well as all acts of seizure, destruction or wilful damage against such property. Russian troops pillaged the Oleksiy Shovkunenko Art Museum in the Ukrainian region of Kherson.⁸⁹ In addition to Mariupol, there have been allegations of looting in many other Ukrainian cities.⁹⁰ Such acts committed by the Russian Federation constitute a violation of customary international law.

Cultural heritage is the subject of a special legal regime in times of conflict. The key standards⁹¹ of the legal protection regime to comply with under circumstances stemming from conflicts include the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its 1999 Second Protocol. The 1954 Hague Convention and its Protocol are the essential core of the law of armed conflict.⁹² In this sense, both the Russian Federation and Ukraine have ratified the Hague Convention of 1954.

86 Russian Federation, Regulations on the Application of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the Russian Federation, Ministry of Defence of the Russian Federation, Moscow, 8 August 2001, 7, cited in 'Practice Relating to Rule 39' Use of Cultural Property for Military Purposes, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule39>> accessed 20 May 2024.

87 Report on the Practice of the Russian Federation, 1997, Chapter 1.6, cited in 'Practice Relating to Rule 39' Use of Cultural Property for Military Purposes, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule39>> accessed May 20, 2024.

88 'Customary International Humanitarian Law: Rule 40' (ICRC, 2005) accessed 12 September 2023.

89 'ICOM Launches the Emergency Red List of Cultural Objects at Risk – Ukraine, International Council of Museums' (ICOM, 24 November 2022 accessed 22 June 2023).

90 Irina Tarsis, 'Ukraine on My Mind: Cultural Heritage and the Current Armed Conflict' (2023) 33 (3) FIPMELJ 566, 573.

91 Bennoune (n 12) 22.

92 Frederik Rosén, *Cultural Property and the International Protection Gap in International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 77.

C. 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict

Failures to prevent the loss of cultural property in the First and Second World Wars and other conflicts in the first half of the 20th century have led to significant progress in the protection of cultural property in their aftermath.⁹³ For instance, the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict was adopted by the international community in 1954 as the first international treaty on the protection of cultural heritage.⁹⁴ The signatories acknowledge taking measures to protect cultural property in their territories from the effects of armed conflict, as well as to refrain from actions that could damage cultural property.⁹⁵ The provision allows the parties broad freedom to take measures and further stipulates that security shall be ensured primarily by measures taken by the country itself.⁹⁶

Cultural property shall not be regarded and counted as a legitimate target in military operations as per the provision set out in Article 4, paragraph 1, of the 1954 Hague Convention on the respect for cultural property, which states that their use as a target by means and on any grounds or any act of hostility directed against such property is strictly prohibited in order to ward off destruction of or damage to property of cultural significance amidst armed conflicts.⁹⁷ Actually, respect entails not exploiting cultural property in a way that exposes it to destruction or damage, as well as refraining from acts of hostility towards it. This obligation weakened by the addition of a provision specifying that military necessity requires such a waiver.⁹⁸ A church tower, for instance, becomes a legitimate military target that can be attacked and even destroyed if a sniper uses it. The issue here is that international law does not yet consider the use of cultural property for military purposes as an offence.⁹⁹ This obligation is subject to the rule of waiver mentioned in Article 4, paragraph 2, just like any obligation to refrain from hostile acts.

Although the Convention provides for a broad protection regime for cultural property protection, paragraph 2 thereof complicates the application of the regulation

93 Swissinfo (n 20).

94 Moldovan (n 24) 235.

95 1954 Hague Convention, Article 3.

96 Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in The Hague, and on other Instruments of International Law Concerning Such Protection* (UNESCO 1996) 61.

97 1954 Hague Convention, Article 4 (1). “*This new approach was introduced with the twofold objective of enhancing the importance of respect and waiving the territoriality principle... Amendment has been designed to break with the territorial concept and to affirm the principle that cultural property, wherever situated, must be respected by all States*” Toman (n 96) 69.

98 Alexander Herman, ‘Russian Invasion of Ukraine and The International Legal Protection of Cultural Property’ (Institute of Art and Law, 2022) 20 May 2023.

99 Brammertz S, ‘*From Dubrovnik to Palmyra: Criminal Prosecutions of the Destruction of Cultural Property in Armed Conflict*’ in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 99.

provisions owing to the exception introduced as the military necessity. There is a rule of refraining from cultural property protection on the grounds of military necessity. In other words, cultural property may be targeted, damaged, or destroyed to achieve a military purpose. Thus, the Convention left state parties with no option but to resort to subjective interpretation by granting them the right to waive imperative military necessity, thus making the protection of cultural property complex and challenging.¹⁰⁰

The notion of military necessity is not specific to the law that regulates cultural property. Military necessity is one of the most fundamental principles of international humanitarian law and was therefore included in the 1954 Hague Convention.¹⁰¹ One of the main areas of concern for States has been the scope and application of this doctrine. Noting that the widespread destruction of cultural property during the conflict in the former Yugoslavia was one of the milestones resulting in the adoption of the Convention¹⁰², the military necessity exception, which exceeds cultural property protection, should be interpreted narrowly. The exception of military necessity to the general principle of targeting cultural property should be regarded as exceptionally unusual rather than as a broad exemption that may be used arbitrarily.¹⁰³ Kirchmair and Schäffer stated that Parties to a conflict should protect cultural property and refrain from seizing, destroying or deliberately damaging cultural property.¹⁰⁴ In *Strugar*, with regard to the crime of destroying or intentionally damaging cultural property, the Trial Chamber held that an act satisfies the elements of this offence as follows: (a) it has caused damage or destruction to property that constitutes the cultural or spiritual heritage of peoples; (b) the damaged or destroyed property was not used for military purposes at the time when the acts of hostility directed against these objects took place; and (c) the act was carried out with the intent to damage or destroy the property in question.¹⁰⁵ In the *Dordevic* case, the Chamber concluded that the two mosques attacked had been subjected to a separate and deliberate attack causing extensive damage. The evidence does not show a specific motive for either attack. In these circumstances, the Chamber is satisfied and finds that the mosques in Celina/Celinë and Bela Crkva/Bellacërkë were vandalised by elements of the Serbian forces and that the villages were vandalised because of their religious and cultural significance for the Kosovo Albanian inhabitants.¹⁰⁶

100 Jawad et al (n 14) 473.

101 1954 Hague Convention, Article 4 (2).

102 Gottlieb Y, 'The Protocol at 20: Observations on Legal Challenges and Inter-Disciplinary Partnerships' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 34.

103 Bennoune (n 12) 22.

104 Lando Kirchmair and Cornelia Schäffer, 'The War of Aggression Against Ukraine, Cultural Property and Genocide: Why it is Imperative to Take a Close Look at Cultural Property' (EJIL:Talk!, 21 March 2022) accessed 20 May 2023.

105 *Strugar* (n 64) 326.

106 *Dordevic* (n 61) 1810.

This provision is comparable to Article 52 of the 1977 Additional Protocol I. According to Article 52, a civilian object becomes a military target when it is used for military purposes.¹⁰⁷ Nevertheless, this rule should not be so broadly interpreted to apply to cultural property objects, even if they become potential targets of an attack. The ICTY assessed the destruction of the Mostar Old Bridge, which was and is still of “undeniable cultural, historical, and symbolic value”¹⁰⁸ in Prlic et al case and rendered the judgement that since the bridge served a military purpose and was a military target, its destruction provided a clear military advantage and was therefore justified by a military necessity. The decision of the Court was condemned for confusing the terms “military objective” and “military necessity” and for neglecting to consider or disregard the consequences of the proportionality and precaution principles. Likewise, it is claimed that disregard is shown for the 1954 Hague Convention’s stipulation that a waiver of “*the obligation to refrain from hostile acts against cultural property*” can only be justified where military necessity requires such a waiver.¹⁰⁹ This waiver ensures the relative freedom of Parties while also significantly weakening the obligation to refrain from exposing property to destruction. The obligation to respect a cultural property is derived only in situations of imperative military necessity, rather than when it is used for military purposes.¹¹⁰

Pocar asserted that it is thus justified to conduct hostile acts against a cultural property due to being a military target only when there is no feasible alternative available to obtain a similar military advantage.¹¹¹ The Convention fails to define the circumstances under which military necessity imperatively requires an exemption from the obligation to respect.¹¹² Given that the Russian Federation has destroyed several cultural properties, including the Yeletsky Dormition Monastery Complex in Chernihiv, the Central City Library Mykhaylo Mykhailovych Kotsyubynsky in Chernihiv, the St. Anthony Caves in Chernihiv, Derzhprom (State Industry Building) in Kharkiv, Memorial Museum of G. S. Skovoroda in Kharkiv, National Art Museum of Ukraine (House of the Museum of Antiquities and Art) in Kyiv and Kamyana Mohyla (Stone Grave) in Zaporizhzhia since the outbreak of conflict, it can be asserted that these destructive acts in question violated the 1954 Hague Convention.

State Parties are obligated under Article 4, paragraph 3, of the Hague Convention to prohibit, prevent, and halt any form of theft, pillage or misappropriation, and any

107 1977 Additional Protocol I, Article 52.

108 *Prosecutor v Prlic* (Judgement) ICTY- IT-04-74-A (29 November 2017) 416.

109 1954 Hague Convention, Article 4 (2).

110 Toman (n 96) 70.

111 Pocar (n 79) 103.

112 Desch T, ‘*The Second Protocol Supplements The 1954 Hague Convention’s General Provisions Regarding Protection*’ in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 32.

acts of vandalism directed against cultural property.¹¹³ To this end, Parties must refrain from exposing their cultural property to any potential risks by engaging in hostile acts or endangering its immediate surroundings.¹¹⁴ No waiver of military necessity is permitted in the event of such acts.¹¹⁵ The waiver does not apply to reprisals against cultural property.¹¹⁶ Article 4, paragraphs 3 and 4, imposes an obligation on the primary authority in the territory to forbid and thwart such acts, whether committed or perpetrated by military units or civilians.

Given that Russia is a party to the 1954 Hague Convention, it must ensure that cultural property is not exported from areas of conflict in Ukraine. As previously mentioned, there is an allegation that Russian troops have pillaged and transferred to Russia the moveable property in the Oleksiy Shovkunenko Art Museum in the Kherson Region of Ukraine from the outset of Russia's invasion of Ukraine until the present day. If the artifacts in question are registered as cultural property, it would be possible to demonstrate that the Russian Federation's looting violated Article 4, paragraph 3. Due to the Oleksiy Shovkunenko Art Museum is not listed in the State Register of Immovable Monuments of Ukraine as a monument of cultural heritage of national importance in the Kherson Region, the protection of objects in the Museum is regulated by the 1949 Geneva Convention IV and the rules of customary international law.

Article 5, paragraph 2, of the 1954 Hague Convention further obliges the occupying party to “*take measures to protect cultural property*” and even foster close cooperation with national authorities to accomplish this purpose.¹¹⁷ Although it is vividly observed that Russia is in breach of Article 5, no tangible efforts have been made or no further measures have been taken in this regard.

The 1954 Hague Convention contains a provision for states to mark their cultural property so that it can be clearly distinguished. Article 6 of the 1954 Hague Convention titled “*Distinctive Marking of Cultural Property*”¹¹⁸ establishes the blue shield emblem as a protective symbol¹¹⁹ for the identification and safeguarding of cultural property. The blue shield is the cultural equivalent of the Red Cross and it enjoys, legal protection under international law.¹²⁰ The blue shield is defined in Article 16, paragraph 1 of the

113 1954 Hague Convention, Article 4 (3).

114 1954 Hague Convention, Article 4 (1).

115 1954 Hague Convention, Article 4 (2).

116 1954 Hague Convention, Article 4 (4).

117 1954 Hague Convention, Article 5 (2).

118 1954 Hague Convention, Article 6.

119 Jan Hladik, ‘Marking of Cultural Property with the Distinctive Emblem of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict’ (2004) 86(854) IRR 379, 379.

120 Jawad et al. (n 14) 473.

Convention as the emblem to be used to identify the Convention's protected property.¹²¹ Although the blue shield emblem is not mandatory for an object to benefit from the Convention's broad protection, it is left to the decision and disposal of the States. The blue shield emblem facilitates determination of what is considered a cultural property under the Convention.¹²²

The challenge for military forces involved in armed conflicts is that State Parties to the 1954 Hague Convention do not expressly describe the objects they recognize as cultural property.¹²³ If a State Party to the 1954 Hague Convention has not complied with Article 3¹²⁴ regarding the need to take peacetime precautions against the foreseeable effects of conflict to be informed in advance of the presence and location of such property in its territory or has not marked cultural property with the blue shield emblem as permitted under Article 6¹²⁵, the hostile Party shall, for the purpose of complying with its obligation of respect under Article 4¹²⁶ of the Convention, take the necessary measures to ensure that the cultural property is marked with the blue shield emblem as required by Article 3.

The extent or length of the list of cultural properties has an immediate impact on the practicability and effectiveness of the blue shield emblem. The protection threshold is lowered when the list of cultural properties consists of an excessive number of objects. This diminishes the likelihood that cultural property will be preserved. When encountered with a high number of buildings bearing the distinctive Convention emblem, the enemy army would feel inevitably forced to violate the military necessity in order to conduct its military operations and would be unable to make decisions on the basis of the significance of this property.¹²⁷

Under particular circumstances, deliberate targeting of marked cultural property may constitute a serious violation of international humanitarian law. States that are parties to the Convention might be reluctant to mark cultural property due to the concern that they will be giving a target list to a prospective adversary, which would make it tougher to enforce military necessity provisions.¹²⁸ While facilitating the

121 1954 Hague Convention, Article 16 (1). In the case of historic palaces, important churches in major urban centres or monument centres, the display of the emblem may cause difficulties. "Another problem may arise from the sudden outbreak of conflict. Even assuming that the necessary preparations have been made in peacetime, will the services concerned have sufficient time and equipment to put up the emblems at the last moment? The Convention leaves the answer to these questions to the appropriate authorities of each High Contracting Party", Toman (n 96) 181.

122 Campfens et al. (n 28) 33.

123 O'Keefe et al. (n 25) 14.

124 1954 Hague Convention, Article 16 (1).

125 1954 Hague Convention, Article 6. Marking is not compulsory, hence it is not a prerequisite for respecting cultural property. If the property lacks a distinctive marker, the responsibility of the other party may be lessened due to ignorance of the existence of a cultural property, Toman (n 96) 90.

126 1954 Hague Convention, Article 4.

127 Toman (n 96) 50.

128 Hladik (n 119) 383.

identification of the cultural property, on one hand, this marking method might also ease deliberate targeting, on the other hand, thereby constituting an implicit threat towards the identified property. In the 1991 attack on the hills of Dubrovnik, Croatia, it was noted that the protective UNESCO emblems were visible from the positions of the attackers.¹²⁹

UNESCO raised concerns about potential hazards to cultural property at the outset of the Russian-Ukrainian War and recommended that cultural heritage should be designated with the blue shield emblem granted by the 1954 Hague Convention to safeguard cultural heritage.¹³⁰ In order to identify what falls within the definition of cultural property under the Convention and with a view to avoiding deliberate or incidental damage, Ukraine has placed the 1954 Hague Convention's distinctive blue shield emblem on monuments and sites.¹³¹

The 1954 Hague Convention on the protection of cultural property at risk from armed conflict places Russia and Ukraine under the obligation to refrain from committing any violation against the relevant provisions. The 1999 Second Protocol strengthens the rules contained in the Convention and, was ratified by Ukraine in 2020.¹³²

D. 1999 Second Protocol Additional to the 1954 Hague Convention

While the 1954 Hague Convention was in force, violations committed against cultural property amidst armed conflicts since the early 1980s have exposed its flaws and clearly demonstrated the need for its amendment.¹³³ The 1999 Second Protocol¹³⁴ was developed to enhance protection¹³⁵ and complement the general provisions on the protection of the 1954 Hague Convention.

The most debated issue during the drafting of the 1999 Second Protocol was the waiver of the obligation to preserve cultural property on the grounds of imperative military necessity. The 1999 Second Protocol clarifies and defines the principle of military necessity, moving further away from the primary objective of the 1954 Hague Convention.¹³⁶ Article 6, paragraph a of the Second Protocol addresses when and how

129 *Strugar* (n 64) 279.

130 Dick Jackson, 'Ukraine Symposium – Cultural Property Protection In The Ukraine Conflict' (Articles of War, 14 April 2022) accessed 31 May 2023.

131 Hausler (n 55) 1; Juliette Portala, 'U.N. Cultural Agency Moves to Protect Ukraine's Heritage Sites' (Reuters, 8 March 2022) accessed 15 May 2023.

132 *Swissinfo* (n 20).

133 'Historical Perspectives: Relevance and The Added-Value of The 1999 Second Protocol' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 26.

134 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (n 9).

135 1999 Second Protocol, Article 10.

136 1999 Second Protocol, Article 6 (a), (b).

cultural property may become a military target, as well as how to reflect the imperative character of the circumstances necessitating a waiver of the obligation to refrain from any hostile action against such property. A waiver of the imperative military necessity for directing an act of hostility against cultural property shall solely be permitted under the given Protocol if and when the target cultural property is rendered a military target by its function and there is no feasible alternative to obtain a military advantage similar to the one gained through directing an act of hostility.¹³⁷ In other words, the Second Protocol restricts the implementation of the waiver of military necessity to situations in which there is no feasible alternative to obtaining a similar military advantage, and it applies the proportionality principle to avoid or minimize collateral damage.¹³⁸ The conditions must not exist for a very short period of time, but must continue to exist for the duration of the act of hostilities. If these conditions disappear or cease to exist, it will no longer be possible to carry out the act of hostilities in accordance with the imperative military necessity provision.¹³⁹ It is extremely important to recognize this military necessity exception to the rule against targeting cultural property as exceptional, rather than discretionary and easily exploitable loopholes.¹⁴⁰

Ukraine ratified the 1999 Second Protocol¹⁴¹, but Russia did not. Given the accepted principle that international treaties are binding solely between their parties, the more specific definition of military necessity in the Second Protocol would not be directly applicable between Russia and Ukraine. In most provisions, the Protocol enhances the Convention rather than providing additional information. Therefore, some argue that the explanation of imperative military necessity in Article 6 of the Protocol is complementary to Article 4 of the 1954 Hague Convention and that this provision has been incorporated into customary international law.¹⁴² This indicates that any hostile act committed by Russia against Ukraine's cultural property will be considered unlawful unless carried out in accordance with Article 6 of the Second Protocol.¹⁴³

Although the 1999 Second Protocol succeeds in defining the conditions under which a waiver based on imperative military necessity may be invoked with the intention of using items of cultural property for purposes that are likely to expose it to destruction

137 1999 Second Protocol, Article 6 (a).

138 Moldovan (n 24) 234.

139 Jiri Toman, *Cultural Property in War: Improvement in Protection; Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (UNESCO 2009) accessed 21 March 2024.

140 Bennoune (n 12) 22.

141 Ukraine became State Party in 30 June 2020. List of the State Parties of the Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict The Hague UNESCO <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/second-protocol-hague-convention-1954-protection-cultural-property-event-armed-conflict?hub=66535#item-3> accessed 20 March 2024.

142 Bennoune (n 12) 22.

143 Hausler (n 55) 2; Campfens et al. (n 28) 33; Herman (n 98).

or damage in the event of armed conflict¹⁴⁴, the ambiguous definition of imperative military necessity poses the risk that States will attempt to attribute their actions thereto. Despite a more precise definition of “necessity” in the Second Protocol, there are no guidelines for rationalizing the decision-making process.¹⁴⁵ Recognizing this uncertainty, commanders continue to run the risk of using the imperative military necessity to justify their attacks on cultural property as per the Protocol, rather than limiting their options.¹⁴⁶

III. Conclusion

Cultural property has been intentionally targeted during various armed conflicts, and the inflicted damages thereon as well as the frequency of targeting has been kept increasing in recent armed conflicts. The Russian Federation and Ukraine have an obligation to adhere to the conventions to, which they are parties that, govern the rules of war and customary international law. These rules are typically laid down in international law by the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols.

Cultural property has been damaged due to the Russian Federation’s invasion of Ukraine. Cultural property has the status of a civilian object under international humanitarian law. It is therefore entitled to protection under the 1949 Geneva Conventions. Since the Russian-Ukrainian war is an international armed conflict, the 1977 Additional Protocol I is also applicable.

Cultural property is protected by the general rules of international humanitarian law and the specific rules contained in the 1954 Hague Convention. Even while they are protected as civilian objects by international humanitarian law, not every church or monument will be protected as cultural property. The most specific conventions on the protection of cultural property encompass the 1954 Hague Convention, and its 1999 Second Protocol. The 1954 Hague Convention, the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols provide protection for cultural property listed in the Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine, while artifacts that are not listed can benefit from protection under the 1949 Geneva Conventions. The Russian Federation has broken the rules of the 1954 Hague Convention by damaging the cultural property of Ukraine amidst armed conflict. To remedy and inhibit the reoccurrence of this situation, direct engagement of the Russian Federation is utmost necessary to ensure the cultural property’s eternal existence.

144 Desch (n 112) 32.

145 Jawad et al. (n 14) 475.

146 Craig J.S. Forrest, ‘The Doctrine of Military Necessity and The Protection of Cultural Property During Armed Conflicts’ (2007) 37(2) CWILJ 177, 186.

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.

Bibliography

Books

- Bennoune K, 'The Human Rights Based Approach to The Protection of Cultural Heritage' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 21-24.
- Brammertz S, 'From Dubrovnik to Palmyra: Criminal Prosecutions of the Destruction of Cultural Property in Armed Conflict' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 97-100.
- 'Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions' (ICRC, 1987) 636 accessed 21 March 2024.
- Desch T, 'The Second Protocol Supplements The 1954 Hague Convention's General Provisions Regarding Protection' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 31-33.
- Gill TD, 'Legal Basis of the Right of Self-Defence Under the UN Charter and Under Customary International Law' in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015) 223.
- Gottlieb Y, 'The Protocol at 20: Observations on Legal Challenges and Inter-Disciplinary Partnerships' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 34-36.
- Handbook on International Rules Governing Military Operations* (ICRC 2013).
- 'Historical Perspectives: Relevance and The Added-Value of The 1999 Second Protocol' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020).
- Marco S, Antonie B AND Anne Q, *How Does Law Protect in War?*, (3rd edn, ICRC 1999).
- Kleffner JK, 'Human Rights and International Humanitarian Law', in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015).
- Melzer N and Gaggioli Gasteyer G, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015).
- Melzer N, *International Humanitarian Law* (ICRC 2019).
- Melzer N, 'Targeted Killings in Operational Law Perspective', in Terry Gill, Dieter Fleck (eds), *The Handbook of International Law of Military Operations* (2nd edn, Oxford 2015).
- Melzer N 'The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants', in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (Oxford 2014).

- Møller M, 'Opening Speech' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 19-20.
- O'Keefe R, 'The Application of The Second Protocol to Non-International Armed Conflicts' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 40-43.
- O'Keefe R, Péron C, Musayev T and Ferrari G, *Protection of Cultural Property: Military Manual*, (UNESCO 2016) accessed 22 June 2023.
- O'Keefe R, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (Cambridge 2006) 405.
- Pocar F, 'Cultural Property and Military Necessity Under The 1999 Second Protocol' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 101-103.
- Rosén F, 'Cultural Property and the International Protection Gap' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 75-77.
- Toman J, 'Cultural Property in War: Improvement in Protection; Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict' (UNESCO 2009) accessed 21 March 2024.
- Toman J, 'The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in The Hague, and on other Instruments of International Law Concerning Such Protection', (UNESCO 1996).
- Türkay Kahraman FŞ, 'Kültürel Varlık Kavramı ve Uluslararası Hukukta Kültürel Varlıkların Korunması: Karabağ'a Dair Bir İnceleme' in Ali Samir Merdan (eds), 2020 Karabağ Savaşı İlhan Aliyev: Karabağ Azerbaycan'dır! (Nobel 2022).
- Woudenberg N, '1999 – 2019: New Security Threats for Cultural Property' in *International Conference on the 20th Anniversary of the 1999 Second Protocol of the 1954 Hague Convention: Protecting Cultural Property Conference Proceedings, Protecting Cultural Property* (UNESCO 2020) 110-112.

Articles

- Büyük ME, 'Machiavelli'den Grotius'e Egemenlik Kuramının ve Modern Devletler Hukukunun Gelişimi' (2022) 80(1) İHM 299-356.
- Forrest CJS, 'The Doctrine of Military Necessity and The Protection of Cultural Property During Armed Conflicts' (2007) 37(2) CWILJ 177-219.
- Jawad A and Bokhari M, 'Measuring the Protection of Cultural Property Under International Humanitarian Laws: Analysis of Russia-Ukraine Conflict' (2022) 4(3) JLSS 469-480.
- Karaoğlu AO, 'Libya'ya Askeri Müdahale ve Uluslararası Hukukta Yeniden İnşa Sorumluluğu' (2019) 6(1) İMÜHFD 199-223.
- Kravchenko A, Kyzymenko I, Husieva N and Krasilnikova O, 'Crime Against Memory or Cultural Genocide? On The Destruction of The Cultural Heritage of Ukraine During Russian Aggression in The XXI Century' (2022) 10(2) EJTS 206-234.

Moldovan TH, 'The Russian Invasion in Ukraine and Cultural Heritage Protection' (2022) 9(2) JAHA 231-240.

Hladik J, 'Marking of Cultural Property with the Distinctive Emblem of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict' (2004) 86(854) IRRIC 379-386.

Tarsis I, 'Ukraine on My Mind: Cultural Heritage and the Current Armed Conflict' (2023) 33 (3) FIPMELJ 566-594.

Conventions

Commentary of 1958 to the 1949 Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287 <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-53/commentary/1958?activeTab=undefined>> accessed 19 March 2024.

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (UNESCO 1954) <https://en.unesco.org/sites/default/files/1954_Convention_EN_2020.pdf> accessed 20 May 2023.

Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (adopted 18 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 970 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-970-English.pdf>> accessed 20 March 2024.

Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 971 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-971-English.pdf>> accessed 20 March 2024.

Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 972 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-972-English.pdf>> accessed 20 March 2024.

Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/volume-75-I-973-English.pdf>> accessed 19 March 2024.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts [1977] ICRC.

Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict [1999] UNESCO.

The Geneva Conventions of 1949 and Their Additional Protocols (ICRC) <<https://www.icrc.org/en/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>> accessed 12 September 2023.

United Nations Charter [1945] <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>> accessed 12 September 2023.

Judgements

Prosecutor v Prlic (2017) ICTY- IT-04-74-A.

Prosecutor v Strugar (2008) ICTY-IT-01-42-A.

Prosecutor v Karadzic (2019) RMCT-MICT-13-55-A.

Prosecutor v Jokic (2004) ICTY-IT-01-42/1-S.

Prosecutor v Dordevic (2011) ICTY-IT-05-87/1-T.

Prosecutor v Al Mahdi (2016) ICC-01/12-01/15.

Web Sites

Acer Y, 'Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri' (SETA, 2020) accessed 23 March 2024.

Baghdassarian A, 'The History Behind the Violence in Nagorno-Karabakh' (Lawfare, 19 October 2020) accessed 22 June 2023.

Hausler K, 'How Does International Law Protect Ukrainian Cultural Heritage in War? Is It Protected Differently Than Other Civilian Objects?' (BIICL, 2022) accessed 5 June 2023.

Herman A, 'Russian Invasion of Ukraine and The International Legal Protection of Cultural Property' (Institute of Art and Law, 2022) 20 May 2023.

Kirchmair L and Schäffer C, 'The War of Aggression Against Ukraine, Cultural Property and Genocide: Why it is Imperative to Take a Close Look at Cultural Property' (EJIL:Talk!, 21 March 2022) accessed 20 May 2023.

Jackson D, 'Ukraine Symposium – Cultural Property Protection In The Ukraine Conflict' (Articles of War, 14 April 2022) accessed 31 May 2023.

Seymour T and Kishkovsky S, 'Is Ukraine's Cultural Heritage Under Coordinated Attack?' (The Art Newspaper, 10 June 2022) accessed 15 May 2023.

Other Sources

"Creating Our Future: Creativity and Cultural Heritage as Strategic Resources for a Diverse and Democratic Europe" Declaration on The Russian Federation's Aggression Against Ukraine" (Council of Europe Conference of Ministers of Culture, 31 March 2022) accessed 5 June 2023.

Campfens E and Busol K, 'Protecting Cultural Heritage from Armed Conflicts in Ukraine and Beyond' (EP, 2023) accessed 15 May 2023.

'Cultural Heritage: 7 Successes of UNESCO's Preservation Work' (UNESCO, 2023) accessed 22 June 2023.

Cultural Rights and The Protection of Cultural Heritage, Human Rights Council, A/HRC/RES/33/20, (2016).

'Customary International Humanitarian Law: Rule 38' (ICRC, 2005) accessed 12 September 2023.

'Customary International Humanitarian Law: Rule 40' (ICRC, 2005) accessed 12 September 2023.

'ICOM Launches the Emergency Red List of Cultural Objects at Risk – Ukraine, International Council of Museums' (ICOM, 24 November 2022) accessed 22 June 2023.

Portala J, 'U.N. Cultural Agency Moves to Protect Ukraine's Heritage Sites' (Reuters, 8 March 2022) accessed 15 May 2023.

'Practice Relating to Rule 39, Use of Cultural Property for Military Purposes Russian Federation Military Manuals (ICRC) accessed 7 March 2023.

Protection of Cultural Heritage in Armed Conflicts, European Parliament, Briefing (EP March 2016) accessed 7 March 2023.

Psikowska-Schnass M, '*Russia's War on Ukraine's Cultural Heritage*' (EPRC, 22 April 2022) accessed 1 June 2023.

'Targeted Destruction of Ukraine's Culture Must Stop: UN Experts' (UNHROHC, 22 February 2023) accessed 7 March 2023.

'UNESCO Statement' (UNESCO, 8 March 2022) accessed 12 September 2023.

'When Cultural Heritage Becomes Collateral Damage in War' (Swissinfo, 15 April 2022) accessed 5 June 2023.

'Перелік пам'яток культурної спадщини національного значення, занесених до Державного реєстру нерухомих пам'яток України' (The Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine) accessed 10 April 2023.

Borrowing and Transplant in South Asian Constitutionalism: Comparative Analysis

Güney Asya Anayasacılığında Ödünç ve Nakil: Karşılaştırmalı Bir Analiz

Md. Zobayer Akon^{*} , ASM Mahmudul Hasan^{**} , Md. Minhajul Abedin Chowdhury^{***} 

Abstract

The study at hand posits that the phenomenon of constitutional borrowing and transplant in South Asia is evident in both big-C and small-c constitutional frameworks. This text submits that the demonstration of shared constitutional features encourages borrowing through constitutional similarities. The journey of constitutional formation in South Asia following decolonisation is frequently infused with global commitment to rights. The growing significance of international law and globalisation has contributed to the upsurge of constitutional transplants as a trend in South Asia. The present research illustrates how the rise of judicial activism in favour of welfare for average citizens in South Asia functions as a precursor to the adoption of constitutional borrowing. The assertion is put forth that when extra-constitutionalism takes hold, the constitutional behavioural patterns in this region remain homogeneous. Therefore, lending and borrowing occur in two distinct ways: plausibly and abusively. Several factors, such as colonial legacy, legal education, and the active role of constitutional experts in the workflow of constitution-making, contribute to the increase in constitutional borrowing and transplantation in South Asia. This argument proposes that the consideration of context specificity is imperative in the study of comparative public law and should not be brushed aside. Simultaneously, judicial art that considers globalisation is more beneficial to justice than parochialism.

Keywords

Constitutional Borrowing, International Constitutionalism, Legal Transplant, Public Interest Litigation, South Asia

Öz

Bu çalışma, Güney Asya'da büyük A (big C) ve küçük a (small c) anayasal çerçevelerde anayasal ödünç alma ve nakil olgusunun belirgin olduğunu öne sürmektedir. Metin, ortak anayasal özelliklerin sergilenmesinin, anayasal benzerlikler yoluyla ödünç almaya teşvik ettiğini ileri sürmektedir. Güney Asya'da sömürgecilik sonrası anayasal oluşum süreci, sıklıkla dünya çapında haklara olan bağlılıkla harmanlanmıştır. Uluslararası hukuk ve küreselleşmenin artan önemi, Güney Asya'da anayasal nakil eğiliminde bir artışa katkıda bulunmuştur. Mevcut araştırma, Güney Asya'da ortalama vatandaşın refahı lehine yargı aktivizminin, anayasal ödünç almanın benimsenmesinde nasıl bir öncü işlevi görgüğünü göstermektedir. Anayasa dışılık yerleştiğinde, bu bölgedeki anayasal davranış kalıplarının homojen kaldığı ileri sürülmektedir. Bu nedenle, ödünç verme ve alma, makul ve kötüye kullanılabilir olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleşmektedir. Sömürge mirası, hukuk eğitimi ve anayasa yapım sürecinde anayasa uzmanlarının aktif rolü gibi birkaç faktör, Güney Asya'da anayasal ödünç alma ve naklin artışına katkıda bulunmaktadır. Argüman olarak Karşılaştırmalı kamu hukuku çalışmalarında bağlamın özgüllüğünün dikkate alınmasının zorunlu olduğu ve göz ardı edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aynı zamanda, küreselleşmeyi hesaba katan yargı sanatı, dar görüşlülükten daha fazla adalet davasına yarar sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Anayasal Ödünç, Uluslararası Anayasacılık, Kanuni Nakil, Kamu Yararı Davaları, and Güney Asya

^{*} Md. Zobayer Akon (Lecturer), Bangladesh University of Business and Technology, Department of Law & Justice, Dhaka, Bangladesh. E-mail: zobayerakon@proton.me ORCID: 0009-0006-2981-0770

^{**} Corresponding author: ASM Mahmudul Hasan (Asst. Prof.) Karabuk University, Department of International Relations, Karabuk, Türkiye, E-mail: abusalehhasan@karabuk.edu.tr ORCID: 0000-0001-8833-5101

^{***} Md. Minhajul Abedin Chowdhury (Asst. Prof.), Bangladesh University of Business and Technology, Department of Law & Justice, Dhaka, Bangladesh, E-mail: chowdhuryminhajulabedin@gmail.com ORCID: 0009-0008-7560-4120

To cite this article: Akon Z, Hasan M, Chowdhury MA, "Borrowing and Transplant in South Asian Constitutionalism: Comparative Analysis" (2024) 44(1) PPIL 149. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.13062158>

Introduction

South Asia, a labyrinthine assortment of multi-ethnic, multi-lingual, and multi-religious heterogeneity, constitutes the world's most colourful place. Unanimity in discerning the contour of this region is hardly possible. Preponderant views suggest India, Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka, Nepal, Bhutan, Maldives, and Afghanistan, and some include¹ Burma.²

The region is endowed with some commonalities i.e. shared history of people-prone social movements, colonial legal heritage, concurrent constitution making after decolonisation, homogenous constitutional wording, and model and analogous constitutional litigation. These constitutional resemblances compel South Asian states to look into their neighbouring peers and colonial predecessors, which is the result of inter- and intra-regional constitutional borrowing. Initial democracies in this region are often encumbered with similar constitutional predicaments, *including* emergency, subversion of constitutions by usurpers, revulsion to minorities, and stealth theocracy. Such commonality contributes to the inapposite application of constitutional axioms and opportunistic selections indicative of abusive constitutional borrowing in the region.

The wind of globalisation in the post-war era, ubiquity of international law, jurisprudential refurbishment in the 1960s and 1970s in the United States of America (USA) and the United Kingdom (UK) and their metamorphosis from *Laissez faire* to welfare state exerted a monumental influence on constitutional judges who lacked the ability to borrow from global development. Constitutional borrowing is ineluctable for newcomers to the realm of constitutionalism to which most South Asian countries benefit. This constitutional cosmopolitanism often results in the constitutional imperialism that emerges from borrowing without context specificity.

In South Asia, constitutional borrowing is mainly two-fold. Borrowing in making the constitution and borrowing in interpretation of the Constitution. The former is accomplished by the constituent assembly, and the latter is spearheaded by the judiciary. Truly, all constitutional similarities are not due to borrowing. All commonly own some inherent rights. Some trans-judicial interactions may occur to demarcate the periphery of common constitutional rights.

I. Overview of the Study

This study examined the extent of constitutional borrowing and transplantation in South Asia. It finds that constitutional borrowing and transplantation are anomalous and lack theoretical underpinnings. Countries in this region borrow without following

1 Kevin YI Tan and Ridwanul Hoque, 'South Asian Constitutional Foundings: Beyond History' in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 2.

2 Maneka Guruswamy, 'Constitution Crafting in South Asia: Lesson on Accommodation and Alienation' in David Landau and Hanna Lerner (eds), *Comparative Constitution Making*, (Edward Elgar Publishing 2019) 463.

any rules that often open Pandora's Box, i.e. abusive constitutional borrowing. The study comprises five sections. This one demarcates the purview of the study. The second section scrutinised the theories and found that theories of comparative public law, although amorphous indoctrination exists in some cases, are no longer inchoate. Further, it identifies factors that escalate or delay constitutional borrowing.

The third condition dilates upon borrowing constitutional rights. It deduced that courts extensively borrow in understanding the parlance of rights from the global north and from International law. This shows that Indian judgments impact its neighbouring peers and create intra-regional borrowing.

The fourth probes borrowing and transplanting constitutional ideas and cultures in South Asia. This shows that constitutional ideas, after being borrowed, are refashioned through indigenisation. Constitutional cultures like emergency and minority treatment are imbued with the behavioural patterns of neighbouring countries. This enhances constitutional cultural borrowing. Some factors like colonial heritage, experts' roles, legal education, and constituent assembly are instrumental to borrowing. The last chapter recapitulates the crux points based on which it delineates some guidelines to minimise abusive constitutional borrowing in South Asia.

A lamentable home truth is that scholarship on south Asian comparative constitutionalism and constitutional history, which is a relatively unexplored area,³ is not inexhaustible, but sparse. Asia, comparatively unheeded, receives less attention than we might expect.⁴ Scholars' reticence is also flagrant in historic works on Asian governance and state building.⁵ A dearth of literature ensued from various factors. The absence of important debates has made this region neglected.⁶ Scholars in this area are seemingly averse to regional comparative studies; rather, they are ardent to delve into their own respective states.⁷ The shortage of funds and resources in south Asian law faculties is another predicament.⁸ The quality of law schools and legal research is not markedly robust in some cases.⁹ Meagre incentive and little academic recognition fail to rightly embolden researchers to take up cudgels.¹⁰

3 Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam, 'Introduction Reviving South Asian Comparative Constitutionalism' in Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013) 3.

4 Mark Tushnet and Madhav Khosla, 'Unstable Constitutionalism' in Mark Tushnet and Madhav Khosla (eds), *Unstable constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press 2015) 3.

5 Tan and Hoque (n 1) 4.

6 Sujit Choudhry, 'How to Do Constitutional Law and Politics in South Asia', in Mark Tushnet and Madhav Khosla (eds), *Unstable constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press 2015) 18.

7 Tan and Hoque (n 1) 4.

8 *ibid.*

9 Daniel Bonilla Maldonado, 'Towards a Constitutionalism of the Global South' in Daniel Bonilla Maldonado (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge University Press 2013) 1–10.

10 Khilnani, Raghavan, and Thiruvengadam (n 3) 4.

Some aspects of constitutional borrowings and transplants can be inferred from existing scholarship relating to South Asian constitutionalism, but an elaborate account is yet to be drawn up. This study is destined to address this lacuna by comparatively analyse the constitutional borrowing and transplantation in South Asia.

II. Borrowing and Transplantation: Unravelling Nomenclatures

No one begins writing a constitution from scratch.¹¹ The migration of constitutional ideas across legal systems is rapidly emerging as a central feature of contemporary constitutional practise.¹² Currently, borrowing is a legitimate and widely accepted part of constitutional lawmaking.¹³ The United States' jurisprudential genuflexion towards the ubiquity of trans-judicial dialogical¹⁴ interaction¹⁵ buttresses this thesis. Present 'heydays of comparative constitutional law' witnessed adjoining of 'last bastion of constitutional parochialism', i.e. the US, to the intermingled cosmopolitan comparative discourse.¹⁶ Scholars' recourse to comparative studies premised upon the dictum that more knowledge is generally better than less.¹⁷

A. Lacuna in Methodological Coherence

The globalisation of modern constitutionalism has rejuvenated the scholarly arena of comparative law.¹⁸ Hirschl argued that such academic euphoria is tainted with a blurred methodological matrix, resulting in incoherent theoretical craftsmanship in comparative constitutional studies.¹⁹ He argues that legal literature on the patterns of constitutional phenomenon and their causes falls short of advancing knowledge by tracing causal links among pertinent variables, let alone contributing to theory

11 Wilktor Osiatynski, 'Paradoxes of Constitutional Borrowing' (2003) 1.2. I.CON, 244–244.

12 Sujit Choudhry, 'Migration As A New Metaphor In Comparative Constitutional Law' in Sujit Choudhry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 13.

13 Nelson Tebbe and Robert L. Tsai, 'Constitutional Borrowing' (2010) 108 Michigan Law Review 459, 462.

14 According to the Dialogical model, the constitution culture can be acquainted with the rest by using foreign law and not avoiding judicial self-awareness. Sujit Choudhry, 'How to Do Comparative Constitutional Law in India' in Mark Tushnet and Madhav Khosla (eds), *Unstable constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press, 2015) 46, 64–65. See Sujit Choudhry, 'Globalisation in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation' (1999) 74 Indiana Law Journal 819.

15 Bryer and Scalia are the protagonists of this jurisprudential drama. While one endorsing the pertinence of foreign judgments as 'relevant and informative' and 'useful even though not binding', the latter, as a quintessence of originalism, could not bolster this comparativist for being repugnant to sovereignty and democracy. See The Relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer' (2005) 3 International Journal of Constitutional Law 519. The Court's overreliance on foreign decisions in *Lawrence* is a harbinger of the erosion of US's exceptionalism. Regarding jurisprudential controversy pertaining to foreign decisions in U.S. see Michel Rosenfield, 'Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship', in Michel Rosenfield and Adras Sajo (eds), *Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press 2012) 38.

16 Ran Hirschl, 'On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law' in Sujit Choudhry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 39.

17 Mark Tushnet, *Weak Courts and Strong rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press, 2008) 4; Mark Tushnet, 'Some Reflections On Method in Comparative Constitutional Law' in Sujit Choudhry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 67.

18 Sujit Choudhry 'Migration As a New Metaphor in Comparative Constitutional Law' (n 12) 1, 25.

19 Ran Hirschl (n 16) 39.

building through the substantiation or refutation of testable hypotheses.²⁰ The ‘lack of methodological rigour’ ensued from the failure to deploy social scientific research methods of controlled comparison, research design and case selection necessary to draw causal inferences. He describes four comparative inquiries²¹ that may help to come out of mere taxonomical scholarship and craft robust normative claims to understand why migration occurs and how it underlies a coherent epistemological foundation through proper theory-building.

B. Overview of the Methodologies

Tushnet retorts to the accusation concerning the dearth of methodologies by giving an elaborate account by propounding three ways of comparative constitutional law, i.e. normative universalism, functionalism, and contextualism. Contextualism comprises two variants: simple contextualism and expressivism.²²

1. Normative Universalism

Constitutions everywhere embrace some ubiquitous fundamental principles. This can be evidenced by the pervasive expansion of the idea of human rights and equal treatment. Universalists seek just and good principles that transcend jurisdiction. They researched comparative constitutional law to determine how specific constitutions embodied universal principles. We can better understand the fundamentals by comparing different versions. Using this improved understanding, we might then be able to improve a home system version of one or more principles.²³ Universalism sought to understand how constitutional concepts created in one system might be related to those developed in another, either because the ideas seek to capture the same normative value or because they seek to structure a government to carry out the same functions.²⁴

2. Functionalism

Functionalism²⁵, as Jackson argued, perhaps occupies the position of the most dominant method in comparative constitutional law.²⁶ It claims that particular constitutional provisions create arrangements that serve particular functions in

20 *ibid* 40.

21 They are i.e., most similar, most dissimilar, prototypal, and most difficult cases.

22 Mark Tushnet, ‘The Possibilities of Comparative Constitutional Law’, (1999) 108 *The Yale Law Journal*, 1225.

23 Mark Tushnet, ‘Reflections on Comparative Constitutional Law’ in Sujit Choudhury (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 67.

24 *ibid* 68.

25 See B. Ackerman, ‘The New Separation of Powers’ (2000) 113 *Harvard Law Review*, 633.

26 Vicki C. Jackson, ‘Comparative Constitutional Law: Methodologies’ in Michel Rosenfeld and Adras Sajo (eds), *Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press 2012) 62.

governance systems. Comparative constitutional analysis can help identify such purposes and demonstrate how different constitutional provisions perform the same function in different constitutional systems.²⁷

Functionalism resembles universalism in the sense that it keeps the other constitutional systems within its study ambit.²⁸ Every country is grappling with a set of analogous problems.²⁹ Functionalism seeks to produce solutions by examining other systems and their operations in the real-world, and it desires to seek the best-suited function that will benefit a particular system.³⁰ Well-functioning political institutions serving common functions may provide useful insights and an elaboration of functional themes already present in domestic law.³¹ Functionalists tend to focus on issues related to government structure.

3. Expressivism and Contextualism

Expressivism, seemingly having a tautological semblance to full-fledged functionalism, emerges from each nation's distinctive history and character.³² Expressivism takes constitutional ideas to express a nation's self-understanding. This sheds light on the way a nation defines itself and on how nations view constitutional doctrines and institutional arrangements.³³

Contextualism emphasises the fact that constitutional law is deeply embedded in each nation's institutional, doctrinal, social, and cultural contexts and that we are likely to err if we try to think about any specific doctrine or institution without appreciating how tightly linked it is to all the contexts within which it exists.³⁴

4. Bricolage

Bricolage, as a borrowed nomenclature,³⁵ can be termed the deployment of whatever is available at hand from the analogous constitutional ethos of other nations.³⁶ Unlike functionalists and expressivists, bricoleurs are not anxious about whether the selection is congruent with the theoretical framework. If there are any procedural constraints, a constitutional ricoeur can rely on adjacent jurisprudential experience. Justice Scalia's

27 Mark Tushnet, 'The Possibilities of Comparative Constitutional Law' (n 22) 1228.

28 Mark Tushnet, 'Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law' (n 17) 72.

29 Mary Ann Glendon, 'Rights in Twentieth-Century Constitution's (1992) 59 *U. CH. L. Rev.* 519.

30 Mark Tushnet, *Weak Courts and Strong rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (n 17) 9.

31 Mark Tushnet, 'The Possibilities of Comparative Constitutional Law' (n 22) 1239.

32 *ibid* 1270. For an example of an expressivism approach, see Glendon, (n 29) 519,524.

33 Tushnet, 'Some Reflections On Method in Comparative Constitutional Law' (n 17) 79.

34 *ibid* 76.

35 See, Claude Levi-Strauss, *The Savage Mind*, (University of Chicago Press) 16-17.

36 Mark Tushnet, 'The Possibilities of Comparative Constitutional Law' (n 22) 1285.

suggestion to the constitutional designer regarding learning from constitutional experience elsewhere is akin to this thesis.³⁷

It is proposed that this theoretical framework indicates bridging lacuna under the adroit tutelage of comparative scholars. Although it remains nascent, there is no more elementary. At the same time, in the practical field, these theories are incongruently applied. Borrowers are either hardly mindful of theoretical frameworks or utterly in cognisant of these theories, as most of them are not in academia. In some cases, constitutions are an outcome of political compromise and have failed to integrate whole. Then, applying a single theory will not serve this purpose. Sometimes necessity cannot be confined to a single peripheral theory. Bricolage dexterously alleviates these epistemological imbroglios.

C. Defining Metaphors: Borrowing and Transplantation

The history of a system of laws is largely a history of borrowing legal materials from other legal systems.³⁸ Instances of cross-jurisdictional legal transfer are becoming ubiquitous.³⁹ It is a central feature of contemporary constitutional practise.⁴⁰ The crux of idea is ‘seeking to adapt constitutional norms found in others for their own purposes’.⁴¹ Transplant is described as “*importing an idea into a new domain is tempting when the idea possesses a track record of success in the sense that it seems defensible, has proven useful, or, quite apart from its demonstrated utility, enjoys support among specialists or the public.*”⁴² The idea was proposed by Alan Watson in *Legal Transplants* (1974).⁴³ Watson claimed that legal transplants involve transferring rules between legal systems, while refuting the transplant axiom of Legrand, the impossibility of legal transplantation.⁴⁴

There is a schismatic battle among metaphors. Borrowing, allegedly not capturing the full range of uses,⁴⁵ is emblematic of ownership and interaction among equals that are subject to return, unscathed, and unaltered, and does not always occur in cross-constitutional transactions. Transplant is allegedly inapposite because the constitutional

37 *Printz v. United States*, 521 US 898, 921.

38 Roscoe Pound, *The Formative Era of American Law* (Brown and Company, 1938) 94.

39 Vlad Perju ‘Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations’ in Michel Rosenfield and Adras Sajo (eds), *Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press 2012) 1305.

40 Sujit Choudhry, ‘Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law’ (n 12) 16.

41 Rosalind Dixon and David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalisation and the Subversion of Liberal Democracy*, (OUP, 2021) 42 For a detailed definitional discussion, see Tebbe and Tsai, (n 13) 462-66.

42 Tebbe and Tsai, (n 13) 472.

43 *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Scottish Academic Press) 1974.

44 P. Legrand, ‘What Legal Transplants’ in D. Nelken and J. Feest (eds), *Adapting Legal Cultures* (Hart Publishing 2001) 55, 59.

45 Choudhury, ‘Migration as New Metaphor in Comparative Constitutional Law’ (n 12) 20.

idea is embedded in one culture and cannot be befitted in another culture in *Toto*.⁴⁶ Presumably, any hard and fast rule of borrowing is inexistent because of amorphous indoctrination.

Borrowing, transplantation, and migration often overlaps and are used interchangeably because ‘constitutional phenomena are so diverse that no single metaphor can aptly capture them all’⁴⁷. Borrowing also includes non-borrowing.

1. Paradoxes of Constitutional Borrowing

Obvious ambivalence is embedded in borrowing that makes it both ineluctable and impossible.⁴⁸ Incumbent draughters exigently feel to look to their peers for solutions to common problems with which others are also encumbered. At the same time, adherence to context specificity, a sense of nation pride, and cultural factors create reluctance to give *carte blanche* to unbridled borrowing. The conundrum is aptly depicted as the draughters of the constitutions did not have any doubt that they had to borrow, but they wanted to borrow it by their own way.⁴⁹

American constitutional jurisprudence, torn between exceptionalism and comparativist, is an exponent of this paradox. While Scalia acceded to the pertinence of old English law because it serves as the foundational backdrop of American constitutional design, he vehemently rejected foreign law applications in other cases.⁵⁰ Cynicism towards alien transplantation reverberates in the United States. Chief Justice denying borrowing.⁵¹ While another Constitutional Judge of South Africa also advocates constitutional borrowing.⁵² This dichotomous paradox occurs when some believe that foreign materials are helpful; others, that their use is obfuscatory and illegitimate.⁵³

46 See for ‘Mirror theory of law’ William Ewald, ‘Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants’ (1995) 43 American Journal of Comparative Law 489.

47 Vlad Perju, (n 39) 1304, 1308.

48 See Osiatynski, (n 11) 244.

49 Ret R. Luidwikowski, ‘Constitutional Culture of the New Eastern European Democracies in Constitutional Culture’ in Mirosław Wyrzykowski (ed), *Constitutional Culture* (ISP 2001) 61.

50 (2005) 3 *Int J Const L* 519, 525.

51 ‘If we’re relying on a decision from a German judge about what our Constitution means, no President accountable to the people appointed that judge, and no senate accountable to the people confirmed that judge, and yet he’s playing a role in shaping a law that binds the people in this country. I think that’s a concern that must be addressed.’ Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr (13 September 2005)

52 ‘If I draw on statements by certain United States Supreme Court Justices, I do so not because I treat their decisions as precedents to be applied in our Courts, but because their dicta articulate in an elegant and helpful manner problems which face any modern court dealing with what has loosely been called state/church relations. Thus, though drawn from another legal culture, they express values and dilemmas in a way which I find most helpful in elucidating the meaning of our own constitutional text.’ Justice Albie Sachs in *S. v. Lawrence, S. v. Negal, S. v. Solberg*, (4) SA 1176, 1223 (South Africa 1997).

53 Michel Rosenfeld (n 15) 40.

D. Abusive Constitutional Borrowing

Authoritarians have adapted by borrowing liberal democracy to advance their own ends.⁵⁴ With respect to teleology, abusive Constitutional borrowing is defined as ‘abusive constitutional borrowing involves the use of designs, concepts, and principles taken from core aspects of liberal democratic constitutionalism, but which are turned into attacks on the minimum core of electoral democracy’.⁵⁵ Abusive borrowing comprises four typologies, albeit not ‘hermetically sealed’, expected in foregoing paragraphs.

Superficial borrowing that accommodates the form but is devoid of substance is termed as ‘sham borrowing’. Another form of selective abusive borrowing is selective borrowing, that is, selectivity in borrowing debarred the adaptation of an integrated package as a whole rather than borrowing in piecemeal accordance with instrumental necessity. Contextual borrowing, shorn of acculturation, denotes importing constitutional norms in a de-contextualised way, being oblivious to the host country’s contextual milieu. Anti-purposive borrowing denotes borrowing a form of constitutional norm with an oblique motive and purpose antithetical to, sometimes polar opposite to, the essence of the idea.⁵⁶

E. Facilitating and Retarding Factors in Cross Constitutional Borrowing

1. Time of Constitutional-Borrowing

The borrowing of constitutional norms may be of, *inter alia*, two forms, e.g. rights and constitutional institutions⁵⁷. One possible third is borrowing of constitutional practise and culture without formal means. The formal stage, i.e. constitutional-assembly-stage is susceptible to borrowing.⁵⁸ After promulgation, constitutional borrowing occurs through judicial review and constitutional amendment. The practise can be accessed at any time.

2. Universalism and Cultural Relativism Dichotomy

The old debate, one of the oldest legal discussions, often erects stumbling blocks in borrowing. Cultural relativists⁵⁹ oppose legal infiltration, while universalists staunchly advocate universal homogeneity.⁶⁰ The fear of outsiders’ imperialism sometimes acts

54 Dixon and Landau (n 41) 11.

55 *ibid* 37.

56 Dixon and Landau (n. 41) 43.

57 Osiatynski (n 11) 254.

58 See Yash Ghai, ‘The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making’ (2006) 25.

59 ‘The arguments for rejection were always the same: “we are different.” Osiatynski, (n 11) 259.

60 On this debate, see Jack Donnelly, ‘Cultural Relativism and Universal Human Rights’ (1984) 6 *Human Rights Quarterly*, 400.

as a bulwark against wanton borrowing and transplants. For example, the right to same-sex marriage⁶¹ or euthanasia will hardly be borrowed in theocracy.

3. Globalisation

In this era of far-flung globalisation, it has become the ‘cliché of our time’. The present interwoven world and transjudicial migration are emboldened by such an upsurge. Globalisation means the lawyers of one country routinely interact with the other nation’s legal system.⁶² However, the mischievous impact of globalisation arouses cynicism to ponder whether such uniformisation, inspired by the theme of ‘civilising mission’, is covert imperialism. Some voices tilted towards legal pluralism also.⁶³

4. Outsider’s Obtrusion

Constitutional transplantation occurs when alien counterparts are opted to design the constitutional tapestry of a certain country. Post-war constitution-making in Japan and Germany witnessed the western legal transplantation, by imposing several conditions on constitutionalism through axis power. Al-Ali showed external influence in the formation of the Iraqi constitution.⁶⁴ Bangladesh’s constitution-making process is also influenced by ‘world’s super power and India’.⁶⁵ The United Nations (UN) has become a major voice in shaping constitution-making processes and texts.⁶⁶

5. Constitutional Confluence in the Global South

Countries in South Asia belong to the global south. Maldonado showed that constitutionalism in the global south is endowed with distinct assimilative epithets that aggrandise inter-constitutional migration in the global south and borrow from the global north.⁶⁷ The low level of legal scholarship, epistemological dependence on the North, and the formalist concept of laws in the global south compels researchers to probe the legal literature of the North. Innumerable instances exist, indicating the inflow of norms from north to south. The major legal systems in the global south are based on continental Europe or Angle-American law.⁶⁸ This also increases borrowing and transplant.

61 See Brenda Cossman, ‘Migrating Marriages And Comparative Constitutionalism’ in Sujit Choudhury (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 209.

62 Mark Tushnet, ‘The Inevitable Globalisation of Constitutional Law’ (2009) 49 *Virginia Journal of International Law*, 985, 993.

63 See, Werner Menski, *Comparative Law in Global Context: The Legal System of Asia and Africa* (Cambridge University Press 2006) 115.

64 See Zadid Al-Ali, ‘Constitutional Drafting and External Influence’ in Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds) *Comparative Constitutional Law* (Edward Edgar 2011) 77-95.

65 Ridwanul Hoque ‘The Founding and Making of Bangladesh’s Constitution’, in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 91, 119.

66 Dixon and Landau (n 41) 9.

67 Maldonado (n 9) 1.

68 *ibid* 5.

6. Other Factors

A myriad of factors exert an impact on borrowing. Legal education can be one such institution. Halperin showed that persons well versed in English law contributed to ‘transplant’ English law in India.⁶⁹ Wide-ranging internationalisation acts as a conduit for migration within national jurisdiction.⁷⁰ Comparative constitutional law academics and experts are important borrowing-promotive factors. Post-colonial countries often borrow from their colonial masters.⁷¹ ‘Trans-judicial communication’⁷² among judges often facilitates borrowing.⁷³ The resemblance is ‘post-war juridical paradigm’, which enhances borrowing though some scholars decried against such ‘common model’⁷⁴ Citation of foreign judgments through the ‘guiding horizon, probative comparison or *contrario*’ can be another medium of constitutional borrowing.⁷⁵

III. The Convergence of Constitutional Rights and Remedies in South Asia

Ours is the age of comparative constitutionalism. Judiciary plays a crucial role in ‘constitutional gardening’. The South Asian constitutions incorporate fundamental rights in both justiciable⁷⁶ and non-justiciable⁷⁷ forms. Infringement of which can be rectified by judicial invocation. Similitudes are abundant in the contents of these rights, and violations are often analogous. Much homogeneity in South Asia compels judges understanding fundamental rights (FR) to look into other’s scenario. Sometimes, borrowing emanates from this backdrop.

A. Constitutional borrowing through judicial activism

Judiciary, being the least dangerous state branch with neither sword nor purse, cannot feed people nor give them jobs. However, it can erect a bulwark against state

69 Jean-Louis Halpérin, ‘Western Legal Transplants and India’ (2010) 2(1) *Global Law Review*, 14, 28.

70 Haque showed that the drafting of the Bangladesh constitution was influenced by international law. Muhammad Ekramul Haque, ‘The Bangladesh Constitutional Framework and Human Rights’ (2011) 22 *Dhaka University Law Journal*, 55, 59. See also Mattas Kumm, ‘Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement’, in Sujit Choudhury (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 256.

71 *ibid* 248.

72 Anne-Marie Slaughter, ‘A Typology of Transjudicial Communication’ (1994) 29 *University of Richmond Law Review* 99.

73 Gabor Halam, *Perspective on Global Constitutionalism and the Use of Foreign and International Law* (Eleven International Publishing 2014) 177.

74 Jeffrey Goldworthy ‘Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence’ in Sujit Choudhury (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006) 115.

75 See Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, *The Use of Foreign precedents by Constitutional Judges* (Hart Publishing 2013) 431.

76 Part III of the Constitution of India, 1950; Ch.1 of The Constitution of The Islamic Republic of Pakistan, 1973; Chapter II of The Constitution of the Peoples Republic of Bangladesh, 1972; Ch. III of The Constitution of the Democratic Socialist Republic of SRI Lanka, 1978; Chapter 3 of the Constitution of Nepal 2015, Art.8 of The Constitution of The Kingdom of Bhutan, Ch.2 of the Constitution of the Republic of Maldives, 2008; and Chapter 2 of the Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, 2004. For brevity, it is hereinafter called the Indian, Pakistan, Bangladesh, Sri Lankan, Nepal, Maldives, and Afghanistan constitutions.

77 Art.37 of the Indian Constitution, Art. 30 of the Pakistani Constitution, Art.8 of the Bangladeshi Constitution, Art.29 of the Sri Lankan Constitution, Art.55 Of the Nepalese and Maldives constitutions.

lawlessness through the act of vigilant activism. An activist judge⁷⁸, primacy over the text's spirit in lieu of clinging to it lexicographically, can loftily borrow from others while understanding the spirit of a constitution. This purpose is to rhyme with global trends, not be captive of past⁷⁹ or not being prey to the mechanical interpretation. Cross-country legal comparativist stirs judicial activism.⁸⁰

1. Public Interest Litigation: Extending the Standi

Post-war jurisprudential trajectory abdicated stringent adherence to textualism, and thus, the heydays of judicial conservatism started to dwindle by lowering the standing yardstick, and thus, the efflorescence of Public Interest Litigation (PIL) dawned. America spearheaded this PIL-effervescence in the late-1960s and the 1970s⁸¹ through some benchmark cases like *Brown*⁸² and *NAACP vs. Button*.⁸³ Appreciably, Britain also leaned towards eschewal of orthodox rule of standing.

Initially, this sub-continent, being subsumed under the common law system, adhered to stringent standing doctrine established by some British cases like *Lewisham Union*,⁸⁴ *Sidebotham*⁸⁵, which required a high threshold of standing to avail court, and the person aggrieved was narrowly construed.⁸⁶ Subsequently, in England, a metamorphosis from a limited approach to liberal leadership can be evidenced in the wake of global development.⁸⁷ In the 1970s, the English Court liberalised by adopting 'sufficient interest' in famous Balckburn cases.⁸⁸ These cases rightly emboldened South Asian Judges who merrily borrowed these contemporaneous developments by renouncing prior judicial rule. Hence, borrowing is of two sorts: the first restrictive rule of standing borrowed from the colonial predecessor and the liberal approach from the global practise.

78 Some epithets of activism appear in Husain's: Waris Husain *The Judicialization of Politics in Pakistan: A Comparative Study of Judicial Restraint and its Development in India, the United States, and Pakistan* (Routledge 2018) 3.

79 Justice Haleem in *Benazir Bhutto case*. PLD 1988 SC 416 at 421.

80 Ridwanul Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh, A Golden Means Approach* (Cambridge Scholars Publishing 2011) 237.

81 Dr. Hari Bansh Tripathi, 'Public Interest Litigation in Comparative Perspective' (2007) *NJA Law Journal*, 49, 56.

82 *Brown vs. Board of Education* (1954) 347 US 483, where the segregation of black populace was disavowed.

83 371 US 415.

84 [1897] 1 QB 498.

85 [1880] 14 Ch. D 458.

86 Justice D.A. Desai 'The Jurisprudential Basis of Public Interest Litigation' in Sara Hossaian, Shahdeen Malik, and Bushra Musa (eds), *Public Interest Litigation in South Asia* (UPL 1997) 22. Naim Ahmed, *Public Interest Litigation: Constitutional Issues and Remedies*, (BLAST 1999) 129.

87 M. Amirul Islam, 'A Review of Public Interest Litigation Experiences in South Asia' in Sara Hossaian, Shahdeen Malik, and Bushra Musa (eds), *Public Interest Litigation in South Asia* (UPL 1997) 55, 56.

88 *R v Commissioner of Police, Ex Parte Blackburn* [1968] 2 QB 118, *Blackburn vs. Attorney General* [1971] 1 WLR 1037, *R v Police Commissioner, Ex-parte Blackburn* [1973] QB 241.

The PIL of one is not a copy of another country. Each has distinct characteristics. The Bangladeshi PIL is emblazoned with its constitutional autochthony.⁸⁹ Pakistan's PIL is imbued with Islamic Social justice⁹⁰ which is 'steering force' of its constitutionalism. The Indian PIL is distinguished for its social orientation.⁹¹ However, some commonalities, like common colonial past,⁹² similar constitutional wording,⁹³ analogous constitutional litigation⁹⁴, or identical socioeconomic conditions, compel South Asian countries to ponder development elsewhere; thus, borrowing or transjudicial influence escalates. Another noteworthy commonality is that the spate of PIL/activism has reached its zenith after the lifting of an emergency, seemingly for the reclamation of self-legitimation, in India⁹⁵, Pakistan⁹⁶ and Bangladesh.⁹⁷ It warrants the conclusion that PIL thrives in democracy.

a. India

Primordially, India was in the grip of strict rule of standing derived from English jurisprudence.⁹⁸ Influx of PIL in the USA in the 1960s by the Warren Court⁹⁹ and liberalisation of standing in England¹⁰⁰ was of inspiration to Indian judges for jurisprudential borrowing across the Atlantic, and hence it might be characterised as 'modified' American PIL.¹⁰¹ However, Baxi retorted, arguing that distinctive birth history, growth, and its focus on have-nots distinguish it from American PIL. The nomenclature Social Action Litigation (SAL) befits Indians.¹⁰² The grandiose claim is

89 Per Justice BH Chowdhury in *Anwar Hossain*. 1989 BLD (Spl) 1 at 59, Mustafa Kamal J identified its absence of prior negotiation with the colonial master in *FAP-20*, Para 41.

90 In *Bhutto*, PLD 1988 SC 416 at 421, the court stated that the right is also guaranteed under Art. 2A (Islamic principles, Annex of Pakistan Constitution). See Faqir Hussain, 'Public Interest Litigation in Pakistan' (1993) PLD Journal 72.

91 Upendra Baxi, 'Taking Sufferings Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India', (1985) 4 Third World Legal Studies, 107. PN Bhagwati, 'Judicial Activism and Public Interest Litigation' (1985) 23 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 561.

92 Sara Hossain, Shahdeen Malik, and Bushra Musa (eds), *Public Interest Litigation in South Asia* (UPL 1997) xiii.

93 Justice Maynul Islam Chowdhury, *Maintainability of Writ petition: An Appraisal*, (Universal Book House, 2021), 34, asserts that Article 98 of the Pakistani Constitution is akin to Article 102(2) of the Bangladeshi Constitution. Justice Naimuddin Ahmed says it is 'verbatim reproduction' of Pakistan Constitution. Justice Naimuddin Ahmed, *Law of Preventive Detention in Bangladesh*, in Hossain, Malik and Musa (eds), *Public Interest Litigation in South Asia*, (n 86) 115. Similarly, almost the same writs are mentioned in Article 126(3) of the Sri Lankan Constitution and Article 32(2) of the Indian Constitution.

94 One inquisitive mind may see the factual similitude between Indian *Olga Tellis* and *ASK v Bangladesh; Bondhu Mukti Morcha* and *Darshn Maish; BNWLA and Vishakha; Maneka Gandhi and HM Ershad*.

95 Upendra Baxi, *The Indian Supreme Court and Politics* (Eastern Bok Company 1980) 126.

96 Maryam S. Khan, 'Genesis and Evolution of Public Interest Litigation in the Supreme Court of Pakistan' (2014) 28. 2 *Temple int. L and Comp. L. J.* 284, 290.

97 For details see below sec. 4.5. Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh* (n 80) 204.

98 Desai (n 86) 18; Husain (n 78) 89.

99 P.K. Tripathi, 'Foreign Precedents, and Constitutional Law' (1957) 57 *COLUM. L. REV.* 319, 319. Rajeev Dhavan, 'Borrowed Ideas: On the Impact of American Scholarship on Indian Law' (1985) 33 *AM. J. COMP. L.* 505.

100 Ahmed, *Public Interest Litigation: Constitutional Issues and Remedies* (n 86) 110-11.

101 Arun K. Thiruvengadam 'Revisiting The Role of the Judiciary in Plural Societies (1987)' in Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013) 342, 349.

102 Baxi, 'Taking Sufferings Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India' (n 91) 108; Bhagwati (n 91) 569.

counteracted by Agrawala, who insightfully argued that Indian PIL is philosophically no more distinct from American PIL; rather, it resembles and follows American development.¹⁰³ Another scholar decried with dismay that India had nothing original, everything is borrowed.¹⁰⁴ Arguably, this U.S.-slanted PIL jurisprudence in India is result of heightened borrowing.

Justice Bhagwati and Iyar¹⁰⁵ stirred the gear by their pro-poverty stances¹⁰⁶ and movement for legal aid. It inaugurated the court's metamorphosis from positivism to activism in the aftermath of an emergency. In relaxation of standing, Indian judges extensively relied on American cases and academic works.¹⁰⁷ In *Dabholkar*,¹⁰⁸ Justice Iyar rests on American cases i.e. *Baker vs. Carr*¹⁰⁹, and Lord Denning's rationale in *the Counsel for the Attorney-General of the Gambia v. Pierra Sarr N. Jie*.¹¹⁰ Besides, reliance was also placed on English academic work to jettison the stern standing rule. In a 1975 case, a court granted¹¹¹ some 'implicit nods' to US development. In the 1970s, the court, while allowing standing to labour organisations¹¹² or understanding the meaning of aggrieved persons,¹¹³ took recourse to American and English cases and academic works. In *habeas corpus* case, the court relied on various English cases, e.g. *R vs. Speyer*¹¹⁴ to loosen the grip on the iron rule of standing. In *Rajendra Kumar Chandemal*¹¹⁵ and, VD Deshpande, challenging¹¹⁶ illegal incarceration by persons sufficiently interested or allowed. In environmental case¹¹⁷, courts fervently borrow from overseas jurisdictions, international decisions, and even scholarly works.¹¹⁸ The Doctrine of Public Trust was borrowed in *M C Mehta v Kamal Nath*¹¹⁹, relying on

103 S.K. Agarwala, *Public Interest Litigation in India: A Critique* (Tripathi and Indian Law Institute 1987) 29.

104 Gobind Das, *Supreme Court in Quest of an Identity* (Eastern Book Company 1987) 33.

105 Some judgments of Iyar J in the mid-70s heralded a forthcoming change. *Bar Council of Maharashtra, v. M.V. Dabholkar* (1975), *Newabganj Sugar Mills* (1975), *75 Mumbai Kamgar Sabha v. Abdulbhai* (1976) and *Maharaj Singh v. State of U.P.* (1976).

106 Islam, 'A Review of Public Interest Litigation Experiences in South Asia' (n 87) 61.

107 Arun K. Thiruvengadam, 'In Pursuit of "The Common Illumination of Our House": Trans-Judicial Influence and the Origins of PIL Jurisprudence in South Asia' (2008) 2 *Indian J. Const. L.* 67, 87.

108 AIR 1975 SC 2092.

109 (1962) 369 US, 186.

110 1961 AC 617.

111 *Newabganj Sugar Mills Co., Ltd. Union of India* AIR 1976 SC 1152.

112 AIR 1976 SC 1455.

113 AIR 1976 SC 602.

114 [1916] 1 KB 595.

115 AIR 1957 Madhya Pradesh 60.

116 AIR 1955 Hyderabad 36.

117 Regarding Public Interest Environmental Litigation (PIEL) see Jona Razzak, *Public Interest Environmental Litigation in India, Bangladesh and Pakistan* (Kluwer Law International 2004) 25.

118 See *Andhra Pradesh Pollution Control Board. Nayudu* [2002] 3 LRC 275.

119 (1997) 1 SCC 388.

American scholarship¹²⁰ and later indigenised by the right to life.¹²¹

Contrarily, disavowal of US precedents by Indian courts is not unprecedented, and thus, contrario can be exemplified. Unlike the USA, the Indian PIL is initiated by the judiciary. The American limited-judicial review concept has been rejected by India and Pakistan.¹²² Indian judges refused to adhere to US case-laws owing to divergent constitutional texts or discrepant social milieus in myriad cases,¹²³ for instance, *Mahadeb Jiew v. Dr. Sen reprimanded the*¹²⁴ uncritical endorsement of American cases and declined to interpret the women's equality-right view from the American prism.

The phenomenal case *S.P. Gupata*¹²⁵ asserts that action inimical to the plurality at large is amenable to review¹²⁶ and resembles the line of argumentation in earlier British cases. This voluminous case does not bereft of invoking foreign precedents; rather, it carefully probed them,¹²⁷ and domestic cases.¹²⁸ An echo of the Bangladeshi Berubari principles¹²⁹ can be discerned in this *Judges case*.

Understandably, the Indian people-prone Supreme Court (SC), a social auditor,¹³⁰ did not hesitate to adopt a US-leaning activist approach to shield the FR¹³¹ and shifted from '*laissez faire* state to welfare state' with a view to make the 'Supreme Court for Indians'. Appreciably, it became an exponent of ricolour. People use Indian experiences to migrate across countries in this region.¹³²

120 J. L. Sax, 'The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention' (1970) 68 Michigan Law Review 471.

121 *M.I. Builders Private Ltd. v Radhey Shyam Sahu* (1999) 6 SCC 464, 466.

122 Husain, *The Judicialisation of Politics in Pakistan* (n 78) 8.

123 Thiruvengadam, 'In Pursuit of "The Common Illumination of Our House": Trans-Judicial Influence and the Origins of PIL Jurisprudence in South Asia' (n 107) 78.

124 AIR, 1951, Cal. 563.

125 AIR 1982 SC 149.

126 AIR 1982 SC 149 at 188. The court held that a person having sufficient interest can avail the court (para-22) but not a meddlesome interloper (para-17).

127 Manoj Mate, 'Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective' (2010) 12 *San Diego Int'l L.J.* 175, 194.

128 *K.R. Shenoy v. Udipi Municipality*. AIR 1974 SC 2177, where a taxpayer was granted standing against a municipality. *J.M. Desai v. Roshan Kumar*. AIR 1976 SC 578 At the very beginning, when Bhagwati J acceded, several foreign authorities were brought to court's account (para-1). Court cited, inter alia, *Queen v. Bowman* [1898] 1 Q.B. 578 (at para-15) and *McWhirter* [1973] Q.B. 629 (at para-21 & 956) to buttress the concept of sufficient interest.

129 Mustafa Kamal J in *FAP-20* case (para 33).

130 *Fertiliser Corp. Kamgar Union v. Union of India* AIR. 1981 S.C. 344.

131 *Hussainara Khatun vs. Home Secretary* (1980) 1-SSC 98 at 108. Where the court found no bar to adopt US-style activism.

132 Tushnet and Khosla, *Unstable Constitutionalism* (n 4) 6.

b. Pakistan

The first follower of the Indian PIL advancements was Pakistan¹³³ after the restoration of democracy in the 1980s¹³⁴ as a ‘post-emergency judicial catharsis’. However, prior to Indian efflorescence, a 1969 case took a more lenient view shunning stern rule endorsing ‘sufficient for maintaining a proceeding’ rule.¹³⁵ The PIL came to its culmination after the reinstatement of Chaudhry Chief Justice (CJ) in 2009, following the lawyer movement. It stirred an influx of self-intervention, hyper-activism, judicial populism, and the over-judicialization of mega-politics, which is tantamount to aristocracy.¹³⁶ Khan compendiously dilated on the Pakistani PIL itineraries.¹³⁷ Earlier she envisaged the Indian influence and selective borrowing by Pakistan in the 1990s. Though¹³⁸ jurisprudential resonance and proximities in reasoning give a ‘borrowed favour’ to Pakistani-PIL, there are some distinctively indigenous epithets e.g. Islamic principles.

The open-ended article 184(3) requires the court to entertain ‘question of public importance’, where the root of the PIL lies.¹³⁹ English¹⁴⁰ and Indian¹⁴¹ developments that escalated borrowing also influenced the court. *Benazir Bhutto*¹⁴² hinged on *S.P. Gupta* to allow standing. *Darsha Maish*¹⁴³ transplanted the ‘little Indian in large number’ of *S.P. Gupta* by ‘little Pakistanis’. It resembles the Indian *Bondhu Mukti Morcha*. To broaden the scope of the right to life as a right to environment in *Shehla Zia*¹⁴⁴, the court extensively borrowed from Indian jurisprudence, including the concept of establishing a commission to subdue environmental contamination.

c. Bangladesh

Bangladesh, in its incipient stages, optimistically acted as a harbinger of the South Asian PIL by adopting a worthwhile liberal stance in pursuing *Balckburn* cases even before Indian development.¹⁴⁵ *Berubari*¹⁴⁶ bestowed the foothold to a sufficiently

133 Ahmed, Public Interest Litigation: Constitutional Issues and Remedies (n 86) 17.

134 Sadaf Aziz, *The Constitution of Pakistan: A constitutional Analysis* (Hart Publishing 2018) 133.

135 *Fazle Din case* 21 DLR (SC) (1969)225 Pe Hamoodur Rahman J. This case is characterised as an exception to Ahmed. Ahmed, *J. Public Interest Litigation: Constitutional Issues and Remedies* (n 86) 116.

136 Sanaa Ahmed, ‘Supremely Fallible? Adebate on Judicial Restraint and Activism in Pakistan’ (2015) 9 ICL Journal 213, 238.

137 See Khan, ‘Genesis and Evolution of Public Interest Litigation in the Supreme Court of Pakistan’ (n 96) 284.

138 See Khan, ‘*The Politics of Public Interest Litigation in Pakistan in the 1990s*’ (n 135) 2.

139 Mohammad Haleem, C.J. in *Benazir Bhutto* PLD (1988) (SC) 413.

140 Ahmed, *J. Public Interest Litigation: Constitutional Issues and Remedies* (n 86) 117.

141 Thiruvengadam, ‘In Pursuit of “The Common Illumination of Our House”’: Trans-Judicial Influence and the Origins of PIL Jurisprudence in South Asia’ (n 107) 95-97.

142 PLD (1988) (SC) 413.

143 PLD 1990 SC 513.

144 PLD 1994 SC 693.

145 ATM Afzal CJ in FAP- 20 case at para-3.

146 (1974) 26 DLR (AD) 44.

interested person and differentiated justifiability from standing.¹⁴⁷ Here, reliance was posited on Pakistani case, i.e. *Mia Fazl Din Lahore Improvement Trust*¹⁴⁸ and English case namely *Blackburn V. Attorney General*¹⁴⁹ to substantiate the liberal construction of ‘person aggrieved’. The Court also dexterously demonstrated that the open-textured wording of article 102 accommodates standing in an infringement of fundamental rights that pervades across the country. Seemingly, the court took a textualist stance and bricolage. *Berubari* may outline that the court will remain congruent with the liberal view and herald the spawning of the PIL in Bangladesh.

However, the aborted seed was developed by *Berubari*, and it was nipped in the bud owing to obnoxious constitutional atrophy and de-clothing by military oligarchy after 1975. The court was immersed in orthodox rules during that period of slumber and inertia. Court borrowed English traditional retrogressive ethos of personal grievance to discard vicarious litigation.¹⁵⁰ Even the court declined to follow India because it did not have textual similarity in *Snagabadpatra*.¹⁵¹

In hindsight, the court reincarnated moribund *Berubari* in 1997 by implementing *Flood Action Plan Case 20*,¹⁵² which lifted many insurmountable setbacks. Impetus came from neighbouring developments¹⁵³, i.e. India and Pakistan.¹⁵⁴ *The SP Gupta* was seemingly instrumental in underpinning this reasoning.¹⁵⁵ Although the court considers the English,¹⁵⁶ Indian,¹⁵⁷ Pakistani¹⁵⁸, and Sri Lankan¹⁵⁹ developments, it dialogically interprets Art.102 and provides a teleological construction instead of blindly following foreign cases¹⁶⁰ The court opined that the Constitution should be interpreted in consideration of historic birth, along with the constitutional scheme and objectives. This people-centric, context-specific interpretation resembles expressivism theory. The court rejects, as a negative borrowing, a Philippian case¹⁶¹ of the standing of an unborn child.

147 Ridwanul Hoque, ‘Constitutionalism and the Judiciary in Bangladesh’ in Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013) 312.

148 (1969) 21 DLR (SC) 225.

149 (1971) 1 WLR 1037.

150 Instances are innumerable. In *Sangbadpatra*, opulent members were rejected. *Dada Match Workers Union* 29 DLR (1977) 674, *Zamiruddin Ahmed vs. Bangladesh* 34 DLR (1982) 34, *Khulna Shipyard Employees Union* 30 DLR (1978) 368.

151 12 BLD (AD) (1992) 153.

152 17 BLD (AD) (1997) 1, *FAP-20* is called ‘first real PIL’.

153 Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh* (n 80) 239.

154 Sumaiya Khair, *Legal Empowerment for the poor and the disadvantaged: Strategies, Achievements and Challenges* (CIDA 2006) 166.

155 Ridwanul Hoque, ‘Taking Justice Seriously: Judicial Public Interest and Constitutional Activism In Bangladesh’ (2006) 15(4) *Contemporary South Asia*, 399, 402.

156 Para-29 gives a comprehensive account of English development that includes *Balckburn* cases.

157 Para 33 considers *the S.P. Gupta* and Para. 35 demonstrate various Indian advancements in PIL.

158 *Benzir Bhutto* and *Shehla Zia* are cited in Para 38.

159 See para-36, 37.

160 Kamal J observed that our constitution is not a mere replica of the Anglo-Saxon Westminster system. (Para 41).

161 *Juan Antonio Oposa vs. Hon'ble Fulgencio S. Factoran* G.R. No. 101083, 224 S.C.R.A. 792 (1993).

The spike of borrowing came into being through environmental degradation cases and extended right to life¹⁶² jurisprudence. The court borrowed the jurisprudence Doctrine of Public Trust (DPT) from Indian cases and scholarly works.¹⁶³ Each of the four cases¹⁶⁴ regarding DPT referred to *MC Mehta*, and two of them¹⁶⁵ rested on Prof. Sax's article.¹⁶⁶ In the *Turag River case*, *Kamal J* demonstrates the constitutional provisions along with eleven laws embracing DPT and foreign referrals for persuasive value that indicates the court's functionalist approach.

Indubitably, PIL-jurisprudence in Bangladesh has been ameliorated and influenced by the development of elsewhere, notably Indian developments in the 1980s, by which it emancipates itself from tentacles of rigid textualism that the court inherited from its anterior legal predecessor i.e. Britain. The court also imbibed English liberal jurisprudence to widen the scope of public interest in the text. In a 1994 case,¹⁶⁷ the court defined 'public interest' based on English cases¹⁶⁸ and found no other concomitant text.

It cannot be gainsaid that Indian development exerts a monumental degree of influence in the furtherance of the Bangladeshi PIL, but a modicum of truth lies if one hegemonically claims 'PIL in Bangladesh is the fruit of Indian development'¹⁶⁹ where *Berubari* precedes *Judges' case*. Instances are abundant where the court rejects an Indian position. In a series of case¹⁷⁰, court relinquishes, as a contrario, the Indian subjective satisfaction test for preventive detention. Bangladeshi-PIL is not a mere post-emergency offspring, nor did it undergo a protracted birth like India, albeit a full-fledged PIL came to fruition after lifting the emergency.

d. Sri Lanka and Nepal

The Indian constitutional law is a source of borrowing for Sri Lanka¹⁷¹ and has persuasive value for judges.¹⁷² Samararatne found that Indian jurisprudence is

162 Muhammad Mahbubur Rahman, 'Right to Life in the constitution of India, Pakistan, and Bangladesh: An Appraisal', (2006) 17 Dhaka University Studies, 145.

163 See Md Azhar Uddin Bhuiyan, 'The Doctrine of Public Trust: Its Judicial Invocation in Bangladesh and the Future Potentials' (2021) 9 Jahangirnagar University Journal of Law, 89.

164 (2011) 16 BLC 386, (2010) 18 BLT 323, (2010) 22 BLC 48, (2019) WP 13989/2016.

165 *Alam, F.* (2010). 18 BLT 323, Human Rights & Peace for Bangladesh v Bangladesh (2019). WP No. 13989/2016.

166 Bhuiyan, 'The Doctrine of Public Trust' (n 163) 94.

167 *AR Shams-ud-Doha vs. Bangladesh* 46 DLR (1994) 405.

168 The court relied on two British cases, (1894) 1QB 133 and (1957) 2QB 169.

169 Thiruvengadam, 'In Pursuit of 'The Common Illumination of Our House: Trans-Judicial Influence and the Origins of PIL Jurisprudence in South Asia' (n 107) 97-102.

170 *Aruna Sen vs. Bangladesh* (1975). Interestingly, the court relied on the dissenting opinion of Lord Atkin in *the case of Liversidge. Parvin vs. Bangladesh* (1988) 40 DKR (AD) 178 at 183; *Abdul Latif Mirja*, 31 DLR (AD) 1979, 1.

171 Gary J. Jacobsohn and Shylashri Shankar, 'Constitutional Borrowing in South Asia: India, Sri Lanka, and Secular Constitutional Identity' in Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013) 182.

172 *Seneviratne and Another v University Grants Commission and Another* [1978-79-80] 1 Sri LR 182 (SCSL) 188.

instrumental to Sri Lankan public law development in three ways 1) direct borrowing 2) reinforcing reasoning by referral, and 3) creeping influence.¹⁷³

Like other countries, Sri Lanka initially advocated stringent standing rules.¹⁷⁴ In a 1982 case¹⁷⁵, the court adopted a sufficient interest role in accordance with English law. Then, recourse to Indian cases reinforced it. In a 2007 case¹⁷⁶, the Court invoked *S.P. Gupta* to ingrain the judicial review power. Environmental cases are filled with Indian references. In a Public interest environmental litigation (PIEL) case¹⁷⁷, the court fortifies its reasoning by resorting to Indian environmental cases¹⁷⁸ to accede to public interest. The court adjudged reliant on famous Indian cases, namely, *Bandhu Mukti Morcha* and *S.P. Gupta*, to engraft liberal standing rule.¹⁷⁹ In dealing with the Directive Principles,¹⁸⁰ environmental litigation,¹⁸¹ and equality cases, the court tailored its reasoning by borrowing from Indian jurisprudence. In the *habeas corpus* case¹⁸², the court exclusively relied on *Sebastian M Hongray v. Union of India*¹⁸³ to award costs to the petitioner. Arguably, the textual assimilation of the two countries escalates the borrowing.

Article 126 of the Sri Lankan Constitution is narrower than that of India. The court can only indict if a violation occurs due to executive or administrative action. The court is also precluded from reviewing the legislature. This narrow-textual wording resulted in rejecting the Indian position as a contrario. In a 2016 case¹⁸⁴, the court declined to be guided by the widened standing rule of India due to fundamental differences and a particularist stance.

The plethora of Indian citations by Sri Lankan courts warrants the fateful conclusion that the hegemonic influence of Indian jurisdiction pervades its neighbouring territories.¹⁸⁵

173 Dinesha Samararatne, 'Judicial Borrowing and Creeping Influences: Indian Jurisprudence in Sri Lankan Public Law', (2018) 2(3) *The Indian Law Review*, 205.

174 *Neville Fernando Case 2, Sri*. L.R.214, rejected the vicarious standing of a shareholder.

175 *Wijesiri v Siriwardene* [1982] 1 Sri LR 171 (SCSL).

176 *Senarath v Kumaratunga* [2007] 1 Sri LR 59 (SCSL).

177 *Sugathapala Mendis and Another v. Chandrika Kumaratunga and Others* [2008] 2 Sri LR 339 (SCSL).

178 (1995) 5 SCC 647 (SCI), *AP Pollution Control Board v. Nayudu* (1999) 2 SCC 718 (SCI).

179 *See Azath Salley v. Colombo Municipal Council* [2009], 1 Sri LR 365 (SCSL).

180 Article 129 of the Sri Lankan Constitution prevents it from being enforceable. Enforcement of which was sought in the case of *Environmental Foundation Limited et al. v. Attorney General* [1994] 1(1) SAELR 17. See also *Seneviratne and Another v University Grants Commission and Another* [1978-79-80] 1 Sri LR 182 (SCSL) 188. Where the court relied on *Keshavananda* to consider the position of the Directive Principles.

181 *Found. Ltd. v. Land Commun'r (The Kandalama Case)*, (1994) 1(2) *South Asian Environmental Law Reporter* 53, which was decided after Indian endorsement of right to environment is a FR in *RLEK v. State of U.P.*, AIR 1987 SC 2426.

182 *Leeda Violet v Vidanapathirana OIC, Police Station, Dickwella and Others* [1994] 3 Sri LR 377.

183 AIR 1984, SC. 1.

184 *Ceylon Electricity Board Accountants' Association v Minister of Power and Energy and Others* (SCSL 3 May 2016).

185 Rehan Abeyratne, 'Rethinking Judicial Independence in India and Sri Lanka' (2015) 10 *Asian Journal of Comparative Law*, 99, 133.

Nepal, having the most progressive South Asian constitution,¹⁸⁶ was fraught with tumultuous political upheavals and ardently availed comparative modalities in constitutionalism.¹⁸⁷ Nepal adroitly indigenised imported ideas and transplanted them into autochthonous jurisprudence. In the 1965 case, a¹⁸⁸ court allowed a challenging election procedure. However, in the Ambassador *Appointment case*¹⁸⁹, the Court adopted a rigid test of the PIL. The court reversed the decision by widening the standing in a series of cases.¹⁹⁰ In a myriad of cases, i.e. challenging women's equality¹⁹¹, marital rape¹⁹², homosexuality¹⁹³, and cow-slaughter¹⁹⁴, courts have delved into comparative law. Although Nepal is a beginner on PIL journey, the euphoria of PIL in adjacent jurisdictions has influenced Nepal.¹⁹⁵

The upshot of the above discussion is that the orthodox stringent standing rule was adopted in South Asia from Britain. Afterwards, India allowed the inflow of American liberal stance, and others followed Indian PIL. PIL sometimes acted as a way to address prior constitutional mayhem during an emergency. Courts are inclined to keep doors ajar for impoverished multitudes and hence depart from strict adversarial adjudication. Menski rightly opines that the South Asian PIL is legally more entrenched than the right-based-American one for its duty-based ramification.¹⁹⁶

B. Horizontality of the right side

Horizontality¹⁹⁷ of human rights has turned out to be a progressive trend in global practises, of constitutionalism¹⁹⁸, though not homogeneously adhered. Traditionally, courts were used to remain vigilant only against state actors and gave cold shoulder towards horizontality of rights.¹⁹⁹ However, the ubiquity of right protection exhorts

186 Islam, 'A Review of Public Interest Litigation Experiences in South Asia' (n 87) 65.

187 Mara Malagodi, 'Constitutional Developments in a Himalayan Kingdom' in Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013) 87.

188 *Banarasi Mahata v. Election Officer of Dhanusha & Others*, NKP 154 (SC 2022 BS).

189 *Adhikari v. Secretariat of the Council of Ministers*, NKP, 821 (SC 2048 BS) (1991 AD).

190 *Bal Krishna Neupane v. HMG, Ministry of Water and Power Resources*, and in *Bal Krishna Neupane v. PM Girija Prasad Koirala and Others*.

191 *Sapana Pradhan-Malla for the FWLD v. Ministry of Law and Justice*, 5 Sarvocca Adalat Bulletin, 1, Asoj 16–30, 2053.

192 *Meera Dhungana v. Ministry of Law and Justice* NKP 2052 (1995) Vol 5, 462.

193 *Tara Devi Poudel v. Cabinet Secretariat*, NKP 2058 Vol 43 No. 7/8, 375.

194 *Unequal Citizens* (The World Bank: Kathmandu 2006) 43.

195 Tripathi, 'Public Interest Litigation in Comparative Perspective' (n 81) 65.

196 W Menski, AR Alam and MK Raza, *Public Interest Litigation in Pakistan*, (Platinum Publishing Ltd 2000) 114-16.

197 Mark Tushnet, *Weak Courts and Strong rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (n 17) Ch. 7.

198 Ridwanul Hoque, 'Horizontality of Fundamental Rights in Bangladesh' (2021) 32(1) Dhaka University Law Journal 55, 71.

199 Age-old reluctance is reflected in court's numerous decisions e.g. in *India Zee Telefilms vs. The union of India* (2005) 4 SCC 649, and in *Sri Lanka Rienzie Perera v University Grants Commission* [1978-80] 1 Sri LR 128.

to lean towards horizontality,²⁰⁰ ‘one of the most important and hotly debated in comparative constitutional law’²⁰¹. South Asia is not an exception to this global practise²⁰² though remained noticeably unnoticed for a while²⁰³. The cases of South Asia showed that the concept of horizontality remained quiescent before global trends.²⁰⁴ This preparedness to align with global trends indicates trans-judicial migration.

1. India

India, having the oldest constitution in the region, acted as a torch bearer of horizontality in this region.²⁰⁵ Adjacent jurisdictions cited India as having greater persuasive value.²⁰⁶ India moved from its limited ability to pursue private action to horizontal protection.²⁰⁷ In a 1995 case, the Court affirmed its authority to issue appropriate directions to a State or private employer to ensure that the right to life is meaningful.²⁰⁸ Other jurisdictions borrowed this jurisprudence, as the next section shows.

2. Bangladesh

Originally, the constitutional provisions of Bangladesh’s carters for horizontal application.²⁰⁹ But the practise was not in vogue.²¹⁰ Some decisions indicate that

200 This global practise is evident from the wide-ranging acceptance of horizontality, e.g. Ireland, Canada (*Dolphin Delivery case* [1986]), Germany (*Luth Case*, 1958), and South Africa (*Du Plessis vs. De Klerk*, 1996), UK. USA clings to verticality. For a comparative discussion, see Mark Tushnet, ‘The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law’ (2003) 1 *International Journal of Constitutional Law* 79.

201 Stephen Gardbaum, ‘The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights’ (2003) 102(3) *Michigan Law Review* 387.

202 For instances of horizontal effects, to which I will soon come, see AIR 1982 SC 1473, 34 BLD 2014 HCD 129, 1 *Sri LR* 2005 167.

203 Rehan Abeyratne, ‘Ordinary Wrongs as Constitutional Rights: The Public Law Model of Torts in South Asia’ (2018) 54 *Texas International Law Journal* 1, 5.

204 Constitutional provision of Bangladesh originally carter for horizontal application (see Constitution of Bangladesh, HCD is empowered to ‘give such directions or orders to any person or authority’ for breach of fundamental rights (Article 102(1). But the practise was not in vogue. Contrarily, in Sri Lanka, fundamental rights infringed by ‘executive or administrative action’ is amenable to court’s scrutiny Article 126(2).

205 Article 32 of the Indian Constitution is reticent about who can file a writ. Article 226 also empowered the court to issue writ against ‘person’ also.

206 *Liberty Fashion* (note 216 below) cited Indian cases AIR 1989 SC 16 and AIR 1995 SC 922.

207 See Jeewan Reddy and Rajeev Dhavan, ‘*The Jurisprudence of Human Rights*’ in D M Beatty (ed), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (Martinus Nijhoff 1994) 175, 194.

208 AIR 1995 (SC) 922, See also the *Board of Control for Cricket in India case* AIR 2015 SC 3197, which argued that when fundamental rights are at stake, authority loses relevance.

209 Constitutionally, the HCD is empowered to ‘give such directions or orders to any person or authority’ for breach of fundamental rights under Article 102(1). (Emphasis mine). See also Justice Moyeenul Islam Chowdhury, *Maintainability of Writ Petition: An Appraisal* (Universal Book House 2021) 62-71. Hoque ‘Constitutionalism and the Judiciary in Bangladesh’ (n 147) 309.

210 *Sultana Nahar v Bangladesh* [1998] 18 BLD 361 (HCD), the court refused to take responsibility for the private parties’ committing illegality. However, in another case, *Zakir Hossain vs. GrameenPhone* (2003), the judicial review of private bodies was extended. In a 2006 case (58 DLR HCD 117), the court found that a private person could be charged with the violation of fundamental rights. Even a prominent constitutional lawyer has opined that. See Mahmudul Islam, *Constitutional Law of Bangladesh* (3rd edn, Mullick Brothers 2012) 608. Islam also argued for the reviewability of private authority in *Abdul Hakim* para 3.

lukewarm application was undercurrent before the 2014 decision.²¹¹ The court boldly endorsed horizontality in *Moulana, MD. Abdul Hakim v Bangladesh*²¹², where private bodies were brought within the frontier of judicial review for actions of public nature. Court heavily relied on the English *Datafin Test*.²¹³ Interestingly, court found that horizontality is constitutionally embedded but then also cited a bunch of ‘common law pronouncements’²¹⁴ for making it more persuasive. Judicial review in Bangladesh having ‘firm common law-base’ and hence it ardently stretches its gazes towards other common law jurisdictions to remain in harmony with contemporaneous developments. Indubitably, it enhances borrowing.

This newly defined public authority is an epitome of constitutional borrowing.²¹⁵ This borrowing is approvingly quoted in subsequent judgments.²¹⁶

3. Sri Lanka

In Sri Lanka, fundamental rights infringed by ‘executive or administrative action’ is amenable to court’s scrutiny.²¹⁷ Sri Lanka has a common trajectory of judicial stalemate towards private actions and the gradually leaning towards horizontality.²¹⁸ Sri Lanka adopted ‘function test’ applied in *Rajaratne* to determine whether a company serves public purposes.²¹⁹ Seemingly, the Court’s wide interpretation of ‘state action’ indicates the application of ‘indirect horizontality’, as in the earlier stages of Bangladesh. In a 2005 case, private entities that discharge public functions were subject to a writ of certiorari.²²⁰

211 See Hoque, ‘Horizontality of Fundamental Rights in Bangladesh’ (n 198) 58 calling it ‘indirect horizontality’. A 1984 case court brought a private body, namely, Grameen Phone, under judicial scrutiny for incurring extra-charge. 55 DLR 2003, 130.

212 34 BLD 2014 HCD 129. It is the first decision to hold a private party’s action, has some public ramifications, and is amenable to judicial review.

213 *R v Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin* [1987] QB 815 court also cited another English case, *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909.

214 *Abudl Hakim*, para 25.

215 See Ridwanul Hoque, ‘The ‘Datafin’ Turn in Bangladesh: Opening up Judicial Review of Private Bodies’ Admin Law Blog, 25 October 2017 https://adminlawblog.org/2017/10/25/ridwanul-hoque-the-datafin-turn-in-bangladeshopening-up-judicial-review-of-private-bodies/#_ftn9 accessed 20 March 2023. See for changing nature of public authority Ridwanul Hoque and Emraan Azad, ‘Judicial Review of State Contracts: Piercing the Narrow Divide Between ‘Pure and Simple’ and ‘Statutory Or Sovereign’ Contracts (2017) 28 Dhaka University Law Journal 35-41.

216 *Liberty Fashion Wears Limited vs. Bangladesh Accord Foundation and Ors.* 69 DLR (2017) 519. In this case, judicial review was expanded to include private authorities acting in the public realm. The argument was underpinned by *Abdul Hakim*. The court observed, ‘thus it is not necessary for the impugned act or order to be done or made by a public functionary or statutory body or local authority for Article 102(1) to be attracted.’ The court also cited *Datafin* and two Indian cases. This may be referred to as supportive borrowing.

217 Article 126(2) of Sri Lankan Constitution.

218 See, for an analysis, Mario Gomez, ‘The Modern Benchmarks of Sri Lankan Public Law’ (2001) 118, South African Law Journal 581.

219 *Rajaratne v Air Lanka Ltd. and Others* [1987] 2 Sri Lanka L.R.

220 *Harjani v. Indian Overseas Bank* [2005] 1 Sri LR 167.

Constitutional provisions of other countries in the region, i.e. Pakistan,²²¹ Nepal,²²² the Maldives, and Bhutan reveal²²³²²⁴ horizontality is textually existent or the provisions are silent. This textual reticence can be used in favour of horizontality to better protect the FR.

The discussion reveals that no one contemplates horizontality from the constitutional outset but then turns to it, through vicissitudes, commonly. The global tradition exerts some impact on this journey, showing that the right-protection mechanism can be borrowed or migrated.

C. Public Law Compensation

Constitutional courts in South Asia are endowed with power to give ‘order/direction’²²⁵ in case of violation of fundamental rights, including compensation. This is a ‘common law remedy’ travelled to the states with a British law nexus.²²⁶ South Asian judiciaries like India, Pakistan,²²⁷ Sri Lanka²²⁸, and Bangladesh²²⁹ are familiar with public law compensation or ‘constitutional tort’. Courts look to their peers to determine the yardstick of compensation in similar cases that heighten borrowing, as the following paragraphs show.

*Rudul Shah*²³⁰, the first landmark decision in this field, can be characterised as a normative progenitor of compensation jurisprudence in India, was followed by *Nilabati Behera*.²³¹ Adjoining jurisdictions ardently invoked this justice-enhancing jurisprudence. In *Bilkis Akhter*²³², the earliest compensation case, the Bangladeshi court hinged upon the brethren judiciary, particularly India²³³ and Pakistan²³⁴, as well

221 Article 199 (1)(a)(c) direction can be given to any ‘authority or person’ for enforcing a fundamental right.

222 Article 144 of Nepal Constitution (2015) ‘institution and individual’ inter alia, can be ordered for enforcing FR.

223 Said nothing about whom the constitutional court can adjudicate.

224 The same is true of the Maldives.

225 Art. 102(1) of the Bangladesh Const., Art 32(2), 226 of the Indian Constitution, Art. 184(3), 199(1) (c) of the Pakistan Constitution, art 144(1) of the Nepal constitution, and Art 21(10) of the Bhutan Constitution. Article 126(3), (4) art 144(b) (1) of the Maldives constitution, where constitutional compensation is explicitly mentioned.

226 There are three countries in this region that were not colonised: Bhutan, Nepal and Afganistan.

227 Mazharuddin vs. Pakistan (unreported case).

228 Dehapriya v Municipal Council, Nuwara Eliye [1996]1 CHRLD 115.

229 *Rustom Ali v the State*, 5 CLR AD 2017 154, *Sifat Mahmud v Bangladesh*. 5 CLR 2017 HCD 276. It is now claimed that public law compensation is a ‘new normal’, but development elsewhere has been instrumental to this normalcy.

230 (1983) 3 SCR 508.

231 (1993) 2 SCR 581.

232 (1997) 17 BLD (HCD) 395. The court referred to Pakistani cases *Roushan* (18 DLR SC 214), *Begum Aga Krim Shorish Ashmiri*, (21 DLR SC 1), and the Sri Lankan case *Amaratunge vs Police Constable* (1993). Another notable compensation case is *Mohammad Ali vs. Bangladesh*. (Compensation for illegal search). Reliance on *Rudul Shah* was also placed on Z.I Khan Panna case (2017) 37 BLD (HCD) 271 along with other Indian cases.

233 *Rudul Sah v. State of Bihar and Others*, AIR 1983 SC 1086; *Bhim Shingh, M.L.A. v. State of Jammu and Kashmir* (1986) AIR SC 494; *Rural Litigation and Entitlement Kendra v. The State of U.P.* (1991) AIR SC 2216; *Smt. Nilabati Beharav State of Orissa* (1993) AIR (SC) 1960; *Paschim Banga Khet Mozdoor Samity v State of West Bengal* AIR 1996 SC 2426.

234 *Government of East Pakistan v. Rowshan Bijaya Shaikut Ali Khan* 18 DLR 1966 SC 214; *Government of West Pakistan v. Begum Agha Abdul Karim Shorish Kashmiri* (1969), 21 DLR(SC) 1.

as some ‘foreign jurisprudence’ without any demurring because of the novelty of the issue. The award of damages *Rudul Shah*, on which Bangladesh judges have relied repeatedly²³⁵, underlies its reasoning. It is a shining example of borrowing.

In its appeal, the²³⁶ court conducted a tour d’horizon of foreign judgments²³⁷, including *Rudul Shah*, on compensation. Interestingly, the court’s justification for its following Indian jurisprudence was the resonance of textual parlance between Article 102(1) of the Bangladeshi Constitution and articles 32 & 226 of the Indian Constitution.²³⁸ It is implied that textual resemblance can be a means of borrowing. It is noteworthy that some form of abusive selective borrowing is flagrant in the judgement as it discarded the compensation claim by ascribing unnecessary qualifier like ‘appropriate case’ exceptional cases borrowing from Indian cases like *M.C. Mehta*²³⁹ turned his deaf ear towards other liberal developments thereon.

Likewise, in *the CCB Foundation case*,²⁴⁰ *Rudul Shah*, *Nilabati Behera*, and three other Indian cases were referred to reach a decision regarding compensation. Although the court referred to *Bilkis*, which suffices for deciding *CCB*, it could not resist itself from citing foreign judgement to escalate its reasoning. This wanton Indian referral lacks proper reasoning, as the court copied paragraph-by-paragraph without explaining how it was pertinent to the case. Sometimes the orgy of foreign reference and overreliance may abridge a court’s ingenuity of reasoning. Bangladeshi public law jurisprudence is rekindled through peer jurisdiction, and India is undoubtedly the ‘most important comparative jurisdiction for Bangladesh’ in this realm.

D. Borrowing from International Laws

1. India

Art.51(c) of the Indian Constitution entrusts the state to ‘foster respect for international law’ (hereinafter IL). SCI is receptive to international law²⁴¹, but in cases of inconsistency, courts take a dualist approach.²⁴² The 2014 case upheld the interpretation of the constitution in consonant with the UN Charter.²⁴³

235 Taqbir Huda, ‘Fundamental Rights in Search of Constitutional Remedies: The Emergence of Public Law Compensation in Bangladesh’ (2021) 21 *Australian Journal of Asian Law*, 27, 35.

236 *Bangladesh vs. Nurul Amin*, (2015) 3 *CLR-AD* 410.

237 Abeyratne, ‘Ordinary Wrongs as Constitutional Rights: The Public Law Model of Torts in South Asia’ (n 203) 15.

238 *ibid*.

239 (1987) AIR SC 1086.

240 70 DLR (2018) 491.

241 Lavanya Rajamani, ‘International Law and the Constitutional Schema’ in Sujit Choudhry, Madhav Khosla, and Pratap Bhanu Mehta (eds), *The Oxford Handbook of The Indian Constitution* (OUP 2016) 143, 144.

242 *Justice K. S. Puttaswamy and Anor v. Union of India* (2017) 15.

243 *National Legal Services Authority v Union of India* (2014) 5 SCC 438, 486.

SCI observed in *Vishaka and Others v State of Rajasthan*²⁴⁴, that the absence of domestic law on sexual harassment can be addressed by international convention. The Court describes guidelines following the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

(CEDAW), which exemplifies borrowing from the IL. Jurisprudential support for compensation in *Nilabati Behera v Union of India*²⁴⁵ emanates from article 9(5) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICPPR).²⁴⁶ Customary law, which is congruent with domestic law, is seen by the court to be incorporated into domestic law.²⁴⁷

2. Pakistan

Art.40 Of the Pakistani constitution to promote international peace and friendly relations. Ratification of principal human rights treaties²⁴⁸ compels countries to borrow rights contents. *The Federation of Pakistan v Shaukat Ali Mian*²⁴⁹ decided in favour of IL in domestic adjudication, if not incongruent with domestic law. A similar tone was previously echoed in *the M/S Najib Zarab Limited v Government of Pakistan*²⁵⁰ case urging compliance with the IL.

In the vehicular pollution case, international environmental conventions served as the guiding horizon for the court.²⁵¹ *Shela Zia*²⁵² considered international environmental law, i.e., the 1992 Rio Declaration, because at that time no environmental provision was enshrined. The court found that the declaration has persuasive value.²⁵³ Thus, environmental jurisprudence from IL.

244 (1997) 6 SCC 241.

245 (1993) SCR (2) 581.

246 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

247 *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* (AIR 1997 SC 568).

248 Ahmer Bilal Sofi, 'Pakistan' in Simon Chesterman, Hisashi Owada, and Ben Saul (eds), *The Oxford Handbook on International Law in Asia and the Pacific* (OUP 2019) 590.

249 *PLD 1999 SC 1020*.

250 *PLD 1993 Karachi 96*.

251 *Syed Mansoor Ali Shah v Government of Punjab, PLD 2007 Lahore 403*.

252 1994 SC 693.

253 *Ibid* Para-9.

3. Bangladesh

Bangladesh is constitutionally obliged to act in conformity with international law.²⁵⁴ Even its first Constitution, i.e. the Proclamation of Independence, was resolved to comply with international law.²⁵⁵ Borrowing from the IL in Bangladesh is a two-fold transaction: 1) borrowing in the constitution, and 2) borrowing by the court.

The International Bill of Rights deeply influenced the drafting of the 1972 constitution.²⁵⁶ Its enforceable and non-enforceable bifurcation of rights stems from the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR) dichotomy.²⁵⁷ Dr. Hossain, chair of the drafting committee, was well-conversant in the IL.²⁵⁸ Constitution 1972 heavily borrowed concepts, words, and phrases from International Human Rights Law.²⁵⁹

Bangladesh belongs to the dualism, but²⁶⁰ this stereotypical division is seemingly diluted. The invocation of international law by top Bangladeshi courts is spawning,²⁶¹ markedly in international human rights law,²⁶² to ascribe expanded meaning to fundamental rights.²⁶³ *Bangladesh v. Unimarine S.A. Panama*²⁶⁴ has directly complied with customary international law.²⁶⁵ *HM Ershad*²⁶⁶ established that a court's invocation of an IL, although not directly enforceable, is not precluded unless state law runs to its counter. The Bangladesh National Woman Lawyers' Association (BNWLA)²⁶⁷ bridged the legislative gap by resorting to CEDAW and has formulated guidelines for sexual harassment that resemble *Vishakha*. The court extensively borrowed definition and

254 Art.25 Of the Constitution to respect the IL and principles enunciated in the UN Charter. See Kamal Hossain and Sharif Bhuiyan, 'Bangladesh', in Simon Chesterman, Hisashi Owada, and Ben Saul (eds), *The Oxford Handbook on International Law in Asia and the Pacific* (OUP 2019) 604; Sumaiya Khair, 'Bringing International Human Rights Home: Trends and Practises of Bangladeshi Courts' (2011) 17 *Asian Yearbook of International Law*, 47-84; Sheikh Hafizur Rahman Karzon and Abdullah Al Faruque, 'Status of International Law under The Constitution Of Bangladesh: An Appraisal' (1999) 3(1) *Bangladesh Law Joournal*, 23.

255 Karzon and Faruque, 'Status of International Law under the Constitution of Bangladesh: An Appraisal' (n 253) 26.

256 Abdul Halim, '*GonoPorishod Bitorko*' (Constituent Assembly Debate) (CCB Foundation 2014) 480, Constituent Assembly discussed the relevance of the UDHR.

257 Haque, 'The Bangladesh Constitutional Framework and Human Rights' (n 70) 60.

258 Hoque, 'The Founding and Making of Bangladesh's Constitution' (n 65) 114.

259 Justice Habibur Rahman, 'Our Experience with Constitutionalism' (1998), *Bangladesh Journal of Law*, 115, 117.

260 Haque, 'The Bangladesh Constitutional Framework and Human rights', (n 70), 70. Muhammad Ekramul Haque, *Current International Legal Issues: Bangladesh*, (2017) 23 *Asian Yearbook of International Law* 3, 15.

261 Shaheed Fatima, 'Using International Law in Domestic Courts – Part I: Domesticated Treaties' (2003) 8 *Judicial Review* 81; Abdullah Al Faruque, 'Judicial Invocation of International Law' in Mohammad Shahabuddin (ed), *Bangladesh and International Law*, (Routledge 2021) 37.

262 See Ridwanul Hoque and Mostafa M. Naser, 'The Judicial Invocation of International Human Rights Law in Bangladesh: Questing a Better Approach' (2006) 46 *Indian Journal of International Law* 151, 160.

263 Haque, 'Current International Legal Issues: Bangladesh' (n 259) 4.

264 29 DLR 1977 AD 252.

265 Emraan Azad, 'Customary International Law', in Mohammad Shahabuddin (ed) *Bangladesh and International Law* (n 261) 61.

266 21 BLD (AD) (2001) 69.

267 Two thousand and nine 14 BLC 694.

jurisprudence from the IL. *Nurul Islam v Bangladesh*²⁶⁸ demarcates the contour of right to life based on UN Charter and World Health Organisation resolution. As a contario, Mia J in an International Crimes Tribunal (Bangladesh) case²⁶⁹ refused to be guided by international criminal law developed by the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). This IL-friendly approach escalates borrowing in many cases²⁷⁰ and fortifies interactions with international law.

4. Nepal

International law is predominant in the formation of the Nepalese legal system.²⁷¹ Nepalese human rights cases are rife with IL-references.²⁷² In *Sunil Babu Pant v Nepal Government*²⁷³, SC cited several international conventions observing that Nepal should ‘internalise international practise’ and neglecting it will be internationally censured.²⁷⁴ In numerous cases²⁷⁵, the Court bridged the domestic gap through the International Human Rights Law that resulted in the domestication of IL and constitutional borrowing in Nepal.²⁷⁶ Multitudinous referrals to CEDAW in Gender equality and violence cases also exemplifies borrowing.²⁷⁷

5. Sri Lanka

Article 27(15) of the Sri Lankan Constitution fosters respect for IL.²⁷⁸ Sri Lanka is an adherent of dualism.²⁷⁹ In *Weerawansa v The Attorney General* SC, the right to life

268 52 DLR (2000) 413.

269 *Bangladesh vs. Abdul Qader Molla* LEX/BDAD/004/2013 although Chowdhury J found persuasive value in both.

270 *Bangladesh v Sombon Asavaham* 32 DLR (AD) (1980) 194 (Bar and fetter is violative of IL). *State v Md. Roushan Mondal* 26BLD (HCD) (2006) 549 (How to treat children charged with criminally. The court relied on CRC and other IL); *Bangladesh Legal Aid and Service. Trust v. Bangladesh*, Writ Petition No. 8283 of 2005 (Mandatory death penalty is at odds with international law), *Saiful Islam Dildar v. Bangladesh and others*, 50 DLR (1998) 318. (Extradition of Anup Chetiya) *M. Saleem Ullah v. Bangladesh.*, 47 DLR (1995) 218 (International legal ramification of Troops in Haiti). *Bangladesh v. Golam Azam*, 46 DLR (AD) (1994) 194 (defining citizenship borrowing from Convention on the Reduction of Statelessness, 1961).

271 Pratyush Nath Upreti and Surrya Sybedi, ‘Nepal’, in Simon Chesterman, Hisashi Owada, and Ben Saul (eds), *The Oxford Handbook on International Law in Asia and the Pacific* (OUP 2019) 635.

272 Geeta Pathak, ‘Paradigm Shifts in Internalisation of International Law: A Case Study of Growing Human Rights Jurisprudence in Nepal’, (2018) 6(2), Kathmandu School of Law, 12-40.

273 (Writ No. 917) 2008 Nepal Judicial Academy Law Journal, 261.

274 *ibid* 280-81.

275 *Mira Kumari Dhungana and Others v. Ministry of Law Justice and Parliamentary Affairs and Others* NKP (2052) 468, *Sapna Malla Pradhan and Others v. Office of the Prime Minister and Others* NKP (2065) 917.

276 Pathak, ‘Paradigm Shifts in Internalisation of International Law: A Case Study of Growing Human Rights Jurisprudence in Nepal’ (n 271) 2012.

277 See *Advocate Jyoti Paudel et. al. v. Nepal Government*, WN WO-0424, 2064 cited in Some Landmark Decision of Supreme Court, vol.2, 2010, p.561 (Court directed to implement and enact law according to CEDAW), *Reena Bajracharya and Others v. Royal Nepal Corporations, Cabinet Secretariat and Others*, NKP 2057 BS (2002), p. 376 (where discrimination to female air is invalidated resorting to CEDAW and other Int. instruments).

278 See also art. 13(6) word ‘general principle of law recognised by community of the nation’ indicates IL.

279 Ministry of Foreign Affairs Legal Adviser’s Division, ‘Guidelines relating to the Conclusion of International Agreements’ (February 1971), later reissued as SP/CSA/07 (3 July 2007) by the Office of the Secretary to the President.

was construed in light of the ICCPR.²⁸⁰ In *Tikiri Banda Bulankulama*, the Supreme Court availed of international environmental principles, i.e. pre-cautionary principle.²⁸¹ The court borrowed the definition of torture, which embraces both physical and mental aspects, from the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT).²⁸²

Sometimes extreme legal pluralism gives a sceptical eye to IL.²⁸³ Consequently, the country may lean more to non-borrowing of IL rather to borrowing, especially when it underwent diabolical carnage and depredation of Human Rights (HR) by its champions themselves.

IV. The Migration of Constitutional Ideas and Culture

A. Constitutional Unamendability

A constitutional amendment can be unconstitutional despite its procedural compliance with the amendment procedure. It is not a new concept in public law.²⁸⁴ In South Asia, migration of 'Basic Structure Doctrine (BSD)' or constitutional entrenchments is multifarious. It migrates from other region that is called here 'inward migration'. Second, both borrower and borrower of BSD can be South Asians, which is called intra-regional migration. Third, BSD migrates outward from this region that is called here 'outward migration'. The developmental trajectory of unconstitutional constitutional amendments is not within the purview of this study.²⁸⁵ There are some 'commonalities in terms of accepting' BSD in South Asia, which may be evidence of borrowing.²⁸⁶

1. India

Textually, the power to amend the constitution is seemingly untrammelled in the Indian constitution in Art. Three hundred and seventy²⁸⁷, and unamendability was

280 *Weerawansa v The Attorney General and Others* (2000) 1 Sri LR 387.

281 *Banda Bulankulama, Tikiri. v. Secretary, Ministry of Industrial Development* (2000) 4.

282 See Amrith Perera, 'Sri Lanka' in Simon Chesterman, Hisashi Owada, and Ben Saul (eds), *The Oxford Handbook on International Law in Asia and the Pacific* (OUP 2019) 670.

283 See Veronica Taylor, 'Afghanistan' in Simon Chesterman, Hisashi Owada, and Ben Saul (eds), *The Oxford Handbook on International Law in Asia and the Pacific* (OUP 2019) 680.

284 Ridwanul Hoque, The Politics of Unconstitutional Amendments In Bangladesh, in Abeyratne and Bui (eds) *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022) 210.

285 See for details, Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: the Limit of Amendment Power*, (Oxford University Press 2017); Richard Albert and Bertil Emrah Oder (Eds), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Springer 2018).

286 Haque, M.E, The concept of 'basic structure': A constitutional perspective From Bangladesh, (2005) 16(2) Dhaka University Law Journal, 123.

287 Choudhry, 'How to Do Constitutional Law and Politics in South Asia' (n 6) 20.

rejected earlier according to British law.²⁸⁸ The concept of immutable provision evolved through a perplexing itinerary of trichotomous constitutional battle among the judiciary, executive, and legislature through²⁸⁹ *Shankari Prashad, Sujan Singh, and Golak Nath*, and finally endorsed in *Keshavananda* by a 7:6 split,²⁹⁰ subsequently applied in *Indira Gandhi* and *Minerva Mills* more explicitly²⁹¹ that ‘simultaneously become the hero and villain’ in Indian constitutional firmament.²⁹²

German Basic Law contains an eternity clause in its Art. 79.²⁹³ Germany affects the incorporation of BSD in India in a varied manner.²⁹⁴ In 1966, German scholar Conrad vehemently argued in favour of incorporating implied limitations into the Indian constitution.²⁹⁵ The lawyer, Mr. Nambyar, used his thesis to form arguments and persuade the court to adapt the BSD in India.²⁹⁶ Roznai claimed that BSD ‘migrated from Germany to India’.²⁹⁷ Germany was not the only impetus; court was also imbued with a 1963 Dhaka High Court case²⁹⁸ where the origin of the doctrine was established²⁹⁹ and a Sri Lankan case³⁰⁰. Sikri Chief Justice relied on Justice Holmes’ reasoning in *Towne vs. Eisner*³⁰¹ and the observed constitution are to be contextually construed.

This indicates that the BSD can be an example of the adaptation of a foreign concept. Therefore, in India, two types of borrowing is evident, i.e. inward and intra-regional.

288 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (n 284) 42. Before the BSD, sovereignty was prevalent in British Parliamentary sovereignty, and this concept is also a transplanted concept as this study will demonstrate.

289 Thiruvengadam, ‘Revisiting the Role of the Judiciary in Plural Societies (1987)’ (n 101) 348.

290 For a splendid itinerary of this journey, see Mate, ‘Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective’ (n 127) 175.

291 For a detailed discussion of BSD in *India*, see Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of Basic Structure Doctrine*, (Oxford University Press 2009). For the underlying politics of BSD in *India*, see Surya Deva, ‘Constitutional Politics Over (Un)Constitutional Amendments The Indian Experience’ in Abeyratne and Bui (eds) ‘*The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (n 284) 189-209.

292 Chintan Chandrachud, ‘Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India’ in Abeyratne and Bui (eds) ‘*The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (n 284) 150.

293 The German Constitution made Federalism, democracy, and the socialist Republican character of the state unamendable. Federal Constitutional Court of Germany held ‘there are constituent principles so basic, so elementary’ that are not even constitutionally amendable. (1951) 1 BverfGE 14, 32. See Vicki Jackson and Jamal Green, ‘Constitutional Interpretation in Comparative perspective: Comparing Judges or Court?’ in Ginsburg and Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law* (n 64) 607.

294 Roznai claimed ‘it migrated from Germany to India.’ Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (n 285) 42.

295 Justice Mustafa Kamal wrote, ‘... his views on the limitation of amending power was considered and noted by the majority Judges in *Keshavananda*’. Justice Mustafa Kamal, *Bangladesh Constitution: Trends and Issues* (Dhaka University Publication Bureau 1994) 107.

296 Granville Austin, *Working a Democratic Constitution. History of the Indian Experience* (Oxford University Press 1999) 199-201, Khanna J, a majority judge, put reliance on his work.

297 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (n 285) 42.

298 *Muhammad Abdul Haque v Fazlul Quader Chowdhury* (1963) 15 DLR Dacca 355. Khilnani, Raghavan, and Thiruvengadam, ‘Reviving South Asian Comparative Constitutionalism’ (n 3) 7. This case was also referred to in *Sajan Singh* AIR 1965 SC 845 case.

299 Haque, ‘the concept of ‘basic structure’: A constitutional perspective From Bangladesh’, (n 284) 124.

300 *Liyanage v. The Queen* [1967], AC 259. Five judges were relied upon, Sikri C.J., Shelat & Grover JJ. and Hegde & Mukherje J.

301 245 US 418.

2. Pakistan

The BSD in Pakistan has been shrouded in equivocation in its earlier stages.³⁰² Presumably, the revulsion to adapt resulted from its putative Indian origin. However, the Supreme Court of Pakistan has asserted the essence of this doctrine.³⁰³ Lately, Pakistan has accepted it, albeit disavowed earlier,³⁰⁴ the existence of some salient constitutional features³⁰⁵, but the Supreme Court of Pakistan has never struck down any constitutional amendment duly promulgated by parliament.³⁰⁶ Thus, after borrowing the doctrine lukewarmly exists here, not robust, doctrine like India and Bangladesh. This is termed a thick version of BSD.³⁰⁷ This shows that after borrowing an idea, its rigour can escalate or diminish.

3. Bangladesh

BSD, after being acceded to India, migrated to neighbouring countries, most notably to Bangladesh³⁰⁸, which endorsed BSD in the famous *Eight Amendment case*³⁰⁹, which expressly referred to the Indian *Kesavananda* case.³¹⁰ In *Anwar Hossain* court was reminiscent of those Indian precedents that recognises the judicial independence as a basic principle.³¹¹ After reading the argument, one may have contended that he was hearing Bangladeshi *Keshavananda* because the court's conclusion was greatly informed and influenced³¹² by it. Even the minority judge endorsed the minority judge's reasoning.³¹³ The court took recourse to comparative public law.³¹⁴

302 Obscurity is evident from the language of court like 'there may be a basic structure' (PLD 1997 SC 426, PLD 2005 SC 719). See also Matthew J Nelson, 'Amending the Constitutional Standards of Parliamentary Piety in Pakistan? Political And Judicial Debates' in Abeyratne and Bui (eds) *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (n 284) 111.

303 *Fazlul Quader Chowdhury v Muhammad Abdul Haque* (1963) PLD SC 486.

304 PLD 1998 SC 1263, 1313.

305 *District Bar Association Rawalpindi v Federation of Pakistan* PLD [2015] SC 401. Where the court observes some basic and salient features of the constitution. See also *Mahmood Khan Achazai v. Federation of Pakistan* PLD 1997 SC 426, *Nadeem Ahmed v. Federation of Pakistan* (2010), which discussed inalterability.

306 Nelson, 'Amending Constitutional Standards of Parliamentary Piety in Pakistan? Political And Judicial Debates' (n 284) 111.

307 Ridwanul Hoque, 'Implicit Unamendability in South-Asia: The Core of the Case for The Basic Structure Doctrine', (2018) 3 *Indian Journal of Constitutional & Administrative Law*, 23.

308 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (n 285) 47. On the development of BSD in Bangladesh, see Ridwanul Hoque, 'Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All?' in Albert and Oder (eds) *Aus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* (Springer 2018).

309 1989 BLD (Spl.) 1. It was a 3:1 decision. AD invalidated a constitutional amendment that dismantled the oneness of the HCD and was anathema to the basic unitary character of the state (Per BH Chowdhury and SA Ahmed) and for violating the perambulatory text 'rule of law' (MH Rahman J). For a splendid summary, see Justice Mustafa Kamal, *Bangladesh Constitution: Trends and Issues* (n 294) 95-106.

310 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (n 285) 47.

311 Halamai, *Perspective on Global Constitutionalism* (n 73) 56.

312 Hoque 'Constitutionalism and the Judiciary in Bangladesh' (n 147) 316.

313 ATM Afjal J in para 584 quoted Khanna and concurred with him.

314 Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh* (n 80) 115.

Unlike India, the BSD faces no attack to be undone by parliament or seen as cops by judges. This indicates that the transplant was deeply entrenched in Bangladesh. Bangladesh's move from implicit unamendability to explicit unamendability, as enshrined in Article 7B,³¹⁵ divulges that an idea can be expanded after borrowing. BSD is instrumental to overjudicialization of politics.³¹⁶ Using this doctrine Supreme Court 'struck down 4 of 16 constitutional amendments'.³¹⁷ In determining the contours of the BSD, Indian jurisprudence serves as a light source for Bangladesh.

A heated debate arose from the 2015 Honduran case,³¹⁸ which was created by the invalidation of the original constitution resorting BSD in *16th Amendment Case*.³¹⁹ Compared with the two South Asian jurisdictions, Yap and Abeyratne theoretically defended it.³²⁰

They showed *that Siddiqui* did not invalidate the original constitution. 15th amendment of the Constitution, as a fresh constitutional settlement, is a dismemberment³²¹ that redeems constituent power. 16th Amendment is repugnant to that, and so can be vitiated.

B. Minority, Stealth Theocracy, and Secularism

South Asia, the most colourful place for its multi-ethnic, multi-religious, multi-lingual diversity,³²² is fraught with rivalry because of its heterogeneous ethnicity.³²³ The constitutional behaviour of minority protection is influenced by the neighbouring jurisdiction and thus, what is called here, 'implicit constitutional cultural borrowing' occurs. There is a commonality in the treatment of minorities in this region. In India,³²⁴

315 Hoque commented on it as a 'stark deviation from global practises of designing constitutional entrenchment clauses' Ridwanul Hoque 'Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All?' in Albert and Oder (eds), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (n 284) 197. This can be an instance of 'abusive borrowing'.

316 Ridwanul Hoque, 'Judicialisation of Politics in Bangladesh' in Tushnet and Khosla (eds), *Unstable Constitutionalism* (n 4) 261, 278.

317 Hoque, 'Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh' 129.

318 David E. Landau, Rosalind Dixon, and Yaniv Roznai, 'From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras', (2019) 8 *Global Constitutionalism*, 40.

319 *Bangladesh v. Asaduzzaman Siddiqui*, 10 ALR 2017 AD 2 2017.

320 Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, 'R.J. Judicial self-dealing and unconstitutional constitutional amendments in South Asia', (2021) 19 *ICON*, 127. See M.A. for their reply. Sayeed and Lima Akter, 'Constitutional dismemberment and the problem of pragmatism in Siddiqui: A reply to Po Jen Yap and Rehan Abeyratne' (2022) 20 *I.CON*, 890.

321 Richard Albert, 'Constitutional Amendment and Dismemberment' (2018) 43 *Yale J. Int'l L.* 1.

322 Deepika Udagama 'The Democratic State and Religious Pluralism' in Sunil Khilnani, Vikram Raghavan, and Arun K. Thiruvengadam (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013) 146.

323 Burhan Uddin Khan and Muhammad Mahbubur Rahman, *Protection of Minorities, Regimes, Norms and issues in South Asia* (Cambridge Scholars Publishing 2012) ch 5.

324 Fundamental rights are guaranteed regardless of religion, race caste sex or place of birth (Articles 14, 15). In addition to scheduled castes and backward sections being protected Article 15(4), establishing educational institutions for minority Art 30(1) and limited self-governance Art. 244 are recognised.

Pakistan,³²⁵ Bangladesh,³²⁶ Sri Lanka,³²⁷ Nepal,³²⁸ Bhutan³²⁹, and the Maldives, minority rights are³³⁰ either constitutionally dealt with or general protection is given by majority.

Sri Lankan constitutional jurisprudence is imbued with India³³¹, which is a constitutionally secular state. Constitutional adjudication on abridging the religious practise of minority underpins its argument by quoting Indian judgement by describing it as of ‘decisive importance’.³³² By relying on Indian judgments³³³, a restricted view of freedom of religion was construed, although both countries defended secularism.³³⁴ The European Court of Human Rights (ECtHR) decision was also mentioned.³³⁵ One diplomat stated that Sri Lanka borrowed Indian jurisprudence selectively to buttress its position.³³⁶ Constitutional marginalisation of minority is evident in Sri Lanka’s 1972 and 78 Constitutions, unlike its earlier Soulbury Constitution.³³⁷ Likewise, Pakistan also did the same: to the religious minority through constitutional amendment.³³⁸ While making of the constitution of Bangladesh, the special indigenous status of the Chittagong Hill Tract people was summarily rejected.³³⁹ Arguably, it transpires that intolerance towards minority can be influenced by other states, and foreign decisions are admittedly cited to substantiate it. It epitomises the migration of constitutional culture.

The concept of state religion is not inconsistent with intentional legal standards.³⁴⁰ However, in secularism, theocracy³⁴¹ lurks behind the veil, though it has a basic

325 In addition to FR, art. Thirty six explicitly states the protection of a minority although it provides no constitutional definition.

326 In addition to general constitutional provisions, no extra guarantee is provided.

327 In addition to general equal protections, no special protection is provided. See on disenfranchising minorities, Roshan de Silva-Wijeyeratne, ‘Dominion Status and Compromised Foundations: The Soulbury Constitution and Sinhalese Buddhist Nationalist Responses to the Founding of the Ceylonese State, 1931–1956’ in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 143.

328 Article 51 (j) (8), (10) gives special protection to ‘indigenous ethnic groups and the Madhesi community, but these state policies are judicially unenforceable by art.55.

329 General protections with majority.

330 Officially, there is no minority and constitutionally recognised citizenship belongs to Muslims only (art.9).

331 Jacobsohn and Shankar, ‘Constitutional Borrowing in South Asia: India, Sri Lanka, and Secular Constitutional Identity’ (n 171) 181.

332 In *the case of Natalie Abeysundere v. Christopher Abeysundere and another* (1997), who ruled on the Indian *Sarla Mudgal* case.

333 *Rev. Satainislav v The state of Madhhaya Pradesh* (1977), AIR SC 908.

334 Abeyratne, ‘Rethinking Judicial Independence in India and Sri Lanka’ (n 185) 101.

335 *Kokkinakis v. Greece* (17 EHRR: 397; 260-A Eur. Ct. H.R. (Series A)). Where the court dealt with the issue of Proselytism. This is cited in Sri Lankan anti-conversion law case, SC Determination No. 2–22/2004. It is said that the use was utilitarian, without carefully examining jurisprudence in its entirety. Udagama ‘The Democratic State and Religious Pluralism’ (n 322) 170.

336 *ibid.*

337 Abeyratne, ‘Rethinking Judicial Independence in India and Sri Lanka’ (n 185) 112.

338 Constitutional 5th Amendment declared Ahmadyas a non-Muslim. Aziz, *The Constitution of Pakistan* (n 134) 219.

339 Hoque, ‘The Founding and Making of Bangladesh’s Constitution’ (n 65) 112.

340 Udagama ‘The Democratic State and Religious Pluralism’ (n 322) 151.

341 See Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy* (Harvard University Press 2010) 52.

structure,³⁴² and this secular-theocracy-blended-culture travelled throughout this region. One commented that gradually most of the countries in this region have settled for adopting a state religion or have a primacy for a particular religion.³⁴³ The religion status of this region is split into two streams: secularism and state religion. Sri Lanka³⁴⁴ constitutionally accords primacy to Buddhism, Pakistan³⁴⁵, and the Maldives³⁴⁶ to Islam. By contrast, India,³⁴⁷ Nepal³⁴⁸ and Bhutan leaned to secularism. Bangladesh uniquely embraces both state religion and secularism.³⁴⁹

Constitutional religion-neutrality or equality is textually protected, but states showed predilection religion which can be termed stealth theocracy.³⁵⁰ This constitutional culture, i.e. anti-pluralist majoritarianism, travels throughout the region.

In India, the court called Hindutva a way of life³⁵¹ even though previously it found that Hindutva was antithetical to secularism.³⁵² The court also found *that bhumi pujuan*³⁵³ or enchanting “om”³⁵⁴ are not religious acts; rather, they are secular. Sri Lanka’s Supreme Court’s jurisprudence on religion follows India quite closely, both in terms of defining secularism in a manner that favours the majority faith.³⁵⁵ To prohibit Muslim speakers from Azan,³⁵⁶ the Sri Lankan court cited from Indian jurisdiction.³⁵⁷ Like India, the court defined the constitutional contours of religion from a majoritarian prism.³⁵⁸ Pakistan’s Supreme Court found Islam as a salient feature of the constitution.³⁵⁹

342 Justice Sikri in *Keshavananda*.

343 Udagama ‘The Democratic State and Religious Pluralism’ (n 322) 154.

344 Article 9 of the Sri Lankan constitution placed Buddhism at the top of the priority. In contrast, in *Trustees, Kapuwatta Mohideen Jumma Mosque v. OIC Weligama*, SC Application No.38/2005 (FR), the court held that Sri Lanka is a secular state.

345 Article 2 of the Convention (state religion).

346 Article 10 (state religion), art.109 (President shall be Muslim), Article 149 (Judges must be Muslim).

347 Preamble to the Constitution, S.R. Bommai vs. The union of India (1994).

348 Art. Twenty six granted freedom of religion. It omitted its earlier ‘Hindu-state-provision’ of 1990 constitution.

349 Art. 2A (State religion) aa. 8, 12 (secularism). In a 2015 case (*Tayeb case*), the court brought equilibrium between these two.

350 See Yvonne Tew, ‘Stealth Theocracy’ (2018) 58 Virginia Journal of International Law, 31.

351 *Prabhoo v. Prabhakar Kasinath Kunte* (1995 SCALE 1).

352 *S.R. Bommai v. The union of India*, 3 SCC 1 (1994).

353 Writ Petition (PIL) No. 2 of 2011, High Court of Gujarat, 10 February 2011.

354 Pratap Bhanu Mehta ‘Passion and Constraint: Courts and the Regulation of Religious Meaning’ in Rajeev Bhargava, (eds), *Politics and Ethics of the Indian Constitution* (Oxford University Press 2009) 311, 336.

355 Abeyratne, ‘Rethinking Judicial Independence in India and Sri Lanka’ (n 185) 124.

356 *Ashik v. Bandula and Ors* (2007) 1 SRI LNKA L REP. 191.

357 The Indian decision on using drums by church (AIR 2000 SC 2773.) was referred by Sri Lankan court.

358 Tew (n 350) 77.

359 (PLD 2015 SC 401). Matthew J Nelson (n 302) 111 describes Islamization and shariatization. See Mohammad Waseem, ‘Constitutionalism and extra-constitutionalism in Pakistan’ in Mark Tushnet and Madhav Khosla (eds), *Unstable constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press 2015) 124, 149. The author claimed that Pakistan was imbued with the example of Turkiye and Iran.

Bangladesh is also lumbered with this debate³⁶⁰ and creates ambivalence by its juxtaposition of secularism and state religion in its constitution.³⁶¹

These examples demonstrate that religio-political constitutional cultural can be borrowed. The features of stealth theocracy are seemingly predominant here.

C. Colonial Continuum in Decolonised Era, Legal Education and Expert Role in Transplant Facilitation

Colonial rule is a significant factor in legal transplantation.³⁶² The South Asian states underwent the scourge of colonialism except Nepal, Bhutan and Afghanistan. In de-colonised era, nascent democracies borrowed the cornucopia of constitutionalism based on the unwritten British constitution³⁶³ e.g. Westminster-model.

The Government of India Act, 1935, was instrumental in the making of the Indian and Pakistan constitutions³⁶⁴ and influential in transplanting the Westminster model,³⁶⁵ colonial courts, and the executive structure.³⁶⁶ Although Eurocentric legal heritage has been transplanted from different continents, it³⁶⁷ would be myopic to conclude that their constitution is a replica of colonial one. They borrowed a bill of rights, popular sovereignty from America and France,³⁶⁸ an Irish model of the directive principle of American³⁶⁹ judicial review was also transplanted³⁷⁰, and Parliamentary Sovereignty was rejected.³⁷¹ Bangladesh, which emerged after the sanguinary liberation war,³⁷² inherited all pre-existing laws.³⁷³ While marshalling its constitutional array, it took

360 Interestingly, a balance was struck by *Tayeeb* case where court found the legislation shall preclude religious practise in case of conflict. In other cases, religious practise shall have primacy. Bangladeshi Secularism has no anathema to religion, Kamal Hossain, *Bangladesh: Quest for Freedom* (UPL 2013) 142.

361 Hoque, 'Unconstitutional's Politics Amendments In Bangladesh' (n 283) 224.

362 Jean-Louis Halpérin, *Western Legal Transplants and India* (n 69) 14.

363 Text of Speech by Ivor Jennings given in Nepal on 'Constitutional Experiences in Asia' c.1958, C16.9, ICS 125, Sir Ivor Jennings Papers, University of London.

364 Guruswamy, 'Constitution Crafting in South Asia: Lesson on Accommodation and Alienation' (n 2) 465.

365 For Pakistan, see Sadaf Aziz, 'From Nation to State: Constitutional Founding in Pakistan' in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 64.

366 Valentina Rita Scotti 'India: A 'Critical' Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication' in Groppi and Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign precedents by Constitutional Judges* (n 75) 74.

367 Section 18(3) of the Indian Independence Act, 1947, enjoins the continuity of previous Indian and Paksitan laws. Unstable 125,128,157.

368 Charles O. H. Parkinson 'British Constitutional Thought and the Emergence of Bills of Rights In Britain's Overseas Territories', Kumarasingham (eds), *Constitution-making in Asia: Decolonisation and state-building aftermath of the British Empire* (Routledge 2016) 41.

369 Tan and Hoque, 'South Asian Constitutional Foundings: Beyond History' (n 1) 4.

370 Husain, H. *The Judicialization of Politics in Pakistan* (n 78) 14.

371 A. K. Gopalan v. *State of Madras*, [1950] 3-AIR. 2, 34 The Court found that India followed the American model and shunned Parliamtary sovereignty.

372 See Richard Sission and Leo E. Rose, *War and Secession: Pakistan, India and the creation of Bangladesh*, (University of California Press 1990) 235.

373 It was established by Laws Continuance Enforcement Order, 1971. Muhammad Ekramul Haque, 'Formation of the Constitution and the Legal System in Bangladesh: From 1971 To 1972: A Critical Legal Analysis' (2016) 27 Dhaka University Law Journal, 41, 44.

recourse to Indian, American, British, and vicariously Irish experience.³⁷⁴ Bangladesh took ‘inspiration from wisdom of its past’³⁷⁵.

The Westminster model was also adopted in the Sri Lankan 1948 constitution,³⁷⁶ under the aegis of Ivor Jennings.³⁷⁷ Though Nepal was never colonised³⁷⁸, it was influenced by English jurisprudence through Jennings’ involvement in the 1959 constitution³⁷⁹ and neighbouring Indian experts³⁸⁰ in 1951 constitution. This results in the Westminster model adoption³⁸¹ and non-justiciable Directive Principles.³⁸² The Nepalese legal system is an admixture of common and civil law.³⁸³ Likewise, India exerts its influence in Bhutan’s 2008 constitution by evolving its senior advocate.³⁸⁴

The colonial impact over the Maldives was negligible, but³⁸⁵ Jennings’ assistance in drafting the 1953 constitution, although having no knowledge about whom he was drafting,³⁸⁶ was instrumental to adoption of the Westminster model.³⁸⁷ Afghanistan faced no coerced colonial borrowing, and its 1931 constitution³⁸⁸ is a conglomeration of foreign constitutional concepts, i.e. French, U.S., Türkiye and Iran.

Colonial continuity leads to the transplant of draconian anti-constitutional ideas in South Asia like emergency and preventive detention.³⁸⁹ Sometimes this civilising-mission-mentality leads to constitutional imperialism.

In the 1950s, South Asian constitutions were drafted under the auspices of Ivor Jennings’ tutelage. His engagement in Sri Lanka (1941-55), Pakistan (1954-55), Maldives (1952-53), and Nepal (1959) was instrumental to the establishment of

374 Hoque, ‘The Founding and Making of Bangladesh’s Constitution’ (n 65) 114.

375 BH Chowdhury in 8th *Amendment Case* (para. 53)

376 Roshan de Silva-Wijeyeratne ‘*Dominion Status and Compromised Foundations: The Soulbury Constitution and Sinhalese Buddhist Nationalist Responses to the Founding of the Ceylonese State, 1931–1956*’ (n 338) 147

377 Hoque, ‘The Founding and Making of Bangladesh’s Constitution’ (n 65) 112.

378 Mara Malagodi, ‘The Locus of Sovereign Authority in Nepal’, in Mark Tushnet and Madhav Khosla (eds), *Unstable constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press 2015) 49.

379 Bipin Adhikari, ‘Constitutional Foundings in Nepal: Experience with Changing Parameters’ in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 154, 160.

380 Malagodi, ‘Constitutional Developments in a Himalayan Kingdom’ (n 187) 91.

381 Malagodi, ‘The Locus of Sovereign Authority in Nepal’ (n 378) 69.

382 *ibid* 68.

383 Pathak, ‘Paradigm Shifts in Internalisation of International Law: A Case Study of Growing Human Rights Jurisprudence in Nepal’ (n 271) 26.

384 Winnie Bothe, ‘Making Bhutan’s Constitution: Institutionalising a ‘Traditional’ Monarchy’ in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 183.

385 Shamsul Falaah, ‘Towards a Maldivian Nation-State: The Constitutions of 1932 and 1968’, in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 204.

386 *ibid* 223.

387 *ibid* 228.

388 Ebrahim Afsah, ‘Afghanistan: An Aborted Beginning’ in Kevin YL Tan and Ridwanul Hoque (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021) 249.

389 Baxi, Upendra Baxi, *Modelling ‘Optimal’ Constitutional Design for Government Structures in Comparative Constitutionalism in South Asia*, (OUP 2013) 29.

Eastminster. The Constituent Assembly of Bangladesh was also benefited by British expert,³⁹⁰ foreign visit by draughters.³⁹¹

Indian legal education imbibes English,³⁹² and likewise, legal training of Bangladeshi Judges is heedless of uncritical adherence to western theories.³⁹³ Persons engaged in the constitution of India and Pakistan were well-versed in English law, and most of them were educated in Oxbridge and from renowned Inns.³⁹⁴ English learning middle class was at the forefront of these two countries' anti-colonial movements, as shown by Prof. Razzaq.³⁹⁵ Dr. Hossain, protagonist of Bangladesh constitution-making, was educated in Oxford and well conversant in English law. These backgrounds compel, consciously or sub-consciously, people to look or borrow from English law.

E. Emergency: Constitutional Nihilism

Emergency is a constitutional aberration that subverts *supreme lex* by keeping it in abeyance. The concept of emergency was inherited from colonial intruders who used it as a tool to consolidate their oppressive rule.³⁹⁶

In South Asia, the emergency has a long constitutional pedigree. Bangladesh's democracy was eclipsed by an extra-constitutional takeover for four states³⁹⁷ that thought the emergency was unthought-of in the original constitution.³⁹⁸ Sri Lanka has been encumbered with an almost 'permanent state of emergency since 1971'.³⁹⁹ India underwent a third emergency in 1975-77. Pakistan is an epitome of an emergency-infested 'praetorian state'; lifted its last emergency in 2007, enduring the scourge of 33 years of military rule.⁴⁰⁰ Emergency can be characterised as colonial borrowing, and its characteristics functionally resemble one another. In emergencies, some commonalities in South Asia, discussed below, from which one may deduce, might have some form of constitutional cultural borrowing.

390 Halim, 'GonoPorishod Bitorko' (n 256) 423.

391 Khanna showed B.N. Rao, an Indian construction manufacturer, visited Ireland and met the attorney general. H.R. Khanna, *Making of Indian Constitution*, (Eastern Bok Company, 1981) 77 Dr. Hossain visited London to take experience (Constituent Assembly Debate-CAD, Halim, 'GonoPorishod Bitorko' (n 256) 214.

392 Sathe, S.P., *Judicial Activism in India* (Oxford University Press 2003) 42.

393 Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh*, (n 80) 217.

394 Mohammad Ali Jinnah (Lincoln's Inn) and Mohandas K. Gandhi (Inner Temple), and Jawaharlal Nehru (Inner Temple). (Husain 2018:26).

395 Gayantaps Abdur Razzaq, *Political Parties in India*, (UPL 2022) 97-102.

396 Anil Kalhan, 'Constitution and Extra constitution: Colonial Emergency Regimes in Post-Colonial India and Pakistan' in Victor V. Ramraj, Arun K. Thiruvengadam (eds) *Emergency Powers in Asia Exploring the Limits of Legality* (Cambridge University Press 2010) 91, and Ahmed, *Bangladesh: Emergency and Aftermath 2007-2008*, (University Press Ltd 2014) 56.

397 Ridwanul Hoque 'The Emergency and Judiciary's Politics In Bangladesh' (2009) 2 NUJS L. Rev. 183, 186.

398 Ahmed, *Bangladesh: Emergency and Aftermath 2007-2008* (n 396) 56. The Constitution (Second Amendment) Act of 1973 incorporated emergency provisions, i.e. Articles 141A, 141B & 141C.

399 Abeyratne, 'Rethinking Judicial Independence in India and Sri Lanka' (n 185) 128. Articles 15 & 155 of the Sri Lankan Constitution.

400 Ahmed, *Supremely falsifying? Adebate on Judicial Restraint and Activism in Pakistan* (n 136) 222.

1. Judicial Passivity and Attempt to Kerb the Court's Jurisdiction

One of the vicious quagmires in the midst of an emergency is judicial oversight of the megalomaniac executive. Judiciary is torn between the horns of dilemma regarding whether to wage war of attrition with the regime or accept the fact for the sake of institutional integrity.⁴⁰¹

During the extra constitutional regime, the tight-lipped senior judiciary shunned [its] responsibility of upholding justice⁴⁰² can be termed judicial escapism⁴⁰³, which egregiously permits the exclusion of judicial review,⁴⁰⁴ refusing bail petitions, confirming detention orders,⁴⁰⁵ or glorification of martial law.⁴⁰⁶ This executive-minded judicial nonchalance, being shorn of vigilance, endorsed executive orders; administered 'harsh or unjust laws'⁴⁰⁷ that is antithetical to constitutionalism.⁴⁰⁸ During the 2007 emergency in Bangladesh, some laudatory assertions⁴⁰⁹ existed, but executive actions went unheeded under the pretext of not intervening in the trichotomy of power. Notably, AD acted as a defender of the executive⁴¹⁰ rather than protecting HR. Even the unconstitutionality of some draconian emergency provision went unnoticed by it.⁴¹¹ These are examples of a mixed bag of assertion and passivity or submissivity⁴¹². Attempt to kerb by appointing Chief Justice (CJ) superseding seniority⁴¹³ or abridging the tenure of CJ by General Ershad⁴¹⁴ was also evidenced.

In Sri Lanka, the emergency state evidenced the promulgation of detention laws,⁴¹⁵ exclusion of the reviewability of emergency declarations, and restriction⁴¹⁶ on fundamental rights.⁴¹⁷

401 This dilemma also reverberates in the words of MH Rahman in 8th *Amendment case* Para- 488. Kamal, Bangladesh Constitution: Trends and Issues (n 294) 57-60.

402 Ridwanul Hoque (n 29) 309.

403 *ibid* 326.

404 *Halima Kahatun vs. Bangladesh* (1978) 30 DLR (AD) 207. *Jamil Huq*, 34 DLR (AD) 125.

405 *Ahmed Nazir vs. Bangladesh* (1975) 27 DLR 1975 (HCD) 259. See Shahdeen Malik, *Bangladesh*, in *Preventive Detention and Security Law*, 41-57.

406 *State vs. Abedin J* (1980) 32 DLR (AD) 110.

407 *Halima Khatun vs. Bangladesh* (1978) 30 DLR (SC) 207.

408 See S. H. Karzon and A. A. Faruque, 'Martial Law Judiciary and Judges: Towards an Assessment of Judicial Interpretation' (1999) 3(1) *Bangladesh Journal of Law*, 23.

409 *Adv. Sultana Kamal and ORs v Bangladesh* (2008). *Saleem Ullah vs. Bangladesh* (2008), *Moyezuddin Sikder vs. State* (2007) 59 DLR (HCD) 287, where the court found that the right to bail cannot be curtailed even in an emergency. It was regrettably turned over by AD.

410 Moudud Ahmed, *Bangladesh: Emergency and Aftermath 2007-2008* (n 396) 170.

411 In one decision, AD shockingly precluded the bail-granting power of court, including SC, if arrest was under emergency provision (60 DLR AD 42).

412 Hoque, 'The Emergency and The Politics of Judiciary In Bangladesh' (n 397) 201.

413 M. Ehteshamul Bari, *The Independence of Judiciary in Bangladesh: Exploring the Gap Between the Theory and Practise*, (Routledge 2021) 99.

414 Sara Hossain, 'Confronting Constitutional Curtailments: Attempt to Rebuild Independence of Judiciary in Bangladesh' in Paul R. Brass (eds), *Routledge Handbook of South Asian Politics* (Routledge 2010) 193.

415 Prevention of Terrorism Act No. 48 (1979).

416 *Yasapala v. Wickremasinghe and Others* (1984).

417 Art 15 of Sri Lankan Constitution.

Ostrich-like style and judicial surrender during the Indian emergency were also evident.⁴¹⁸ Denial of right to life by court,⁴¹⁹ attempt to oust judicial review,⁴²⁰ debilitating the court by unexpected appointment⁴²¹, rampant detention,⁴²² mischievous transfers⁴²³ were some features identical to the others. Likewise, the Pakistan Court's flagrant loyalty to military oligarchy is evident in its many decisions.⁴²⁴ Coterie dismissed sixty recalcitrant appeals judges among an emergency.⁴²⁵ Military Generals in Pakistan and Bangladesh have attempted to justify usurpations based on religion.⁴²⁶

2. Legitimation by the Court

The statement of an emergency by a court is not unprecedented.⁴²⁷ The Court embarked on this journey by applying the misconstrued Kelsenian theory in *State vs. Dosso*.⁴²⁸ In a state of emergency, Pakistan SC is accused of acting at the behest of the fourth branch of state.⁴²⁹ This also migrates to other jurisdictions⁴³⁰ and ignites extra-constitutionalism thereon.⁴³¹ A series of cases shows that Pakistan Court legitimised the usurper on the doctrine of necessity.⁴³²

It is alleged from the legal quarter of Bangladesh that the judiciary was not only subservient to the usurper, the Trojan horse, but also became a partner to it.⁴³³ It is buttressed by superior court's decision where judiciary found that the supreme law character of the constitution is precluded by martial law,⁴³⁴ the constitution is

418 Shylashri Shankar, 'Indian Judiciary: Imperium in Imperio' in Paul R. Brass (eds) *Routledge Handbook of South Asian Politics*, 168-69.

419 *ADM Jabalpur Air Force* (1976) SC 11207.

420 The 42nd Amendment Act (1976) though declared unconstitutional in *Indira Gandhi vs. Raj Narain*, at the cost of giving election validity by court. Baxi said, the Court has no other option to validate the election. Baxi, *The Indian Supreme Court and Politics* (n 95) 34.

421 Justice Khanna, a majority judge in *Keshavananda*, was suppressed by the appointment of Justice Beg ibid 33.

422 Care has been taken so that no vestige of liberty may not survive. Sathe (n 392) 101.

423 *S.P. Gupta* arose from this backdrop.

424 For details on the execution of the court see *Pula R Newberg, Judging the State: Courts and Constitutional Politics in Pakistan* (Cambridge University Press 1995) Ch. 6.

425 Osama Siddiq, 'The Judicialization of Politics in Pakistan: The Supreme Court after the Lawyers' Movement' in Mark Tushnet and Madhav Khosla (eds), *Unstable constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press 2015) 167.

426 General Ziaul Huq Islamised Pakistan, General Rahman and Ershad trod the same path.

427 See Waseem, 'Constitutionalism and Extra-constitutionalism in Pakistan' (n 370) 124.

428 (1959) 11DLR (SC) 1. Previously, Tamizuddin Khan PLD 1955 FC 240 validated emergency.

429 Husain, *The Judicialization of Politics in Pakistan* (n 78) 69.

430 E.g. Uganda, *Uganda vs. Commissioner of Prisons ex-part, Matovu* [1966], 1 EA 514.

431 Ahmed, 'Supremely Fallible? Adebait on Judicial Restraint and Activism in Pakistan' (n 136) 219-20.

432 *Nusrat Bhutto vs. Chief of Army Staff* (PLD 1977 SC 657), *Zafar Ali Shah vs. General Pervez Mosharrf* (1999).

433 See M. Amirul Islam, 'Status of a Usurper: A challenge to the constitutional supremacy and constitutional continuance in Bangladesh' (1997) 2 *Chittagong University Journal of Law*, 1.

434 *Halima Kahatun vs. Bangladesh* (1978) 30 DLR (AD) 207, *Sultan Ahmed vs. Chief Election Commissioner* (1978) 30 DLR (HCD) 291.

subservient to it⁴³⁵, or the martial law is called the supreme law of the land⁴³⁶. Likewise, in India, *ADM Jabalpur* validated the detention under emergency law was legitimate. Here, Khanna J., the lone dissenter, was opposed, but that cost him the deprivation of Chief Justiceship.⁴³⁷

3. Robust Resurrection of the Court

The modicum of activism can be manipulated by the moribund judiciary during an abject emergency ambience and is thus tormented by a lack of public confidence. To bury past ‘judicial failing during martial law regime’, the Bangladeshi judiciary escalated activism to fetter the undeterred executive and regain public confidence.⁴³⁸ Hoque comparatively commented on post-emergency activism

*‘This post emergency period can to some extent be likened with that of India that gave birth to the most powerful and activist court in the world and also with Pakistani Supreme Court’s post-emergency (2009 onward) new activism.’*⁴³⁹

Judicial re-emergence through activism in India, a post-emergency phenomenon⁴⁴⁰, was a repercussion of past judicial apathy. Seemingly, the quest for ‘self-legitimation’ or ‘social legitimation’⁴⁴¹ can be seen as populist rhetori’. Chaudhry Court in Pakistan became the most interventionist after the emergency.⁴⁴² The court was purported to regain some popular legitimacy or self-legitimation by expanding the PIL in the 1990s inaugurated by *Benzir Bhutto*⁴⁴³, which was identical to India after 1977.⁴⁴⁴

The preceding discussion indicates that emergency jurisdiction can be borrowed. Instances are numerous where courts have resorted to foreign citation to substantiate their emergency ruining, thus migrating anti-constitutional ideas.

435 *Khandker Ehteshamuddin* case 33 DLR (AD) 154; see also (1980) 32 DLR (AD) 110.

436 (1978) 30 DLR (HCD) 291, 296.

437 Yap and Abeyratne, ‘Judicial self-dealing and unconstitutional constitutional amendments in South Asia’ (n 320) 140.

438 Declaring martial law unconstitutional by the 5th and 7th amendment cases can be seen as a volte-face to the judiciary’s previous stance on martial law. See Ridwanul Hoque (n 29) 319.

439 Hoque, *Judicial Activism in Bangladesh* (n 80) 204.

440 Baxi ‘Taking Sufferings Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India’ (n 91) 107.

441 See the details of the post-emergency Supreme Court Baxi in *The Indian Supreme Court and Politics* (n 95) 121-245.

442 Siddique, (n 425) 176.

443 PLD [1988] SC 416.

444 *Shirin Munir v Govt of Punjab* PLD [1990] SC 295. *Asma Zilani* also declared that martial law was illegal when no martial law was in circulation. It seems that judiciaries reprimand martial law when guns are laid down, but among coterie rule, they are tight-lipped. Annulment of martial law amendment by the BDSC was in the AL regime, which was greatly impaired by the emergency.

F. Other Instances of Borrowing and Transplantation

The invocation of comparative constitutional adjudication through trans-judicial communication⁴⁴⁵ is spawning in the South Asian constitutional milieu. American judgments were referred to only by earlier SCI, especially in civil liberties.⁴⁴⁶ The same is true in Pakistan.⁴⁴⁷ Smith's study revealed that this propensity is declining.⁴⁴⁸ The court is more leaning to English law than the United States. Empirical case study on 1908 cases capturing 1950-2010 by Scotti portrayed reference to foreign cases was high in 1950-60s and USA is most cited jurisdiction.⁴⁴⁹

In *the Naz Foundation, court*⁴⁵⁰ dialogically considered comparative materials as interpretive apparatus.⁴⁵¹ *DK Basu v. The state of West Bengal*⁴⁵² comparatively dilates on preventive detention and compensation jurisprudence.⁴⁵³ *Maneka Gandhi*⁴⁵⁴ and *Aruna Shaunbag v. The Union of India*⁴⁵⁵ can be the best-suited exponent of foreign citation.

Constituent assembly, as a midwife of the constitution, can also play a central role in borrowing from consulting experts or by comparative experience.⁴⁵⁶ The Constituent Assembly of Bangladesh extensively considers the constitutions of socialist countries⁴⁵⁷ to determine the breadth of their right to property. The Assembly borrowed the

445 A-M Slaughter, 'A Typology of Transjudicial Communication' (1994) 29 University of Richmond Law Review, 99.

446 Tripathi, 'Foreign Precedents and Constitutional Law' (n 99) 334.

447 Husain, *The Judicialization of Politics in Pakistan* (n 78) 3.

448 Adam M. Smith, 'Making Itself at Home: Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case', (2006) 24 BERK. J. INT'L L. 218. 24.6% of the referred foreign judgments, of which 22.3% were English, 6% is U.S.

449 Scotti, 'India: A 'Critical' Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication' (n 366) 84-94.

450 (2009) 160 DLT 277.

451 *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)] was cited along with many other cases from South Africa and Canada and the ECtHR to establish the unconstitutionality of the delegitimisation of anal sex. Choudhury, 'How to Do Comparative Constitutional Law in India', 46-47.

452 (1996) 1 S.C.R. 416.

453 Anand J's consideration of decisions from the UK [*Miranda v. Arizona* (1966) [United States v. *Ryan* (1965), *Trinidad [Maharaj v. Att'y Gen. of Trin. & Tobago*, [1979] A.C. 385] and New Zealand [Simpson v. Att'y Gen. [1994] 3 NZLR 667 (CA)] evoke Universalist tone. See Sam Halabi, 'Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri DK Basu v. State of West Bengal' (2013) 3 Notre Dame J. Int'l. & Comp. L. 73.

454 AIR 1978 SC 597. Constructing the right to life, encompassing the right to travel, Justice Iyer relied on U.S. academic works and decisions. Bhagwati did not concur with and reject U.S. case laws. It epitomises that cross-judicial fertilisation is not undebated, even between concurring judges. It is submitted that the novelty of issues compels the court to consider foreign precedents.

455 (2011) 4 SSC 454. It allows, albeit passively, euthanasia. Finding no law in this regard, SCI relies on foreign judgements, notably *Airedale NHS Trust v. Bland* that allows withdrawal of artificial life support at the discretion of the doctor.

456 Ghai, 'Constituent's Role Assemblies in Constitution Making' (n 58) 27.

457 Halim, 'GonoPorishod Bitorko' (n 256) 133, 134, 288-292, 355.

unenforceable Fundamental Principle State Policy from Ireland⁴⁵⁸ and justified it by reference to the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), China, and the German Democratic Republic (GDR)⁴⁵⁹

Abusive borrowing by constitutional courts is not unprecedented. For instance, in scandalising the court, which is borrowed from English Law,⁴⁶⁰ the court of India⁴⁶¹ and Bangladesh⁴⁶² followed the earliest egregious English practise being unheeded or neglecting the current progressive development thereof.⁴⁶³ This eschewal of recent development is indicative of two hypotheses: either the senior judiciary is incognisant of the recent development of these obsolete borrowed ideas, or there is partial selection in borrowing ideas that substantiates the court's predestined conclusion. For the first, it results in contextual abusive borrowing that gives a nonchalant shrug to the context; for the rest, it is selective abusive borrowing. Although England shunned it subsequently, the draconian practise, emanates from colonial borrowing is engrafted in decolonised South Asian jurisdiction.

V. Conclusion

The constitution can be seen as a nation's autobiography, sometimes written by taking recourse to experiences from global consciences. This sacred document is not stagnant but is seen as a vivid living tree. The same texts give different meanings with the change in time. These new meanings, ascribed to judicial statemanship, are often ingenuously invented and often borrowed. In this pervasive spread of right conceptions and interconnected judicial knowledge, it is difficult to discern who borrowed from whom. Some sacrosanct rights innately exist in almost all societies, not for borrowing, but because of their inherent sanctity.

458 Art.25 Of the Irish constitution is based on the Directive Principles of Social Policy. See ME Haque, 'In Search of Origin of Recognition of Economic and Social Rights as Constitutional Principles: From Ireland to Bangladesh', (2012) 23(2) Dhaka University Law Journal, 41; ME Haque, 'Legal and Constitutional Status of The Fundamental Principles of State Policy as Embodied In The Constitution Of Bangladesh', (2005) 16 Dhaka University Law Journal, 47. These unenforceable principles are ingenuously enforced by the Court through a negative enforcement doctrine or sometimes under the umbrella of the right to life. The widened construction of the right to life often relied on Indian Judgments. Haque, Muhammad Ekramul Haque, 'Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights under International Human Rights Law' (2021) 32(1) Dhaka University Law Journal, 39, 51-52.

459 Halim, 'GonoPorishod Bitorko' (n 256) 269.

460 Ehsan A Siddiq 'Scandalising The Court And the Law Of Contempt' in Chowdhury Ishrak Ahmed Siddiky (eds) *The Rule of Law in Developing Countries* (Routledge 2018) 106, 108. Ridwanul Hoque, 'The Province of the law of contempt of court undetermined' (1998) Chitt. University Journal of Law, 181.

461 D.C. Saxena vs. Ho'ble Chief Justice of India, AIR 1196 (SC) 2481. Here Justice Justice Barucha refers to the 1976 judgement of *Attorney General of Canada and Alexander et al.*, *In re* 65 DLR (3rd), 1976, 608, in support of the retaining the contempt of scandal. However, he ignored the more recent and much more widely discussed judgement of *R v. Kopyto*, who held that contempt of court does not constitute a reasonable restriction on freedom of speech.

462 Advocate Riazuddin Khan v. Mahmudur Rahman (2011) 63 DLR (AD) 29, Advocate Riazuddin Khan, v. Mahmudur Rahman (2012) 9 App. Div. Cases. 140. To buttress its decision, the court frequently referred to the foundational English case *R. v. Almon* (1765), a 250-year-old archaic decision that was never delivered by the court and posthumously published by the son of the author judge. See D. Hay, 'Contempt by Scandalising the Court: A Political History of the First Hundred Years' (1987) 25 Osgoode Hall Law Journal 434, 466.

463 In 2013, contempt of court fell into desuetude in England on the recommendation of the Law Commission, and the resultant abolishment came into force by Parliament. Section 33(1) of the Crime and Courts Act, 2013, states "*scandalising the judiciary (also referred to as scandalising the court or scandalising judges) is abolished as a form of contempt of court under the common law of England and Wales*".

In South Asia, emerging judicial activism endeavoured to confront egregious encroachments by boldly asserting rights. The people-centric stance taken by one court emboldens others to stand with a destitute multitude. Similar reasoning tapestries of Bhagwati and Iyaz JJ's (India), Haleem J (Pakistan) and Kamal J (Bangladesh) in PIL cases indicate preparedness from the bench to uphold justice. Such judicial vigilance requires an understanding of prevalent judicial practises. Consequently, courts in South Asia often rely or persuasively mention foreign judgments in constitutional litigation involving PIL, compensation, etc. All mentions are not necessarily borrowing; some are for solidifying the judgement.

Constitutional ideas and practises of one country can influence the others. A complex itinerary of BSD in South Asia states that the same idea can take the taste of borrowing and non-borrowing in the same region. Anti-constitutional culture can creep into democracy from overseas. It transpires that constitutional culture can be transplanted. Colonial nexus, experts' involvement in constitution-making and legal education can stir constitutional borrowing and transplant. American Due process or judicial review from Justice Coke and Marshall's reasoning, as presented in *Dr. Bonham* and *Murbury*, encourages judges to delve into the development thereof. In enforcing economic, social, and cultural rights, the Bangladeshi court, while understanding penumbra rights, often relies on Indian judgement as well as international laws to widen the meaning of the right to life.⁴⁶⁴

Courts' social auditing role and justice-enhancive pro-impooverished mindset are distinct characteristics of this region. But it is still a curious amalgam of judicial vigilance and retrogressive stalemate. Truly, this region receives less attention than it deserves, but it is no more illegitimate children of Anglo-Saxon legal lineage. It generates its own distinctiveness.

This study shows that constitutional borrowing and transplant in South Asia occur in both the big-C and small-C constitutions.⁴⁶⁵ Now we will develop some guidelines to check abusive constitutional borrowing, though it is highly unlikely to be completely eliminated.

1. Abusive constitutionalism creeps into democracy by kerbing and packing the court. Despotical rulers often attempt to be legitimised by court. The captured court became their partner. Independent of the judiciary is *sine qua non*-to check abusive constitutional borrowing.

2. Actors who engage in abusive borrowing should be monitored and sanctioned.

464 Muhammad Ekramul Haque, 'Protection of economic, social and cultural rights: a critical analysis of the fundamental principles of state policy in the constitution of Bangladesh' (PhD thesis, Monash University 2017) <https://doi.org/10.4225/03/5897e15dd6345> accessed 13 June 2023.

465 See Sultan Babar Mirza, 'The Chaudhry Doctrine: A "small-c constitutional" Perspective' in Moeen H Cheema and Ijaz Shai Gilani (eds), *The Politics and Jurisprudence of the Chaudhry Court 2005-2013* (OUP 2015) 34-39.

3. Democratic institutions are often liable for accompanying usurpers after being captured. The election commission and national human rights commission should be sufficiently robust and independent.

4. The Regional Human Rights Court for South Asia can prevent the subversion of constitutionalism and abusive borrowing. Lamentably, South Asia is shorn of such mechanisms, unlike other regions. A vigilant regional court can act as a watchdog against abusive borrowing. It is suggested that a regional court comprising top court judges from South Asia be established.

5. Regional institutions should not remain quiescent because of the dismantlement of constitutionalism. Vociferous censure and economic sanctions may stop perpetrators. At the same time, it runs the risk of being an abuser. Therefore, power equilibrium should be maintained.

6. Embracing legal realism can be conducive to combating abusive borrowing because it is mindful of constitutional substance and context.

7. Regional legal dialogues can generate awareness against abusive borrowing.

8. Western ideas should not be accepted uncritically. Legal education in this region are replete with western scholarship. Legal literature should be indigenised. Otherwise, the context specificity of the region will evaporate, and contextual ideas will infiltrate.

9. The judiciary's judicialization and politicisation are to be checked.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of study: Z.A. M.H., M.A.C.; Data Acquisition: Z.A. M.H., M.A.C.; Data Analysis/ Interpretation: Z.A. M.H., M.A.C.; Drafting Manuscript: Z.A. M.H., M.A.C.; Critical Revision of Manuscript: Z.A. M.H., M.A.C.; Final Approval and Accountability: M.E.K., Z.A. M.H., M.A.C.

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.

Bibliography

Books

Abeyratne R and Ngoc SB, *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022).

Ahmed M, *Bangladesh: Emergency and Aftermath 2007-2008* (University Press Ltd 2014).

Ahmed M, *The Era of Shaikh Mujib* (University Press Ltd 1983, latest impression 2017).

Ahmed N, *Public Interest Litigation: Constitutional Issues and Remedies* (Bangladesh Legal Aid Services Trust 1999).

Albert R and Oder BE (eds), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Springer 2018).

- Aziz S, *The Constitution of Pakistan: A Constitutional Analysis* (Hart Publishing 2018).
- Bari ME, *The Independence of Judiciary in Bangladesh: Exploring the Gap Between the Theory and Practice* (Routledge 2021).
- Baxi U, *Modelling 'Optimal' Constitutional Design for Government Structures in Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013).
- Baxi U, *The Indian Supreme Court and Politics* (Eastern Book Company 1980).
- Chesterman S (et al), *The Oxford Handbook on International Law in Asia and the Pacific* (OUP 2019).
- Choudhry S, Madhav K, and Pratap BM (eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution* (OUP 2016).
- Choudhury S (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press 2006).
- Dixon R and Landau D, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press 2021).
- Ghai Y, *The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making* (International IDEA 2006).
- Ginsburg T and Dixon R (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011).
- Halamai G, *Perspective on Global Constitutionalism: The Use of Foreign and International Law* (Eleven International Publishing 2014).
- Hoque R, *Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Means Approach* (Cambridge Scholars Publishing 2011).
- Hossain K, *Bangladesh: Quest for Freedom and Justice* (UPL 2013).
- Hossain S (et al), *Public Interest Litigation in South Asia: Rights in Search of Remedies* (UPL 1997).
- Husain W, *The Judicialization of Politics in Pakistan: A Comparative Study of Judicial Restraint and its Development in India, the US, and Pakistan* (Routledge 2018).
- Islam M, *Constitutional Law of Bangladesh* (3rd edn, Mullick Brothers 2012).
- Kalhan A, *Constitution and Extra Constitution: Colonial Emergency Regimes in Post-Colonial India and Pakistan* in Victor VR and Arun KT (eds), *Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality* (Cambridge University Press 2010).
- Kamal M, *Bangladesh Constitution: Trends and Issues* (Dhaka University Publication Bureau 1994).
- Khair S, *Legal Empowerment for the Poor and the Disadvantaged: Strategies, Achievements and Challenges* (CIDA 2006).
- Khan BU and Rahman M, *Freedom of Religion in South Asia: Implications for Minorities* (2009) 8 *European Yearbook on Minority Issues* 367.
- Khan BU and Rahman MM, *Protection of Minorities: Regimes, Norms and Issues in South Asia* (Cambridge Scholars Publishing 2012).
- Khanna HR, *Making of Indian Constitution* (Eastern Book Company 1981).
- Khilnani S, Vikram R, and Arun KT (eds), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013).
- Krishnaswamy S, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of Basic Structure Doctrine* (Oxford University Press 2009).
- Kumarasingham H (ed), *Constitution-making in Asia: Decolonization and State-building Aftermath of the British Empire* (Routledge 2016).

- Maldonado DB (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge University Press 2013).
- Menski W, Ahmad RA and Mehreen KR, *Public Interest Litigation in Pakistan* (Platinum Publishing Ltd 2000).
- Menski W, *Comparative Law in Global Context: The Legal System of Asia and Africa* (2nd edn, Cambridge University Press 2006).
- Munim F, *Rights of Citizens under the Constitution and Law* (The Bangladesh Institute of Law and International Affairs 1975).
- Nweberg PR, *Judging the State: Courts and Constitutional Politics in Pakistan* (Cambridge University Press 1995).
- Razzaq GA, *Political Parties in India* (UPL 2022).
- Rahman M, *The Political History of Muslim Bengal* (Cambridge Scholars Publishing 2019).
- Rosenfeld M and Sajo A, *Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012).
- Roznai Y, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Power* (Oxford University Press 2017).
- Sathe SP, *Judicial Activism in India* (Oxford University Press 2003).
- Scotti VR, 'India: A 'Critical' Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication' in Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (Hart Publishing 2013).
- Shahabuddin M (ed), *Bangladesh and International Law* (Routledge 2021).
- Siddiq EA, 'Scandalising the Court and the Law of Contempt' in Chowdhury Ishrak Ahmed Siddiky (ed), *The Rule of Law in Developing Countries* (Routledge 2018).
- Tan KYL and Hoque R (eds), *Constitutionalism in South Asia* (Hart Publishing 2021).
- Tushnet M and Khosla M (eds), *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia* (Cambridge University Press 2015).
- Tushnet M, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing 2014).
- Tushnet M, *Weak Courts and Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press 2004).
- Udagama D, *The Democratic State and Religious Pluralism in Comparative Constitutionalism in South Asia* (OUP 2013).
- Yap PJ and Abeyratne R, *Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia* (2021).

Journals

- Abeyratne R, 'Ordinary Wrongs as Constitutional Rights: The Public Law Model of Torts in South Asia' (2018) 54 *Texas International Law Journal* 1.
- Abeyratne R, 'Rethinking Judicial Independence in India and Sri Lanka' (2015) 10 *Asian Journal of Comparative Law* 99.
- Ahmed S, 'Supremely Fallible? A Debate on Judicial Restraint and Activism in Pakistan' (2015) 9 *ICL Journal* 213.

- Bhagwati PN, 'Judicial Activism and Public Interest Litigation' (1985) 23 Columbia Journal of Transnational Law 561.
- Bhuiyan AU, 'The Doctrine of Public Trust: Its Judicial Invocation in Bangladesh and the Future Potentials' (2021) 9 Jahangirnagar University Journal of Law 89.
- Choudhury S, 'Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation' (1999) 74(3) Indiana Law Journal 819.
- Chowdhury JMI, *Maintainability of Writ Petition: An Appraisal* (Universal Book House 2021).
- Chowdhury MA, 'Un-relating the Parliament and the Judiciary: Judges' Appointment and Removal Cases in India, Pakistan, and Bangladesh' (2020) 1 JULS Law Review 1.
- Halabi S, 'Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri DK Basu v State of West Bengal' (2013) 3 Notre Dame Journal of International & Comparative Law 73.
- Halpérin JL, 'Western Legal Transplants and India' (2010) 2(1) Global Law Review 14.
- Haque ME, 'Does Part II of the Constitution of Bangladesh Contain Only Economic and Social Rights?' (2012) 23(1) Dhaka University Law Journal 45.
- Haque ME, 'Formation of the Constitution and the Legal System in Bangladesh: From 1971 to 1972: A Critical Legal Analysis' (2016) 27 Dhaka University Law Journal 42.
- Haque ME, 'In Search of Origin of Recognition of Economic and Social Rights as Constitutional Principles: From Ireland to Bangladesh' (2012) 23(2) Dhaka University Law Journal 41.
- Haque ME, 'Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights under International Human Rights Law' (2021) 32(1) Dhaka University Law Journal 39.
- Haque ME, 'Legal and Constitutional Status of the Fundamental Principles of State Policy as Embodied in the Constitution of Bangladesh' (2005) 16 Dhaka University Law Journal 47.
- Haque ME, 'Protecting Fundamental Rights through Restricted Legislative Competence: Application of the Doctrine of Eclipse and Severability' (2006) 17(1) Dhaka University Law Journal 49.
- Haque ME, 'The Bangladesh Constitutional Framework and Human Rights' (2011) 22 Dhaka University Law Journal 55.
- Haque ME, 'The Concept of "Basic Structure": A Constitutional Perspective from Bangladesh' (2005) 16(2) Dhaka University Law Journal 123.
- Hoque R and Azad E, 'Judicial Review of State Contracts: Piercing the Narrow Divide Between "Pure and Simple" and "Statutory or Sovereign" Contracts' (2017) 28 Dhaka University Law Journal 35.
- Hoque R, 'Horizontality of Fundamental Rights in Bangladesh' (2021) 32(1) Dhaka University Law Journal 55.
- Hoque R, 'Implicit Unamendability in South Asia: The Core of the Case for the Basic Structure Doctrine' (2018) 3 Indian Journal of Constitutional & Administrative Law 23.
- Hoque R, 'Public Law Compensation in Bangladesh: Looking Within and Beyond' (2010) 2(1) Journal of Law and Development 1.
- Hoque R, 'The Emergency and the Politics of Judiciary in Bangladesh' (2009) 2 NUJS Law Review 183.
- Hoque R, 'The Province of the Law of Contempt of Court Undetermined' (1998) Chittagong University Journal of Law 181.
- Huda T, 'Fundamental Rights in Search of Constitutional Remedies: The Emergence of Public Law Compensation in Bangladesh' (2021) 21 Australian Journal of Asian Law 27.

- Karzon SHR and Faruque AA, 'Status of International Law under the Constitution of Bangladesh: An Appraisal' (1999) 3(1) Bangladesh Law Journal 23.
- Khan MS, 'Genesis and Evolution of Public Interest Litigation in the Supreme Court of Pakistan' (2014) 28(2) Temple International and Comparative Law Journal 284.
- Khan M, 'The Politics of Public Interest Litigation in Pakistan in the 1990s' (2011) 2(4) Social Science and Policy Bulletin 02.
- Khair S, 'Bringing International Human Rights Home: Trends and Practices of Bangladeshi Courts' (2011) 17 Asian Yearbook of International Law 47-84.
- Lee E and Jack K, 'Constitutional Borrowing and Nonborrowing' (2003) 1 International Journal of Constitutional Law 196-223.
- Mate M, 'Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective' (2010) 12 San Diego International Law Journal 175.
- Rahman MH, 'Our Experience with Constitutionalism' (1998) 2(2) Bangladesh Journal of Law 116.
- Pathak G, 'Paradigm Shifts in Internalization of International Law: A Case Study of Growing Human Rights Jurisprudence in Nepal' (2018) 6(2) Kathmandu School of Law 12-40.
- Rahman MH, 'Our Experience with Constitutionalism' (1998) 2(2) Bangladesh Journal of Law 115.
- Rahman MM, 'Right to Life in the Constitution of India, Pakistan and Bangladesh: An Appraisal' (2006) 17(1) Dhaka University Studies Part-F 145.
- Randhawa J, 'Understanding Judicialization of Mega-Politics: The Basic Structure Doctrine and Minimum Core' (2011) Jus Politicum 1.
- Richardson C and Hossain M, 'Application of International Law in Bangladesh: An Analysis of the Supreme Court Judgments' Jagannath University Journal of Law 1-16.
- Samararatne D, 'Judicial Borrowing and Creeping Influences: Indian Jurisprudence in Sri Lankan Public Law' (2018) 2(3) The Indian Law Review 205.
- Malik S, 'Laws of Bangladesh' in AM Chowdhury and F Alam (eds), Bangladesh on the Threshold of the Twenty-First Century (BILLA 1998) 173-87.
- Tebbe N and Tsai RL, 'Constitutional Borrowing' (2010) 108 Michigan Law Review 459.
- Tew Y, 'Stealth T' (2018) 58 Virginia Journal of International Law 31.
- Thiruvengadam AK, 'In Pursuit of "The Common Illumination of Our House": Trans-Judicial Influence and the Origins of PIL Jurisprudence in South Asia' (2008) 2 Indian Journal of Constitutional Law 67.
- Tripathi HB, 'Public Interest Litigation in Comparative Perspective' (2007) NJA Law Journal 49.
- Tushnet M, 'The Inevitable Globalization of Constitutional Law' (2009) 49 Virginia Journal of International Law 985.
- Tushnet M, 'The Possibilities of Comparative Constitutional Law' (1999) 108 Yale Law Journal 1225.

Thesis

- Haque ME, 'Protection of Economic, Social and Cultural Rights: A Critical Analysis of the Fundamental Principles of State Policy in the Constitution of Bangladesh' (PhD thesis, Monash University 2017) <https://doi.org/10.4225/03/5897e15dd6345> accessed 13 June 2023.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE

Submitted: 22.05.2024
Revision Requested: 16.06.2024
Last Revision Received: 24.06.2024
Accepted: 24.06.2024
Published Online: 18.07.2024

The UK Law Commission’s Reforms Proposed to the English Arbitration Act 1996: Bonum, Malum Et Turpe

Birleşik Krallık Hukuk Komisyonu’nun 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’na Reform Önerilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi

Doğan Gültutan *

Abstract

The 1996 Act has completed its quarter-century cycle of existence. At the time of its enactment, it was praised by scholars and practitioners as a “masterful... comprehensive” piece of legislation and one that was destined to “enhance the attractiveness of England as an arbitral forum”. These predictions proved exceedingly accurate. However, over time the legislation’s various shortcomings began to surface. Its review by the Law Commission was, therefore, very timely. This paper considers the present state of English arbitration law considering the provisions of the 1996 Act and substantive and/or noteworthy recommendations proposed to the legislation, alongside the relevant case-law, and considers the appropriateness and potential utility of these recommendations. In particular, this article considers the following issues: the governing law of an arbitration agreement, the arbitrators’ duty of disclosure, their immunity from liability, the summary disposal of claims and defences, the confidentiality of arbitration and court powers in support of arbitral proceedings and emergency arbitrations. The paper concludes that although the reform proposals are mostly commendable and sufficient to satisfy users’ concerns and expectations, not all are agreeable. Reform proposals do not go far enough. Most notably, the rule concerning the arbitrators’ duty of disclosure should recognise that, in appropriate instances, the subjective expectations of the parties should be addressed in the assessment. The parties’ reasonable and/or legitimate expectations should not be ignored when deciding what facts and circumstances to disclose to ensure that the parties retain confidence in the process and remain the ultimate arbiters of their dispute.

Keywords

Arbitration, Reform, Confidentiality, Disclosure, Governing Law, Seat of Arbitration, Immunity, Summary Disposal, Emergency Arbitration

* **Corresponding author:** Doğan Gültutan (Dr.), City, University of London, School of Law, London, England.
E-mail: Dogan-Ali.Gultutan@city.ac.uk ORCID: 0009-0003-4385-9990

To cite this article: Gultutan D, “The UK Law Commission’s Reforms Proposed to the English Arbitration Act 1996: Bonum, Malum Et Turpe” (2024) 44(1) PPIL 197. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1488428>



I. Introduction

In England, arbitration is governed by the Arbitration Act 1996 (the “1996 Act”)¹, which entered into force on 31 January 1997. The legislation is broadly based on the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”)’s Model Law.² It applies to arbitrations conducted and proceedings relating to arbitration before the English courts, Wales and Northern Ireland, excluding Scotland.³

The 1996 Act has been largely unamended since its entry into force and has been, for some time, praised as one of the most successful, arbitration friendly and modern statutes promoting the development and use of arbitration to resolve disputes.⁴ As early as 1998, it was described as an “*outstanding, indeed masterful, legislative framework on arbitration... [being] a highly accessible statutory framework both from a linguistic and organizational standpoint... [and a legislation that is] comprehensive, thorough, cogent and coherent*”.⁵ Another scholar, commenting positively on the then recent enactment, foresaw (rightly so) in 1997 that the 1996 Act “*will effect very welcome improvements in the English law of arbitration, and will enhance the attractiveness of England as an arbitral forum*”.⁶

However, developments in the field of arbitration over the quarter of a century have necessitated a re-look and re-consideration of the Act and an assessment of whether it serves and, more importantly, can continue to serve the needs of the arbitration community.⁷ Concurring, in March 2021, the UK Ministry of Justice instructed the Law Commission to review and propose necessary recommendations to the legislation, coinciding with the twenty-fifth anniversary of the legislation. This resulted in an arbitration bill being put before the UK Parliament in 2024, which is expected to be enacted within the year. This paper considers the present state of English arbitration law in light of the provisions of the 1996 Act and substantive and/or noteworthy recommendations proposed to the legislation, alongside the relevant case-law, and considers the appropriateness and potential utility of these recommendations. A certain

1 Arbitration Act 1996 (c 23); full title: An Act to restate and improve the law relating to arbitration pursuant to an arbitration agreement; to make other provisions relating to arbitration and arbitration awards; and for connected purposes, passed on June 17, 1996.

2 The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985, which was later amended in 2006. See here: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (accessed on June 23, 2024).

3 1996 Act, section 108.

4 See, Myriam Gicquello, ‘Reviewing the Arbitration Act 1996: A Difficult Exercise?’ (2023) 2(4) *Amicus Curiae*, Series 2 391, 393-394.

5 Thomas E Carbonneau, ‘A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act’ (1998) 22 *Tulane Maritime Law Journal* 131, 154, 131-132.

6 Fraser P. Davidson, ‘The new Arbitration Act – a Model Law?’ (1997) *Journal of Business Law* 101-129, 128. See also V. Chenu, ‘The Arbitration Act 1996: One Year on: The New Provisions Under the Microscope and Recent Cases’ (1998) 6(5) *International Insurance Law Review* 165-166.

7 Carbonneau (n 5) 132, wherein Carbonneau noted that the 1996 Act did not “*achieve absolute perfection*”, principally on the basis that “*it retains a version of the right of judicial appeal of the merits of arbitral awards and a restricted right of appeal on questions of law during the proceeding. For good or ill, England remains one of the few national jurisdictions that allows judicial supervision of arbitration on the merits.*”

number of issues considered but not proposed for reform will also be analysed to determine whether the Law Commission's rationale for not reforming those areas was justified.

II. Arbitration Act 1996: general principles

Part 1 of the 1996 Act applies to arbitrations that have their seat of arbitration “*in England and Wales or Northern Ireland*”.⁸ However, it should be noted that certain provisions of Part 1 apply to foreign seated arbitrations, i.e., arbitrations that are not seated in England and Wales or Northern Ireland. Section 2(2) states that sections 9 to 11, principally concerning the stay of legal proceedings, and section 66, concerning the enforcement of arbitral awards, apply “*even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined*”.

Furthermore, section 2(3) states that the powers conferred on the court by sections 43 and 44, concerning securing the attendance of witnesses and court powers exercisable in support of arbitral proceedings, respectively, may be exercised “*even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined*”. Unlike under section 2(2), the court has a discretionary power under section 2(3), such that it is entitled to refuse to exercise such power if it considers that “*the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so*”.

The 1996 Act adopts a non-interventionist, party autonomy, and arbitration-friendly approach. In *Halliburton*, Lord Hodge (with whom Lords Reed and Lloyd-Jones, and Lady Black concurred) made the following supporting observation: “*The 1996 Act is based on the principle of party autonomy and aims to limit the role of the courts to the protection of the public interest*”.⁹ In the same vein, Haddon-Cave LJ (with whom the other two judges concurred) in the *Haven Insurance* case expressed as follows:

“*The AA 1996 brought about a sea-change in the world of arbitration: it gave full effect to the notion of ‘party autonomy’ and abandoned the idea that the courts enjoyed ‘some general power of supervisory jurisdiction over arbitrations’ ... Post-1996, the world of arbitration entered a new era, in which the scope for interference by the court in arbitral decisions became highly circumscribed.*”¹⁰

Section 1 of the 1996 Act, which sets out the general principles on which Part 1 is founded, stipulates that “*the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*”.¹¹ This

⁸ 1996 Act, section 2(1).

⁹ *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd.* [2020] UKSC 48, [47].

¹⁰ *Haven Insurance Co. Ltd. v EUI Ltd. (t/a Elephant Insurance)* [2018] EWCA Civ 2494, [28]-[29].

¹¹ 1996 Act, section 1(b).

is an express regulation of the principle of party autonomy over arbitral proceedings. More importantly, the Act recognises the following general principle: “*in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part*”.¹² This provides for an express statutory footing regarding the non-interventionist approach of the 1996 Act and the requirement that English courts also refrain from interfering with arbitral proceedings, unless absolutely necessary.¹³

In line with the adopted non-interventionist approach, the 1996 Act limits the recourse available to disgruntled parties against arbitral awards. A tight framework is provided for under sections 67 to 69. Section 66 stipulates that an “*award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect*”.¹⁴ This paves the way for the courts to recognise and enforce arbitral awards without considering the merits or conducting a *de novo* review. Regarding the power under section 66, the High Court explained in *Sterling v. Rand* as follows:

“*Any arbitration award that has not been challenged is final and is treated as binding. It should ordinarily be enforceable, and s.66 should be a straightforward remedy for achieving that. The provisions of the 1996 Act are firmly in favour of giving effect to arbitration awards and enabling them to be enforced. The starting point is the statutory policy in favour of giving effect to an unchallenged award.*”¹⁵

An arbitral award may be challenged in one of three ways under the 1996 Act: (i) a challenge on the basis of substantive jurisdiction under section 67, (ii) a challenge on the basis of serious irregularity under section 68, and (iii) an appeal against the award on a point of law under section 69, each of which is considered in turn as follows.

Section 67 permits a challenge against an arbitral award where it can be shown that the arbitral tribunal lacked substantive jurisdiction to hear and determine the matter. This is a high threshold, and a challenge under section 67 rarely succeeds. Corroborating this, the Commercial Court’s report for the years 2022-2023 explains that during the judicial year, 8 applications were filed under section 67, which represented a 70% reduction from the 27 applications filed in the previous judicial year, of which 2 were dismissed on the papers, 1 was discontinued and 5 remain pending.¹⁶ By way of context, during the previous judicial year (i.e., 2021-2022) there were 27 applications received, of which 5 were dismissed on the papers, 1 was discontinued, 1 was unsuccessful, and 20 remained pending.

¹² 1996 Act, section 1(c).

¹³ See, *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd* [2020] UKSC 48, [47]; and *Haven Insurance Co Ltd v EUI Ltd (t/a Elephant Insurance)* [2018] EWCA Civ 2494, [28]-[29].

¹⁴ 1996 Act, section 66(1).

¹⁵ *David Sterling v Miriam Rand* [2019] EWHC 2560 (Ch), [65].

¹⁶ Business and Property Courts, The Commercial Court Report 2022-2023 (Including the Admiralty Court Report), February 2024: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/03/14.448_JO_Commercial_Court_Report_2223_WEB.pdf, page 13 (accessed on June 23, 2024).

Where the court agrees with the applicant party that the tribunal lacked substantive jurisdiction to determine the matter, it may do one of two things: vary the award or set aside the award in whole or in part.¹⁷

Regarding a challenge under section 68, an applicant may succeed in challenging an arbitral award if it can show that there was a “*serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award*”.¹⁸ Again, the threshold is exceedingly high. Courts will expect convincing evidence of irregularity that reaches the requisite level of seriousness to permit a challenge against an arbitral award. This is because a successful challenge usually results in the setting aside of the arbitral award, requiring the parties to “re-arbitrate” the dispute, with the subsequent time and cost consequences.

Section 68(2) provides some guidance regarding what may constitute “serious irregularity”, which are as follows:

- *“failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);*
- *the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);*
- *failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties;*
- *failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it;*
- *any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;*
- *uncertainty or ambiguity as to the effect of the award;*
- *the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy;*
- *failure to comply with the requirements as to the form of the award; or*
- *any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.”*

Where an applicant establishes “serious irregularity” affecting the tribunal, the court may “(a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration, (b) set the award aside in whole or in part, or (c) declare the award to be of no effect, in whole or in part”, but is to exercise the powers under (b) or (c) “[i]f it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration”.¹⁹

¹⁷ 1996 Act, section 67(3).

¹⁸ 1996 Act, section 68(1).

¹⁹ 1996 Act, section 68(3).

The Commercial Court's report for the years 2022-2023 explains, relevantly, that during the judicial year, the Court received 25 section 68 applications, which represented a 37% decrease compared to 40 applications the previous year, of which 4 applications were dismissed at a hearing, 7 applications were dismissed on the papers, 1 was discontinued, 1 was settled and 1 transferred out. The remaining 11 were pending.²⁰

Finally, a party may appeal against an arbitral award on a point of law, essentially on the ground that the arbitral tribunal erroneously applied the applicable law. It must be noted, however, that the parties are permitted to opt out of this right; as such, the right to appeal on a point of law exists only if the parties have not agreed otherwise, unlike the position in respect of sections 67 and 68.²¹

Section 69(1) provides that “[U]nless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings.” The Act clarifies that where the parties have agreed to dispense with reasons in respect of the arbitral award, such will be treated as an opt-out and will exclude the courts’ jurisdiction for the purposes of an appeal on a point of law.²² An appeal under section 69 requires the leave of the court, unless the parties have agreed otherwise.²³ The court will not grant the leave required if it is not satisfied the following:

“(a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,

(b) that the question is one which the tribunal was asked to determine,

(c) that, on the basis of the findings of fact in the award— (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and

(d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.”²⁴

The leave requirements are evidently onerous and will not always be satisfied. This is primarily intended to ensure the finality of the arbitral process and to avoid disgruntled parties from clogging up the judicial system with unnecessary appeals.²⁵

20 Business and Property Courts, The Commercial Court Report 2022-2023 (Including the Admiralty Court Report), February 2024: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/03/14.448_JO_Commercial_Court_Report_2223_WEB.pdf, page 12 (accessed on June 23, 2024).

21 1996 Act, sections 67(1), 68(1) and 69(1) and Schedule 1 (mandatory provisions of Part 1).

22 1996 Act, section 69(1).

23 1996 Act, section 69(2).

24 1996 Act, section 69(3).

25 See, *Union of India v Reliance Industries Limited* [2022] EWHC 1407 (Comm), for an example of a restrictive/narrow construction of the statutory provision.

The Commercial Court's report for the years 2022-2023 explains, relevantly, that during the judicial year 46 applications were received that judicial year, compared to 40 received the previous year, of which 9 had permission granted, 6 had permission refused, 1 appeal was dismissed following a hearing, 5 appeals were dismissed on the papers, 2 were discontinued, 3 were transferred out, and 20 were awaiting a permission decision.²⁶

Notwithstanding the fact that challenges against arbitral award rarely come to fruition, the bulk of the claims made to the Commercial Court are premised on sections 67-69 of the 1996 Act, all of which are primarily aimed at challenging an award issued. The "Commercial Court Report 2022–2023" confirmed that "[t]he bulk of the arbitration claims issued are: challenges to awards on grounds of jurisdiction under section 67 of the Arbitration Act 1996; challenges alleging irregularity (section 68 applications); and appeals on a point of law (section 69 applications)."²⁷

Having set out above the general principles of the 1996 Act, this paper will now move to consider the proposed reforms by the Law Commission to the 1996 Act.

III. Reform proposals

A. In General

As mentioned above, the Law Commission was instructed, in March 2021, with the task to consider "*whether any amendments to the Act were needed to ensure that it remains fit for purpose and continues to promote England and Wales as a leading destination for commercial arbitration*".²⁸ The Law Commission is an independent law commission set up by the UK Parliament to review the law of England and Wales and recommend reforms.²⁹

The request initiated the Commission's consultation process.³⁰ In September 2022, the Commission published its first consultation paper and invited comments and responses from the arbitration community. The consultees, that is, those who responded to the consultation papers, ranged from individual practitioners, academics and specialist bodies, to major domestic and international firms and institutions. Responses to the first consultation paper were received by December 2022. The Commission considered the responses and produced a second consultation paper in

26 Business and Property Courts, The Commercial Court Report 2022-2023 (Including the Admiralty Court Report), February 2024: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/03/14.448_JO_Commercial_Court_Report_2223_WEB.pdf, page 11 (accessed on June 23, 2024).

27 *ibid* 10.

28 Law Commission's "Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill" (Law Com No 413) dated September 6, 2023 (the "Final Report"), paragraph 1.8.

29 See Law Commissions Act 1965; <https://lawcom.gov.uk/> (accessed on June 23, 2024).

30 See here: <https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/> (accessed on June 23, 2024).

March 2023. By May 2023, responses were received from the consultees on the second consultation paper, following which the Commission produced its final report on its proposed reforms in September 2023. The consultees' general view was that the Act “works well, and that root and branch reform is not needed or wanted”.³¹ Therefore, the Law Commission proposed only minimal reforms.

The Final Report was accompanied by an Arbitration Bill, the adoption of which would implement the Law Commission's recommendations.³² The Bill is currently before Parliament and is being discussed in the House of Lords.³³ It will then be discussed by Members of Parliament in the House of Commons, and if approved, it will be given Royal Assent. It is expected that the Bill will be finalised and passed through parliament in late 2024 or early 2025.

Among the various proposed reforms to the 1996 Act, the following five proposals stand out as noteworthy and worth discussion:

- New rule on the governing law of an arbitration agreement;
- Codification of an arbitrator's duty of disclosure;
- Strengthening arbitrator immunity around resignation and removal;
- Introduction of the power of summary disposal;
- Clarification of court powers in support of arbitration proceedings and emergency arbitration.

The above proposals are, in turn, considered as follows.

a) Governing law of the arbitration agreement

The Commission's recommendation is that the arbitration agreement be governed by the law that the parties expressly agree applies to the arbitration agreement or by the law of the seat.³⁴ This would change the current position, which was recently established by the UK Supreme Court in *Enka*.³⁵ The *Enka* approach may be summarised as follows:

- The applicable law for an arbitration agreement shall be the law that the parties expressly choose to apply to it. If no such agreement exists, the arbitration agreement will be subject to the law with which it is most closely connected.
- Where no express party agreement exists in respect of the law applicable to the arbitration agreement, the law applicable to the underlying agreement that

³¹ Final Report, paragraph 1.22.

³² *ibid* paragraph 1.6.

³³ See here: <https://bills.parliament.uk/bills/3515> (accessed on June 23, 2024).

³⁴ Final Report, paragraph 12.72 *et seq.*

³⁵ *Enka Insaat ve Sanayi AS v OOO Insurance Company, Chubb* [2020] UKSC 38.

contains the arbitration agreement will apply as the law most closely connected to the arbitration agreement (as an implied choice).

- The laws of the seat of the arbitration may be deemed to (impliedly) apply to the arbitration agreement, instead of the law governing the underlying agreement, where certain factors exist, such as (i) a provision of the law of the seat of the arbitration indicating that that jurisdiction's laws will apply to arbitrations seated there or there exists a serious risk that the arbitration agreement would be ineffective if the law of the underlying agreement applies to the arbitration agreement.
- Where the underlying agreement does not stipulate a governing law, the law of the seat of the arbitration will be the law applicable to the arbitration agreement, which is the law most closely connected to it.

The aforementioned analysis essentially resulted in the governing law that was selected to apply to the underlying contract applying also to the arbitration agreement contained within it, disregarding, in most cases, the laws of the seat of the arbitration. This approach was criticised by the consultees as being “*complex and unpredictable*”.³⁶ This is one of the most significant changes proposed in the draft legislation.

The rationale behind the proposal provided by the Commission are as follows:

- a default rule in favour of the law of the seat would see more arbitration agreements governed by English law for arbitrations seated there, which would ensure the applicability of the doctrine of separability³⁷, along with its practical utility;³⁸
- the default rule would preserve party autonomy in the choice to arbitrate, without the express choice being undermined by an implied choice of foreign governing law with potentially less generous provisions on arbitrability, scope, and separability;³⁹ and
- the default rule has the virtues of simplicity and certainty.⁴⁰

The proposed reform is therefore welcomed. It is more appropriate that the arbitration agreement be governed, by default and subject to the parties' express agreement, by the law of the seat of the arbitration. This is not only more in line

36 Final Report, paragraph 12.20.

37 The doctrine of separability refers to arbitration agreements being “*presumptively “separable” or “severable” from the contract within which they are found (sometimes termed the “main” or “underlying” contract)*”; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Third Edition (Kluwer Law International 2021), paragraph 2.04.

38 Final Report, paragraph 12.72.

39 Ibid paragraph 12.73.

40 Ibid paragraph 12.74.

with the parties' general expectations when agreeing to a seat of arbitration, but will also ensure that English law is more consistent with other established arbitration jurisdictions.⁴¹ The proposal will help prevent inconsistent rulings by English and foreign courts regarding the same arbitration agreement, avoiding "Kabab-Ji like"⁴² unwanted scenarios populating the case reports.

Kabab-Ji was a case in which the parties, Al Homaizi Foodstuff Company ("AHFC") and Kabab-Ji SAL ("Kabab-Ji"), entered into a franchise development agreement in 2001 concerning the granting of a licence to operate a franchise in respect of a "*distinctive type of restaurant specialising in Lebanese and other Middle Eastern cuisines*".⁴³ The agreement was subject to English law, referring disputes arising thereunder to ICC arbitration in Paris.⁴⁴ In 2005, AHFC became Kout Food Group's ("KFG") subsidiary following a corporate restructuring. A dispute arose under the agreement regarding the payment of royalties. Kabab-Ji started its claim only against KFG, not AHFC. The arbitrators ruled, by majority, that KFG was bound by and in breach of the agreement, despite never having formally become a party to the arbitration agreement. KFG sought to set aside the final award in Paris. Correspondingly, Kabab-Ji sought the enforcement of the award in England. Both actions were dismissed by the respective courts, allowing the English and French courts to reach diametrically opposed outcomes.

The English Commercial Court held that the agreement (including the arbitration agreement) was governed by English law and, applying English law principles, KFG had not become a party to the arbitration agreement and could therefore not be in breach thereof. It therefore refused to make a final determination, refusing enforcement. The Court of Appeal agreed that the governing law was English law, that KFG was not a party and was not in breach, but differed with the Commercial Court on the issue of making a final determination, holding that the court below should have made a final determination, and itself made such a determination.⁴⁵ The appellate court reasoned that there was no real prospect of it being shown that KFG had become a party to the arbitration agreement and that summary judgment should be issued, refusing recognition and enforcement of the award.⁴⁶

On appeal, the UK Supreme Court unanimously dismissed the appeal and upheld the Court of Appeal's findings. Lords Hamblen and Leggatt, who gave the sole joint judgment (with which the other Justices agreed), explained as follows:

41 See, Maxi Scherer and Ole Jensen, 'Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement' (2021) 10(4) *Indian Journal of Arbitration Law* 1.

42 See *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48.

43 *ibid* paragraph 3.

44 *Ibid* paragraph 5.

45 *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6.

46 *ibid* paragraphs [70], [81].

“In the above circumstances, we are satisfied that the Court of Appeal was both entitled and correct to conclude that as a matter of English law, there was no real prospect that a court might find at a further hearing that KFG became a party to the arbitration agreement in the FDA. Given the terms of the No Oral Modification clauses, the evidential burden was on the claimant to show a sufficiently arguable case that KFG had become a party to the FDA and hence to the arbitration agreement in compliance with the requirements set out in those clauses, or that KFG was estopped or otherwise precluded from relying on the failure to comply with those requirements. On the findings made by the judge and the evidence before the court, such a case was not and has not been made out.”⁴⁷

As for the French courts, the Paris Court of Appeal dismissed the annulment action shortly after the English Court of Appeal’s judgment had been rendered, which was later upheld by the French Court of Cassation. The French courts ruled that, as a matter of French law, the law of the seat of arbitration, not the law of the main contract, governed the arbitration agreement. The result was that the arbitration agreement extended to KFG, the non-signatory entity.⁴⁸

Such judicial friction is obviously undesirable because it results in uncertainty for the parties, their legal representatives and the arbitrators. It also paves the way for tactical warfare of the sort unwanted, giving unsatisfied parties potential second (and more) bites at the cherry. The finality of arbitration is its most attractive asset and should not be permitted to be eroded by inconsistent application of rules and principles if it can be facilitated. The proposed reform will provide the parties with the desired certainty regarding seat selection, knowing that their seat selection will resolve almost all matters regarding the arbitration process and procedure.⁴⁹ Consequently, it is hoped that the proposal will be enacted in the currently proposed form.

B. Arbitrators’ Duty of Disclosure

The Commission’s proposal is to codify the currently case-law based test on the disclosure of arbitrators. The Commission considers that it would be *“appropriate that such an important duty be recognised in the [Act]”* and that such would be *“in line with international best practice”*.⁵⁰ The recommendation is that *“arbitrators have a continuing duty to disclose any circumstances which might reasonably give rise to*

47 *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48 [75].

48 See, Leila Kazimi, ‘The Walking Dead: Double Life of the Kabab-Ji Award’ (Kluwer Arbitration Blog, 16 November 2022), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/16/the-walking-dead-double-life-of-the-kabab-ji-award/> (accessed on June 23, 2024).

49 See, Can Eken and Tugce Yalcin, ‘An Overview of the English Arbitration Reform Act and Its Implications in Practice’ (2024) 45(4) *The Company Lawyer* 126-128, 127.

50 Final Report, paragraph 3.66.

*justifiable doubts as to their impartiality.*⁵¹ This reflects the test formulated by the UK Supreme Court in *Halliburton*.⁵²

In the *Halliburton* case, the Supreme Court held that in respect of an allegation of apparent bias, the legal test is whether a fair-minded and informed observer (also referred to as the objective observer), having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased.⁵³ As such, although the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024)⁵⁴ and major institutional rules refer to the existence of circumstances that may give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence in the eyes of the actual parties concerned (i.e. a subjective analysis), English law adopts an objective approach and is disinterested in what the actual parties' expectations were.⁵⁵ The Court also confirmed that the disclosure of material facts or circumstances is a legal duty in English law, as opposed to being merely good arbitral practice, emanating from the arbitrators' duty to act fairly and impartially, and the consequent term implied into contracts between parties and arbitrators that the arbitrator will so act, which implied term cannot be adhered to in circumstances where the arbitrator fails to disclose material circumstances that could justify its removal under the section 24 procedure.⁵⁶ The Court held that unless there is disclosure, the parties may often be unaware of matters that could give rise to justifiable doubts about an arbitrator's impartiality and entitle them to a remedy from the court.⁵⁷

For fullness of context, the facts of the *Halliburton* case are as follows. An arbitrator (Kenneth Rokison QC), who was appointed by the Court following the parties' inability to agree on the chairman of the tribunal, had failed to disclose that he had also been appointed as an arbitrator in two separate but factually related arbitration proceedings concerning the Deepwater Horizon incident that occurred in the Gulf of Mexico in 2010. Having become aware of the arbitrator's appointment in later factually related references, *Halliburton* filed an application to remove the arbitrator. The basis of the application was section 24(1)(a) of the 1996 Act, which provides that "*A party to arbitral proceedings may ... apply to the court to remove an arbitrator on any of the*

51 *ibid* paragraph 3.75.

52 *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd.* [2020] UKSC 48. See also, Doğan Gültutan, "Appear as You Are or Be As You Appear": Sound Advice to Arbitrators Considering Independence and Impartiality Disclosures? A Comparative Analysis Advocating for Uniformity and Addressing Participants' Legitimate Expectations' (2024) 3 International Trade Law & Regulation 133; Daze C. Nga and Peace O. Adeleye, 'The English Supreme Court's Decision in *Halliburton v. Chubb*: An Examination of the Issues Arising from Arbitrators' Acceptance of Multiple Appointments in Related Arbitrations and Arbitrator's Duty to Disclose' (2022) 88(1) *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 201 – 218, 202-203.

53 *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd.* [2020] UKSC 48 [55]-[62].

54 See, <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024> (accessed on June 23, 2024).

55 *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd.* [2020] UKSC 48 [72].

56 *ibid* [76].

57 *ibid* [78].

following grounds... that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality". Halliburton's case was not about actual bias or lack of impartiality of the arbitrator, but about the arbitrator's conduct causing an appearance of bias.⁵⁸ The application was refused by the High Court (Poplewell J)⁵⁹, granted by the Court of Appeal⁶⁰, which overturned the first instance decision, but subsequently refused by the Supreme Court⁶¹, overruling the Court of Appeal.

The Supreme Court held that, at the date of the hearing to remove the arbitrator, a fair-minded and informed observer would not have concluded that circumstances existed that gave rise to justifiable doubts about his impartiality.⁶² The Court did hold, however, that the arbitrator was under a legal obligation to disclose his appointment in that particular case and had breached his duty by failing to make the required disclosure.

More recently, in *Africa Sourcing v Société par Actions Simplifiée*, the Commercial Court dismissed a challenge against an arbitrator that was premised on the following grounds: (i) long-term, regular professional contact between the arbitrator and a party's legal representative, including shared membership of a professional organisation.⁶³ The Court held that the arbitrator was not under a duty to disclose the facts complained of, given that such non-disclosed facts were not sufficiently serious to cause a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility of bias (i.e., the common law test for bias). From the Court's perspective, it was important that the dispute arose in a relatively small (cocoa) commodities market, where traders were likely to know each other, and that the trade association's arbitrators, drawn from among its members, were likely to be known to those involved in disputes.

The proposal is welcomed insofar as it codifies the arbitrators' duty of disclosure. However, it is considered that the proposal does not go sufficiently further to ensure full transparency and to address the parties' legitimate expectations. The author has argued elsewhere that the objective test disregards the reasonable expectations of the parties to the arbitration agreement, whose assessment of the presence of independence and/or impartiality concerns may, in certain cases, differ from those of an unconnected third party.⁶⁴ This is criticised for ignoring the fact that it is party consent that enables the arbitration process and gives competence to the arbitrator(s) and that, as such, it

58 *H v (1) L, (2) M, (3) N, (4) P* [2017] EWHC 137 (Comm), [3].

59 *H v (1) L, (2) M, (3) N, (4) P* [2017] EWHC 137 (Comm).

60 *Halliburton Company v (1) Chubb Bermuda Insurance Limited, (2) M, (3) N, (4) P* [2018] EWCA Civ 817.

61 *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd.* [2020] UKSC 48.

62 *ibid.*

63 *Africa Sourcing Cameroun Limited and another v Société par Actions Simplifiée (Rockwinds) and another* [2023] EWHC 150 (Comm). See also, *Radisson Hotels APS Denmark v Hayat Otel İşletmeciliği Turizm Yatırım ve Ticaret Anonim Şirketi* [2023] EWHC 892 (Comm).

64 See, Gültutan (n 52).

would not be unreasonable to expect that the rules address the reasonable and legitimate expectations of the enablers of the private process of arbitration, which would logically encompass rules concerning the ultimate arbiters of the relevant dispute. The test for arbitrators' disclosure obligation should therefore not be purely objective based and be sufficiently flexible to permit subjective elements where appropriate and, more importantly, would answer the parties' legitimate expectations, provided such elements are known or should have been known by the arbitrator in question.

Notwithstanding the above, the proposed reform is a step in the right direction in entrenching the obligation to disclose in a legislative provision, helping to instil confidence in the arbitral process and enabling maximum transparency.⁶⁵ The reform proposal, if accepted, will help address the current legitimacy criticisms against international arbitration.⁶⁶

C. Arbitrator Immunity (Re: Resignations and Removals)

Another recommendation concerns the arbitrators' immunity from liability. This recommendation has two throngs: (i) a recommendation that arbitrators incur no liability for resignation unless the resignation is proved to be unreasonable and (ii) a recommendation that arbitrators should incur no liability, including costs liability, in respect of an application for their removal, unless the arbitrator has acted in bad faith.⁶⁷

The immunity of arbitrators is currently regulated under section 29 of the 1996 Act, which provides that an "*arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith*".⁶⁸

The immunity as currently provided appears on the surface to be widely worded and sufficient to provide arbitrators with blanket protection. However, arbitrators have been held liable in some cases concerning their resignation or application for their removal, prompting the Commission to consider tightening the protection.⁶⁹ For

65 See, generally, Gillian Eastwood, 'A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators' in William W. Park (ed), *Arbitration International* (2001) 17(3) 287–312, 291–292; David Hacking, 'Arbitration is Only as Good as Its Arbitrators', in Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Perales Viscasillas Maria del Pilar & Vikki M. Rogers (eds), *Liber Amicorum Eric Bergsten – International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International 2011), 223–230; Ali Yeşilirmak, 'Transparency and Stakeholders' Role in the Selection of the Arbitral Tribunal', in Stavros Brekoulakis, Romesh Weeramantry, Lilit Nagapetyan (eds), *Achieving the Arbitration Dream: Liber Amicorum for Professor Julian D.M. Lew KC* (Kluwer Law International, 2023), 285–293.

66 See, Thomas H. Webster, 'Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues' (2009) 25(4) *Arbitration International* 469; David Collins, 'The line of Equilibrium: Improving the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration Through the Application of the WTO's General Exceptions' (2016) 32(4) *Arbitration International* 575; Malcolm Langford, Cosette D. Creamer and Daniel Behn, 'Regime Responsiveness in International Economic Disputes' in Szilard Gaspar-Szilagyi, Daniel Behn and Malcolm Langford (eds), *Adjudicating Trade and Investment Disputes: Convergence or Divergence?* (Cambridge University Press 2020), 245 and 267 *et seq.*

67 Final Report, paragraphs 5.3 and 5.4.

68 1996 Act, section 29(1).

69 Final Report, paragraph 5.2.

instance, in *Halliburton*, Lord Hodge (with whom Lords Reed and Lloyd-Jones and Lady Black agreed) explained that “*in cases where the matter is serious but the non-disclosure of that matter, on later examination, does not support the conclusion that there is apparent bias, the arbitrator might, depending on the circumstances, face an order to meet some or all of the costs of the unsuccessful challenger or to bear the costs of his or her own defence*”.⁷⁰

In *C Ltd v D*, Henshaw J confirmed that “*section 29 [of the 1996 Act] would not preclude an arbitrator from being ordered to pay costs in relation to a section 24 application [an application to remove the arbitrator] that he had opposed...[, but noted that] costs awards against arbitrators are extremely rare*”.⁷¹ The Judge also referred to another (unreported) case⁷² in which the judge ordered the arbitrator, who had resisted the application, to pay the costs. The justification for providing arbitrators immunity and shielding them from contractual claims even in circumstances where they fall below the required standard is that it would “*support[] an arbitrator to make robust and impartial decisions without fear that a party will express their disappointment by suing the arbitrator...[and would] support[] the finality of the dispute resolution process by preventing a party who is disappointed with losing the arbitration from bringing further proceedings against the arbitrator*”.⁷³

The proposed strengthening of arbitrators’ immunity is thus applauded. An arbitrator should not be held liable in connection with a resignation or their removal via court application unless such an action is shown to have been unreasonably done or done in bad faith, respectively. The proposed reform successfully strikes a balance between keeping arbitrators answerable to unreasonable or unacceptable conduct, whilst providing them with a sense of security that would enable them to make robust and impartial decisions.

D. Summary Disposal of Claims and Defences

A further proposed reform is the introduction of an express power to summarily dispose claims and defences. This would mirror the English courts’ power to grant summary judgments.⁷⁴ The Commission has recommended that the 1996 Act provide for an express power for arbitrators to make an award on an issue on a summary

⁷⁰ *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd.* [2020] UKSC 48, per Lord Hodge [111].

⁷¹ *C Ltd. v D* [2020] EWHC 1283 (Comm), [58].

⁷² *Wicketts v Brine Builders & Siederer* [2001] App. L.R. 06/08. See also, Ned Beale, James Lancaster, et al., ‘Removing an Arbitrator: Recent Decisions of the English Court on Apparent Bias in International Arbitration’, 2016 (34(2) ASA Bulletin, (Association Suisse de l’Arbitrage), 322-341, 328.

⁷³ Final Report, paragraph 5.7.

⁷⁴ See, Civil Procedure Act 1997, section 1; and Civil Procedure Rules (“CPR”), Part 24. CPR r. 24.3 stipulates that the court “*may give summary judgment against a claimant or defendant on the whole of a claim or on an issue if— (a) it considers that the party has no real prospect of succeeding on the claim, defence or issue; and (b) there is no other compelling reason why the case or issue should be disposed of at a trial.*”

basis if a party has no real prospect of succeeding on that issue, unless the parties agree otherwise.⁷⁵ The justification for the proposal is to encourage arbitrators to use summary disposal tools to improve the cost and time efficiency of arbitration.⁷⁶

As the Commission recognised in its report, arbitrators “*probably have an implicit power to use summary disposal.*”⁷⁷ Therefore, the proposed reform is arguably unnecessary. However, it is agreed that the express recognition of the power under statute may embolden arbitrators to exercise their powers of summary disposal and to summarily dismiss claims or defences that are unworthy of attention during the trial or hearing. There are likely many cases where the claim(s) or defence(s) raised are ripe for summary disposal, but arbitrators refuse to take decisive action to dismiss claim(s) or defence(s) that are unworthy of further consideration.⁷⁸ It is only hoped that an express statutory power will encourage arbitrators to use the additional weapon in their armoury and reassure them that doing so will not of itself result in successful challenges to their awards.

E. Court Powers in Support of Arbitral Proceedings and Emergency Arbitration

The final reform proposal to be considered is the proposal to amend the 1996 Act to (i) confirm that powers exercisable by courts in support of arbitral proceedings (as contained in section 44), such as powers to make orders for the preservation of evidence, sale of goods, and appointment of a receiver, may be exercised against third parties⁷⁹ and (ii) empower the court to enforce a peremptory order issued by emergency arbitrators.⁸⁰ The justification for the former proposed reform is that it would “*bring clarity*” to the law⁸¹; whilst for the latter is that it “*would support arbitration*”.⁸²

It is agreed that there should be a mechanism to enable the enforcement of an emergency arbitrator’s peremptory order should it not be voluntarily complied with by the relevant party(ies). Otherwise, the procedure would lack any meaningful teeth, and a party would have to wait until the arbitral tribunal is constituted to be able to obtain a similar order from the tribunal and then to seek to enforce the award through the courts. This would be unsatisfactory from both a cost and time perspective. The proposed reform would improve the efficiency and effectiveness of arbitration, and

75 Final Report, paragraph 6.3.

76 *ibid* paragraph 6.18 *et seq.*

77 *ibid* paragraph 6.5.

78 See, e.g., Kanaga Dharmananda, David Ryan, Summary Disposal in Arbitration: Still Fair or Agreed to be Fair (2018) 35(1) *Journal of International Arbitration* 31.

79 Final Report, Chapter 7.

80 *ibid* chapter 8.

81 *ibid* paragraph 7.25.

82 *ibid* paragraph 8.39.

therefore deserves support.

The proposal to confirm in the Act that powers exercisable by courts in support of arbitration proceedings may be exercised against third parties is also to be commended. The inability of courts in certain cases to involve and bind third parties can often result in ineffective and inefficient outcomes and prevent fair resolution of disputes. For instance, it may be that a crucial piece of evidence is in a non-party's possession and needs to be adduced in the arbitration for an accurate and fair assessment of the issues. The court must have coercive powers against such third parties to ensure that arbitral proceedings are not derailed or that arbitrators are short-sighted with incomplete information.

F. No Confidentiality Rule

The Law Commission concluded against reforming certain aspects of the English arbitration law for various reasons, one of which deserves special mention and consideration. The Commission advised against introducing a default rule in which arbitration proceedings would be regarded as confidential and consequently imposing a duty of confidentiality on participants. The rationale provided is as follows:

“We continue to think that there should not be a default position of confidentiality in all cases of arbitration. We do not think that one size fits all: different default rules can apply in different arbitral contexts. For example, in some types of arbitration, such as investor-state arbitrations, the default already favours transparency. Elsewhere, there is a trend towards transparency, at least in some respects, such as the publication of awards. And there is further debate to be had in other contexts, for example with some public procurement contracts, about the extent to which hearings should be open to public scrutiny. We would be concerned about the longevity of any statutory rule, given this ongoing debate.”⁸³

The Commission also noted, as being relevant, the fact that “*arbitral rules reveal a wide variety of approaches to confidentiality, and that foreign legislation does not speak with one voice*”.⁸⁴

The conclusion reached was that “*a statutory rule on confidentiality would [not] be sufficiently comprehensive, nuanced or future-proof... [and that] the current approach works well, and that the development of the law of confidentiality is better left to the common law...*”⁸⁵

As the Commission acknowledges, the “[1996 Act] does not have any provisions on confidentiality”.⁸⁶ However, a general duty of confidentiality is imposed under the

⁸³ *ibid* paragraph 2.2.

⁸⁴ *ibid* paragraph 2.3.

⁸⁵ *ibid* paragraph 2.25.

⁸⁶ *ibid* paragraph 2.1.

common law through implication, which is subject to various exceptions (i.e., doctrine of implied confidentiality).⁸⁷ In 1880, Jessel MR explained in *Russell v Russell* that “[A]s a rule, persons enter into [contracts containing arbitration clauses] with the express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding that discussion in public, which must be a painful one, and which might be an injury even to the successful party to the litigation, and most surely would be to the unsuccessful.”⁸⁸

In confirming that the implied duty of confidentiality is not absolute, Lawrence Collins LJ in *Emmott* explained the limits to the implied duty as follows:

“On the authorities as they now stand, the principal cases in which disclosure will be permissible are these: the first is where there is consent, express or implied; second, where there is an order, or leave of the court (but that does not mean that the court has a general discretion to lift the obligation of confidentiality); third, where it is reasonably necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitrating party; fourth, where the interests of justice require disclosure, and also (perhaps) where the public interest requires disclosure.”⁸⁹

The author has argued elsewhere that there are various potential benefits to introducing a statutory rule to apply by default, mirroring the common law position in terms of the proposed content of the rule. Short of re-iterating the position adopted herein, the position advocated⁹⁰ is that legislative enshrinement of the rule on confidentiality will provide certainty and clarity to the participants of the arbitration process and address their legitimate expectations.⁹¹ It is clear that confidentiality is highly valued by the arbitration community, with a not insubstantial portion considering it a dealbreaker, and many operating under the assumption that it is applicable despite the absence of an express agreement on the matter.⁹² The confidentiality of arbitration is therefore clearly deserving of legislative shielding, and it is unfortunate that the Law Commission has decided to the contrary.

IV. Conclusion

87 See, *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.* [2005] Q.B. 207. See also, *Economic Department of City of Moscow v Bankers Trust Co* [2005] Q.B. 207; *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1999] 1 W.L.R. 314; *Symbion Power LLC v Venco Intiaz Construction Co* [2017] EWHC 348 (TCC). See also, Darian-Smith and Ghosh, ‘The Fruit of the Arbitration Tree: Confidentiality in International Arbitration’ (2015) 81(4) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 360.

88 *Russell v Russell* (1880) 14 Ch. D. 471.

89 *Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd* [2008] C.P. Rep. 26 at [107].

90 See, Doğan Gültutan, ‘Confidentiality of Arbitrations Under English Law: Sufficiently Sacrosanct to Warrant Legislative Shielding? A Critical Analysis from a Rumian Perspective’ (2023) 1 *International Trade Law & Regulation* 5.

91 Gültutan (n 52) 25.

92 See, e.g., Paul Friedland and Loukas Mistelis, ‘2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration’, available at: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf (the QMUL & W&C Survey); Kenneth I Ajibo, ‘Confidentiality in International Commercial Arbitration: Assumptions of Implied Duty and a Proposed Solution’ (2015) 3(2) *Latin American Journal of International Trade Law* 337, 339; L.Y. Fortier, ‘The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality’ (1999) 15(2) *Arbitration International* 131–140; Srishri Kumar and Raghendra Pratap Singh, ‘Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration’ (2020) 86(4) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 463–481, 470; Hans Bagner, ‘Confidentiality—A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?’ (2001) 18(2) *Journal of International Arbitration* 243, 248–249.

The 1996 Act is indeed a “*truly excellent law of arbitration, worthy of international emulation*”.⁹³ Its effectiveness in promoting arbitration, principally through limited court intervention and respect for the autonomy of the parties, has helped London (and the UK) retain its top spot as a destination for international commercial arbitration.⁹⁴ However, the world of arbitration is fast-paced, and approaches and attitudes towards the arbitral process are constantly evolving. Laws should keep up with the pace to ensure that the legislative frameworks continue to support and permit renewed practises and ensure maximum effectiveness. The Law Commission’s review of the 1996 Act following its twenty-fifth anniversary was therefore well-timed. Indeed, the various reforms recommended confirm that the 1996 Act required revitalisation.

The Law Commission’s Final Report and the Arbitration Bill that accompanies it both deserve praise and commendation. If enacted in its current form, the revised English Arbitration Act will help modernise English arbitration law and address the concerns and expectations of the arbitration community. The introduction of a new provision into the statute to provide that an arbitration agreement will, by default, be subject to the laws of the seat of the arbitration will provide for clarity and certainty. This will also help align English law with the laws of other established arbitration jurisdictions. Furthermore, codifying an arbitrator’s duty of disclosure will help instil trust and confidence in the arbitral process. Finally, the strengthening of arbitrators’ immunity around their resignation and applications for their removal, the introduction of the power of summary disposal, and the clarification of court powers in support of arbitral proceedings being exercisable against third parties and also in support of emergency arbitrations are all developments that are to be greeted with open arms. Strengthening arbitrator immunity and the express recognition of summary disposal powers deserve special mention, for they will embolden arbitrators and enable them to act without fear and worry. The new Arbitration Act will see England continue to enjoy its world-renowned status as a prominent, established centre of arbitration.

That being said, there are missed opportunities. The reform proposals do not go sufficiently far in some respects. For instance, an arbitrator’s duty of disclosure should recognise that sometimes the subjective expectations of the parties may need to be catered in the assessment for disclosure. It is difficult to justify a situation in which the arbitrators simply ignore the reasonable and/or legitimate expectations of the parties, whether known or should have been known, when deciding what facts and circumstances to disclose. The process should be as transparent as possible from the perspective of the parties, who are the true enablers of the entire system, to ensure

93 Carbonneau (n 5) 131-132.

94 See, the “2021 *International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*” survey carried out by the School of International Arbitration (SIA) of the Queen Mary University of London, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf (accessed on June 23, 2024), page 6, which explains that 54% of participants preferred London as the seat of arbitration.

that they retain confidence in the process and the ultimate arbiters of their dispute.

Notwithstanding the above, the contents of the reform proposal are by and large commendable and will undoubtedly enhance the UK's arbitration offering and ensure that the legislative framework continues to support London in maintaining its top spot as a destination for international commercial arbitration for the years to come.

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.

Bibliography

Legislations

Arbitration Act 1996 (c 23). Full title: An Act to restate and improve the law relating to arbitration pursuant to an arbitration agreement; to make other provision relating to arbitration and arbitration awards; and for connected purposes, passed on 17 June 1996 (Chapter 23).

Civil Procedure Act 1997 (c 12). Full title: An Act to amend the law about civil procedure in England and Wales; and for connected purposes, passed on 27 February 1997 (Chapter 12).

Cases

Africa Sourcing Cameroun Limited and another v Société par Actions Simplifiée (Rockwinds) and another [2023] EWHC 150 (Comm).

Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1999] 1 W.L.R. 314.

C Ltd v D [2020] EWHC 1283 (Comm).

David Sterling v Miriam Rand [2019] EWHC 2560 (Ch).

Economic Department of City of Moscow v Bankers Trust Co [2005] Q.B. 207.

Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd [2005] Q.B. 207.

Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd [2008] C.P. Rep. 26.

Enka Insaat ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb [2020] UKSC 38.

Halliburton Company v (1) Chubb Bermuda Insurance Limited, (2) M, (3) N, (4) P [2018] EWCA Civ 817.

Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd [2020] UKSC 48.

Haven Insurance Co Ltd v EUI Ltd (t/a Elephant Insurance) [2018] EWCA Civ 2494.

Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2020] EWCA Civ 6.

Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48.

Radisson Hotels APS Denmark v Hayat Otel İşletmeciliği Turizm Yatırım ve Ticaret Anonim Şirketi [2023] EWHC 892 (Comm).

Russell v Russell (1880) 14 Ch. D. 471.

Symbion Power LLC v Venco Imtiaz Construction Co [2017] EWHC 348 (TCC).

Union of India v Reliance Industries Limited [2022] EWHC 1407 (Comm).

Wicketts v Brine Builders & Siederer [2001] App.L.R. 06/08.

Books and book chapters

- Betancourt JC, 'Chapter 19: The Reform of the Arbitration Act 1996', in Gregory Roy Fullelove, Laila Hamzi, et al. (eds), *International Arbitration in England: Perspectives in Times of Change* (Kluwer Law International 2022), 361 – 388.
- Born G, *International Arbitration: Law and Practice*, Third Edition (Kluwer Law International 2021).
- Eastwood G, 'A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators', in William W. Park (ed), *Arbitration International* (2001) 17(3) 287-312.
- Hacking D, 'Arbitration is Only as Good as Its Arbitrators', in Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Perales Viscasillas Maria del Pilar & Vikki M. Rogers (eds), *Liber Amicorum Eric Bergsten – International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International 2011), 223-230.
- Langford M, Creamer CD and Behn D, 'Regime Responsiveness in International Economic Disputes' in Szilard Gaspar-Szilagy, Daniel Behn and Malcom Langford (eds), *Adjudicating Trade and Investment Disputes: Convergence or Divergence?* (Cambridge University Press 2020), 245.
- Rokison KS, 'Chapter 12: 'Pastures New' (Review of Arbitration Act 1996)', in Julian D.M. Lew and Loukas A. Mistelis (eds), *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer, International Arbitration Law Library, Volume 16* (Kluwer Law International 2007), 213 – 222.
- Sheppard AW, 'English Arbitration Act (Chapter 23)', in Loukas A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration* (Second Edition), (Kluwer Law International 2015), 977 – 980.
- Yeşilirmak A, 'Transparency and Stakeholders' Role in the Selection of the Arbitral Tribunal', in Stavros Brekoulakis, Romesh Weeramantry, Lilit Nagapetyan (Eds), *Achieving the Arbitration Dream: Liber Amicorum for Professor Julian D.M. Lew KC* (Kluwer Law International, 2023), 285-293.

Journal articles

- Ajibo KI, 'Confidentiality in International Commercial Arbitration: Assumptions of Implied Duty and a Proposed Solution' (2015) 3(2) Latin American Journal of International Trade Law 337.
- Bagner H, 'Confidentiality—A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?' (2001) 18(2) Journal of International Arbitration 243.
- Beale N *et al.*, 'Removing an Arbitrator: Recent Decisions of the English Court on Apparent Bias in International Arbitration', 2016 (34(2) ASA Bulletin, (Association Suisse de l'Arbitrage), 322-341.
- Carbonneau TE, 'A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act' (1998) 22 Tulane Maritime Law Journal 131.
- Chenu V, 'The Arbitration Act 1996: One Year On: The New Provisions Under the Microscope and Recent Cases' (1998) 6(5) International Insurance Law Review 165.
- Collins D, 'The Line of Equilibrium: Improving the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration Through the Application of the WTO's General Exceptions' (2016) 32(4) Arbitration International 575.
- Darian-Smith M and Ghosh V, 'The Fruit of the Arbitration Tree: Confidentiality in International Arbitration' (2015) 81(4) The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute

- Management 360.
- Davidson FP, 'The new Arbitration Act - a Model Law?' (1997) *Journal of Business Law* 101-129.
- Dharmananda K and Ryan D, 'Summary Disposal in Arbitration: Still Fair or Agreed to be Fair' (2018) 35(1) *Journal of International Arbitration* 31.
- Eken C and Yalcin T, 'An overview of the English Arbitration Reform Act and Its Implications in Practice' (2024) 45(4) *The Company Lawyer* 126.
- Fortier LY, 'The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality' (1999) 15(2) *Arbitration International* 131-140.
- Gicquello M, 'Reviewing the Arbitration Act 1996: A Difficult Exercise?' (2023) 2(4) *Amicus Curiae, Series 2* 391.
- Gültutan D, "Appear as You Are or Be As You Appear": Sound Advice to Arbitrators Considering Independence and Impartiality Disclosures? A Comparative Analysis Advocating for Uniformity and Addressing Participants' Legitimate Expectations' (2024) 3 *International Trade Law & Regulation* 133.
- Gültutan D, 'Confidentiality of Arbitrations Under English Law: Sufficiently Sacrosanct to Warrant Legislative Shielding? A Critical Analysis from a Rumian Perspective' (2023) 1 *International Trade Law & Regulation* 5.
- Kazimi L, 'The Walking Dead: Double Life of the Kabab-Ji Award' (Kluwer Arbitration Blog, 16 November 2022).
- Kumar S and Singh RP, 'Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration' (2020) 86(4) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 463-481.
- Nga DC and Adeleye PO, 'The English Supreme Court's Decision in *Halliburton v. Chubb*: An Examination of the Issues Arising from Arbitrators' Acceptance of Multiple Appointments in Related Arbitrations and Arbitrator's Duty to Disclose' (2022) 88(1) *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 201-218.
- Scherer M and Jensen O, 'Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement' (2021) 10(4) *Indian Journal of Arbitration Law* 1.
- Teomete Yalabik F, 'The Impact of the Seat of Arbitration on Judicial-Interference: Do Sections 67, 68 and 69 of the English Arbitration Act 1996 Regarding Challenges of Awards Make London an Attractive Hub?' (2021) 70 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 253-272.
- Webster TH, 'Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues' (2009) 25(4) *Arbitration International* 469.

Other sources

- Business and Property Courts, *The Commercial Court Report 2022-2023 (Including the Admiralty Court Report)*, February 2024.
- Fanou M, 'Adapting Arbitration to a Changing World', Joint Survey by the School of International Arbitration (SIA) of the Queen Mary University of London and White & Case LLP (2021).
- Friedland P and Mistelis L, '2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration' School of International Arbitration (SIA) of the Queen Mary University of London and White & Case LLP (2010).
- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024).

Law Commissions Act 1965 (c 22). Full title: An Act to provide for the constitution of Commissions for the reform of the law, passed on 15 June 1965 (Chapter 22).

Law Commission's "Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill" (Law Com No 413) dated 6 September 2023.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 (as amended in 2006).



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 23.01.2024
Revizyon Talebi: 28.06.2024
Son Revizyon: 30.06.2024
Kabul: 09.07.2024
Online Yayın: 19.07.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Taşiyıcı Annelik Sonucu Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk*

Applicable Law to the Legal Parentage of a Child Born Through International Surrogacy

Didem Kayalı**

Öz

Taşiyıcı annelik yöntemi, uygulandığı ilk günden beri hukuki, toplumsal, dini ve ahlaki tartışmalara sebebiyet vermiş ve neticede de birçok ülkede yasaklanmıştır. Bununla birlikte, dünyada infertilite oranının %17,5'lara ulaşması, üremeye yardımcı klasik tedavi yöntemleri yanında taşiyıcı annelik uygulamasının da güçlü bir seçenek olarak varlığını korumasına yol açmıştır. Nitekim dünyada her yıl 20.000 çocuğun bu yöntemle doğduğu tahmin edilmektedir. Söz konusu çocukların birçoğu, uygulamanın yasaklandığı ülkelerde yerleşik kişilerin uygulamaya cevaz veren ülkelerdeki taşiyıcı annelerle yaptıkları anlaşmalar neticesinde dünyaya gelmektedir. Bu nedenle, çocuğun doğumu anında karşılaşılan ilk problem, bu yola başvuran müstakbel ebeveynlerle çocuk arasında soybağının kurulup kurulamayacağı meselesidir. Türkiye'de de yasaklanmasına rağmen taşiyıcı anneliğin KKTC, Yunanistan, Ukrayna ve Gürcistan'da yasal olması, milletlerarası taşiyıcı anneliğin yol açtığı sorunların ülkemizde de gündeme gelmesi ihtimalini her geçen gün artırmaktadır. Buradan hareketle makalede, taşiyıcı annelik ile ilgili genel bilgilere yer verildikten sonra Türk hukukunda ve yabancı hukuk düzenlerinde konunun nasıl ele alındığı incelenmiş, AİHM'in konuya yaklaşımı ile Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının çalışmaları özetlenmiş ve MÖHUK m. 16'nın yabancılık unsuru içeren taşiyıcı annelik yöntemiyle doğan bir çocuğun soybağına ilişkin meseleler karşısındaki konumu belirlenmiştir. Yapılan incelemeler neticesinde, MÖHUK m. 16'nın çocuğun üstün yararını koruyacak şekilde uygulanması gerektiği ve taşiyıcı annelik sonucu doğan bir çocuğun soybağına uygulanacak hukuk tespit edilirken müstakbel ebeveynler ile çocuk arasında soybağının kurulmasını mümkün kılan bir hukuka ulaşılması durumunda çocuğun üstün yararının korunabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, mevcut halinin bu sonuca ulaşmaya imkân tanımaması nedeniyle MÖHUK m. 16'ya ilişkin değişiklik önerilerine de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Taşiyıcı Annelik, Soybağı, Uygulanacak Hukuk, Suni Dölllenme, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı

Abstract

The method of surrogacy has always been the subject of legal, social, religious, and moral debates since its inception and has ultimately been prohibited in many countries. However, the global infertility rate of approximately 17.5% has led to the continued existence of surrogacy as a strong alternative to traditional assisted reproductive methods. It is estimated that around 20,000 children are born every year through this method. Many of these births are because of agreements between prospective parents residing in countries where the practise is prohibited and surrogate mothers residing in countries where it is permitted. Therefore, the initial challenge encountered at the birth of a child is the issue of establishing parentage between the prospective parents and the child. Although prohibited in Turkey, the legality of surrogacy in countries such as Greece, the Turkish Republic of Northern Cyprus, Ukraine, and Georgia increases the likelihood of disputes related to international surrogacy before the Turkish courts. In this context, the article provides

* Bu çalışma, 27-29 Mayıs 2021 tarihlerinde Eskişehir Osmangazi Üniversitesi tarafından çevrim içi olarak düzenlenen 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumunda sunmuş olduğum tebliğin genişletilerek ve güncellenerek yazılmış halidir. Söz konusu tebliğin tam metni ayrıca yayımlanmamıştır.

** **Sorumlu Yazar:** Didem Kayalı (Dr. Öğr. Üyesi), TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, E-posta: dkayali@etu.edu.tr ORCID: 0000-0002-1962-293X

Atf: Kayalı D, "Milletlerarası Taşiyıcı Annelik Sonucu Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk" (2024) 44(1) PPIL 221. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1424263>



general information about surrogacy, examines how it is regulated in Turkish law and foreign legal systems, summarises the European Court of Human Rights' approach, outlines the work of The Hague Conference on Private International Law, and determines the position of article 16 of Turkish International Private and Procedural Law (MÖHUK). As a result, since the current form of article 16 of MÖHUK does not allow to reach a law which establishes legal parentage between prospective parents and children, amendments have been proposed regarding the article.

Keywords

International surrogacy, legal parentage, applicable law, artificial insemination, and the Hague Conference on Private International Law

Extended Summary

In a surrogacy procedure, a woman consents to carry a pregnancy for another woman, intended mother, who for some reason cannot conceive. Surrogacy may be traditional or gestational. When the surrogate mother's egg is used to produce the embryo, the method is called traditional surrogacy. In contrast, gestational surrogacy is performed by transferring embryos created via in vitro fertilisation using the eggs of a donor or the intended mother. In traditional surrogacy, since the surrogate mother's egg is used, she is not only the biological mother but also the genetic mother. In gestational surrogacy, when the reproductive cells of a couple who wants to have a child are used, the intended mother will also be the genetic mother. In the case of egg donation, the genetic mother refers to a woman other than both the surrogate and intended mother.

Although surrogacy is legally prohibited in many countries, due to the increasing infertility rate all over the world, those who want to have a child make agreements with surrogate mothers in countries where this method is permitted, which deepens legal problems. At this point, the first problem to be faced at the time of childbirth is the issue of legal parentage. It is a generally accepted principle in countries where surrogacy is prohibited that the woman who gives birth is the mother. Whether individuals who come from these countries and want to have a child in a foreign country where surrogacy is legal can attain legal parental status will affect many legal issues, such as citizenship, family life, establishing personal relationships, custody, maintenance, and inheritance, which are of great importance to the child. Therefore, in the case of international surrogacy, the legal framework under which legal parentage will be established is of utmost importance.

Because of different regulations and approaches among countries regarding surrogacy, problems arising from international surrogacy have been the subject of European Court of Human Rights' (ECtHR) judgments over time. In the ECtHR judgments, the issue is generally evaluated within the scope of the right to respect for private and family life guaranteed under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Besides, it is seen in the judgments that when determining whether this article has been violated, the right to respect for private life takes precedence over the right to family life. In this regard, it is observed that the violation

is ruled in terms of the child's right to respect for his/her private life rather than the prospective parents' right.

As a rule, the ECtHR leaves a wide margin of appreciation to States both in the regulation of surrogacy and in the recognition of a child-parent relationship established in another country. However, since the child-parent relationship constitutes an essential aspect of the child's identity, the ECtHR narrows its margin of appreciation when assessing, on a case-by-case basis, the violation of the child's rights under Article 8 due to the lack of formal recognition of family ties. When it comes to children, protecting their best interests is always a priority, and since genetic ancestry forms an important part of a child's identity, it is particularly important to protect the best interests of the child when one of the prospective parents is also a genetic parent.

It has been observed that some national courts in Spain, Germany and France, under the influence of ECtHR judgments, have begun to find solutions to legal parentage issues arising from surrogacy on a case-by-case basis, considering the principle of the best interests of the child. However, it is unclear whether courts in other countries where this practise is prohibited will adopt this approach. Therefore, recognising the increase in international surrogacy practises and the complexity of private international law problems arising from these practises, The Hague Conference on Private International Law began to work on a private international law instrument.

Turkey is also a country in which surrogacy is expressly prohibited by law. However, the legality of surrogacy in neighbouring countries, especially in the Turkish Republic of Northern Cyprus, as well as Greece, Ukraine, and Georgia, strengthens the possibility of problems arising in Turkey due to international surrogacy. The law applicable to the legal parentage of a child born through this method must be determined according to Article 16 of the Turkish International Private and Procedural Law (MÖHUK). However, since this provision reflects the approach in which the mother is always identifiable, it is highly ambiguous in terms of how well it can serve to protect the best interests of the child born through surrogacy. Because this article, which is regulated under the assumption that the egg belongs to the woman giving birth, and the sperm fertilising the egg belongs to the husband of the woman giving birth, does not have a structure that can ensure the establishment of parentage between the intended parents and the child. Therefore, considering that the Hague Conference's work will take time to become finalised and applicable, and the prevention of the establishment of legal parentage between the child and the intended parents may result in violation of Article 8 of the ECHR, it would be appropriate to resolve the issue of legal parentage arising from international surrogacy with a paragraph to be added to Article 16 of MÖHUK.

Giriş

Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre %17,5 civarında olan infertilite oranı sürekli bir artış eğilimindedir¹. Bu nedenle, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri alanında tıp dünyasında gelinen aşama, doğal yollarla çocuk sahibi olamayan kişiler bakımından umut ve mutluluk vericidir. Tüp bebek uygulaması, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin en bilineni olmakla birlikte; ahlaki, dini, hukuki ve toplumsal açılardan en çok tartışılan yöntem taşıyıcı anneliktir. Taşıyıcı annelik, en genel şekilde, herhangi bir sebeple çocuk doğurma yeteneği bulunmayan ya da sağlığı bakımından çocuk doğurması tehlike arz eden bir kadının çocuğunun, başka bir kadın tarafından taşınması olarak tanımlanmaktadır.

Taşıyıcı annelik uygulaması birçok hukuk düzeninde yasaklandığından çocuk sahibi olmak isteyen kişiler, bu yöntemin yasal olduğu ülkelerde yaşayan taşıyıcı anneler ile anlaşmakta ve böylelikle yabancılık unsurunun konuya dâhil olması bu alandaki hukuki sorunları derinleştirmektedir. Milletlerarası taşıyıcı annelik uygulamalarında, çocuğun doğumu anında öncelikle soybağı meselesi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira taşıyıcı anneliğin yasaklandığı ülkelerde, doğuran kadının anne olduğu kabul edilen genel bir ilkedir ve bu ülke vatandaşları, taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere giderek çocuk sahibi olduklarında yasal ebeveyn statüsünü kazanıp kazanamayacakları belirsizdir. Soybağının kuruluşu, vatandaşlık başta olmak üzere çocuk açısından büyük önem taşıyan aile hayatı, kişisel ilişki kurma, velayet, nafaka ve miras gibi birçok hukuki meseleyi etkileyeceğinden milletlerarası taşıyıcı annelik söz konusu olduğunda, soybağının hangi hukuk çerçevesinde kurulacağı son derece önemlidir.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun²'a² eklenen bir madde ile 2018 yılında ilk defa kanun seviyesinde açıkça yasaklanmış; yasağın ihlal edilmesi halinde ise hapis cezası öngörülmüştür. Ancak, söz konusu yasağa rağmen, Gürcistan, Ukrayna, Yunanistan ve KKTC gibi yakın ülkelerde taşıyıcı anneliğe hukuken izin verilmesi, milletlerarası taşıyıcı annelik ile ilgili sorunların Türkiye'de gündeme gelmesi ihtimalini artırmaktadır. Bu noktadan hareketle çalışmamızda, yabancılık unsuru içeren bir taşıyıcı annelik uygulaması sonucunda doğan çocuğun soybağına uygulanacak hukuk meselesinin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)³ 16. maddesi çerçevesinde nasıl ele alınması gerektiği hususu incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle, taşıyıcı annelik

1 World Health Organization, *Infertility Prevalence Estimates 1990-2021* (2023) 7 <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/366700/9789240068315-eng.pdf?sequence=1>> accessed 19.10.2023.

2 Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2238, Kabul Tarihi: 29.5.1979, RG 3.6.1979/16655.

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

kavramı açıklanmış ve Türk hukuku ile yabancı hukuk sistemlerinde taşyıcı anneliğe ilişkin yaklaşımlar özetlenmiştir. İkinci bölümde, milletlerarası taşyıcı annelik sonucu ortaya çıkabilecek temel hukuki sorunlara değinildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuya yaklaşımı ile Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının çalışmalarından bahsedilmiştir. Son bölümde ise MÖHUK m. 16 hakkındaki genel hususlar hatırlatılarak, maddenin milletlerarası taşyıcı annelikten kaynaklanan soybağı uyuşmazlıklarında uygulanabilirliğine ilişkin değerdendirmelerimize yer verilmiştir.

I. Suni Döllenme Kavramı ve Taşyıcı Annelik

A. Genel Olarak

Geniş anlamda suni döllenme (*artificial insemination, AI*) kavramı, cinsel ilişki olmaksızın, erkekten alınan spermle ile kadından alınan yumurtanın tıbbi bir müdahale sonucu döllenmesini ifade etmek için kullanılmakta ve suni döllenme teknikleri dört ana başlık altında toplanmaktadır⁴:

1. Erkekten alınan spermlelerin cinsel ilişki olmaksızın kadının rahmine, yumurta kanalına veya döl yoluna aktarılması ve yumurtanın kadının vücudunda döllenmesi tekniği. Dar anlamda suni döllenme kavramı bu tekniği ifade etmektedir.
2. Üreme hücrelerinin transferi (*gamete intrafallopian transfer, GIFT*) tekniği. Bu teknikte yumurta ile sperm kadının yumurta kanallarından birine yerleştirilmekte ve döllenme kadının vücudunda doğal üremedeki seyrinde gerçekleşmektedir.
3. Yumurtanın tüpte döllenmesi (*in-vitro fertilisation*) ve embriyonun kadının rahmine transferi (*embryotransfer*) tekniği (*IVF/ET*). Bu teknik, halk arasında yaygın olarak “tüp bebek yöntemi” olarak bilinmekte ve diğer yöntemlerden farklı olarak embriyo laboratuvar ortamında oluşturularak kadının rahmine yerleştirilmektedir.
4. Bir kadından diğerine embriyo nakli (*in-vivo fertilisation with embryotransfer*) tekniği. Bu yöntemde, bir kadının yumurta kanalında ya da rahminde dölenen yumurta oradan alınarak başka bir kadının rahmine yerleştirilmektedir.

Suni döllenmede, birbiriyle evli olan kişilerin sperm ya da yumurtalarının kullanılması durumunda homolog döllenme (*homolog insemination, AIH*), birbiriyle

4 Haluk Nami Nomer, ‘Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri’ in Nami Barlas, Abuzer Kendigelen and Suat Sarı (eds), *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan* (Beta Basım 2000) 545, 545; Yasemin Erol, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşyıcı Annelik* (Yetkin Yayınları 2012) 35; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 16; Hande Özcan, ‘Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Ürem Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti’ (2015) 3(5) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 104.

evli olmayan kişilerin sperm ya da yumurtalarının kullanılması durumunda ise heterolog dölleme (*heterologe/donogene insemination, AID*) söz konusu olmaktadır⁵. Heterolog döllemede, evli çiftlerdeki kısırlığın sebebine istinaden kadına ait yumurtanın, kocaya ait sperm ya da her ikisinin de kullanılmaması sonucu üçüncü kişilerin yumurta, sperm ya da embriyosundan yararlanılmaktadır. Başka bir kadının yumurtalarının kullanılması yumurta bağıışı, başka bir erkeğin spermelerinin kullanılması sperm bağıışı, başkalarına ait sperm ve yumurtaların kullanılması ise embriyo bağıışı olarak adlandırılmakta ve embriyo bağıışının doğumdan önce evlat edinme niteliği taşıdığı ifade edilmektedir⁶.

Suni döllemenin bu türlerinin yanında, rahmi bulunmayan veya çocuk taşımaya elverişli olmayan, ciddi kalp rahatsızlığı gibi sağlık sorunları nedeniyle hamile kalmasına izin verilmeyen ya da sağlıklı yumurtaları bulunmayan kadınların başvurduğu ve taşıyıcı annelik⁷ olarak adlandırılan bir yöntem daha mevcuttur. Taşıyıcı annelikte, suni dölleme yoluyla hamile kalan bir kadın (*taşıyıcı anne*), önceden anlaştığı ve doğumdan sonra çocuğun velayetini alacak olan çift (*müstakbel anne/baba*) için çocuğu taşımakta ve doğurmaktadır⁸. Bu yöntemde, taşıyıcı anne, çocuk sahibi olmak isteyen çiftin erkeğinden ya da sperm donöründen alınan sperm ile kendi yumurtasının, bu çiftin sperm ve yumurtalarının ya da bu çift dışındaki kişilerden alınan sperm ve yumurtanın döllemesi sonucu oluşan embriyonun kendi rahmine transferi sonucu hamile kalmaktadır⁹. Geleneksel taşıyıcı annelik denilen ilk durumda, taşıyıcı annenin yumurtası kullanıldığı için taşıyıcı anne, biyolojik anne olmanın yanı sıra genetik anne de olmaktadır¹⁰. Taşıyıcı anneliğin bu türü, “yedek” ya da “ikame” annelik olarak da adlandırılmaktadır¹¹. Çocuk sahibi olmak isteyen çiftin

5 Gülin Çam, ‘Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi’ (2013) 12(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155, 158; Erol (n 4) 37.

6 Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat Kitapçılık 2006) 44; Erol (n 4) 33-34. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Cemile Turgut, *Yapay Dölleme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 27-107.

7 Günümüzde artık yerleşmiş bir kavram olmakla birlikte, doktrinde “taşıyıcı annelik” yerine “başkası için hamilelik” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı da ifade edilmiştir. Bkz. Özlem Erişgin Söğütü and Cengiz Koçhisaroğlu, ‘Taşıyıcı Annelik, Ortaya Çıkaracağı Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ in Fatma Güven Lisaniler and Süheyla Üçışık Erbilin (eds) *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk: 4. Uluslararası Kadın/Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı* (Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları 2012) 286.

8 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, ‘Devletler Özel Hukukunda Yapay Dölleme Sonucunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (2006) 17-18 Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7, 27; Nuray Ekşi, ‘Mahkeme Kararlarında Sınırsız Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Sorunlar’ (2016) 26(2) MHB 1, 6; Candan Yasan Tepetaş, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı’ (2019) 14(177-178) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1219, 1220-1221; Hazal Ungan Çalışkan, ‘Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış’ (2016) 22(1) MÜHF – HAD 489, 490-491; Nomer (n 4) 559; Turgut (n 7) 107; Katarina Trimmings and Paul Beaumont, ‘International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level’ (2011) 7(3) Journal of Private International Law 627, 628-629; Ebru Şensöz Malkoç, ‘Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk’ (2015) 35(2) MHB 13, 21.

9 Aristides N. Hatzis, ‘Just the Oven: A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts’ in Katharina Boele-Woelki (ed) *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe* (Intersentia 2003) 412; Erişgin Söğütü and Koçhisaroğlu (n 7) 285-286.

10 Erol (n 4) 61; Mehmet Beşir Acebey, *Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı* (Güncel Hukuk Yayınları 2002) 179.

11 Ungan Çalışkan (n 8) 490; Turgut (n 6) 108.

üreme hücreleri kullanılarak oluşturulan embriyonun taşıyıcı anneye transferi durumu ise gestasyonel taşıyıcı anneliktir ve bu durumda müstakbel anne aynı zamanda genetik annedir¹². Yumurta bağıışı söz konusu olduğunda ise genetik anne, hem taşıyıcı anneden hem de müstakbel anneden başka bir kadına işaret etmektedir¹³.

Günümüzde gerek tıp gerekse hukuk alanında genellikle kabul edilen suni döllenme şekli homolog döllemedir. Zira bu yöntemde esas amaç, fizyolojik ya da psikolojik nedenlerle çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin çocuk sahibi olmalarını sağlamaktır. Dolayısıyla, bu çerçevede yapılan müdahalenin tıbbi bir nitelik taşıdığı ve bu nedenle de hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Ancak, Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre %17,5 civarındaki infertilite oranının artış eğiliminde olmasının¹⁵ yanı sıra eşcinsel birliktelik ya da evliliklerin yaygınlaşması ile bekar kadınların çocuk sahibi olma arzularının¹⁶ heterolog döllenme yöntemleri ile taşıyıcı anneliği, hukuki düzenlemelerin konusu haline getirmeye başladığı görülmektedir.

B. Türk Hukukunda Taşıyıcı Annelik

Türk hukukunda suni döllenme yoluyla çocuk sahibi olunmasıyla ilgili ilk düzenleme 21.08.1987 tarih ve 19551 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliğidir. Söz konusu Yönetmelik, 06.03.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2010 tarihli Yönetmeliğin yerini ise 30.09.2014 tarih ve 29135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve aynı adı taşıyan Yönetmelik almıştır. Tüm bu Yönetmeliklerde üremeye yardımcı tedavi yöntemi olarak izin verilen uygulama, anne adayının yumurtası ile kocasının sperminin çeşitli yöntemler kullanılarak döllemeye daha elverişli hale getirilmesi, ihtiyaç halinde vücut dışında döllemenin sağlanıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transfer edilmesi ile sınırlandırılmış ve bu yöntemin modern tıpta tıbbi bir tedavi yöntemi olarak benimsendiğinin altı çizilmiştir¹⁷.

Dolayısıyla, anılan Yönetmelikler çerçevesinde suni döllenme yoluyla çocuk sahibi olabilmek imkânı sadece evli çiftlere sunulmuş; ayrıca evli çiftlerin de sadece kendilerine ait üreme hücrelerini kullanabilecekleri hüküm altına alınarak yumurta, sperm ve embriyo bağıışı ile taşıyıcı annelik uygulamaları kapsam dışında bırakılmıştır.

12 Turgut (n 6) 109.

13 Erişgin Söğütlü and Koçhisaroğlu (n 7) 286.

14 Özlem Yenerer Çakmut, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağı Değiştirme Suçu* (Beta Basım 2008) 51; Çam (n 5) 159.

15 World Health Organisation (n 1) 7.

16 Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *Surrogacy in the UK: Further Evidence for Reform* (2018) 29 <<https://kar.kent.ac.uk/71557/1/Surrogacy%20in%20the%20UK%202nd%20Report%202018.pdf>> accessed 15.11.2023.

17 Bkz. 2014 tarihli Yönetmelik m. 4/1/ğ.

Doktrinde, suni dölllenme yoluyla çocuk sahibi olmanın en az evlat edinme ile çocuk sahibi olmak kadar önemli bir yeri olduğu belirtilerek, Türk hukuk sisteminde bu konunun uygulamada çıkabilecek sorunları çözmekten uzak bir Yönetmelikle düzenlenmesi ve Türk Medeni Kanunu'nda bu konuya hiç yer verilmemesi haklı olarak eleştirilmiştir¹⁸.

Konunun kanun seviyesinde ele alınması ise 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a 15.11.2018 tarihinde eklenen bir hüküm ile gerçekleşmiştir. Ancak, "üremeye yardımcı tedavi uygulamaları" başlığını taşıyan ve aşağıda yer alan ek madde 1 de aslında konuyla ilgili detaylı bir düzenleme getirmekten ziyade sperm, yumurta, embriyo bağıışı ve bunların ticareti ile taşıyıcı anneliğin açıkça yasak olduğunu belirtmekten öteye gitmemiştir:

"Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllennesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir. Bu yöntem sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilir. Bu tedavi uygulamaları, Bakanlıkça belirlenen tıbbi esaslar çerçevesinde yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekimler tarafından ve Bakanlıkça ruhsatlandırılan üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinde gerçekleştirilebilir. Üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinin açılması, çalışması ve denetlenmesi usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.

Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağıışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır."

2238 sayılı Kanun'un cezai ve idari yaptırımları düzenleyen 15. maddesinde aynı tarihte yapılan değişiklik ile de "Kanun'a aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağıışlayan, aşıl原因an, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar veya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayımlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasına" hükmolunacağı düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, Türk hukukunda taşıyıcı anneliğe izin verilmemesi, hatta bu uygulamanın yasaklanarak yaptırıma tabi tutulması, yasal olarak düzenlendiği

18 Kırkbeşoğlu (n 6) 46-47; Erişgin Söğütlü and Koçhisaroğlu (n 7) 287; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2005) 131-132.

ülkelerde Türk vatandaşlarının taşıyıcı annelik yöntemine başvurarak çocuk sahibi olmalarını engellemektedir¹⁹. Farklı ülkelere gitme olanağı bulunmayan ailelerin ise taşıyıcı anne ile anlaşarak doğumun evde gerçekleşmesini ya da hastanede gerçekleşen doğumlarda taşıyıcı annenin kimliği yerine müstakbel annenin kimliğinin kullanılmasını sağlayarak çocuk sahibi olabildikleri belirtilmiştir²⁰.

C. Yabancı Hukuk Düzenlerinde Taşıyıcı Annelik

Suni döllemenin yasal olan türleri ile bu yolla çocuk sahibi olabilecek kişiler yabancı hukuk sistemlerinde de farklılık göstermekte; bu kapsamda homolog dölleme yönteminin kullanımına ilişkin bir tereddüt genellikle bulunmazken, heterolog dölleme yöntemi ile çocuk sahibi olma noktasında hukuk düzenlerinde farklı yaklaşımlar göze çarpmaktadır²¹. Taşıyıcı annelik konusunda ise ülkeler arasındaki farklılıklar artmakta ve devletlerin bu konudaki politikalarının zaman içinde değişiklik göstermesi sonucu bir sınıflandırma yapmak zorlaşmaktadır. Ülkeleri genel olarak taşıyıcı anneliğe izin verenler, taşıyıcı anneliği yasaklayanlar ve bu konuda sessiz kalanlar şeklinde üçe ayırmak mümkün görülse de ülke uygulamalarında bu gruplar içinde bile bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, ülkeleri, kendi yaklaşımlarındaki değişimi de yansıtacak şekilde, aşağıdaki gibi gruplandırmanın daha anlaşılır olacağı düşünülmektedir:

1. Almanya, Avusturya, Fransa, Finlandiya, İtalya, İspanya, İsviçre, İsveç, İzlanda, Estonya, Litvanya, Norveç, Çin, Avustralya'nın Tazmania bölgesi, Meksika'nın Queretaro bölgesi ile ABD'nin Arizona, Indiana, Louisiana, Michigan ve Nebraska eyaletlerinde Türkiye'deki gibi taşıyıcı anneliğin her türü hukuken yasaklanmıştır²². Buna rağmen bu yöntemle bir çocuğun dünyaya gelmesi halinde, uygulanacak cezai yaptırımlar bir yana, genellikle taşıyıcı anne ve varsa onun eşi ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmakta ve ancak hukukun cevaz verdiği ölçüde anne-baba olmak

19 Nitekim KKTC'deki klinik ve hastanelere ilave olarak özellikle Gürcistan ve Ukrayna'da faaliyet gösteren taşıyıcı annelik kliniklerinin her konuya açıklık getiren Türkçe web sayfaları bulunmaktadır. Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti'nin konsolosluk işlemleri hakkındaki web sayfasının sıkça sorulan sorular kısmının doğum başlığı altında "Taşıyıcı anne çocuğun gerçek annesi midir?" sorusuna da yer verilmiş ve bu soru "Hukumumuzda taşıyıcı annelik düzenlenmemiştir. Çocuk ile anne arasındaki soy bağı doğumla kurulur. Hukuki anne doğuran kadındır. Türk medeni kanununa göre doğuran kadının analık sıfatı tersi kanıtlanamaz kesin bir karedir." şeklinde cevaplanmıştır. Bkz. <<https://www.konsolosluk.gov.tr/Faq/Index>> accessed 15.11.2023. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 6.4.2022 tarih ve E.2021/6068, K.2022/3333 sayılı kararına konu olan ve nüfus kaydının düzeltilmesi talebini içeren bir uyuşmazlıkta da tarafların taşıyıcı annelik yöntemiyle ve bir donörün yumurtasının kullanılması suretiyle Gürcistan'da çocuk sahibi oldukları anlaşılmaktadır. Yine aynı Dairenin 2.5.2023 tarih ve E.2023/1165, K.2023/2056 sayılı kararına konu ve boşanma kararının iptali talebini içeren uyuşmazlıkta, tarafların KKTC'de taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi oldukları görülmektedir.

20 Erişgin Söğütü and Koçhisaroğlu (n 7) 291.

21 Nomer (n 4) 547-550; Jennifer L. Watson, 'Growing a Baby for Sale or Merely Renting a Womb: Should Surrogate Mothers be Compensated for Their Services?' (2006-2007) 6 Whittier Journal of Child & Family Advocacy 529, 533-534.

22 Annie Yau, Rachel L. Friedlander, Allison Petrini, Mary Catherine Holt, Darrell E. White, Joseph Shin, Sital Kalantry and Steven Spandorfer, 'Medical and Mental Health Implications of Gestational Surrogacy' (2021) 225(3) American Journal of Obstetrics and Gynecology 264, 265; Pedro Brandão and Nicolás Garrido, 'Commercial Surrogacy: An Overview' (2022) 44(12) Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetria 1141, 1149.

isteyenlerin evlat edinmesi söz konusu olabilmektedir²³. Milletlerarası taşıyıcı annelik gündeme geldiğinde ise örneğin Norveç bu yöntemle başka bir ülkede doğmuş çocuğa vatandaşlık vermekte, İspanya ise çocuk ile müstakbel ebeveynler arasında başka bir ülke hukukuna göre kurulmuş soybağını tanımaktadır²⁴. Almanya’da da kendi üreme hücrelerinin kullanılmış olması durumunda müstakbel baba ile çocuk arasında kurulan soybağı ilişkisini kabul eden, ancak yumurta kendisine ait olsa bile müstakbel anne ile çocuk arasındaki ilişkinin evlat edinme ile kurulabileceğine hükmeden kararlar mevcuttur²⁵.

2. ABD’nin Kaliforniya, New York, Washington, Texas ve Florida’nın da aralarında bulunduğu toplam 16 eyaletinde açık bir şekilde, Arkansas, Connecticut, Iowa, New Mexico, Oregon, Tennessee ve West Virginia’da ise zımnın para karşılığı yapılan taşıyıcı anneliğe kanunen izin verilmektedir²⁶. Ukrayna, Rusya²⁷, Belarus ve KKTC’de de ticari amaçlı olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın yasal düzenlemeler ile taşıyıcı annelik mümkün kılınmıştır²⁸. Ukrayna ve Rusya’nın uygulamaları birbirine benzemektedir. Bu yöntemden yararlanabilmek için başvuran çiftin heteroseksüel ve evli olması, tıbbi bir gereklilik bulunması, başvuran çiftin en az biriyle çocuk arasında genetik bağ bulunması gerekmektedir. Taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılması ise mümkün değildir. Bu şartlar altında gerçekleşen bir taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun yasal anne ve babası başvuran çifttir; taşıyıcı anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmamaktadır²⁹. KKTC’de ise taşıyıcı annelikte soybağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır³⁰.

3. Avustralya’nın South Australia, Queensland, Victoria, New South Wales, Australian Capital Territory, Western Australia gibi birçok eyaleti ile İrlanda, Hollanda,

23 Şafak Parlak Börü, ‘Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler’ (2019) 39(1) PPII 63, 73.

24 Brandão and Garrido (n 22) 1149.

25 Sophia Shepherd, ‘Regulating International Commercial Surrogacy: A Balance of Harms and Benefits’ (2022) 32 University of Florida Journal of Law & Public Policy 293, 298; İlyas Gölcüklü, ‘Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi’ (2021) 1 GSÜHFD 835, 844-848. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi 20 Mart 2019 tarihli bir kararında, müstakbel anne ve babanın üreme hücreleri kullanılarak taşıyıcı annelik yöntemiyle Ukrayna’da doğan bir çocuğun soybağına uygulanacak hukuku Alman hukuku olarak tespit etmiştir. Bundan sonra Mahkeme, çocuğu tanıyan müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı kurulmasının Alman Medeni Kanunu çerçevesinde mümkün olduğuna; ancak “çocuğu doğuran kadın” olmadığı için müstakbel annenin çocuğun yasal annesi sayılamayacağına ve bunlar arasındaki ilişkinin evlat edinme yoluyla kurulabileceğine hükmetmiştir. Karar metni için bkz. <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2019-3&Seite=3&nr=94770&>> accessed 28.06.2024.

26 Yau and others (n 22) 265.

27 Rusya’da 2022 yılının Aralık ayında yabancı ülke vatandaşlarının taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmaları yasaklanmıştır. Rusya Federasyonu Devlet Duması’nın konuyla ilgili duyurusu için bkz. <<http://duma.gov.ru/en/news/55950/>> accessed 15.11.2023.

28 Brandão and Garrido (n 22) 1149. KKTC’de taşıyıcı annelik, yasal olarak üremeye yardımcı tedavi yöntemleri arasında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eda Gülsüm Karasaç, ‘Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak KKTC Hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ve Hukuki Sorunlar’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü 2018) 36-41 <<http://i-rep.emu.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11129/5006/1/karasa%C3%A7eda.pdf>> accessed 15.11.2023.

29 Ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe Committee on Bioethics, *Surrogacy* (14 June 2021) <<https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>> accessed 15.11.2023.

30 Karasaç (n 28) 53-54.

Danimarka, Portekiz, Yunanistan, Birleşik Krallık, Kanada, Hong Kong, Yeni Zelanda, Güney Afrika, ve İsrail’de ise sadece ticari amaç taşımayan taşıyıcı annelik uygulamasına yasal olarak izin verilmektedir³¹. Bu ülkelerdeki genel eğilim de yine müstakbel ebeveynlerden en az biri ile çocuk arasında genetik bağ bulunması ve taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılmaması doğrudur. Bu ülkelerin bazılarında taşıyıcı anne ve varsa kocası ile çocuk arasında doğumla soybağı ilişkisi kurulmakta, müstakbel ebeveynlerin yasal olarak anne-baba kabul edilebilmeleri için mahkemeye başvurmaları gerekmektedir³². Örneğin Birleşik Krallık’ta taşıyıcı anne doğumla yasal anne, varsa eşi yasal baba olmakta, soybağının müstakbel anne-babaya transferi doğumdan sonra aile mahkemesinden alınacak bir karar ile gerçekleşmektedir³³. Ön onay şartı arayan ülkelerde ise mahkemenin ya da ilgili kurulun onayıyla başlayan taşıyıcı annelik süreci sonucunda dünyaya gelen çocuk ile başvuran çiftler arasında soybağı ilişkisi genellikle doğumla birlikte kurulmaktadır³⁴.

4. ABD’nin 22 eyaleti ile Çek Cumhuriyeti, Belçika, Polonya, Macaristan, Arjantin, Japonya, Venezuela, Brezilya, Guatemala ve Kuzey Avustralya’da taşıyıcı anneliğe yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır³⁵. Bu ülkelerde taşıyıcı annelik sözleşmeleri genel hükümler çerçevesinde genellikle geçersiz kabul edilmekle birlikte, Belçika ve Çek Cumhuriyeti gibi bazı ülkelerde taşıyıcı annelik uygulamalarının tolere edildiği de tespit edilmiştir³⁶. Bu ülkelerde de çocuğun soybağı genel hükümler çerçevesinde belirlendiği için taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun yasal annesi taşıyıcı annedir. Dolayısıyla, müstakbel anne ile çocuk arasında soybağı evlat edinme yoluyla kurulabilmektedir. Ancak bazı mahkeme kararlarında, çocuğun genetik babası olan müstakbel baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasını kolaylaştırma eğilimi de gözlenmektedir³⁷.

5. Hindistan ve Tayland uzun yıllar yasal bir düzenlemeleri bulunmaksızın ticari amaçlı taşıyıcı anneliğin en yaygın şekilde uygulandiğı, fiyatların da nispeten düşük tutulması nedeniyle en çok rağbet gören ülkeler olmuşlardır. Ancak hem Hindistan’da hem de Tayland’da 2015 yılında yabancı başvuruçular için her tür taşıyıcı annelik yasaklanmış olup her iki ülkede de kendi vatandaşları açısından gönüllü taşıyıcı

31 Watson (n 21) 533-534; Brandão and Garrido (n 22) 1149.

32 Brandão and Garrido (n 22) 1145-1146.

33 Birleşik Krallık’ta taşıyıcı annelik için bkz. Department of Health and Social Care, *The Surrogacy Pathway* <<https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales>> accessed 15.11.2023.

34 Cahit Ağaoğlu, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu’ (2020) 40 (1) PPIL (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 437, 449.

35 Yau and others (n 22) 265.

36 *Labassee v France* App no 65941/11 (ECHR, 26 September 2014) para 32.

37 Parlak Börü (n 23) 88.

annelik uygulaması devam etmektedir³⁸. Gürcistan’da konuyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen ticari taşıyıcı annelik uzun yıllardır yasal olarak uygulanmaktadır. Ancak, Hindistan ve Tayland’a benzer şekilde yabancıların taşıyıcı anneliğe başvurmalarını engelleyecek bir kanunun 2024 yılının başlarında çıkarılması planlanmaktadır³⁹.

II. Taşıyıcı Annelik Sonucu Ortaya Çıkabilecek Temel Hukuki Sorunlar

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, hukuk sistemlerinde taşıyıcı annelikle ilgili çok farklı yaklaşımlar bulunduğu gibi bu yaklaşımlar zaman içinde değişiklik de gösterebilmektedir. Birçok ülke, özellikle ticari olarak nitelendirilen taşıyıcı annelik uygulamalarını yasaklamış, hatta bu uygulamalara ilişkin cezalar öngörmüş olmasına rağmen, yapılan araştırmalar, çocuk sahibi olmak isteyen kişilerin uygulamanın yasal olduğu ülkelere giderek bu yola başvurduklarını göstermektedir⁴⁰. Örneğin, ABD’nin taşıyıcı anneliğe izin verilen eyaletlerinde gerçekleştirilen milletlerarası taşıyıcı annelik uygulamalarına en çok İngiliz, ardından da Fransız vatandaşları başvurmaktadır⁴¹. Birçok ülkede söz konusu olan yasaklar nedeniyle dünyadaki tüm uygulamalara ilişkin güvenilir verilere ulaşmak mümkün olmamakla birlikte, 1999-2013 yılları arasında ABD’de toplam 30.927 taşıyıcı annelik uygulaması yapıldığı raporlanmıştır⁴². Günümüzde ise dünyada her yıl 20.000 çocuğun taşıyıcı annelik sonucu doğduğu⁴³ ve bu doğrultuda yapılan harcamaların yılda 6 milyar ABD Dolarına ulaştığı⁴⁴ tahmin edilmektedir.

Dolayısıyla, yasaklamalara rağmen başka şansları olmayan ve maddi durumları elveren heteroseksüel ya da homoseksüel çiftler ya da kişilerin çocuk sahibi olabilmek için taşıyıcı annelik yöntemine başvurdukları somut bir gerçekliktir. Bu durum ise konuya ilişkin toplumsal, dini ve ahlaki tartışmalar bir kenara, özellikle milletlerarası taşıyıcı annelik söz konusu olduğunda hukuki açıdan birçok sorunu gündeme getirmektedir. Bu çerçevede;

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuri Hibino, ‘The Advantages and Disadvantages of Altruistic and Commercial Surrogacy in India’ (2003) 18(8) *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine* <<https://doi.org/10.1186/s13010-023-00130-y>> accessed 15.11.2023; Yuri Hibino, ‘Non-commercial Surrogacy in Thailand: Ethical, Legal, and Social Implications in Local and Global Contexts’ (2020) 12 *Asian Bioethics Review* 135.

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. US Embassy in Georgia, *Message for US Citizens: New Law Banning Surrogacy Planned in Georgia* (8 September 2023) <<https://ge.usembassy.gov/message-for-u-s-citizens-new-law-banning-surrogacy-planned-in-georgia/>> accessed 15.11.2023.

40 Konuyla ilgili istatistiki bilgi için bkz. Ağaoğlu (n 34) 452-460.

41 ibid 454.

42 Justo Aznar and Miriam Martinez Peris, ‘Gestational Surrogacy: Current View’ (2019) 86(1) *Linacre Quarterly* 56, 56.

43 Bkz. International Social Service USA, *International Surrogacy* <<https://www.iss-usa.org/international-surrogacy-call-for-action-by-the-international-social-service-network/>> accessed 15.11.2023.

44 Shepherd (n 25) 294.

- Öncelikle taşıyıcı annelik uygulaması, genellikle bu yolla çocuk sahibi olmak isteyen kişiler ile taşıyıcı anne arasında yapılan bir sözleşmeye dayandığından bu sözleşmenin hukuki niteliği, böyle bir sözleşmeye hukuki sonuç bağlanıp bağlanamayacağı ve taşıyıcı annelik sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağı,

- Çocuğun anne-babasının kim olduğu ve buna bağlı olarak soybağına hangi hukukun uygulanacağı,

- Çocuğun vatandaşlığının nasıl belirleneceği,

- Taşiyıcı anneliğe izin verilen ülkede resmi makamlarca düzenlenen doğum belgesinin ya da çocuğun anne-babasının kim olduğunu gösteren mahkeme kararının, çocuk için pasaport ya da seyahat belgesi düzenlenmesi için yeterli olup olmayacağı,

- Bu resmi belge ya da mahkeme kararının taşıyıcı anneliğin yasak olduğu ülkede tanınıp tanınmayacağı ve nüfusa tescili sağlayıp sağlamayacağı,

- Tüm bu safhalarda kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olup olmayacağı,

- Taşiyıcı annelik uygulamasında kişilik haklarının nasıl korunacağı, bu kapsamda özellikle taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun taşıyıcı annesini, yumurta ve/veya sperm donörünü öğrenme, taşıyıcı anne ile yumurta ve/veya sperm donörünün ise çocukla görüşme hakkının bulunup bulunmadığı

gibi hususlar cevap bulunması gereken önemli sorunlar arasında yer almaktadır⁴⁵.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Taşiyıcı annelik yöntemine ilişkin devletler arasındaki farklı düzenlemeler ve yaklaşımlar neticesinde milletlerarası taşıyıcı annelikten kaynaklanan sorunlar zaman içinde AİHM kararlarına da konu olmuştur. AİHM kararlarında, konunun genellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirildiği, söz konusu maddenin ihlal edilip edilmediği ele alınırken aile hayatından ziyade özel hayata saygı hakkının ön plana çıktığı, bu noktada da müstakbel ebeveynlerin değil, çocuğun özel hayatına saygı hakkı yönünden ihlale hükmedildiği görülmektedir⁴⁶. Doktrinde, ayrıca, yaşam hakkına (m. 2), işkence yasağı ve bu kapsamda insan onuruna saygı hakkına (m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağına (m. 4), adil yargılanma hakkına (m. 6) ve ayrımcılık yasağına (m. 14) ilişkin hükümlerin de olayın özelliğine göre gündeme gelebileceği belirtilmektedir⁴⁷.

45 Ekşi (n 8) 39-43; Yiğit İltas, 'Taşiyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi' (2021) 16(201-202) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1013, 1045; Şensöz Malkoç (n 8) 21-45; Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 11, 50; Göleüklü (n 25) 840-842; Trimmings and Beaumont (n 8) 630; Shepherd (n 25) 295.

46 Örneğin bkz. *Menesson v France* App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014); *Labassee v France* (n 33); *DB and Others v Switzerland* App nos 58817/15 and 58252/15 (ECHR, 22 February 2023).

47 Yasan Tepetaş (n 8) 1231-1232.

Başta Fransa olmak üzere Belçika, İtalya, İzlanda, Polonya, İsviçre, İngiltere, Danimarka ve Norveç aleyhine yapılan ihlal başvurularını değerlendirirken verdiği kararlar⁴⁸ çerçevesinde AİHM'in milletlerarası taşıyıcı annelik uygulamasına yaklaşımı genel hatlarıyla şu şekilde özetlenebilir:

- Öncelikle AİHM, etik hassasiyetler barındıran taşıyıcı annelik uygulamaları hakkında Avrupa'da bir görüş birliği bulunmadığını, bu uygulamaların, çocukların insan kaçakçılığından korunmasına ve milletlerarası evlat edinmeye ilişkin kurallara uyulmasına yönelik devletlerin haklı endişeleriyle çelişebileceğini, taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuk ile müstakbel ebeveynler arasındaki ilişkiyi tanımayı reddeden bir devletin, kendi ülkesinde yasak olan bu uygulamaya vatandaşlarının başka ülkelerde başvurmasını önlemek suretiyle taşıyıcı anne ile çocuğun sağlığını korumak amacı taşıyabileceğini kabul etmektedir⁴⁹.

- Bu çerçevede AİHM, hem taşıyıcı anneliğin düzenlenmesinde hem de başka bir ülkede kurulan çocuk-müstakbel ebeveyn ilişkisinin tanınmasında devletlere kural olarak geniş bir takdir marjı⁵⁰ bırakmaktadır. Ancak, çocuk-ebeveyn ilişkisi çocuğun kimliğinin esaslı bir yönünü oluşturduğundan, aile bağlarının resmen tanınmaması nedeniyle çocuğun 8. madde kapsamındaki haklarının ihlali meselesini olay bazında değerlendirirken AİHM, takdir marjını daraltmaktadır⁵¹. Zira çocuklar söz konusu olduğunda onların üstün yararını korumak her zaman önceliklidir ve genetik soy çocuğun kimliğinin önemli bir parçasını teşkil ettiğinden müstakbel ebeveynlerden birinin aynı zamanda genetik ebeveyn olduğu durumlarda çocuğun üstün yararını korumak özellikle önem arz etmektedir⁵².

- Bu kapsamda AİHM, milli hukuk düzenlerinde, başka ülkelerde taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk ile aynı zamanda genetik baba da olan müstakbel baba arasındaki hukuki ilişkinin herhangi bir yöntemle tanınması imkânının bulunmasını, Sözleşmenin 8. maddesine uygunluk açısından yeterli görmektedir. Böyle bir imkânın hiç verilmemiş olması ise çocuğun özel hayatına saygı hakkını ihlal edecektir. Dolayısıyla, doğum ister ebeveynlik statüsünün tanınmasının istendiği ülkede isterse yabancı bir ülkede gerçekleşsin, AİHM'in müstakbel ebeveynler ile çocuk arasındaki

48 2022 yılına kadar verilen kararların özetleri için bkz. Neşe Baran Çelik, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması* (Yetkin Yayınları 2021) 203-224; Yasan Tepetaş (n 8) 1234-1246.

49 *Mennesson v France* (n 46) paras 62, 77-80; *Labassee v France* (n 33) para 54; *Paradiso and Campanelli v Italy* [GC] App no 25358/12 (ECHR, 24 January 2017) paras 203-204; *Valdis Fjölfnisdóttir and Others v Iceland* App no 71552/17 (ECHR, 18 August 2021) para 65.

50 Sözleşmenin orijinal metninde bulunmama birlikte AİHM içtihatlarıyla ortaya çıkan ve 15 no.lu Protokol ile Sözleşmenin Başlangıç kısmına eklenen "takdir marjı" (*margin of appreciation*) kavramı, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında veya yorumlanmasında üye devletlere tanınan ve AİHM'in yargısal denetimine tabi olan belirli bir hareket alanı ya da değerlendirme serbestisi şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini* (Turhan Kitabevi 2019).

51 *Mennesson v France* (n 46) paras 77-80; *Labassee v France* (n 33) paras 56-59; *Advisory Opinion* Req no P16-2018-001 (ECHR Grand Chamber, 10 April 2019) paras 43-44.

52 *Mennesson v France* (n 46) paras 99-100.

ilişkinin doğum anında ve otomatik olarak kurulması gerektiği doğrultusunda bir yaklaşımı bulunmamaktadır⁵³.

- Müstakbel babanın üreme hücreleri ile üçüncü bir kadının yumurtasının kullanıldığı bir taşiyıcı annelik uygulamasında, uygulamanın gerçekleştiği ülkenin hukukuna uygun bir şekilde düzenlenen doğum belgesinde yasal anne olarak müstakbel anne gösterildiğinde, çocuğun özel hayatına saygı hakkı, müstakbel anne ile çocuk arasında kurulan bu ebeveynlik ilişkisinin diğer ülkelerde de herhangi bir yöntemle tanınmasına imkân sağlanmasını gerektirmektedir. Bu noktada hangi yöntemin tercih edileceği devletlerin takdir marjları dahilindedir. Ancak, müstakbel anne tarafından evlat edinilme de dahil olmak üzere, devlet tarafından tercih edilen yöntemler, gecikmeksizin ve etkin biçimde uygulandıkları sürece kabul edilebilirler⁵⁴. Bu bağlamda, çocuk ile müstakbel anne arasındaki ilişkinin tanınması, en geç bu ilişkinin kağıt üzerinde kalmayıp gerçek hayatta da realiteye dönüştüğü zamana kadar gerçekleşmelidir⁵⁵.

- Kayıtlı birliktelik süren eşcinsel bir çift taşiyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olduğunda, kullanılan spermilerin sahibi olan eş ile çocuk arasındaki ebeveyn-çocuk ilişkisi tanınırken, taşiyıcı anneliğin gerçekleştiği yabancı ülkede diğer eş ile çocuk arasında mahkeme kararıyla kurulan ebeveyn-çocuk ilişkisinin tanınmasına imkân verecek alternatif yöntemler sunulmaması çocuğun yüksek yararına aykırıdır. Bu yöntemlerin sunulmasına yönelik olarak sekiz yıl boyunca yasal düzenleme yapmayan devlet, bu konudaki takdir marjını aşmış ve çocuğun 8. madde ile korunan özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmiş olacaktır⁵⁶.

AİHM kararları incelendiğinde, konunun çeşitli boyutlarda taşıdığı hassasiyet nedeniyle devlet menfaatinin her zaman dikkate alındığını, ancak devlet menfaati ile çocuğun menfaatinin çatıştığı noktada çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde ihlal başvurularının değerlendirildiğini söylemek mümkündür. AİHM, değerlendirmelerini, hiç şüphesiz ki her olayın özelliğine göre yapmaktadır. Ancak, uygulamada benzer sorunlarla karşılaştıkça AİHM'in yaklaşımının genel hatları da belirginleşmekte ve bu kapsamda;

- taşiyıcı annelik uygulamasının gerçekleştirildiği ülkede hukuken geçerli olan ve müstakbel ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişkiyi gösteren bir belgenin ya da mahkeme kararının bulunup bulunmadığı,

53 ibid paras 97-100; *H v the United Kingdom* App no 32185/20 (ECHR, 31 May 2022) paras 54-56.

54 Nitekim *C and E v France* kararına konu olayda, müstakbel babanın üreme hücreleri ile üçüncü bir kadının yumurtasının kullanıldığı bir taşiyıcı annelik uygulamasında, müstakbel anne doğum belgesinde yasal anne olarak belirtilmesine rağmen Fransız makamları bunu kabul etmemişler. Ancak AİHM, Fransız hukukunun müstakbel annenin çocuğunu evlat edinme imkânı sağlaması ve evlat edinme sürecinin de ortalama 4-5 ayda sonuçlanması nedeniyle dayanakta yoksun bulunan başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. *C and E v France* App nos 1462/18 and 17348/18 (ECHR, 19 November 2019) para 53.

55 *Advisory Opinion* (n 51) paras 37-46, 51-55; *KK and Others v Denmark* App no 25212/21 (ECHR, 6 March 2023) paras 74-77.

56 *DB and Others v Switzerland* (n 46) para 89.

- müstakbel anne ve babadan en az birinin çocuğun genetik anne ya da babası olup olmadığı,

- müstakbel anne ya da baba ile çocuk arasında genetik bağ bulunduğu durumlarda her iki ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin kurulabilmesi ya da tanınabilmesi için devletin, taraflara, bu sonucu sağlayabilecek farklı alternatifler sunup sunmadığı,

- sunulan bu alternatiflerin fiili durumu ne kadarlık bir süre zarfında hukukileştirebildiği

gibi hususları ihlal başvuruları ile ilgili karar verirken dikkate aldığı görülmektedir.

Bazı devlet mahkemelerinin, bahsi geçen AİHM kararlarının da etkisiyle, çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek taşıyıcı annelikten kaynaklanan soybağı meselelerine somut olay bazında çözüm bulmaya başladıkları tespit edilmiştir. Örneğin, Fransız Yargıtayı, AİHM'in Fransa aleyhine verdiği ihlal kararlarından sonra incelediği davalarda, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuklar hakkında düzenlenen doğum belgeleri gerçeğe aykırı beyan içermedikçe bu belgelere dayanılarak çocukların nüfusa kaydedilebileceği, çocuğun genetik babası da olması durumunda müstakbel baba ile çocuk arasında soybağının kurulabileceği, çocuğun yararına ise genetik babanın eşi olan müstakbel anne ile çocuk arasında da soybağının evlat edinme yoluyla tesis edilebileceği doğrultusunda kararlar vermiştir⁵⁷.

Alman Federal Mahkemesi de AİHS m. 8/1 ile AİHM'in konuyla ilgili ihlal kararlarına atıf yaparak verdiği 2014 tarihli kararında, kayıtlı birliktelik yaşayan iki Alman erkeğinin taşıyıcı annelik yöntemiyle Kaliforniya'da ebeveyn olduklarına dair Kaliforniya mahkemesi kararının Almanya'da tanınmasına hükmetmiştir. Kaliforniyalı taşıyıcı annenin evli olmadığı söz konusu uygulamada, eşlerden birinin spermi ile anonim bir bağışçının yumurtası kullanılmıştır. Federal Mahkeme, yabancı bir mahkeme kararının tanınmasının kamu düzenine aykırılık durumunda reddedilebileceğini; ancak, kararların milletlerarası uyumunu sağlayabilmek ve topal hukuki ilişkilerden kaçınabilmek için kamu düzeninin dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Taşıyıcı annenin kendi rızasıyla taşıyıcı annelik sözleşmesi yaptığına ve doğum sonrası çocuğu teslim ettiğine dair herhangi bir şüphe bulunmaması ile çocuğa ilişkin herhangi bir sorumluluk üstlenmek istememesinin açık olması, taşıyıcı annenin bekar olması ve kendi üreme hücrelerinin kullanılmaması, müstakbel ebeveynlerden birinin üreme hücrelerinin kullanılması ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına göre kayıtlı birlikteliklerde eşlerden birinin evlat edindiği çocuğu diğerinin de evlat edinebilmesinin mümkün olması, kendi doğumunu oluşturan koşullardan sorumlu tutulamayacak çocuğun üstün yararının her zaman korunması gerektiği, AİHM içtihadında da çocuk-ebeveyn ilişkisinin çocuğun kimliğinin bir parçası olarak kabul

57 Yasan Tepetaş (n 8) 1242-1243.

edildiği gibi hususları dikkate alan Mahkeme, Kaliforniya mahkemesinin kararının tanınmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme, tam tersine, ebeveynlik sorumluluğu üstlenmeye hazır olan eşcinsel çift ile çocuk arasındaki yasal ebeveynlik ilişkisini kabul etmemenin, çocuğun AİHS m. 8/1 kapsamındaki haklarını ihlal edeceği sonucuna varmıştır⁵⁸.

C. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının Çalışmaları

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İspanya, Almanya, Fransa gibi taşıyıcı anneliğin yasaklandığı bazı ülkelerin mahkemeleri tarafından son zamanlarda verilen kararlarda, bu yöntemle doğan çocuklar ile müstakbel ebeveynler arasında soybağının kurulması ya da kurulmuş soybağının tanınması doğrultusunda bir eğilim bulunmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu uygulamanın yasaklandığı diğer ülkelerde, mahkemelerin, taşıyıcı anneliğe yönelik eleştiri ve endişeleri bir kenara bırakarak, bu şekilde dünyaya gelmiş çocukların yaşadıkları sorunları gidermeye yönelik bir yaklaşım sergileyip sergilemeyecekleri ve bu yaklaşımların birbirleriyle ne derecede uyumlu olacağı belirsizdir⁵⁹. Milletlerarası taşıyıcı annelik uygulamalarında yaşanan artışı ve bu uygulamalardan kaynaklanan milletlerarası özel hukuk problemlerinin karmaşıklığını kabul eden Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Genel İşler ve Politikalar Konseyi de (*Hague Conference on Private Internaional Law Council on General Affairs and Policy*) 2010 yılında Daimi Bürodan (*Permanent Bureau*) bu konuda bir araştırma yapmasını, 2011 yılında da araştırmalarını derinleştirmesini talep etmiştir⁶⁰.

Daimi Büronun yaptığı araştırmalar neticesinde taşıyıcı annelik ve yasal ebeveynlik konusundaki milli yaklaşımların dramatik farklılıklar içerdiği, devletlerin milletlerarası özel hukuk bakış açılarındaki farklılıkların da eklenmesiyle taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen çocukların anne-babalarının kim olduğuna ilişkin belirsizlikler başta olmak üzere birçok sorunun gündeme geldiği tespit edilmiştir. Bunun üzerine Konsey, 2015 yılında, bu alandaki milletlerarası özel hukuk meselelerinin daha ileri seviyede çalışılmasına ihtiyaç duyulup duyulmadığını belirlemek üzere bir Uzmanlar Grubu (*Experts' Group*) oluşturulmasına karar vermiş, 2016 yılında Uzmanlar Grubundan bu alandaki sorunlara işaret eden bir milletlerarası özel hukuk enstrümanına odaklanmasını istemiştir. Uzmanlar Grubunun, taşıyıcı annelik kapsamındaki yasal ebeveynlik meselesinin ayrı bir enstrümanda ele alınması gerektiği doğrultusunda 2019 yılında verdiği görüş üzerine Konsey, Uzmanlar Grubunu, genel olarak yasal ebeveynliğe

58 Dina Reis, 'German Federal Court of Justice on Sussogacy and German Public Policy' <<https://conflictflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>> accessed 04.11.2023. Alman Federal Mahkemesinin 10 Aralık 2014 tarihli söz konusu kararı için bkz. <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69759&pos=0&anz=1>> accessed 30.06.2024.

59 Taşiyıcı anneliğe ilişkin milli mahkemelerin verdiği farklı kararlar için bkz. Ekşi (n 8) 19-32.

60 Hague Conference on Private International Law, Experts' Group on Parentage/Surrogacy Project, *Final Report* (November 2022) 7 <<https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>> accessed 25.10.2023.

ilişkin bağlayıcı bir milletlerarası özel hukuk enstrümanı ile taşıyıcı annelik sonucu kurulan yasal ebeveynliğe ilişkin bağlayıcı başka bir milletlerarası özel hukuk enstrümanının uygulanabilirliğini değerlendirmek konusunda görevlendirmiştir⁶¹.

Uzmanlar Grubu, konuyla ilgili son raporunu Ekim 2022’de tamamlayarak Konseye sunmuş, Konsey de Mart 2023’teki toplantısında taşıyıcı annelikten kaynaklananlar da dahil olmak üzere yasal ebeveynliğe ilişkin milletlerarası özel hukuk meseleleri için bir Çalışma Grubu (*Working Group*) kurulmasına karar vermiştir. Bu Çalışma Grubunun, konuyla ilgili yeni bir enstrümanın kapsam ve içeriğini ülkeler arasında bir fikir birliğine ulaşabilecek şekilde belirlemesi, ihtiyaç duyulması halinde iki farklı enstrüman üzerinde çalışması, söz konusu enstrümanları hazırlarken Uzmanlar Grubunun Nihai Raporundaki görüş ve değerlendirmelerden yararlanması ve çocuğun üstün yararı ilkesini öncelikle göz önünde bulundurması öngörülmüştür⁶². Bu bağlamda, Uzmanlar Grubunun Nihai Raporunda öne çıkan ve Çalışma Grubuna ışık tutacak olan hususlar şu şekilde özetlenebilir:

- Devletlerin taşıyıcı anneliğe ilişkin yaklaşımlarının birbirlerinden çok farklı olması sebebiyle taşıyıcı annelik sonucu kurulan yasal ebeveynliğin tanınması hakkında protokol formatında ayrı bir enstrüman hazırlanması daha uygulanabilir olacaktır⁶³.

- Söz konusu protokolün sadece yargısal bir kararla kurulan ebeveynliğin tanınmasını mı düzenleyeceği, dolayısıyla kanun hükmü gereği veya hukuki bir işlem ile kurulan ebeveynliği kapsamına alıp almayacağı hususu Konsey tarafından değerlendirilmelidir⁶⁴.

- Taşıyıcı annelik sonucu yargısal karar ile kurulan ebeveynliğe ilişkin bir tanıma kuralı geliştirilmesi mümkün olmakla birlikte, devletlerin protokole olan ilgisinin artırılması, tanımının belli şartlara tabi tutulmasına ya da tanımının reddi sebepleri öngörülmesine bağlıdır⁶⁵.

- Geliştirilecek bu tanıma kuralına konu olacak dava ile yargısal kararın verildiği menşe ülke arasında bir bağ kurabilmek ve forum shopping’i önleyebilmek için tanıma kuralı bir yetki filtresi içermelidir. Bu noktada kullanılacak en uygun bağlama noktası ise yargısal kararın verildiği menşe ülke olan taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu ülkedir ki bu ülke genellikle çocuğun doğduğu ülke olacaktır⁶⁶.

61 ibid 8.

62 Hague Conference of Private International Law, The Council on General Affairs and Policy, *Conclusions & Decisions of the CGAP 2023* (March 2023) 1-2 <<https://assets.hcch.net/docs/5f999b9-09a3-44a7-863d-1ddd4f9c6b8.pdf>> accessed 25.10.2023.

63 Hague Conference on Private International Law, Experts’ Group on Parentage/Surrogacy Project (n 60) 26.

64 ibid 28.

65 ibid 30.

66 ibid.

- Tanımanın reddi için, kamu düzeni gibi, milletlerarası özel hukukun geleneksel sebeplerinin kullanılması uygun olacaktır⁶⁷.

- Protokolün uygulanabilirliğini artırmak için taşıyıcı anneliğe ilişkin bazı standartlar öngörülebilir. Ancak, farklı uzmanlar tarafından teklif edilen kriterlerin hangilerinin ve ne şekilde (tanım yapılırken, genel şartlar, tanıma şartı ya da tanımanın reddi sebebi olarak) protokole dahil edileceği hakkında görüş birliği sağlanamamıştır. Konsey'in değerlendirmesine bırakılan kriterler şunlardır: Taşiyıcı annenin ve varsa eşinin rızası, müstakbel ebeveynlerin rızası, taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveynlerin taşıyıcı annelik sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olmaları, müstakbel ebeveynlerden en az birinin üreme hücrelerinin kullanılmış ve/veya taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılmamış olması, taşıyıcı anneliğe ilişkin tıbbi sürecin menşee ülkede gerçekleşmesi, taşıyıcı annelik sözleşmesinin yazılı olması, ücret ve masraflara ilişkin hüküm içermesi ve taşıyıcı annenin serbestçe karar verme özgürlüğünü kısıtlamaması, yasal ebeveynliğin menşee ülkenin hukukuna uygun bir şekilde kurulması, taşıyıcı annelik uygulamasının herhangi bir şekilde çocuğun istismarına yol açmaması, menşee ülkede taşıyıcı anneliğe aracılık eden kuruluşların düzenlenmesi ve denetlenmesi, çocuğun kökenine ilişkin bilgilerin korunması ve çocuğun erişimine açık olması⁶⁸.

- Çok dilli ve isteğe bağlı bir formun yargısal karara eklenmesi, kararların anlaşılabilmesini kolaylaştırmak açısından faydalı olacaktır⁶⁹.

Çalışma Grubu, Kasım 2023'te yaptığı ilk toplantısı neticesinde hazırladığı raporu⁷⁰ Mart 2024'te Konseye sunarak toplantıda tartışılan hususlar hakkında Konseyi bilgilendirmiştir. Söz konusu toplantıda Çalışma Grubu, öncelikle yasal ebeveynliğe yönelik yargısal kararların tanınmasına ilişkin muhtemel kurallara odaklanmış ve bu kuralların içeriklerinin nasıl olması gerektiğini geleneksel yasal ebeveynlik, yabancılık unsuru içermeyen evlat edinme, yabancılık unsuru içeren ve içermeyen taşıyıcı annelik, birden çok yasal ebeveynin bulunması, üçüncü kişiyi kapsayan ve kapsamayan yardımcı üreme teknikleri gibi farklı senaryoları göz önünde bulundurarak tartışımıştır. Tartışmalar neticesinde Çalışma Grubu, birçok senaryo açısından tanımanın reddi ile kabulüne ilişkin benzer sebep ve şartların kullanılabileceği; ancak, özellikle taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucunda kurulan yasal ebeveynlik durumu için farklı bir kurala ihtiyaç duyulabileceği sonucuna ulaşmıştır. Toplantıda ayrıca, yasal ebeveynliğe ilişkin resmî belgelerin tanınması meselesi de ele alınmış ve kural taslaklarını hazırlamak üzere bir alt-grup oluşturulmasına karar verilmiştir⁷¹. İkinci toplantısını Nisan 2024'te gerçekleştiren Çalışma Grubu, toplantıda özellikle Uzmanlar Grubunun

67 ibid 31.

68 ibid 32-34.

69 ibid 40.

70 Hague Conference on Private International Law, Working Group on Parentage/Surrogacy, *Report of the First Meeting* (November 2023) <<https://assets.hcch.net/docs/f3473ccd-8ecc-4bd8-bb24-aec0a79c4e1d.pdf>> accessed 07.06.2024.

71 ibid 4-5.

Final Raporunda yer alan önlem ve standartlar üzerine yoğunlaşmış olup söz konusu toplantıya ilişkin rapor⁷² ile yapılması planlanan diğer iki toplantının raporlarının 2025 yılında Konseye sunulması öngörülmüştür⁷³.

III. MÖHUK'a Göre Milletlerarası Taşiyıcı Annelik Yöntemiyle Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk

A. Soybağı Kavramı

Belirli bir soya bağıllık anlamına gelen ve bir kişinin kimlerden ürediğini gösteren soybağı, literatürde dar ve geniş anlamda soybağı olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁷⁴. Geniş anlamda soybağı, birbirinden üreyen kişiler arasındaki bağı, dolayısıyla üstsoy-altsoy kan hısımlığını ifade etmektedir⁷⁵. Diğer taraftan, geniş anlamda soybağının, üstsoy-altsoy kan hısımlığı yanında yansoy kan hısımlığı ile evlat edinmeden kaynaklanan hısımlığı kapsadığı da ileri sürülmüştür⁷⁶. Çocuk ile sadece anne ve babası arasındaki hukuki ilişki ise dar ve teknik anlamda soybağına karşılık gelmektedir⁷⁷. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)⁷⁸ "Aile Hukuku" başlıklı ikinci kitabının ikinci kısmında düzenlenen soybağı da dar anlamda soybağına işaret etmektedir⁷⁹.

Dar anlamda soybağı ise doğal ve hukuki soybağı olarak ikiye ayrılmakta ve doğal soybağı, çocuk ile anne ve babası arasındaki salt biyolojik-genetik temellere dayanan bağ şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁰. Kişinin kimden ürediği ile biyolojik ve genetik kökenini gösteren doğal soybağı, doğum olgusuyla birlikte çocuk ile anne ve babası arasında kendiliğinden kurulmaktadır⁸¹. Bu tespitin temelinde, çocuğu doğuran kadın ile yumurtası döllenmiş kadının aynı olduğu varsayımı nedeniyle bu kadın ve yumurtayı döleyen spermin sahibi erkek ile çocuk arasındaki doğal soybağının biyolojik bakımdan doğrudan doğruya oluştuğu kabulü yer almaktadır⁸². Hukuki soybağı ise doğal soybağının varlığının hukuk düzeninin aradığı koşullar çerçevesinde tespit edilmesi sonucu çocuk ile anne ve babası arasında bulunan biyolojik-genetik ilişkinin hukukça da tanınmasıdır⁸³. Dolayısıyla, hukuki

72 Hague Conference on Private International Law, Working Group on Parentage/Surrogacy, *Report of the Second Meeting* (April 2024) < <https://assets.hech.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf> > accessed 07.06.2024.

73 ibid 1.

74 Baygın (n 4) 1, 3.

75 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku* (5h edn, Nurgök Matbaası 1965) 312; Baygın (n 4) 1.

76 Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (5th edn, Turhan Kitabevi 2004) 519.

77 Velidedeoğlu (n 75) 312; Kemal Oğuzman and Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2nd edn, Filiz Kitabevi 1998) 197.

78 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

79 Baygın (n 4) 2.

80 ibid 3.

81 Yenerer Çakmut (n 14) 19-20.

82 Baygın (n 4) 3.

83 Acabey (n 10) 6; Öztan (n 75) 519.

soybağı genellikle doğal soybağına dayansa da evlat edinme sonucu oluşan yapay soybağından da kaynaklanabilmektedir⁸⁴.

TMK m. 282 çerçevesinde doğal soybağına dayanan hukuki soybağı, anne yönünden doğum, baba yönünden ise anne ile evlilik, hakim hükmü ya da tanıma ile veya yapay soybağı olarak adlandırılan evlat edinme yoluyla kurulabilmektedir. Anne ile çocuk arasındaki hukuki soybağının şartı TMK'ya göre doğum olgusudur, dolayısıyla anneliğin ispatı doğuma bağlıdır. Bu hüküm, Roma hukukundan gelen ve iki bin yıldır kesin karine olarak kabul edilen annenin her zaman belli olduğu (*mater semper certa est*) esasına dayanmaktadır⁸⁵. Nitekim yukarıda bahsedilen gen teknolojisindeki gelişmelere kadar çocuğun, doğuran kadının yumurtasının döllenmesi ile meydana geldiği konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamıştır. Ancak, özellikle taşıyıcı annelik uygulamalarının yaygınlaşması neticesinde çocuğun annesinin onu doğuran kadın olduğu doğrultusundaki karinenin kesinliği tartışmalı hale gelmiştir⁸⁶. Zira taşıyıcı annelikte, doğal soybağının biyolojik ve genetik temelleri ayrılmakta ve neticede çocuğu doğuran kadın ile yumurtanın sahibi olan kadın arasında hukuken bir tercih yapmak gerekmektedir. Türk hukukunda bu tercihin, genel olarak, çocuğu doğuran kadından yana kullanıldığını söylemek mümkündür⁸⁷.

B. MÖHUK m. 16 Çerçevesinde Soybağına Uygulanacak Hukuk

I. Genel Olarak

5718 sayılı MÖHUK'un soybağının kurulmasına ilişkin 16. maddesinde basamaklı bir bağlama kuralı benimsenerek, soybağının kuruluşu çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, bu hukuka göre kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi tutulmuştur. Soybağının bu hukuklara göre kurulamadığı durumlarda ise ananın veya babanın çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacağı hüküm altına alınmıştır⁸⁸.

Kanun'un madde gerekçelerinde⁸⁹, 16. maddenin 2675 sayılı MÖHUK'un 15, 16 ve 17. maddelerini karşılamak üzere, fakat farklı bir anlayışla düzenlendiği; bu bağlamda, soybağının kuruluşunda, çocuğun doğum anındaki millî hukuku

84 Baygın (n 4) 4.

85 Erişgin Söğütlü and Koçhisaroglu (n 7) 288, 292.

86 Baygın (n 4) 16.

87 Serozan (n 18) 99; Acabey (n 10) 220; Yenerer Çakmut (n 14) 61; Kırkbeşoğlu (n 6) 59; Baygın (n 4) 18; Turgut (n 6) 60. Aksi görüş için bkz. Nomer (n 4) 563-565; Erişgin Söğütlü and Koçhisaroglu (n 7) 292.

88 MÖHUK m. 16 ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Baran Çelik (n 48) 70-79.

89 MÖHUK'un madde gerekçeleri için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm>> accessed 24.12.2023.

çerçevesinde soybağının kurulamaması durumunda çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanması öngörülerek meselenin çocuk açısından ağırlıklı öneminin vurgulandığı ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde ayrıca, milletlerarası özel hukukta bağlama kuralları tesis edilirken ağırlıklı edim veya menfaatin mutlaka dikkate alındığı ve soybağına ilişkin milletlerarası yaklaşımın çocuğun üstün menfaatinin, dolayısıyla çocuğun hukukunun esas alınmasından yana olduğu, maddedeki basamaklı bağlama kurallarının da bu çerçevede oluşturulduğu belirtilmiştir.

Gerekçede her ne kadar çocuğun üstün menfaatinin dikkate alındığı ifade edilmişse de, basamaklı bağlama kuralı yerine çocuğun en lehine olan hukukun uygulanmasına imkân verecek şekilde bir alternatif bağlama kuralının tercih edilmiş olması halinde çocuğun üstün yararının korunmasına maddenin daha çok hizmet edeceği doktrinde ifade edilmiştir⁹⁰. Bunun yanında, soybağını kuran hukuk tespit edildiğinde, maddenin amacı ile düzenleniş tarzı çerçevesinde artık MÖHUK m. 2/3'ün şahsın hukuku ile aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklar için öngördüğü atf uygulamasının dikkate alınmaması gerektiği de ileri sürülmüştür⁹¹. Doktrinde, maddenin geneline ilişkin tartışılan diğer bir husus, MÖHUK m. 5 hükmü ile birlikte maddede yer alan basamakların nasıl uygulanması gerektiğidir. Bu noktada, MÖHUK m. 5'in istisnai niteliğinden hareket edilerek, basamaklardan biri kapsamında tespit edilen yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde MÖHUK m. 5 çerçevesinde Türk hukukuna gitmek yerine bir sonraki basamağa geçmenin MÖHUK m. 16'nın amacına daha uygun olacağı belirtilmiştir⁹².

Maddenin ilk basamağında yer alan “çocuğun doğum anındaki milli hukuku” bağlama noktası da uygulamada bir kısır döngüye yol açabileceği için haklı olarak eleştirilmiştir. Zira vatandaşlığın kazanılmasında toprak esasından ziyade soybağı esasının daha çok tercih edilmesi sebebiyle çocuğun doğumu anında kazanacağı vatandaşlık, genellikle anne veya babasının vatandaşlığına bağlı olacak, dolayısıyla çocuğun doğumu anında bir milli hukuka sahip olabilmesi için anne ya da babasıyla arasında soybağı ilişkisinin kurulmuş olması gerekecektir⁹³.

İkinci basamakta yer alan çocuğun mutad meskeni hukuku bağlama noktası da çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Öncelikle, maddedeki diğer basamaklarda yer alan bağlama noktalarının uygulanması açısından çocuğun doğum anının esas alınacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, çocuğun mutad meskeni açısından aynı derecede açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, MÖHUK m. 3 çerçevesinde dava anındaki

90 Esra Dardağan Kibar, ‘Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar’ (2011) 1 GÜHFD (Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan) 541, 545; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta Basım 2021) 272; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta Basım 2023) 176; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Akarca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2023) 278.

91 Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021) 153; Baran Çelik (n 48) 80-81.

92 Hatice Selin Pürselim, ‘MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri’ (2021) 27(1) MÜHF-HAD 513, 538; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 90) 282.

93 Dardağan (n 90) 546; Nomer (n 90) 270.

mutad mesken hukukunun uygulanması gerektiğini savunmakta⁹⁴; diğler görüş ise maddede hakim olan doğum anını esas almaktadır⁹⁵. Ayrıca, fiili bir duruma işaret eden mutad meskenin çocuğun tek başına sahip olabileceği bir yer olmadığı ve özellikle belli bir yaşa kadar annesinin ve/veya babasının mutad meskeninden bağımsız bir şekilde değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla çocuğun doğum anında kendisine ait bir mutad meskeni bulunmasının fiilen ve hukuken mümkün olmadığı da bu basamağın uygulanabilirliği noktasında ileri sürülmüştür⁹⁶.

2. Milletlerarası Taşiyıcı Annelik ve MÖHUK m. 16

Milletlerarası taşiyıcı annelik sonucu doğan bir çocuğun soybağına uygulanacak hukuk da MÖHUK m. 16'da yer alan bu basamaklı bağlama kuralı ile belirlenecektir. Ancak, söz konusu madde, TMK'nın soybağı konusundaki yaklaşımına paralel bir şekilde, yumurtanın doğuran kadına, yumurtayı dölleyen spermin de doğuran kadının eşine ait bulunduğu; dolayısıyla çocuğun kimden ürediğinin, diğler bir ifadeyle doğal soybağının belli olduğu varsayımıyla düzenlenmiştir. Ancak, taşiyıcı annelik uygulamalarında, çocuğu doğuran kadın ile yumurtanın sahibi kadın genellikle aynı kadını işaret etmediğinden ve taşiyıcı annenin evli olması durumunda taşiyıcı annelik uygulamasının tamamen dışında yer alan eşinin ilk etapta baba olarak kabulü gerekeceğinden bu varsayım oldukça tartışmalı hale gelmektedir. Dolayısıyla, taşiyıcı annelik sonucu doğan bir çocuğun soybağına ilişkin bir uyuşmazlık Türk hakiminin önüne geldiğinde, hâkimin MÖHUK m. 16'yı, TMK'nın konuyla ilgili yaklaşımı çerçevesinde değil, çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde bulundurarak uygulaması gerekmektedir.

Taşiyıcı annelik sonucu doğan bir çocuğun menfaatinin, onu genellikle para karşılığında taşımaktan ve doğurmaktan başka çocuğa karşı bir yakınlık duymayan, çocuk ile genetik olarak da bir bağı bulunmayan, taşiyıcı anneliği profesyonel bir meslek şeklinde icra eden bir kadınla arasında anne-çocuk ilişkisi kurulması ile korunamayacağı aşikardır. Tam tersine, çocuğu kendisi doğurmasa bile, verimli yumurtaları bulunmadığı ya da rahmi çocuk taşımaya elverişli olmadığı için çocuk sahibi olamayan ve çocuk sahibi olmak, ona annelik yapmak niyetiyle taşiyıcı annelik yöntemine başvuran kadınla anne-çocuk ilişkisinin kurulması çocuğun üstün yararı ilkesine daha çok hizmet edecektir. Ayrıca, soybağının kurulmasıyla gündeme gelecek ve çocuk açısından büyük önem taşıyan vatandaşlık, aile hayatı, çocukla kişisel ilişki kurma, velayet, nafaka ve miras gibi hukuki sonuçlar dikkate alındığında da müstakbel anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması çocuğun menfaati açısından daha uygun olacaktır. Bunun yanında, taşiyıcı anneliğin gerçekleştiği ülkede müstakbel anne

94 Şanlı, Esen and Ataman-Figamneşe (n 90) 175; Güngör (n 91) 153; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 90) 280; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 122.

95 Nomer (n 90) 270; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta Basım 2021) 276.

96 Nomer (n 90) 270-271; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 90) 279.

çocuğun yasal annesi kabul edilirken, Türkiye’de taşıyıcı annenin yasal anne olarak kabulü “topal soybağı” olarak adlandırılabilir bir duruma da yol açabilecektir. Bu durumda çocuk Türk vatandaşlığını kazanamayacak, taşıyıcı anneliğin gerçekleştiği ülkede de soybağı esasının kabul edilmiş olması halinde o ülkenin vatandaşlığını da kazanamayacaktır. AİHM de tüm bu hususları çocuğun kimliğinin önemli bir parçası kabul ederek AİHS m. 8 çerçevesinde çocuğun özel hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir.

Konuya anneler açısından bakıldığında ise para karşılığı taşıyıcı annelik yapan dar gelirli kadınlar ile annelik yapmak istemedikleri çocuklar arasında soybağı ilişkisi kurulur iken bir çocuğa annelik yapabilmek için maddi manevi bedel ödeyen müstakbel annelerin bundan mahrum bırakılmasının bu kadınlar açısından da hakkaniyetli olmayacağı düşünülmektedir.

Dolayısıyla, MÖHUK m. 16 kapsamında, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan bir çocuğun soybağına uygulanacak hukuk tespit edilirken amaç müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasını mümkün kılan bir hukuka ulaşmak olmalıdır. Ancak bu şekilde maddenin amacı doğrultusunda çocuğun üstün yararı korunabilecektir. Bu çıkarım, uygulamada zaman zaman karşılaşıldığı üzere, üçüncü bir kadının yumurtasının kullanılması durumunu da kapsamaktadır. Zira yumurta veya sperm bağışında bulunanların ebeveyn olamayacakları⁹⁷, yumurta ve sperm bağışının yasal olduğu ülkelerde kabul edilmiş genel bir prensiptir⁹⁸. AİHM de muhtelif kararlarında, yumurta bağışısı söz konusu olsa bile müstakbel anne ile çocuk arasında soybağı kurulması gerektiğine işaret etmiştir⁹⁹.

Bu amaca ulaşmak için öncelikle vasıflandırma aşamasında bir çözüm üretilip üretilmeyeceği değerlendirilebilir. Zira soybağı kavramının, içerdiği çocuk-anne/baba ilişkisinden bağımsız bir şekilde anlamlandırılabilmesi mümkün olmadığından MÖHUK m. 16’yı uygulayabilmek için hâkimin vasıflandırma yaparak müstakbel annenin mi yoksa taşıyıcı annenin mi çocuğun doğal annesi olarak kabul edileceğine karar vermesi gerekecektir. Vasıflandırmanın hangi hukuk çerçevesinde yapılacağına ilişkin yasal bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, doktrinde ve uygulamada baskın

97 Bruce L. Wilder, ‘Assisted Reproduction Technology: Trends and Suggestions for the Developing Law’ (2002) 18 Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers 177, 179.

98 Örneğin; Birleşik Krallık’ta 1990 yılında çıkarılan, 2008 yılında da revize edilen İnsan Fertilizasyonu ve Embriyolojisine Dair Kanun’un (*Human Fertilization and Embryology Act*) 33. maddesinde, yumurta bağışısı sonucu hamile kalarak çocuğu taşıyan kadının çocuğun annesi olacağı; 35. maddesinde, evli bir kadın sperm veya yumurta bağışısı yoluyla çocuk sahibi olmuşsa, suni döllemede kullanılan sperm kadının kocasına ait olmasa bile, kocanın suni döllemeye rıza göstermediğini kanıtlamadığı sürece suni dölleme sonucu doğan çocuğun babası sayılacağı düzenlenmiştir. Kanun metni için bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>> accessed 28.11.2023. ABD’nin 2000 tarihli Ebeveynliğe İlişkin Yeknesak Kanunu’nun (*Uniform Parentage Act*) 7. maddesinde de sperm ya da yumurta bağışısı yapan kişinin ebeveyn olamayacağı düzenlenmiştir. Kanun metni için bkz. <www.acf.hhs.gov/sites/default/files/documents/ocse/dcl_00_93a.pdf> accessed 28.11.2023.

99 *C and E v France* (n 54) para. 53; *Advisory Opinion* (n 51) para. 37-46, 51-55; *KK and Others v Denmark* (n 56) para. 74-77.

görüş *lex fori*'nin esas alınması gerektiği dođrultusundadır¹⁰⁰. Milletlerarası taşiyıcı annelik kapsamında bir değerlendirme yapmak durumunda kalan Türk hâkiminin de Türk hukukuna göre vasıflandırma yaparsa TMK hükümleri çerçevesinde doğuran kadını, yani yumurta nakli söz konusu olsa bile taşiyıcı/biyolojik anneyi çocuğun annesi, bu kadının varsa kocasını da yumurtayı dölleyen spermler ona ait olmasa bile çocuğun babası olarak belirlemesi ve çocuğun soybağına uygulanacak hukuku bu çerçevede tespit etmesi gerekecektir. Diğer bir alternatif ise hâkimin, Türk hukukundan bağımsız bir şekilde karşılaştırmalı hukukun yardımıyla ve korunmak istenen menfaatleri dikkate alarak vasıflandırma yapmasıdır¹⁰¹. Bu yolu tercih eden hakimin müstakbel anne ve babayı çocuğun anne ve babası olarak kabul etmesi ve soybağına uygulanacak hukuku bu çerçevede tespit etmesi mümkündür. Ancak, “*lex fori* vasıflandırma” genel kabulünden ayrılmak, çocuk ile müstakbel anne-baba arasında soybağını kurmak suretiyle çocuğun üstün yararının korunması sonucuna bizi ulaştıracak mıdır?

Örneğin, Ukrayna’da gerçekteşen bir taşiyıcı annelik uygulamasında Türk vatandaşı bir çiftin kendi üreme hücrelerinin kullanıldığını ve Ukraynalı taşiyıcı annenin bu çocuğu doğurduğunu düşünelim. Türk hâkimi, MÖHUK m. 16’yı uygularken *lex fori* vasıflandırma yaparsa Ukraynalı kadını çocuğun doğal annesi, varsa eşini de çocuğun doğal babası kabul edecek ve soybağına uygulanacak hukuku bu çerçevede belirleyecektir. Ukrayna hukuku, vatandaşlığın kazanılmasında soybağı esasını uygulamakla beraber, taşiyıcı anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını kabul etmediđinden¹⁰² taşiyıcı annelik sonucu doğan çocuk Ukrayna vatandaşlığını kazanamayacak ve çocuk doğum anında vatansız kalacaktır. Dolayısıyla MÖHUK m.16’nın ilk basamağında yer alan “çocuğun milli hukuku” bağlama noktası kullanılamayacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, özellikle belli bir yaşa kadar çocuğun anne veya babasından bağımsız bir mutad meskeninin bulunamayacağı kabul edilirse ikinci basamakta yer alan bağlama kuralı da taşiyıcı annenin anne olarak kabulü sonucunda yine Ukrayna hukukuna işaret edecektir. Diğer basamaklarda yer alan bağlama noktaları da aynı sonucu doğuracağından Türk hâkiminin anne kabul ettiği taşiyıcı anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulamayacaktır. Ukrayna hukukunun uygulanması neticesinde ise Türk vatandaşı müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulması gerekeceğinden hâkimin, MÖHUK m. 5 çerçevesinde bu sonuca müsaade etmemesi ve hatta Türk hukukunu uygulayarak taşiyıcı anne ile çocuk arasında soybağını kurması söz konusu olabilecektir.

Türk hâkiminin anne ve babanın kim olduğunu Türk hukukundan bağımsız bir şekilde vasıflandırarak müstakbel anneyi, yani Türk vatandaşı kadını çocuğun annesi

100 Nomer (n 90) 100; şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 90) 58; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 90) 89.

101 Nomer (n 90) 103; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 90) 92.

102 Ukrayna Aile Kanunu m. 123/2 uyarınca bir kadına embriyo transferi yapılması sonucu doğan çocuğun ebeveynleri transferi talep eden çifttir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/States/Ukraine.docx>> accessed 22.11.2023.

kabul etmesi durumunda, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK) 7. maddesinde Türk vatandaşı anneden doğan çocuğun Türk vatandaşı olacağı düzenlendiğinden ve müstakbel anne ile çocuk arasında doğum bağı bulunmadığından Anayasa m. 66/3 karşısında çocuğun müstakbel annesinden Türk vatandaşlığını kazanması mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde, Türk vatandaşı müstakbel babanın durumu da ancak TVK m. 7/3 kapsamında değerlendirilebilecek, dolayısıyla doğum anında müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı kurulamadığından çocuk müstakbel babasından da Türk vatandaşlığını kazanamayacak ve ilk basamaktaki “çocuğun milli hukuku” bağlama noktası yine kullanılamayacaktır.

Çocuğun mutad meskeni hukuku, annesinin veya babasının milli hukuku ile annesinin ve babasının müşterek mutad meskeni hukuku bağlama noktalarının işaret ettiği hukuk ise müstakbel annenin/babanın anne/baba olarak kabulü durumunda Türk hukuku olacaktır. TMK m. 282'ye göre anne ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulabileceğinden müstakbel anne ile çocuk arasında soybağı kurulamayacak, müstakbel baba ile ise bu durumda ancak tanıma yoluyla kurulabilecektir. Son basamakta ise çocuğun doğum yeri hukuku olan Ukrayna hukukuna göre çocuk ile Türk vatandaşı müstakbel anne ve baba arasında soybağı ilişkisi kurulabilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu aşamada her ne kadar MÖHUK m. 5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelme riski bulursa da, vasıflandırma aşamasında çocuğu doğurmayan müstakbel anneyi anne olarak kabul eden hâkimin, yetkili yabancı hukuk olan Ukrayna hukukunun uygulanması neticesinde müstakbel anne ile çocuk arasında soybağının kurulmasını Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulması tutarsızlık yaratacağından beklenenecek bir sonuç değildir.

Dolayısıyla, taşıyıcı annelik sonucu doğan bir çocuğun üstün yararını koruyabilmek için müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması **lex fori**'ye göre yapılacak bir vasıflandırma neticesinde kamu düzeni müdahalesi nedeniyle muhtemelen hiç mümkün olmayacak, bağımsız bir vasıflandırmanın tercih edilmesi durumunda ise müstakbel anne açısından ancak son basamakta yer alan “çocuğun doğum yeri hukuku” bağlama noktası ile bu amaca ulaşılabilecektir. Ancak elbette, AİHM'in konuyla ilgili ihlal kararlarına rağmen, maddi hukukumuzda homolog dölleme dışındaki tüm suni dölleme yöntemleri ile taşıyıcı anneliğin 2018 yılında 2238 sayılı Kanunda yapılan değişiklik çerçevesinde açıkça yasaklanmış ve hatta yasağa uymayanlar için hapis cezası öngörülmüş olması, TMK'nın doğuran kadının anne olduğu doğrultusundaki tavizsiz yaklaşımı ile toplumsal, dini ve ahlaki açılardan konunun taşıdığı hassasiyet karşısında Türk hâkiminin soybağı ilişkisinin taraflarından biri olan annenin kim olduğunu vasıflandırırken müstakbel anneyi esas alan bir tutum sergilemesi ya da uygulanacak yabancı hukukun müstakbel anne ile çocuk arasında soybağının kurulmasını öngörmesi durumunda kamu düzeni müdahalesini işletmemesi kısa vadede pek de mümkün görülmemektedir.

Benzer şekilde, Lahey Konferansı tarafından yürütülen protokol çalışmalarının nihai hale gelmesi ve neticesinde Türkiye'nin söz konusu protokole taraf olma doğrultusunda bir politika benimsemesi de geç kalınmış bir çözüm yolu olabilir. Zira AİHM'in taşyıcı anneliğin düzenlenmesi konusunda devletlere geniş bir takdir marjı bırakması sebebiyle hukukumuzda taşyıcı anneliğin yasaklanmış olması AİHS anlamında sorun teşkil etmez iken, çocuk ile müstakbel ebeveynler arasında soybağının kurulmasının engellenmesi ya da kurulan soybağının tanınmaması AİHS m. 8'e aykırılık sonucunu doğurabilecektir¹⁰³. Dolayısıyla, MÖHUK m. 16'da değişiklik yapılmasının kısa vadede en uygun çözüm olduğu düşünülmektedir.

Bu çerçevede, öncelikle, ikinci fıkra olarak "Taşyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağının kuruluşuna çocuğun doğum yeri hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanır." hükmünün maddeye eklenmesi değerlendirilebilir. Nitekim MÖHUK m. 16/1'de son basamakta yer alan ve hukuki ilişki ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan tesadüfi bir hukukun uygulanması sonucuna yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilen "çocuğun doğum yeri"¹⁰⁴, taşyıcı annelik açısından söz konusu uygulamanın yapıldığı ve taşyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye işaret etmesi nedeniyle en uygun bağlama noktası olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵. Ayrıca, MÖHUK m. 2/3'ün kişinin hukuku ile aile hukukuna ilişkin ihtilaflar için öngördüğü atıf uygulamasının da bertaraf edilmesiyle taşyıcı annelik yöntemine imkân tanıyan bir ülkede doğan çocuk ile müstakbel ebeveynler arasında soybağının kurulması sağlanabilecektir. Bu şekilde, hem taşyıcı annelik ilişkisinin tüm tarafları, özellikle de çocuklar açısından hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak mümkün olabilecek hem de milletlerarası özel hukukta kaçınılmaya çalışılan total hukuki işlemler ile vatansızlık¹⁰⁶ gibi durumların önüne geçilebilecektir.

Bunun yanında, MÖHUK m. 16'ya eklenmesini önerdiğimiz söz konusu hüküm çerçevesinde çocuğun soybağına uygulanacak hukuk belirlendiğinde, MÖHUK m. 5 kapsamında kamu düzeni müdahalesi tartışmaları yine gündeme gelebilir. Ancak, mahkemelerce bu konuda bir değerlendirme yapılırken, Türk maddi hukukunun

103 Benzer doğrultuda bkz. Işıl Selin Tekdoğan Bahçivancı, "Taşyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme" in Süheyla Suzan Gökalp Alıca and Necdet Basa (eds), II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu (TBB Yayınları 2019) 759.

104 Günseli Öztekin-Gelgel, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kayırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler" (2005) 8 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119, 121.

105 Hague Conference on Private International Law, Experts' Group on Parentage/Surrogacy Project (n 59) 30.

106 Ancak elbette, MÖHUK'a eklenmesini önerdiğimiz hüküm, çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için tek başına yeterli olmayacaktır. Zira TVK m. 7'de düzenlenen soybağı esasının altında da, TMK'nın yaklaşımına paralel bir şekilde, doğuran kadının anne olduğu kabulü yer almaktadır. Dolayısıyla, çocuğun vatandaşlık kazanabilmesi için Türk vatandaşlığına doğması gerekmektedir. Türk vatandaşı babanın eşinden doğan çocuklar da yine vatandaşlık kazanabilecektir. Çocuğun doğum yeri hukukuna göre Türk vatandaşı müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı kurulduğunda ise ancak TVK m. 7/3 hükmü çerçevesinde çocuğun, Türk vatandaşı babadan evlilik birliği dışında doğmuş çocuk olarak kabul edilmesi ve soybağı kurulduktan sonra çocuğun vatandaşlık kazanması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, taşyıcı annelik sonucu doğan çocuğun vatandaşlığı meselesini de Anayasa m. 66/3 gereği kanuni düzenleme ile çözmek gerekmektedir. Bu noktada "Taşyıcı annelik sonucu doğan çocuk ile Türk vatandaşı kadın veya erkek arasında soybağı kurulduğunda çocuk Türk vatandaşlığını kazanır." şeklinde bir hükmün TVK m. 7'ye son fıkra olarak eklenmesi değerlendirilebilir.

konuyu ele alış biçimi ya da toplumsal, dini ve ahlaki hassasiyetler yerine AİHM'in çocuğun üstün yararını devletlerin menfaatinin önünde tutan yaklaşımı esas alınmalı; müstakbel ebeveynlerden en az birinin üreme hücrelerinin kullanılmış olması, taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılmamış olması ile tüm sürece ve süreç sonucunda doğan çocuğun müstakbel ebeveynlere teslimine ilişkin yazılı rızasının bulunması gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Diğer taraftan, MÖHUK m. 16'ya yine ikinci fıkra olarak aşağıdaki maddi milletlerarası özel hukuk kuralının eklenmesi de değerlendirilebilir:

Taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılmadığı ve müstakbel ebeveynlerden en az birinin üreme hücrelerinin kullanıldığı taşıyıcı annelik uygulaması sonucu doğan bir çocuk ile müstakbel ebeveynler arasında soybağı kurulur. Taşıyıcı annenin üreme hücreleri ile müstakbel babanın üreme hücrelerinin kullanılmış olması durumunda, müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı kurulur; diğer müstakbel ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki evlat edinme hükümlerine tabidir.

Bu yöntemin tercih edilmesi durumunda ise hem yabancı unsurlu taşıyıcı annelik uygulamalarına özgü olarak Türk hukukundan ayrılarak çocuk ile müstakbel ebeveynler arasında soybağını kurmak hem de MÖHUK m. 5 kapsamında söz konusu olabilecek kamu düzeni müdahalesini tamamen bertaraf etmek mümkün hale gelebilecektir.

Sonuç

Yardımcı üreme tekniklerinin kaydettiği gelişme ve farklılaşma sonucu, günümüzde anne ve baba kavramlarına yüklenen anlamlar da değişmiş; daha doğru bir ifadeyle anne ve baba kavramları da çeşitlenmiştir. Cinsel birleşme sonucu meydana gelen çocuğun biyolojik annesi ile genetik annesi aynı kadınsa, suni dölllenme sonucu meydana gelen çocuklarda önce bunlar ayrılmış, taşıyıcı annelik müessesesinin ortaya çıkmasıyla da bunlar yanında taşıyıcı anneden de bahsedilir olmuştur. Anne kavramındaki bu değişim, doğal olarak baba kavramına da yansımış, sperm bağışının da işin içine girmesiyle baba kavramı da çeşitlenmiştir. Ne var ki, konuyla ilgili hukuki düzenlemeler, tıp alanında yaşanan gelişmelerle paralellik göstermediğinden özellikle taşıyıcı annelik yöntemiyle ilgili birçok hukuki sorun gündeme gelmekte, yabancılaşma unsurunun söz konusu olduğu durumlarda bu sorunlar derinleşmektedir. Bu sorunlara rağmen, başta infertilite oranındaki artış olmak üzere çeşitli sebeplerle taşıyıcı annelik sonucu doğan çocukların sayısının arttığı da bir gerçektir. Zaten bu nedenle, hukuk düzenleri arasındaki keskin farklılıkların yol açtığı sorunlar, AİHM kararlarına daha çok konu olmaya başlamış ve bu alandaki milletlerarası özel hukuk problemlerinin karmaşıklığını kabul eden Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı da milletlerarası bir enstrümanın hazırlanması doğrultusunda çalışmalarını yoğunlaştırmıştır. Hem AİHM kararları hem de Lahey Konferansının çalışmaları, en acil çözüm bekleyen sorunun çocuğun soybağı meselesi olduğunu ortaya koymaktadır.

Hukukumuzda taşiyıcı anneliğin yasaklanmış olması, Türk vatandaşı çiftlerin başka ülkelerde bu yola başvurmalarını engellemediğinden milletlerarası taşiyıcı annelikten kaynaklı problemlerin er ya da geç ülkemizde de gündeme geleceğini öngörmek mümkündür. Bu yöntemle dünyaya gelmiş bir çocuğun soybağına uygulanacak hukukun MÖHUK m. 16 çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir. Ancak, annenin her zaman belli olduğu yaklaşımını yansıtan söz konusu hükmün, taşiyıcı annelik sonucu doğan çocuğun üstün yararını korumaya ne kadar hizmet edebileceği son derece muğlaktır. Zira yumurtanın doğuran kadına, yumurtayı döleyen spermin de doğuran kadının eşine ait olduğu varsayımıyla düzenlenen madde, müstakbel ebeveynler ile çocuk arasında soybağının kurulmasını sağlayabilecek bir yapıda değildir. Bu sonuca ulaşabilmek için, taşiyıcı annenin mi yoksa müstakbel annenin mi çocuğun annesi kabul edileceğine yönelik bir değerlendirme yapılırken ister *lex fori* vasıflandırma ister bağımsız vasıflandırma tercih edilsin, kamu düzeni müdahalesine maruz kalmaksızın çocuk ile müstakbel anne arasında soybağının kurulup kurulamayacağı şüphelidir. Benzer durum müstakbel baba için de söz konusudur. Lahey Konferansının konuyla ilgili çalışmalarının nihai ve uygulanabilir hale gelmesi ise zaman alacaktır. Dolayısıyla, çocuk ile müstakbel ebeveynler arasında soybağının kurulmasının engellenmesinin AİHS m. 8'in ihlali ile sonuçlanabileceği dikkate alındığında, milletlerarası taşiyıcı annelikten kaynaklı soybağı meselesinin MÖHUK m. 16'ya eklenecek bir fıkra ile çözümlenmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

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

- Acabey MB, *Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı* (Güncel Hukuk Yayınları 2002).
- Ağaoğlu C, 'Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu' (2020) 40 (1) PPIL (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 437-480.
- Akıncı Z and Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Aznar J 2and Martinez Peris M, 'Gestational Surrogacy: Current View' (2019) 86(1) Linacre Quarterly 56-67.
- Baran Çelik N, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması* (Yetkin Yayınları 2021).
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Brandão P and Garrido N, 'Commercial Surrogacy: An Overview' (2022) 44(12) Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia 1141-1158.

- Council of Europe Committee on Bioethics, *Surrogacy* (14 June 2021) <<https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>> accessed 15.11.2023.
- Çam G, ‘Taşyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi’ (2013) 12(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-171.
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta Basım 2021).
- Dardağan Kibar E, ‘Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar’ (2011) 1 GÜHFD (Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan) 541-559.
- Department of Health and Social Care, *The Surrogacy Pathway* <<https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales>> accessed 15.11.2023.
- Doğru Derya, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini* (Turhan Kitabevi 2019).
- Ekşi N, ‘Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşyıcı Anneliğe İlişkin Sorunlar’ (2016) 36(2) MHB 1-52.
- Erişgin Söğütü Ö and Koçhisaroglu C, ‘Taşyıcı Annelik, Ortaya Çıkaracağı Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ in Fatma Güven Lisaniler and Süheyla Üçışık Erbilien (eds) *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk: 4. Uluslararası Kadın/Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı* (Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları 2012) 285-298.
- Erol Y, *Yapay Döllenne Yöntemleri ve Taşyıcı Annelik* (Yetkin Yayınları 2012).
- Gölcüklü İ, ‘Milletlerarası Taşyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi’ (2021) 1 GSÜHFD 835-865.
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021).
- Hague Conference on Private International Law, Experts’ Group on Parentage/Surrogacy Project, *Final Report* (November 2022) <<https://assets.hcch.net/docs/6d8ceb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>> accessed 25.10.2023.
- Hague Conference of Private International Law, The Council on General Affairs and Policy, *Conclusions & Decisions of the CGAP 2023* (March 2023) <<https://assets.hcch.net/docs/5f9999b9-09a3-44a7-863d-1ddd4f9c6b8.pdf>> accessed 25.10.2023.
- Hague Conference on Private International Law, Working Group on Parentage/Surrogacy, *Report of the First Meeting* (November 2023) <<https://assets.hcch.net/docs/f3473ccd-8ecc-4bd8-bb24-aec0a79c4e1d.pdf>> accessed 07.06.2024.
- Hague Conference on Private International Law, Working Group on Parentage/Surrogacy, *Report of the Second Meeting* (April 2024) <<https://assets.hcch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>> accessed 07.06.2024.
- Hatzis AN, ‘Just the Oven: A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts’ in Katharina Boele-Woelki (ed) *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe* (Intersentia 2003) 412-433.
- Hibino Y, ‘The Advantages and Disadvantages of Altruistic and Commercial Surrogacy in India’ (2023) 18(8) *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine* <<https://doi.org/10.1186/s13010-023-00130-y>> accessed 15.11.2023.
- Hibino Y, ‘Non-commercial Surrogacy in Thailand: Ethical, Legal, and Social Implications in Local and Global Contexts’ (2020) 12 *Asian Bioethics Review* 135-147.

- International Social Service USA, *International Surrogacy* <<https://www.iss-usa.org/international-surrogacy-call-for-action-by-the-international-social-service-network/>> accessed 15.11.2023.
- İltaş Y, 'Taşiyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi' (2021) 16(201-202) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1013-1054.
- Karasaç EG, *Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak KKTC Hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ve Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü 2018) <<http://i-rep.emu.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11129/5006/1/karasa%C3%A7eda.pdf>> accessed 15.11.2023.
- Kırkbeşoğlu N, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat Kitapçılık 2006).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta Basım 2021).
- Nomer HN, 'Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri' in Nami Barlas, Abuzer Kendigelen and Suat Sarı (eds), *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan* (Beta Basım 2000) 545-594.
- Oğuzman K and Dural M, *Aile Hukuku* (2nd edn, Filiz Kitabevi 1998).
- Özcan H, 'Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Ürem Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti' (2015) 3(5) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95-112.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS and Akarca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Özsunay E, 'Taşiyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar' (2007) Güncel Hukuk Dergisi 28-29.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (5th edn, Turhan Kitabevi 2004).
- Öztekin-Gelgel G, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler' (2005) 8 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119-148.
- Parlak Börü Ş, 'Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler' (2019) 39(1) PPIL 63-110.
- Pürselim HS, 'MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri' (2021) 27(1) MÜHF-HAD 513-542.
- Reis D, 'German Federal Court of Justice on Sussogacy and German Public Policy' <<https://conflictflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>> accessed 04.11.2023.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2005).
- Shepherd S, 'Regulating International Commercial Surrogacy: A Balance of Harms and Benefits' (2022) 32 University of Florida Journal of Law & Public Policy 293-315.
- Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *Surrogacy in the UK: Further Evidence for Reform* (2018) <<https://kar.kent.ac.uk/71557/1/Surrogacy%20in%20the%20UK%202nd%20Report%202018.pdf>> accessed 15.11.2023.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta Basım 2023).
- Şensöz Malkoç E, 'Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk' (2015) 35(2) MHB 13-49.
- Tekdoğan Bahçivancı IS, 'Taşiyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme' in Süheyla Suzan Gökâlç Alıca and Necdet Basa (eds), II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu (TBB Yayınları 2019) 747-763.

- Trimmings K and Beaumont P, 'International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level' (2011) 7(3) *Journal of Private International Law* 627-648.
- Turgut C, *Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Ungan Çalışkan H, 'Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış' (2016) 22(1) MÜHF – HAD 489-510.
- Uyanık Çavuşoğlu A, 'Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (2006) 17-18 *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 7-63.
- Velidedeoğlu HV, *Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku* (5th edn, Nurgök Matbaası 1965).
- Watson J, 'Growing a Baby for Sale or Merely Renting a Womb: Should Surrogate Mothers be Compensated for Their Services?' (2006-2007) 6 *Whittier Journal of Child & Family Advocacy* 529-554.
- Wilder B, 'Assisted Reproduction Technology: Trends and Suggestions for the Developing Law' (2002-2003) 18 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 177-209.
- World Health Organization, *Infertility Prevalence Estimates 1990-2021* (2023) <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/366700/9789240068315-eng.pdf?sequence=1>> accessed 19.10.2023.
- Yasan Tepetaş C, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı' (2019) 14(177-178) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1219-1262.
- Yenerer Çakmut Ö, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağını Değiştirme Suçu* (Beta Basım 2008).
- Yau A, Friedlander RL, Petrini A, Holt MC, White DE, Shin J, Kalantry S and Spandorfer S, 'Medical and Mental Health Implications of Gestational Surrogacy' (2021) 225(3) *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 264-269.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 17.04.2022
Revision Requested: 28.04.2022
Last Revision Received: 11.01.2024
Accepted: 12.01.2024
Published Online: 20.07.2024

Lack of Effective Control on Killer Acquisitions in the Big Tech Market under EU Framework: Rethinking of EUMR Rules?

Big Tech Marketlerdeki Öldürücü Devralmalarda Yetersiz Denetim: AB Birleşme & Devralma Tüzüğü'nün Yeniden Değerlendirilmesi

Ahmet Selim Kızılay*

Abstract

Antitrust enforcement comprises a wide body of rules to control undertakings operating in specific markets. This study examines whether any rethinking of the EU Merger Regulation rules is required to capture transactions escaping antitrust scrutiny, also referred to as “killer acquisitions” where large incumbents buy out innovative start-ups with the principal incentive to pre-empt competition restraint in the future. Existing measures aim to exercise a sort of control for acquisitions that fly under the antitrust radar and fall short of addressing and preventing “killer” intentions occurring in specific product and service markets. It will further call for reform on the approach that competition authorities take while reviewing merger filings to adjust the tools for a better fit to scrutinize such killing strategies which would potentially result in harmful effects to the innovative market structure and eventually to consumer welfare. With the new generation of products in the digital markets, the traditional rules of competition law might fall short of effective solutions. Once given the theoretical background and the measures adopted at the Member State level and recent calls for strengthening competition law tools at the EU level, we aim to demonstrate the inadequacy of the existing rules to address the need for closer scrutiny over the tech giants, i.e., the GAFAM five, and we suggest adapted tools to ensure fair competition.

Keywords

Killer acquisitions, big tech, mergers & acquisitions, European Union Merger Regulation (EUMR)

Öz

Rekabet hukuku belirli pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsleri kontrol etmeye yönelik geniş bir kurallar bütününden oluşur. Bu çalışma rekabet denetiminden kaçırılan ve aynı zamanda “öldürücü devralmalar” olarak bilinen, büyük işletmelerin yenilikçi girişimleri (start-up) sadece pazar dışı bırakmayı ve bilhassa gelecekteki bir rekabeti ön almayı amaçlayan devralma hareketlerini kontrol altına almak adına AB Birleşme-Devralma Tüzüğü kurallarının yeniden düşünülmesinin gerekli olup olmadığını tartışmaktadır. Rekabet denetimi radarının altında kalan ve belirli mal ve hizmet sektörlerinde oluşturulan bu “öldürücü” nitelikteki devralmalar ile bunların önlenmesine karşı mevcut düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Çalışma aynı zamanda yenilikçi pazar ortamı yapısına ve nihayet tüketicilerin refahı üzerinde muhtemel zararlı etkilere yol açabilecek bu öldürücü stratejilere karşı yerel rekabet otoritelerince birleşme-devralma izinlerinin değerlendirilmesinde kullanılabilecek yeni yöntemlere işaret edecektir. Dijital pazarlardaki yeni nesil ürünler karşısında geleneksel kurallar etkin çözümlerin gerisinde kalabilir. Teorik arka plan, AB üye devletler düzeyinde alınan önlemler ve son dönemde rekabet hukuku araçlarının güçlendirilmesi yönündeki AB düzeyindeki çağrılara yer verildikten sonra halihazırdaki mevzuatın teknoloji devleri, örneğin GAFAM beşlisi, üzerinde yakından bir takibin ne denli eksik kaldığı gösterilecek ve adil bir rekabet ortamı için önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Öldürücü devralmalar, teknoloji devleri, birleşme & devralmalar, Avrupa Birliği Birleşme-Devralmalar Tüzüğü (EUMR)

* Corresponding author: Ahmet Selim Kızılay (Lawyer), Institutional Shareholder Services (ISS), Bruxelles, Belgium.

E-mail: ahmetselim.kizilay@gmail.com ORCID: xxxxxxxxxxxxxxxx

To cite this article: Kızılay AS, “Lack of Effective Control on Killer Acquisitions in the Big Tech Market under EU Framework: Rethinking of EUMR Rules?” (2024) 44(1) PPIL 253. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.110941>



I. Introduction

The concept of killer acquisitions comprises the acquisition of nascent competitors that is likely to threaten the market position and profitability of the dominant player in the future and pre-emption of future competition. Our study will elaborate on the outcomes of such acquisitions, dive into the legal toolbox suggested to prevent anticompetitive conduct while at the same time focus mostly on acquisitions of start-ups by large incumbents which are trying to kill the competitive gameplay and pre-empt future threats for the incumbents' market position. Therefore, our main focus will be on mergers escaping the merger control and notification requirements due to the lack of necessary thresholds that should be met at the EU level.

To that extent, we deem it proper to introduce and distinguish other concerns and outcomes along with the killer acquisitions, as they also appear to be a threat to consumer welfare. Mainly, when small start-ups are bought by digital key players, this might lead to the strengthening of the dominant power of acquirors, and consumers will eventually be unable to switch to other products since the market incumbents are so strong, and finally, entry into the market will become more difficult.

Silicon Valley's "if you can't beat them, buy them" approach is usually the simplistic explanation of the M&A activity of the big players in the market. If we are to take the issue seriously, one needs to opt for alternative remedies to ensure an effective control for such mergers potentially risking future competition and innovation in the market.

II. Killer Acquisitions in Big Tech Industry

A. Concept of Killer Acquisition

1. Origins and Assessment

Economic development throughout the end of the 20th and the beginning of the 21st century has seen the rise of innovative technologies with increased user networks that one would unlikely expect on such a fast-moving scale. This latter has led companies to attract more people with new business methods and, unlike what has been taught, competition between the online platforms has not led to balanced market players; instead, several big players, also called gatekeepers, have emerged.¹

In this environment, competition law has been at the "epicentre of this re-evaluation process".² Many competition authorities in the world seek for tools intended to

1 Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schwitzer and Jacques Crémer, 'Competition in the Era of Digitisation' (2019) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1#>> accessed 1 December 2020, 20.

2 Kris Van Hove, 'Revising the Competition Law Rulebook for Digital Markets in Europe: A Delicate Balancing Act' (Competition Policy International, 11 October 2020) accessed 10 December 2019.

provide an enforced and better antitrust scrutiny in an effective manner to reduce the anticompetitive effects caused by these online platforms, i.e., the gatekeepers. Several denominations are used to address and categorize the players in this big tech market, such as platforms with a “strategic market status”³, enterprises with “bottleneck power”⁴ or simply “structuring digital platforms”⁵ (*plateformes numériques structurantes*).⁶ Clearly, in terms of consistency and uniformity, there is a common approach to address them as **incumbent firms**. Whatever the denomination would be, our analysis has its core focus relying on mainly five tech giants shortly called the “GAFAM” (Google, Amazon, Facebook, Apple & Microsoft).

In the beginning, the term killer acquisitions was first brought into the literature in a working paper by Cunningham, Ederer and Ma, who analyzed the anticompetitive mergers in the pharmaceutical sector and used the term to define those acquisitions of innovative start-ups by incumbent firms to pre-empt future competition by eliminating the potential of competing products.⁷ Accordingly, the sole and only way to classify the acquisitions of a nascent competitor as “killer” would be those of innovative start-ups with overlapping products, acquired by the incumbent.⁸ There can be indeed divergent scenarios of whether such a takeover would likely result in the distortion of competition in the market. Yet, *prima facie*, one may think about the business strategy to shut down the innovative production post-merger to eliminate potential competitors in the market or terminate the R&D because the incumbent firms deemed to have their own product developed instead of developing the acquired product that overlaps with the existing R&D or a substitutable product already in the market.

On the other hand, Argentesi and others elaborate on the mergers having anticompetitive effects on development based on two ways.⁹ First, the incumbent firm acquires an actual or potential competitor that directly result in reduced competition, or secondly, through an indirect way where the incumbent acquires a nascent competitor in which the latter provides some complementary product that may willingly appear as a potential threat to the current market power of the former.¹⁰

Coming back to the first samples of this popular concept that were dealt with in

3 Jason Furman and others, ‘Unlocking Digital Competition’ (2019) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf> accessed 15 December 2020.

4 Stigler Committee, ‘Digital Platforms: Final Report’ (2019) <<https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>> accessed 28 December 2020.

5 Autorité de la concurrence, ‘Contribution de l’Autorité de La Concurrence Au Débat Sur La Politique de Concurrence et Les Enjeux Numériques’ (2019) <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf> accessed 27 February 2021.

6 Damien Geradin, ‘What is a digital gatekeeper’ (The Platform Law Blog, 5 October 2020) accessed 27 February 2021.

7 Colleen Cunningham, Florian Ederer and Song Ma, ‘Killer Acquisitions’ (2020) 129(3) *Journal of Political Economy*, 649.

8 *ibid* 16.

9 Elena Argentesi and others, ‘Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment’ 7985 *Cesifo Working Papers* 1, 2.

10 *ibid*.

the pharmaceutical industry, Cunningham and others demonstrate basically that “*a combination of choice*” is an effective element to assess what kind of anticompetitive conduct might result in the post-merger of a nascent competitor or say innovative start-up. They observe that incumbent firms with overlapping drug projects in the pharmaceutical industry are more likely to discontinue R&D projects post-merger, and they came up with statistical data in that regard.¹¹

Particular importance in this subject matter resides in the question on how to ensure an effective antitrust scrutiny for the abovementioned acquisitions which might escape the merger control regime under the relevant framework. Our study will lean mostly towards the EU framework which relies on Merger Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.¹² Yet, some comparisons will necessarily be made with the US in terms of the current debates regarding the antitrust scrutiny on GAFAM players.

The famous Silicon Valley approach known as “*if you can't beat them, buy them*” discomfords several antitrust authorities throughout the world. Eventually, this approach leads to a rise of new landmarks and debates forcing antitrust authorities to develop a toolbox with a better fit for better scrutiny. In the EU for instance, the European Commission came up with quite a recent study called Report on Competition in the Era of Digitalization. Meanwhile, several national authorities also published a number of detailed reports focused on competition law and digitalization, such as the Furman¹³ & Lear Report¹⁴ of which the UK is the first example. We can observe similar trends worldwide, for instance, the Digital Platform Inquiry Report¹⁵ in Australia, the Stigler Report¹⁶ in the US and many others from other international organizations, e.g., the OECD, or research centers.

Nevertheless, one should also point out the potential efficiency that could be achieved through the incumbent firm digesting smaller start-ups. Truly, tech companies can be a better fit for integrating innovative technologies into their system in order to develop a variety of improved products and offer consumers better quality with increased user experience. They are likely more eager to gather human capital that

11 Cunningham, Ederer and Ma (n 7) 21.

12 Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJ L088.

13 Furman and others (n 3).

14 Lear, ‘Ex-Post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Market’ (2019) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803576/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version.pdf> accessed 15 December 2020.

15 Australian Competition & Consumer Commission, ‘Digital Platform Inquiry Report’ (2019) <<https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>> accessed 28 December 2020.

16 Stigler Committee (n 4).

would be used in different projects, a phenomenon mostly referred to as *acqui-hiring*.¹⁷ These companies, hence, have a greater motivation to deploy the human resource in their project development and the acquisition of smaller start-ups may serve to gather talented people into the same working environment. However, it is not clear on these separate occasions in which way they would prefer when entering into the acquisition; either to bury the innovative competitors¹⁸ or instead contribute further into the development process.

A few last words before moving on to the next sections can be said as to why we treat tech firms separately, or why trying to define a distinctive scope has in fact two basic reasons. Firstly, the current competition in relevant markets of GAFAM would **barely** allow small-nascent competitors to enter into the market, while the competition in the market is a rather insignificant competition for the market, due the barriers to entry.¹⁹ The main difficulty is caused by the mere fact that actual competitors appear to be a threat on competition rather than entry of smaller enterprises²⁰, a dilemma explained by “innovative start-up disrupts current business of existing incumbents.” From the economic theory point of view, competition for the market can generate cost reduction and efficiency for the market itself. Yet, reduced innovation along with a high level of barriers to entry potentially lead to strengthened monopoly power in place seized by the so-called big players. To put it otherwise, it is argued that competition for the market will often increase the outcomes that a monopoly can generate²¹, whereas it is worth highlighting how long such efficiencies transferred to consumers might carry on or even whether it stands in favor of innovations in the market. Considering the fast-moving market structure in technology markets²², the incentive to acquire a nascent competitor is a much more appealing strategy to preserve one’s own market power. This is what seems problematic.

Truly, one will barely make sure that the final product developed by a monopolist would be the best all-time product among others²³, on the contrary, there could always be an alternative that might be better. We believe and argue that giving credibility to innovation should in all circumstances be left open, in which the latter will guarantee a continued development of innovative technologies, if not only, then through an

17 Amy C Madl, ‘Killing Innovation? Antitrust Implications of Killer Acquisitions’ (2020) 38 Yale Journal of Regulation Bulletin 28, 51; see also Axel Gautier and Joe Lamesch, ‘Mergers in the Digital Economy’ (2020) CESifo Working Paper 8056, <<https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0167624520301347>> accessed 9 February 2021 2.

18 *ibid.*

19 Oliver Latham, Isabel Tecu and Nitika Bagaria, ‘Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How Can These Be Assessed?’ (2020) 2(2) Antitrust Chronicle 26, 28.

20 PA Geroski, ‘Competition in Markets and Competition for Markets’ (2003) 3(3) Journal of Industry, Competition and Trade 151, 151.

21 Kevin Bryan and Erik Hovenkamp, ‘Startup Acquisitions, Error Costs, And Antitrust Policy’ (2020) 87(2) University of Chicago Law Review 331, 331.

22 Kristen C Limarzi and Harry RS Philips, ‘“Killer Acquisitions,” Big Tech, and Section 2: A Solution in Search of a Problem’ (2020) 2(2) Antitrust Chronicle 7, 9.

23 Geroski (n 20) 160.

improved level of competition allowing smaller businesses to challenge the current variety of products. This particular concern has historically been at the epicenter of change in antitrust policies on new economies, say high technology markets²⁴.

Secondly, another fundamental reason to treat and put tech firms under close observation is that innovative but rather smaller start-ups being acquired can have their products offered to the market discontinued, and the final effects of the merger policy might lead to irrevocable outcomes to the detriment of consumers, as the killing strategy may “distort the rate and direction of innovation” at the expense of a reduced welfare for society.²⁵ In view of valuable developments in the tech industry, it should be noted that a significant part of contributions into innovation is generated by start-ups.²⁶ Without prejudice to an adoption and enforcement of antitrust rules that might reach an excessive interference to the proper functioning of a liberal market economy, merger policies should be reviewed in the sense that smaller businesses would be able to hold on for the sake of innovations.

2. Pre-emption of Future Competition

The killing intention for large incumbents starts with a strategy to diminish the contestability of their market power, and thus, limiting the entry as much as possible.²⁷ Where the deterrence strategy seems not to be working, an alternative is to buy out and shut down the R&D projects of the target firms, thus, enabling them to pre-empt future competitive constraints.²⁸

This issue led us, however, to confront the following dilemma: overcontrol exercised on the market might develop to the detriment of free market economies, without letting the invisible hand of the market settle the “product and price” freely in the market. Moreover, any entrepreneur would likely sell the new product that it has developed to bigger players, to gain some profits as return to the investment that they made.²⁹ Therefore, the more restrictive the potential exit is, the more disincentivized the inventors would likely be to invest in research and development; as a result, the start-ups “may not have the same incentives to innovate in the first place”.³⁰

As an initial matter, the potential to innovate a new product and ultimately sell it off is a key driver of innovation which appears to be a classic lifecycle for certain

24 David S Evans and Richard Schmalensee, ‘Some Economic Aspects of Antitrust Analysis In Dynamically Competitive Industries’ (2001) 8268 NBER Working Paper Series, 2.

25 Latham, Tecu and Bagaria (n 19) 28.

26 Bryan and Hovenkamp (n 21) 337.

27 *ibid.*

28 Cunningham, Ederer and Ma (n 7) 38.

29 Jacqueline Grise, David Burns and Elizabeth Giordano, ‘The No Kill Zone: The Other Side of Pharma Acquisitions’ 2020 2(2) Antitrust Chronicle 19, 21; see also Cunningham, Ederer and Ma (n 7) 50-51.

30 *ibid.*

industries like biopharma where the founders of undertakings and investors expend substantial time, money and effort developing new products. Without the potential for a successful exit through a sale or a license, investors may not have the same incentives to infuse money into development, thereby, companies and founders may not have the same incentives to innovate in the first place.³¹ Analysts share this view as well.³²

Several different configurations can exist: acquire to pre-empt the future competition pressure or acquire to reinforce its market position in the same (or adjacent) market.³³ It is therefore not limited to pre-emption only. Hence, some argue that the essential motivation among GAFAM is to acquire innovative assets together with the intention to increase market power.³⁴ Today, such kind of acquisition policies, also called by certain authorities as “consolidating or encompassing”, are not being controlled to great extent.³⁵

3. First Cases Involving the Pharma Industry

As previously mentioned, the concept originally relates back to the pharmaceutical industry, with the first cases involving the pharma giants. One of the characteristics in this sector is the innovation efforts that are much higher in cost, depending on costly R&D projects in particular. As an illustration, the acquisition of Synacthen by Questcor alerted the FTC on the grounds that the acquisition in place was targeted on a nascent player challenging the monopoly.³⁶ Moreover, thinking about inevitable side factors, like IP rights in the pharmaceutical sector, companies may attempt to acquire the smaller competitors to prevent “cannibalization of its own product” due to overlapping of the drugs offered, and eventually, to protect profitability.³⁷

Some other possible ways for an incumbent pharma firm to subsequently terminate a project that overlaps would be the intra-project selection and class-based drug problem.³⁸ The first scenario involves an acquirer being found to choose a more prospective product among its own/already developed drug and the acquired product. Based on scientific analysis, the firm will likely try to opt for a more prospective project in drug research so as to carry on its R&D activities with the selected one, and totally abandon the second product. As to the second, more access to data for therapy and potential side effects of drugs facilitate opting for abandoning the development

31 *ibid* – see also Cunningham, Ederer and Ma (n 7) 50-51.

32 Gordon M. Phillips & Alexei Zhdanov, ‘R&D and The Incentives from Merger and Acquisition Activity, National Bureau of Economic Research’ (2012) Working Paper 18346 <<https://www.nber.org/papers/w18346.pdf>> accessed 29 December 2020.

33 Autorité de la concurrence (n 5) 10.

34 Axel Gautier and Joe Lamesch (n 17) 27.

35 Autorité de la concurrence (n 5) 10.

36 Federal Trade Commission (FTC) and others v. Mallinckrodt Ard Inc. (Questcor Pharmaceuticals) (2017) 1:17-cv-00120.

37 Madl (n 17) 30-31.

38 *ibid* 35.

of either product. To put it otherwise, post-acquisition, the firm would have a larger database in terms of scientific outputs for activity ratio of other products together with and compared to already existing one(s).

Distinctively to characteristics for the pharma industry, innovation in the digital world is much more different. An innovative product in digital markets, namely in the big tech industry, will concentrate around new facilities and features, and bring them into a new platform with a never-ending phase of development but in constant evolution.³⁹ One can also think that the place for IP rights is somewhat less important while the benefits would generally be granted to those who will be the “first to the market”.⁴⁰

Furthermore, contrary to the pharma industry, innovation theories of harm in digital markets does not necessarily lead to the discontinuation of the acquired product. Instead, the acquiring firm would likely use a new product with its own brand name and incorporate it under its own network, particularly when the “product’s value is based on its users”.⁴¹ This will also be one of the reasons why killer acquisitions in the tech sector raise more ambiguity for the analysis to observe whether the transaction is likely to distort competition and innovation in the market.

B. Concerns about Consolidation in the Market

1. Measuring the Effects of Killer Acquisitions

Generally speaking, any merger that would “significantly impede effective competition” (SIEC) is seen as incompatible under the EU merger regime.⁴² The problem with the incumbent firms acquiring the smaller relates also to the difficulty for users to switch to alternative products. They are positioned in a manner difficult to dislodge even when the users would be provided an entirely facilitated system to transfer their data to another system.⁴³ The competition lawyers are highly concerned with the inability of users to switch-away to alternative platforms. It is thus likely for large incumbents in the digital markets to have “strong incentives to engage in anticompetitive behaviour.”⁴⁴ For this reason, we would like to start from the very basics before moving into the hot topics in this area.

³⁹ Montjoye, Schwitzer and Crémer (n 1) 35.

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ Gautier and Lamesch (n 17) 4.

⁴² Council Regulation (n 12) art.2.

⁴³ Montjoye, Schwitzer and Crémer (n 1) 36-37.

⁴⁴ *ibid.*

a. Plausible Theories of Harm

There can be divergent categories of harmful effects resulting from mergers and acquisitions related to antitrust scrutiny, for instance, consumer theories of harm, loss of potential competitor theories of harm, and so forth. Broadly speaking, every single category basically relates and tries to find evidence of why a certain behavior causes damage to competition.

Since our subject mostly concentrates on the potential threat to innovativeness of the market, one can think about the structure where the loss of innovation shall be first considered as a plausible theory of harm. It is hence made the ground by the European Commission while opposing to the merger of firms in certain industries, like pharma (Dow/Dupont Case⁴⁵). The technological improvements with newly developed products can break through the existing market, leading to change in the technological paradigm. Thus, with the more recent approach taken by the European Commission further to merger review given in Dow/Dupont filing, innovation theories of harm are further considered in merger cases. Yet, there seems to be no clear distinction made by the Commission on where to draw the line between innovation theories of harm and the ones related to potential competition concerns.⁴⁶ It should be noted that regarding the loss of a potential competitor, the Commission has addressed the question in merger filings, such as the one in Google/DoubleClick, and concluded that a sufficient number of other competitors that could maintain sufficient competitive pressure would likely remove the concerns associated to post-merger effects.⁴⁷

From the legal point of view, some suggest that the loss of a potential competitor as a result of the acquisition of an entity being a nascent competitor to the acquiring party should be taken into account as a form of nascent firm theory of harm.⁴⁸ Hence, a killer acquisition will likely cause the loss of an innovative product as well as the loss of a potential competitor, therefore, combining both nascent and innovative theories of harm. On the other hand, some others suggest that the killer intention in mergers and acquisitions encompass the loss of potential competitors but also causes threat to products that will be killed post-merger, whereas, loss of potential competitor theories of harm will rather be limited to the disappearance of an entity but not the product itself.⁴⁹

45 Declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement (Case M.7932 – Dow/DuPont) Dow/Dupont (COMP/M.7932) European Commission Decision C(2017) [1946].

46 Andrea Lofaro, Stephen Lewis and Paulo Abecasis, 'An Innovation in Merger Assessment: The European Commission's Novel Theory of Harm in the Dow/DuPont Merger' (2017) 32(1) Antitrust 100.

47 *Google/DoubleClick* (COMP/M.4731) European Commission decision C(2008) 927.

48 Vaelav Smejkal, 'Concentrations in Digital Sector - A New EU Antitrust Standard for "Killer Acquisitions" Needed?' (2020) 7(2) Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations 1, 3.

49 OECD, 'Start-Ups, Killer Acquisitions and Merger Control' (2020) <www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf> accessed 3 February 2021, 10.

b. Conglomerate Effects

One particular aspect in merger filings is to determine market positions of the parties to merger. Typically, non-horizontal mergers would be unlikely to raise anticompetitive concerns while the horizontal mergers have more potential to distort effective competition, reducing the benefits that could be transferred to consumers absent the merger. This view is also confirmed by the European Commission when we read the Non-Horizontal Merger Guidelines.⁵⁰ It should be noted that conglomerate mergers are at stake where it is difficult to conclude where the parties are either in horizontal or non-horizontal relationships.

Given the characteristics of big tech markets, one would barely intend to compete with large incumbents already existing in the market although elements for potential competition remain to be significant. We believe that most of the uncertainties appear between the mergers of companies under the conglomerate market position. Otherwise, authorities may -if not always- easily detect and make the analysis for potential restriction that the merger might cause in the relevant market. On many occasions, the European Commission had no difficulty assessing the number of competing entities, market shares and other elements in merger filing and came up with precisions whether to clear or block the merger. Google/DoubleClick was a clear example where it held among two potential competitors that there will be many other competitors capable to make a pressure on the merged entity.⁵¹

So, the particular attention, in our view, should be focused on conglomerate effects in strict correlation with the incumbent's ability to leverage market power into adjacent markets. Some findings suggest that M&A activity carried out by the GAFAM five seems not to lead to an increased global competition *inter se*, and we are unable to show clear evidence to conclude that killer acquisitions are "widespread".⁵² Yet, this is exactly the point we are trying to explain; that one must always opt for the worst-case scenario meaning that the anticompetitive effects may unlikely be recompensated once the merger is cleared. Therefore, it is worth addressing effective remedies and potential solutions to detrimental transactions that occur in big tech M&As due to uncertainties.

c. Leveraging Market Power

In relation with the conglomerate effects of a merger, we need to add that one of the primary concerns in this context will be the foreclosure of the market. Post-merger, the entity may be able and have incentive to leverage its market power from one market to another by means of different practices such as tying or bundling. Although we lack

50 European Commission, 'Non-Horizontal Merger Guidelines (2008/C 265/07)' <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:en:PDF>>.

51 Argentesi and others (n 9) 9.

52 Gautier and Lamesch (n 17) 4.

an exact definition of what amounts to leveraging, the European Commission suggests that the term implies the ability to increase the sales of a product in one market (tied or bundled market) by virtue of the strong market position of the product to which it is tied or bundled.⁵³

The incumbent firm finds itself at an advantage to use this strong market position in pre-emptive buyouts, which is also called “to entry for buyout” in the economic literature.⁵⁴ It should be noted that it is a common approach in start-up businesses to primarily gain and attract consumer attention instead of profitability in the business or reaching bigger monetary turnover. The Facebook/WhatsApp merger, for instance, raised the concern of the European Commission on the grounds that Facebook might be able to dispose of the users’ data in WhatsApp in order to obtain money by selling the data to targeted advertisements, thus strengthening its position in the advertisement market.⁵⁵ It was only then cleared by the Commission after having convinced them that there will still be a sufficient number of alternative advertisement providers in competition with Facebook.⁵⁶ Nowadays, the tech giant is facing new investigations after having announced its updates with a reviewed privacy policy that will be used in the messaging application raising new debates under the interplay between competition law and GDPR, which the issue will, however, not be dealt in more detail within the scope of this study.

d. Effects on Innovation

In the course of its development, antitrust law has accepted new forms as to the theories of harm in the assessment of the restriction of competition. Loss of innovation was hence included and added to list, preventing anticompetitive practices when the conduct of parties or concentrations would likely affect innovativeness in the market. Further light should be shed on the effect on innovation with a key economic factor: cannibalization.⁵⁷ The closer the competition is, the higher the degree of cannibalization. There exist opposing views on the typology of the market that would more likely allow a broader field for innovation, either highly concentrated markets or less concentrated markets.⁵⁸ It should be noted that cannibalization occurs where the products offered by distinct entities pre-merger would likely increase the incentive to innovate and conduct more R&D activities so that the products brought into the market could compete with each other. However, profitability achieved from both products will decrease due to the cannibalization effect post-merger, therefore cutting down incentives to innovate as well.

53 European Commission, ‘Non-Horizontal Merger Guidelines (2008/C 265/07)’ (n 61).

54 Argentesi and others (n 9) 9.

55 *ibid.*

56 *ibid.*

57 Lofaro, Lewis and Abecasis (n 46).

58 *ibid.* 4.

When we observe the strategy in the M&A activity of the GAFAM five, we may find several targeted firms whose products are discontinued by the incumbent post-merger.⁵⁹ We should understand discontinuation in any form where the product offered by the merged/acquired entity is taken out of the market, switched with the incumbent's substitutable product, or no longer supplied, nor upgraded. Gautier and Lamesch observe that in 60% of the acquisitions carried out by GAFAM, the acquired products were discontinued while only in 27% of the cases the acquired brand name remained.⁶⁰

A dilemma with the effect on innovation has its pros as well. Generally, start-ups may lack the necessary resources to develop their products due to several reasons including, but not limited to, the popularity of the brand (in conjunction with network effects), insufficiency of funds, and lack of an effective business strategy and team. While the acquisition of small innovations by incumbents seems to benefit the investment required for innovations, we can still claim that radical innovations remain limited if the start-ups succeed in developing blasting and game-changer innovation that will devastate the product demand. Cabral suggests that start-ups have less incentive to invest in radical innovations but are more likely to develop incremental innovation and, as such, they will have more value if transferred to a dominant firm, as a result of a merger.⁶¹

2. Efficiencies Outweighing Anticompetitive Effects

In the absence of efficiencies, the merger of two firms with potential competitive restraints will likely be seen as a problematic concentration, and depending on the relevant market may even seem like a threat to overall competition in the market. Yet it could be argued that the post-merger period will allow greater innovation and/or benefit to consumers that the merged entity could never achieve without the merging party's market power and structure being affected. It is certain, on the other hand, that authorities may allow mergers where any constraint seems likely to occur post-merger, which is to say without necessarily proving, for the merging party, that the acquisition will result in greater innovation or benefit to consumers.

To give an example, we may look at the acquisition of Waze, a navigation application bought by the tech giant Google which the UK Competition and Market Authority (CMA) cleared on 11 November 2013. Two theories of harm were considered relevant. First, whether the incentive to innovate could be reduced as a result of the acquisition, and second whether Waze may potentially become a "disruptive force" in the market

59 Gautier and Lamesch (n 17) 4.

60 *ibid.*

61 Luis MB Cabral, 'Standing on the Shoulders of Dwarfs: Dominant Firms and Innovation Incentives' (2018) CEPR Discussion Paper <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3235598> accessed 29 December 2020.

over the long term.⁶² The UK authority answered the first issue by taking into account existing competing entities and has not seen any restriction of competition resulting from the acquisition. With regards to potential competition pressure that Waze might emerge to in the future, it is avoided to rely solely on hypothetical findings and no competitive concerns were found due to the uncertainty of the alleged potential.⁶³ It is clearly understood that assessment of evidence to potential competition and loss of potential competitor as a theory of harm is interpreted narrowly although Waze could be deemed as a promising mobile application.

Acquisitions raise, however, concerns among the competition authorities in certain situations and therefore alert the authorities not to clear or allow the transaction to proceed unless shown further efficiencies that could be achieved through the merger. In digital markets, for instance, incumbent firms may acquire not only new entrants to prevent them from emerging but also redeploy the facilities within their structure, such as the use of talented people/employees, customer networks, or new technologies.⁶⁴ Hence if its market inputs are costly, acquiring a new entrant can be an efficient and a less costly way to obtain such inputs.⁶⁵ So, the following measuring elements are mostly relied on: whether any greater innovation (1) can be potentially transposed to consumers (2), or not.

III. Deficiencies of the Existing Rules & Filling the Gap under the Current Framework

A. EUMR: Lack of Effective Control?

1. Monetary Threshold Difficulty

The EU merger control regime is primarily based on the community dimension aspect, below which Member States will have their own jurisdiction and rules applicable at the domestic level. The community dimension, on the other hand, relies on the monetary turnover of the merging firms, or to be more precise those involved in concentration which the latter might appear in 3 different forms: acquisition of undertaking, merger, and full function joint-venture created on a lasting basis.

Two alternatives may appear with the community dimension. First, the scenario involves parties to transaction with a combined worldwide turnover of over € 5,000 million and the EU-wide turnover for each of at least two of the firms of over € 250

⁶² Argentesi and others (n 9) 28.

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ Marc Bourreau and Alexandre de Stree, 'Big Tech Acquisitions: Competition & Innovation Effects and EU Merger Control' (2020) Cerre <<https://cerre.eu/publications/big-tech-acquisitions-competition-and-innovation-effects-eu-merger-control/>> accessed 15 February 2021, 8.

⁶⁵ *ibid.*

million. If these thresholders are not met, one may also consider a second alternative that requires parties to have a worldwide turnover of over € 2,500 million and a combined turnover all together of over € 100 million in each of at least three Member States and lastly, a turnover of over € 25 million for each of at least two of the firms in each of the three Member States included. In this scenario, at least two of the firms involved shall have an EU-wide turnover of more than € 100 million.⁶⁶ It is provided that parties may seek to escape the clause where they achieve more than two thirds of each of their EU-wide turnovers within the one and the same Member State. Approximately 300 merger filings are typically notified to the European Commission annually.⁶⁷

The difficulty with monetary thresholds lies in transactions with smaller start-ups lacking the necessary capitalization for thresholds to trigger the EU merger control. The idea behind this suggests that not all transactions for companies with small market shares and/or monetary turnover should be considered anticompetitive, and the latter might only have a minor impact on the market post-transaction. We consider, however, that large incumbents, such as big tech companies by acquiring smaller start-ups, should still be subjected to merger control since almost every start-up with a promising product focuses merely on establishing and growing a customer base for themselves instead of the growth of monetary turnovers or their profits.⁶⁸ For this specific reason, the acquisition of Instagram was not reviewed by the European Commission, nor was WhatsApp except that a referral by the Member States had been used.⁶⁹ Moreover, we not all referrals are made under the same reasoning, as the Member States may prefer to refer the merger control to the European Commission without the turnovers usually meeting thresholds at the EU level, or the concerned parties may request and seek referral options through their notification originally addressed to a national authority.

With all threshold systems in mind, the question can be asked how certain acquisitions of GAFAM are reviewed by the European Commission without meeting the thresholds, including but not limited to Apple/Shazam (2018), Microsoft/LinkedIn (2016), Facebook/WhatsApp (2014) and Google/DoubleClick (2008), which all were approved by the latter. For instance, the review could not have been made for the acquisition of Shazam by Apple if the Austrian competition authority, together with other Member States' authorities, hadn't sought a referral mechanism under art.22(1) of the EUMR.⁷⁰ The Facebook/WhatsApp merger, on the other hand, was a result of the notifying parties themselves requesting a referral before the European Commission to

66 Council Regulation (n 12).

67 Statistics on Merger cases (European Commission) <https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en> accessed 02.03.2021

68 Bourreau and de Stree (n 64) 15.

69 *ibid* 15.

70 David Pérez de Lamo Assessing 'Killer Acquisitions': An Assets and Capabilities-Based View of the Start-Up' (2020) 2(2) *Antitrust Chronicle* 50, 53.

review the merger filing, under art.4(5) of the EUMR, thus using a different mechanism than the referral by the Member States themselves.⁷¹ The EUMR provides some means that could potentially be used to keep up with these mergers to some extent. Yet, compared to the total number of M&A activities held by GAFAM five, the mergers or acquisitions reviewed by the Commission remain quite limited, and most of these still escape antitrust scrutiny.⁷²

2. Invisible Concentrations

Mostly, when we talk about outcomes of mergers and acquisitions regarding anticompetitive restraints, the objective of antitrust scrutiny is to prevent concentrations potentially resulting in restriction of competition in a relevant market. Many scholars have conducted in-depth research on the total acquisitions of the GAFAM five, classifying these devastating activities to take over promising enterprises eventually to be incorporated into their business. To give a number, 299 acquisitions were carried out together by Google, Amazon, and Facebook in the 2008-2018 period. Each of them acquired, respectively, 168, 71, and 60 companies.⁷³ If we take the scope of these transactions limited to EU-wide acquisitions, the number would likely reduce by more or less half. Nevertheless, it seems more pragmatic to take a more general approach, say global, as similar discussions are going on through other jurisdictions, mainly in the US. Overall, M&A activity held by GAFAM remains significant, with slight fluctuations; another 175 acquisitions were made in the 2015-2017 period by all these big five.⁷⁴

Another study on this issue found that only a small number of acquisitions, from among a total of 409, made by GAFAM were related to the core business of these incumbents.⁷⁵ Accordingly, it was found that only 33 acquisitions (equal to 8 percent of the total) appear to be in the killer zone, or at least of nascent competitors, either the ones in direct competition at the horizontal level or in a vertical structure with products related to or substitutable to the incumbent's own product or that it could be evolved into likewise.⁷⁶ Similarly, several scholars provide that only a few acquisitions seem to be "killer"⁷⁷ and hence there is no presumption as to whether concentration causes anticompetitive restraint. It is claimed that apart from the necessary analysis case by case for each acquisition of this nature, there are rooms for features with this theory

71 *ibid.*

72 Gautier and Lamesch (n 17) 4.

73 Argentesi and others (n 9) 14.

74 Gautier and Lamesch (n 17) 15.

75 Latham, Tecu and Bagaria (n 19) 30.

76 *ibid* 30-31.

77 Gautier and Lamesch (n 17) 15.

of harm⁷⁸ when the GAFAM five strengthen their market positions more and more, leading to overconcentration within their relevant business world. For these reasons, we witness the various additional measures and legislation taken by Member States within the EU that we will mention in the subsequent section, national law backed antitrust scrutiny to prevent the anticompetitive concentrations which are invisible to the Commission at EU level.

B. Measures Proposed by the Member States

1. Cutting Down the Thresholds

Among many other options, one solution to police invisible concentrations is to cut down the monetary thresholds under national jurisdiction, determining relatively low thresholds of turnovers for both acquiring and acquired companies. It is accepted that lowering the threshold will indeed give the ability to enforce more scrutiny on mergers escaping the control.⁷⁹ The balance shall be maintained, however, between the number of merger filings notified and the burden of review with more filings that the authorities are going to deal with. It is further problematic with small start-ups with lower annual turnovers, but which appear to be potential targets for large incumbents, as they might end up with a takeover of high transaction value regardless of the turnover. This is because such start-ups seem quite promising to large players, or -if the case may be- a potential threat to their monopoly power. In this regard, reducing the thresholds for obligatory notification is far from an adequate solution alone unless it is used with other supportive mechanisms such as transaction value-based control or *ex-post* control.

In that regard, the Commission's Chief Competition Economist came up with the following example: "If we are to use a net with finer mesh, we will catch more small fishes that we lack necessary resources to deal with".⁸⁰ From this perspective, some argue that completely removing the threshold criteria for the target (or at least lowering it) while at the same time introducing for the acquirer an exclusive notification system for digital firms, could be a solution to capturing escaped transactions.⁸¹ It looks overcomplicated to subject operators to divide acquisitions according to relevant markets and revenues by way of a differentiated turnover threshold system. Instead, we would propose a separate classification of platforms for big tech firms, among other proposals for solutions, as outlined below.

78 Latham, Tecu and Bagaria (n 19) 31.

79 Madl (n 17) 15.

80 Nicholas Levy, Henry Mostyn and Bianca Buzatu, 'Reforming EU Merger Control to Capture "Killer Acquisitions" – the Case for Caution' (2020) 19 Competition Law Journal 51, 57.

81 *ibid* 58.

2. Transaction-based Control

Since the threshold-based notification system may fail to entrust authorities making effective antitrust scrutiny for invisible concentrations, certain Member States, especially Austria and Germany taking the lead, introduced transaction-based control similar to the US antitrust practice in this regard. The problem with only cutting down thresholds for notifications at the EU level would not serve to bring a wide range of merger control but would slow down the review procedure by increasing the workload for the Commission to review filings and eventually lead to ineffectiveness in the functioning of the market economy. On various occasions, the European Commission has called for reform of the EUMR to introduce a mechanism akin to transaction-based merger review, yet, the Commission's view in this regard remains skeptical whether it would be a proper solution.⁸² Accordingly, the concern for a transaction-based control system implies legal uncertainty for the calculation and measuring of divergent methodologies for transaction values used by companies.⁸³ Again, considering the potential burden for merger filings in the case of a transaction-based notification system, it may enhance the workload for reviews as well. The Commission's view in this respect persists in verifying the effectiveness of such implementation before adding to its toolbox⁸⁴ and waiting for outcomes coming out of German and Austrian practice first.

A transaction value threshold does not replace fundamentally the competitive assessment or a solid theory of harm, but it might ensure that the focus of merger control is shifted to takeovers of low-turnover unicorn firms in their infancy⁸⁵. Yet, German practice has shown to date that no anticompetitive transactions could be identified that would otherwise (say absent the so-called transaction value test) escape antitrust scrutiny⁸⁶ and the Bundeskartellamt has so far not come across a critical case notified based on the transaction value threshold.⁸⁷ Similarly, we are unable to observe more effective control in the Member States implying a “market shares” element to impose mandatory notification for those exceeding certain market share thresholds, as the case in Portugal, Spain, and the UK.

Our personal view to have a transaction-based (or value-based) notification system appears not as an alternative but as a supportive apparatus that the European Commission might consider bringing in and using against “escaped” mergers and acquisitions to police these transactions that may potentially fall under the “killer

82 Frederick Brouwer, ‘EU merger control: Dutch clause to catch future killer acquisitions’ (Stibbe, 01.10.2020) accessed 01.03.2021

83 de Lamo (n 70).

84 Montjoye, Schwitzer and Crémer (n 1).

85 OECD (n 49) 58.

86 Levy, Mostyn and Buzatu (n 80) 56.

87 OECD (n 49).

zone”. First, the replacement of the thresholds system by an eventual “transaction value-based” system implies certain ambiguities concerning the valuation of the transaction due to the difficulty of setting precise valuation caused by the volatility of exchange rates and stock prices.⁸⁸ Secondly, contrary to the existing regime of notification transaction, value-based control has the deficiency of providing a relevant legal nexus for the undertakings involved in the merger, meaning that it lacks evident qualifications for the relevant geographical market where the merger will potentially cause any concerns.⁸⁹

Although we are unable to obtain full information on the global M&A transaction values of big tech incumbents, it was provided that one-third of the acquisitions of GAF A (excluding the “M”: Microsoft) in pertinent markets fall under the \$50 million transaction value.⁹⁰ On the contrary, it shows on the other hand that quite a significant number of acquisitions made by big tech players hit pretty high values and may still fall below the antitrust radar due to the turnover-based control system without any pertinency or connection to the transaction value of the acquisition. Therefore, we deem it proper to suggest a transaction-based control could be added to the toolbox as a supplementary apparatus as an efficient and predictable procedure in compliance with legal certainty for operators as well. For the time being, EU competition experts and the Commission’s policy have started considering them yet are waiting first to see initial examples of implications introduced by Germany and some other Member States with regards to transaction-based jurisdictional criterion.

3. Ex-post Control

Unlike other procedures for controls under competition law in general (say prohibition of cartels or abuse of dominance), the merger control system relies on *ex-ante* control on undertakings willing to merge, meaning that parties are obliged to notify beforehand their transaction to the European Commission if the necessary thresholds and criteria are met. In some jurisdictions, the US foremost, the authorities are entitled to review mergers after the closing with or without any limitation of time depending again on the jurisdiction concerned. The logic and feature of *ex-ante* control provide legal certainty for both authorities and mostly for undertakings in the market while the *ex-post* control allows a “rethinking” of specific transactions with more accurate information available over time, yet it implies a significant cost for the market players that could suffer through a reversal decision by *ex-post* merger control.⁹¹ The pros and cons of *ex-post* control have been debated for a long time and indeed made

88 Šmejkal (n 48) 6.

89 *ibid.*

90 Latham, Tecu and Bagaria (n 19).

91 Marco Ottaviani and Abraham L Wickelgren, ‘Ex Ante or Ex Post Competition Policy? A Progress Report’ (2011) 29(3) *International Journal of Industrial Organization* 356.

the subject of several studies. The question arises also within the extent of the *ex-post* review, whether to subject such control mechanisms to any time limitation. While the US is the only jurisdiction without any statutory time limit, countries with *ex-post* merger control impose specific time limitations for the intervention, for instance, four months in the UK, and one year in Canada, Mexico, and Brazil.⁹² To catch acquisitions restricting the competition post-term, French practice reviewed to bring in and amend its current “*concurrence*” law further to proposals made by certain advisory bodies as to alternative lowered turnover thresholds or transaction-based notification systems.⁹³

Ultimately, *ex-post* control still seems less favorable to use even at a national level due to the discouragement effect for the private sector to carry out major operations for fear of possibility by relevant authorities to wind up their mergers after closing, even should the *ex-post* review allow controlling by authorities (and thus cause uncertainty) for a limited period.

4. Referrals Made by Member States

Another mechanism that should be noted here is the referral method through national authorities of Member States to the European Commission, a procedure used in several critical examples such as the acquisition of Shazam by Apple or the merger of Facebook/WhatsApp. The former relates to the referral procedure under art.22(1) -originally called the *Dutch clause*- concerning the national authorities’ discretionary power to refer the filing to the EU in case of affectation of trade between the Member States that might eventually restrict the competition at the EU level. The latter, on the other hand, relates to the merging parties’ request for referral with the support of relevant national authorities in case of mergers notifiable at least in three Member States, say using the procedure set forth under art.4(5) of the EUMR. While several mergers in the tech market ultimately were reviewed by the Commission pursuant to EUMR referral mechanisms, discussion led the community to rethink the referral mechanism with potential amendment to improve possibility by empowering the Commission to review mergers even though they do not reach the national turnover thresholds either.⁹⁴ However, the ambiguity with the enforced referral mechanism amended in EUMR seems to be complicated and needs some verifications.

Under the current structure of referrals, say art.4(5) and art.22(1) of the EUMR, the scope of the review does not appear symmetric to normal merger filings at the EU level. Put simply, in case of referrals for a merger made by the Member States which might affect intra-trade, the EU Commission will be entitled to review the filing

92 OECD (n 49).

93 Ashurst, ‘Competition policy in the digital era: a comparative guide’ (2019) <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/comparative-guide-to-digital-competition-policy/>> accessed 05.01.2021.

94 Kris Van Hove (n 2).

(although still under the scope of the EU competition rules but) limited to the territorial scope of those Member States. As for the referral made by the undertaking involved in mergers pursuant to art.4(5), the Commission acquires full jurisdiction to review, but in this case “transactions need to be notified to the Commission by the concerned parties, and this may not be in their own interest”.⁹⁵ Due to this asymmetry, certain concentrations were not dealt with by the Commission, such as Facebook/Instagram or Google/Waze, but only reached the national authorities at the national level (this is the case for the UK Office of Fair Trading at the time).⁹⁶

With the view of amplifying the scope and grounds for referrals, a new merger review policy intended to modify its approach on referrals has been put on the agenda of the European Commission. During her speech at the International Bar Association’s 24th Annual Competition Conference held 11 September 2020, the Commissioner and the EU Vice-President Margrethe Vestager shared a new action plan⁹⁷ aimed to simplify merger filings and referrals under art.22 of the EUMR to eventually capture potential killer acquisitions. More recently, however, a new guidance on the application of the referral mechanism set out in art.22 has been published by the European Commission, showing an intention from the supervising body to slightly change its “referral based review policy”.⁹⁸ Hence, in view to strengthen merger reviews especially for those involving innovative companies, the Commission has made it clear that its approach to the referral mechanism through the use of art.22 shall be eased to capture transactions escaping the merger control due to the lack of meeting necessary thresholds while having a significant impact on the competition in the internal market.⁹⁹ It should be noted, even after the change of approach to referrals, that two legal requirements must be met in order for the Commission to review the transaction: affectation of trade between the Member States; and threat to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request.

Further to the guidance made public by the European Commission, a new debate has arisen in a current referral on acquisition of biotech company Grail by Illumina by the French Competition Authority to the Commission.¹⁰⁰ The transaction, initially being reviewed by the French authority, had been referred -perhaps- further to declarations made by the FTC, that the latter intends to block the merger having potential risk to

95 de Lamo (n 70).

96 *ibid.*

97 European Commission, ‘The future of EU merger control’ (2020) <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en> accessed 29.04.2021.

98 European Commission, Communication on ‘Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases’ C(2021) 1959 [2021] <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/guidance_article_22_referrals.pdf>

99 *ibid.*

100 Jérémie Marthan and others, ‘Latest developments on the Article 22 EUMR referral mechanism: the only thing that’s certain is the uncertainty’ (White & Case, 30 April 2021) accessed 14.05.2021.

innovation¹⁰¹, which has been followed by the European Commission urging national authorities not to *hesitate* using “art.22 referrals”. While the case referred to the Commission is supported by Dutch and Belgian authorities, the acquiring company is now challenging the “decision to refer” given by the French CA¹⁰² on the grounds mainly that there has been an error of law to refer a dispute where there is lack of proof showing “obvious” concern in the transaction at hand that would seem likely to lead to anticompetitive effects and therefore goes against the legal certainty for economic operators requesting clarifications on mergers.¹⁰³

It brings to question whether broadening the scope or to be more exact the way the Commission approaches the referral mechanism seems final or whether a definite solution can be achieved. We believe that there is still room for improvement and appreciate the effort and new proposals made by the European Commission to Parliament through the Digital Services Act Package, providing one of its two legislative proposals called “Digital Markets Act”. Let us defer that till later.

IV. Reconsidering the EU Competition Rules

A. Amendment to EUMR: Time to Rethink Modifications

1. Killer Acquisitions Killing Competition: Start-Ups or Shutdowns?

Sitting back and watching or accepting that this is “the way tech rolls” is not seen as a proper way to approach the issue; big fish must not always be left free to eat the little where the general welfare of the society is affected, likewise the market competition itself. It should be clear now that despite the complementary advantages and facilities being provided after the innovative targets are acquired, not all acquisitions would necessarily result in efficiencies outweighing the anticompetitive effects. Sometimes the cannibalization or R&D projects left aside post-merger become a priority of competition law to ensure the competition for the market, not even competition within the market considering the market power of the existing incumbents.

Numbers seem critical. As previously referred to, Cunningham and others, in their study, first suggested the use of term “killer acquisitions”. Their study found that around 3.7% of acquisitions in the pharmaceutical sector were incumbent firms with overlapping drug projects with the targeted firm, and were less likely to pursue a development post-acquisition, than the non-overlapping projects.¹⁰⁴ In their study, it is

101 Kyriakos Fountoukakos and others ‘Commission publishes guidance on Article 22 referrals for transactions falling below national thresholds – New approach can impact pharma, tech and other deals involving start-ups or innovators’ (Herbert Smith Freehills, 1 April 2021) accessed 14.05.2021

102 *ibid.*

103 Jérémie Marthan and others (n 100).

104 Cunningham, Ederer and Ma (n 7) 30.

assumed two types of acquisitions fall into this category: mainly where the incumbent firm intends purely to shut down the development of the acquired project or where it has the same product in development.¹⁰⁵

Given the statistics of tremendous growth of GAFAM itself, a total of more than \$71 billion investment in R&D was made only in 2017.¹⁰⁶ Google and Facebook together have “succeeded” more than 350 mergers till 2019,¹⁰⁷ while none of them were blocked by Agencies in the US. What could be missing, however, is the type and transaction amount that may run against the competition gameplay but fall outside the scope due to the lack of an effective toolbox. When examining all 55 acquisitions made by GAFAM in 2017, one can easily see that most of these acquisitions seem to be conducted over innovative and younger start-ups.¹⁰⁸

In our view, the priority in competition policy should be accorded to preserve the efforts of smaller entrepreneurs which will not be distorted or removed from the market through buyouts for the sake of strengthening the market position by big incumbents. Not only consumers would likely prefer more competition in products/services and the variety of products/services offered, but also increased competition would allow more innovation to take place to reach consumers. In assessing the case for change and reforming the existing EUMR rules, the European Commission indeed appears to be waiting prudently for more empirical evidence before taking concrete actions.¹⁰⁹

2. Other Potential Remedies: Upfront Prevention

Apart from the previously mentioned proposals to substantially modify the EU competition toolbox either to develop it with additional legal instruments or rethink the existing methods, we would like to give the floor to some -if not fully extreme-devastating proposals that need to be dealt with, with utmost care. As suggested by the Furman Report in the UK, it would also be possible to introduce a new regime exclusively targeted at digital incumbents with “strategic market status” allowing competition authorities to become aware of any planned mergers and acquisitions of these companies.¹¹⁰ According to the report, companies holding market power over a strategic bottleneck market will be deemed to have “strategic market status”.¹¹¹

105 *ibid.*

106 Gautier and Lamesch (n 17) 2.

107 Tim Wu and Stuart A. Thompson, ‘The Roots of Big Tech Run Disturbingly Deep’ (nytimes, 7 June 2019) <<https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/07/opinion/google-facebook-mergers-acquisitions-antitrust.html>> accessed 25 November 2020.

108 Gautier and Lamesch (n 17) 2.

109 Levy, Mostyn and Buzatu (n 80) 55.

110 Furman and others (n 3).

111 de Lamo (n 70) 54; see also Bourreau and de Streeck (n 64) 51.

At this point, we should also give brief details about current initiatives being taken by the Commission under the proposal for a legislative act referred to as the “**Digital Markets Act**”, made public on 15 December 2020.¹¹² Being a part of a total legal package for the Digital Services Act, this so-called proposal aims to establish a fair and contestable market in the digital sector by imposing certain prohibited conducts and affirmative obligations (mainly in the form of refrainment), subsequently referred to “do’s” and “don’ts”. In this view, the Digital Market Act tends to define operators providing core platform services as “gatekeepers” that are associated with one of the services prescribed in art.2 on definitions, such as online intermediation services or online search engines. Furthermore, as a requirement to define a provider as a gatekeeper, one needs to satisfy three cumulative conditions (one having a significant impact on the internal market for instance) set out in art.3 pursuant to which the so-called platforms will be obliged to notify the European Commission and provide certain information thereto. What seems relevant to our study here is that among these obligations of do’s and don’ts, the proposal imposes a duty for the gatekeeper entity to notify any intended mergers and acquisitions within the meaning of the EUMR on the condition that it involves another party provider of core platform services in the digital market. Art.12 hence stipulates that regardless of the fact that a specific merger or acquisition transaction meets the EU thresholds to notify or any other notification requirements under the national law of any Member State, gatekeepers shall notify the Commission of any such intended transaction. In this regard, based on *ex-ante* merger notification akin to the current regime under the EUMR, the Commission will be endowed with investigative powers to exercise certain control of gatekeeper platforms and whether they comply with requirements and their commitments. This obligation will, however, remain without prejudice to the closing of the transaction. Nevertheless, it will encourage entities to respect this new notification duty due to the high fines that could be imposed.

In response to such a major proposal, some scholars argue that the scope of “gatekeeper” platforms shall be limited to a few operators such as Google or Amazon but not to all tech giants, or those having significant market power in a specific field.¹¹³ Moreover, it should be noted that not every business segment of gatekeepers holds significant market power in each relevant market that they operate. For instance, it is suggested alternatively to share subsequent elements aligned with the strategic market status definition, e.g., IP rights, network effects and user base, barriers to market entrance and market shares.¹¹⁴ Instead of bringing a likely system of strict supervision on large incumbents, subordinating every transaction under the control

112 European Commission, 2020/0374 (COD) of 15 December 2020 on Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>>.

113 de Lamo (n 70) 54.

114 *ibid.*

of competition authorities, one could consider a simplified notification procedure allowing authorities to review the transactions without requiring judicial thresholds or transaction value assessment. Accordingly, the merger review will only be proceeded through the opening of a review file within a limited period of time otherwise the transaction shall tacitly be granted approval.¹¹⁵ Also referred to as premerger review, such a type of remedy, although providing power for authorities to challenge mergers without the necessity to meet thresholds, will likely increase the costs of monitoring the market which is burdensome.¹¹⁶ Not to mention that antitrust concerns may not be ever so apparent until the acquisition goes through.¹¹⁷

Assessment of theories of harm, and restriction of competition are certainly not a simple course of action. In markets like digital platforms that tend to be dynamic in development with high network effects and requiring innovation at utmost ways of development where small operators face high entry barriers, the assessment by competition authorities demand an analysis encompassing the evolution of the market itself.¹¹⁸

B. Dilemma on Ensuring Fair Competition vs Encouraging Incentives to Innovate: Maintenance of Procompetitive Play of The Market & Avoiding the Risk of Overcontrol

There is no doubt that the market requires essential rules to supervise and monitor what is going on, stipulate norms and eventually prohibit certain behaviors or acts, a concept akin to those for contract law, i.e., tort law. As competition lawyers, we may, however, fall into the wrong track without considering the risk of overcontrolling the market, say killing incentives to innovate and invest. Until now we have tried to show how concentrated market structure in the digital sector complicates the entry of new innovative competitors and can barely allow the product range offered to consumers. On the other hand, it was alleged that such a high degree of intervention to the private sector can potentially undermine the incentives to innovate and invest. Competition law must take into account incentive effects and efforts that large players would invest in. This view is further justified when we think about driving prospective for some start-ups to build up an innovative product for the ultimate objective to be acquired by any large incumbents in exchange for great prices¹¹⁹, thus an important exit strategy.¹²⁰

115 *ibid.*

116 Bryan and Hovenkamp (n 21) 354.

117 *ibid.*

118 Argentesi and others (n 9) 2.

119 Levy, Mostyn and Buzatu (n 80) 63.

120 Furman and others (n 3) 101.

Nevertheless, start-ups being vulnerable to tech giants, cost effects of an incorrectly cleared merger will likely be higher in the digital sector than in traditional markets, which the latter justifies the reason why a more interventionist approach should be taken on digital market players.¹²¹ Overall, one cannot deny the increasing concerns potential threat killer acquisitions would cause, a concern shared by various experts, lawyers and economists. One way or another, competition law tools must be tailored to the needs of the digital age by making use of improvements in methodological approaches or enlarging the toolbox for better scrutiny.

V. Conclusion

In this study, we tried to reveal how killer acquisitions in the digital market, particularly as far as the big tech market is concerned, may cut off the number of innovative but smaller businesses and consequently the variety of products offered to the public. By the acquisition of such promising initiatives, it further extends to pre-emption of future competitive constraints for large incumbents. Dynamics in the market are unpredictable, even for the best experts, and it may always remain as such. In any case there will be a certain degree of uncertainty for competition authorities in their assessment of mergers and acquisitions. That, however, shall not be an excuse for competition authorities to refrain from examining concentrations further in detail. The current regime at the EU level barely provides effective solutions to capture anticompetitive mergers and acquisitions escaping control mechanisms. There is clearly a need for a unique regime addressing large incumbents in the tech market, i.e., the GAFAM five, so that competition authorities and the European Commission at the EU level may scrutinize their activities while ensuring legal certainty at the same time. New proposals such as the Digital Markets Acts, thereby creating a set of unique rules applicable to tech giants, seem to make good progress. Even so, more can be done.

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.

Bibliography

Journal Articles

Argentesi E and others, '*Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment*' (2019) 7985
Cesifo Working Papers 1-43.

Bryan K and Hovenkamp E, '*Startup Acquisitions, Error Costs, And Antitrust Policy*' (2020) 87(2)
University of Chicago Law Review 331-356.

¹²¹ *ibid* 32.

- Cabral LMB, 'Standing on the Shoulders of Dwarfs: Dominant Firms and Innovation Incentives' (2018) CEPR Discussion Paper <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3235598>.
- Caffara C, Crawford GS and Valetti T, "'How Tech Rolls': Potential Competition and "Reverse" Killer Acquisitions' (2020) 2(2) Antitrust Chronicle 13-18.
- Cunningham, Colleen and Ederer, Florian and Ma, Song, 'Killer Acquisitions' (2021) Journal of Political Economy, 129(3) 649–702.
- d'Udekem B, Mathur D and Van Audenrode M, 'Remember Stacker? Another Look at "Killer" Acquisitions in the Digital Economy' (2020) 2(2) Antitrust Chronicle 38-42.
- de Lamo DP, 'Assessing "Killer Acquisitions": An Assets and Capabilities-Based View of the Start-Up' (2020) 2(2) Antitrust Chronicle 50-59.
- Evans DS and Schmalensee R, 'Some Economic Aspects of Antitrust Analysis In Dynamically Competitive Industries' (2001) 8268 NBER Working Paper Series 1-50.
- Geroski PA, 'Competition in Markets and Competition for Markets' (2003) 3(3) Journal of Industry, Competition and Trade 151-166.
- Grise J, Burns D and Giordano E, 'The No Kill Zone: The Other Side of Pharma Acquisitions' 2020 2(2) Antitrust Chronicle 19-25.
- Kamepalli SK, Rajan R and Zingales L, 'Kill Zone' (2021) (2020-19) Becker Friedman Institute for Economics Working Paper .
- Latham O, Tecu I and Bagaria N, 'Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How Can These Be Assessed?' 2020 2(2) Antitrust Chronicle 26-37.
- Levy N, Mostyn H and Buzatu B, 'Reforming EU Merger Control to Capture "Killer Acquisitions" – the Case for Caution' (2020) 19 Competition Law Journal 51-671.
- Limarzi KC and Philips HRS, "'Killer Acquisitions," Big Tech, and Section 2: A Solution in Search of a Problem' (2020) 2(2) Antitrust Chronicle 7-12.
- Lofaro A, Lewis S and Abecasis P, 'An Innovation in Merger Assessment: The European Commission's Novel Theory of Harm in the Dow/DuPont Merger' (2017) 32(1) Antitrust 100-106.
- Madl AC, 'Killing Innovation?: Antitrust Implications of Killer Acquisitions' (2020) 38 Yale Journal of Regulation Bulletin 28-52.
- Ottaviani M and Wickelgren AL, 'Ex Ante or Ex Post Competition Policy? A Progress Report' (2011) 29(3) International Journal of Industrial Organization 356-359.
- Philips GM and Zhdanov A, 'R&D and The Incentives From Merger and Acquisition Activity, National Bureau of Economic Research' (2012) Working Paper 18346 <<https://www.nber.org/papers/w18346.pdf>> accessed 29 December 2020.
- Smejkal V, 'Concentrations in Digital Sector - A New EU Antitrust Standard for "Killer Acquisitions" Needed?' (2020) 7(2) Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations 1-16.

Reports

- Autorité de la concurrence, 'Contribution de l'Autorité de La Concurrence Au Débat Sur La Politique de Concurrence et Les Enjeux Numériques' (2019) <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf> accessed 27 February 2021.

- Australian Competition & Consumer Commission, 'Digital Platform Inquiry Report' (2019) <<https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>> accessed 28 December 2020.
- Bourreau M and de Streel A, 'Big Tech Acquisitions: Competition & Innovation Effects and EU Merger Control' (2020) <<https://cerre.eu/publications/big-tech-acquisitions-competition-and-innovation-effects-eu-merger-control/>> accessed 15 February 2021.
- Furman J and others, 'Unlocking Digital Competition' (2019) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf> accessed 15 December 2020.
- Lear, 'Ex-Post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Market' (2019) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803576/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version.pdf> accessed 15 December 2020.
- Montjoye Y-A de, Schwitzer H and Crémer J, 'Competition in the Era of Digitisation' (2019) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1#>> .
- OECD 'Start-Ups, Killer Acquisitions and Merger Control' (2020) <www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf> accessed 3 February 2021.
- Stigler Committee, 'Digital Platforms' (2019) <<https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>> accessed 28 December 2020.

Cases & Legal Sources

- Declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement* (Case M.7932 – Dow/DuPont) European Commission Decision C(2017) [1946].
- Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJ L088.
- European Commission, 2020/0374 (COD) of 15 December 2020 on Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>>.
- European Commission, Communication on 'Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases' C(2021) 1959 [2021] https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/guidance_article_22_referrals.pdf.
- European Commission, 'Non-Horizontal Merger Guidelines (2008/C 265/07)' <<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:en:PDF>> .
- Federal Trade Commission (FTC) and others v. Mallinckrodt Ard Inc. (Questcor Pharmaceuticals) (2017) 1:17-cv-00120.
- Google/DoubleClick (COMP/M.4731) European Commission decision C(2008) 927 [2008].
- Facebook/WhatsApp (COMP/M.7217) European Commission decision C(82014)7239 [2014].
- Post Denmark II (C-23/14) EU Commission Decision C-2015/651 [2015].
- Tomra (C-549/10) EU Commission Decision C-549/10P [2012].
- United States v. Microsoft (2001) 253 F.3d 34, (D.C. Cir.).

Other Sources

- Brouwer Frederick, 'EU merger control: Dutch clause to catch future killer acquisitions' (Stibbe, 01.10.2020) accessed 01.03.2021.
- Ashurst 'Competition policy in the digital era: a comparative guide' (2019) <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/comparative-guide-to-digital-competition-policy/>> accessed 05.01.2021.
- European Commission, 'The future of EU merger control' (2020) <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en> accessed 29.04.2021.
- Gautier A and Lamesch J, 'Mergers in the Digital Economy' (2020) CESifo Working Paper 8056, <<https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0167624520301347>> accessed 9 February 2021.
- Geradin D, 'What is a digital gatekeeper' (The Platform Law Blog, 5 October 2020) accessed 27 February 2021.
- Janith Aranze, 'DG Comp chief economist: Reverse burden of proof to catch killer acquisitions' (GCR, 20 November 2018) accessed 15.11.2020.
- Jérémie Marthan and others, 'Latest developments on the Article 22 EUMR referral mechanism: the only thing that's certain is the uncertainty' (White & Case, 30 April 2021) accessed 14.05.2021.
- Kris Van Hove, 'Revising the Competition Law Rulebook for Digital Markets in Europe: A Delicate Balancing Act' (Competition Policy International, 2020) accessed 10 December 2019.
- Kyriakos Fountoukakos and others 'Commission publishes guidance on Article 22 referrals for transactions falling below national thresholds – New approach can impact pharma, tech and other deals involving start-ups or innovators' (Herbert Smith Freehills, 1 April 2021) accessed 14.05.2021.
- U.S. Fed. Trade Comm'n, 'FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization' (FTC, 9 December 2020) accessed 10.01.2021
- U.S. Fed. Trade Comm'n, 'FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies' (FTC, 11 February 2020) accessed 30.11.2020.
- European Commission, 'Statistics on Merger cases' <https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en> accessed 02.03.2021.
- Tim Wu and Stuart A. Thompson, 'The Roots of Big Tech Run Disturbingly Deep' (NYTimes, 7 June 2019) accessed 25 November 2020.

Olağan Dışı Teslim Örneğiyle Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlallerinde Devletlerarası İş Birliği

Interstate Cooperation in Violations of International Human Rights Law: The Case of Extraordinary Rendition

Necdet Umut Orcan^{*} 

Öz

11 Eylül saldırıları sonrası Amerika Birleşik Devletleri ve özellikle Merkezi İstihbarat Teşkilatı (CIA), teröre karşı savaş bağlamında şüpheli görülen kişilerin yakalanması, hukuka aykırı olarak başka ülkelere kaçırılması ve kötü muamele içeren usullerle sorgulanmasını içeren bir Teslim, Tutma ve Sorgulama Programı (*ing.* “Rendition, Detention and Interrogation”) yürütmüştür. Ancak bu olağan dışı teslim ve sorgulamalar, doğaları gereği, yalnızca Birleşik Devletlerin tek taraflı girişimleriyle gerçekleştirilebilecek nitelikte değildir: Programın, kişilerin yakalanması, tutulması ve sorgulanması aşamaları için önemli usuli güvenceler içeren Birleşik Devletler hukuk sisteminde gerçekleştirilmesi mümkün olmadığından, özellikle kişilerin hukuka aykırı transferi ve sorgulama aşamalarında başka devletlerin topraklarının kullanılması gerekmiştir. Bu nedenle teslim ve sorgu işlemlerinde diğer devletlerin iş birliğine gerek duyulmuştur. Öyle görünüyor ki Program’ın içerdiği hukuka aykırı usuller neredeyse ilk aşamalardan itibaren tüm uluslararası kamuoyu tarafından bilinir olsa da demokrasi ve insan hakları açılarından gelişmiş addedilen devletlerden bu açıdan sorunlu devletlere kadar geniş bir yelpazede en az elli dört devlet CIA ile iş birliği yapmaktan çekinmemiştir. Bu çalışma bu iş birliğinin nedenlerini araştırmakta, bu nedeni iş birliği yapan devletler arasındaki ulusal güvenliğin insan haklarına üstün kılınma algısında bulmaktadır. Bu amaçla çalışmanın ilk bölümünde olağan dışı teslim uygulaması ve bu uygulamanın insan hakları hukuku açısından değerlendirilmesine yer verilmiş, ikinci bölümde ise iş birliğinde bulunan devletler anıldıktan sonra iş birliğinde neden bulunmuş olabileceği sorusu cevaplanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Olağan dışı teslim, İşkence yasağı, Kişi özgürlüğü ve güvenliği, Adil yargılanma hakkı, İnsan hakları, İş birliği teorileri, Teröre karşı savaş, Uluslararası ilişkiler

Abstract

Following the 9/11 attacks, the United States, specifically the Central Intelligence Agency (CIA), implemented a Rendition, Detention and Interrogation Programme, which involved capturing, unlawfully detaining, and interrogating individuals suspected of involvement in the War on Terror. The United States could not carry out these extraordinary renditions and interrogations alone. The Programme required the use of other countries’ territories for the unlawful rendition and interrogation of persons, as it could not be carried out within the United States legal system, which provides effective procedural safeguards for the apprehension, detention and interrogation of individuals. Cooperation with other states was necessary during the rendition and interrogation stages. Although the international community was aware of the unlawful procedures involved in the Programme from the beginning, at least 54 states, ranging from those considered to have been ‘advanced’ in terms of democracy and human rights to those with problematic records in this regard, cooperated with the CIA. This study investigates the reasons for cooperation between states in the practice of extraordinary rendition. It finds that the perception of national security as a priority over human rights is the main driver of such cooperation. The purpose of this study is to examine the practice of extraordinary rendition and assess it

^{*} Corresponding author: Necdet Umut Orcan (Dr. Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.

E-posta: necdetumutorcan@gmail.com ORCID: 0000-0002-9161-1928

To cite this article: Orcan NU, “Olağan Dışı Teslim Örneğiyle Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlallerinde Devletlerarası İş Birliği” (2024) 44(1) PPIL 281. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1427529>

under human rights law. Then, after listing the states that cooperated with the CIA, it attempts to answer the question of why cooperation might have existed.

Keywords

Extraordinary rendition, Prohibition of torture, Personal liberty and security, Right to a fair trial, Human rights, Theories of cooperation, War on terror, International relations

Extended Summary

In the aftermath of the 9/11 attacks, the United States carried out a “Rendition, Detention and Interrogation Programme”, which involved the capture, unlawful detention, and interrogation of persons suspected of involvement in the War on Terror. It is accepted by government officials and legal experts close to the administration that, in the context of the “global war on terror”, the United States has resorted to many practices whose compliance with international law is highly controversial. At the heart of these practices has been the extraordinary rendition programme, which some trace back to the Clinton administration and others to the capture of the Lebanese hijacker Fawaz Younis in international waters during the Reagan administration. Regardless of when it began, scholars have agreed that it gained both momentum and diversity under George W. Bush administration. The Rendition, Detention, Interrogation Programme, of which extraordinary rendition is a significant part, was officially terminated by President Barack Obama in an executive order issued on January 22, 2009.

The practice of extraordinary rendition has different manifestations and definitions. Because it is not possible to discuss each of these definitions in this study and because it is the first definition adopted by an international court, the definition adopted by the European Court of Human Rights in the United Kingdom Intelligence and Security Committee is taken as the basis. According to this definition and as used in this study, extraordinary rendition is “the unlawful transfer of persons from one jurisdiction or state to another, where there is a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment, for the purpose of detention and interrogation outside the ordinary legal system”.

Although the programme officially ended in 2009, it continues to be a subject of ongoing scrutiny under international human rights law. One reason for this is that the effects of the Programme are still felt nearly 15 years after its official termination. The Guantanamo Bay detention centre, which has “housed” 779 detainees since 2002, a significant number of whom were subjected to the Programme, has not yet been evacuated. Moreover, numerous developments in the international political arena regarding the programme remain. For example, the United Nations Special Rapporteur on Human Rights and Counter-Terrorism repeatedly referred to the practice of extraordinary rendition in his 2023 report on Guantanamo Bay detainees. International human rights organisations continue to mobilize international public opinion on this issue. Most importantly, the programme’s journey before international

judicial and quasi-judicial bodies is far from complete. As of January 16, 2024, the European Court of Human Rights ruled that six different rights had been violated (and some rights in more than one respect) in a case brought by one of the victims of the Programme. Also on September 12, 2023, a shadow report on Guantanamo detainees was submitted to the United Nations Human Rights Committee.

It is clear that the extraordinary rendition Programme, by its very nature, leads to human rights violations on many fronts. Furthermore, by nature, this programme requires cooperation between States. It is interesting that more than 50 states, some of which have very good human rights records, were partners in that programme. This study focuses on the reasons for this cooperation and aims to provide a theoretical description of the actions that facilitate or complicate joint violations of international human rights law.

The first part of this study examines the practice of extraordinary rendition in terms of its main stages and explains why it is contrary to international law, particularly human rights law. The programme, *inter alia*, violates the prohibition of torture, the right to liberty and security, the right to a fair trial, the right to a family life and the right to an effective remedy. The second part discusses why states might have participated in such a Programme. With this focus, the first section of the second part first maps cooperation and shows, on the basis of official data, which states have contributed to the Programme and what measures they have taken. This shows that states with excellent to very poor human rights records participated in the Programme. It then examines why different states have engaged in this cooperation. This section first presents the main factors that have been proposed to explain why states cooperate in general and then considers their possible manifestations in the practice of extraordinary rendition.

None of the international relations theories of cooperation can fully explain the interstate cooperation in this programme. This paper argues that the fact that the extraordinary rendition programme entails gross violations of human rights provides a new dynamic to cooperation and that states participating in the extraordinary rendition programme have a greater tendency to trade off human rights for national security interests. Indeed, a comparison of states that participated in the rendition programme with those that did not shows that their votes on human rights issues in the UN General Assembly overlap significantly with those of the United States.

Giriş

Maher Arar isimli Suriye doğumlu bir Kanada vatandaşı, 26 Eylül 2002 tarihinde, ailesiyle tatil yaptığı Tunus'tan Kanada'ya dönerken uçağının aktarma yaptığı New York'ta isminin Amerika Birleşik Devletler terör izleme listesinde olması nedeniyle gözaltına alınmış ve on üç gün boyunca Birleşik Devletler'de kendisine herhangi bir suç isnadında bulunulmaksızın tutulmuştur.¹ Daha sonra sırasıyla Washington, Portland, Roma ve en sonunda Ürdün'e uçan bir özel jete bindirilmiş uçağın Ürdün'e inmesinden birkaç saat sonra araba ile yaklaşık bir yıl boyunca çeşitli işkence yöntemlerine tabi tutulacağı Suriye'ye geçirilmiştir. Ekim 2003'te Maher Arar, Kanada yönetiminin çabalarıyla hakkında herhangi bir suç isnadı yapılmadan serbest bırakılmıştır.²

Maher Arar'ın başına gelenler, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından “olağan dışı teslim programı” adıyla yürütülen bir programın, sayısı tam olarak bilinmeyen örneklerinden birisidir.³ Amerika Birleşik Devletleri'nin, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra ilan ettiği “teröre karşı küresel savaş” kapsamında uluslararası hukuka uygunluğu oldukça tartışmalı olan pek çok uygulamaya başvurduğu ve daha da başvuracağı, devlet yöneticileri⁴ ve yönetime yakın hukukçular⁵ nezdinde kabul edilmiştir. Tarihi kimilerince Clinton yönetimine dayandırılan,⁶ kimileri tarafından Reagan döneminde Lübnanlı uçak korsanı Fawaz Younis'in uluslararası sularda yakalanmasına kadar⁷ götürülen olağan dışı teslim programı ise bu uygulamaların merkezinde olmuştur. Uygulama ne zaman başlamış olursa olsun, George W. Bush yönetimi altında hem hız hem de çeşitlilik kazandığı noktasında fikir birliği vardır.⁸

1 Jane Mayer, 'Outsourcing Torture: The secret history of America's 'extraordinary rendition' program' (*The New Yorker*, 2005) Erişim Tarihi 23 January 2024.

2 ibid.

3 Konu hakkındaki en kapsamlı araştırmalardan olan, Açık Toplum Vakfı Hukuk Sorumlusu Amrit Singh'in 2013 tarihli raporu, CIA tarafından işletilen gizli tutuklevleri ve/veya olağan dışı teslim uygulamasına tabi tutulmuş olan 136 kişinin isim ve süreçlerini içermektedir: Amrit Singh, *Globalizing Torture: CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition* (Open Society Justice Initiative 2013) 30.

4 Dönemin ABD Başkan Yardımcısı Dick Cheney 16 Eylül 2001 tarihinde verdiği bir röportajda şu sözleri sarf etmiştir: “*Ayrıca karanlık tarafta da savaşmalıyız. İstihbarat dünyasının gölgeleri altında zaman geçirmeliyiz. Eğer başarılı olmak istiyorsak bu konuda yapılması gereken pek çok şey sessizce, herhangi bir tartışma yürütülmeden ve istihbarat görevlilerimizin elindeki yöntem ve kaynaklar kullanılarak gerçekleştirilmeli. Bu insanların çalıştığı dünya böyle bir yer ve amacımıza ulaşmak için cephaneliğimizde bulunan her yolu kullanmak hayatı önem taşıyor.*” bkz Dan Froomkin, ‘Cheney’s ‘Dark Side’ is Showing’ (*The Washington Post: Opinions*, 2005) Erişim Tarihi 22 January 2024.

5 Sözü edilen uygulamaların uluslararası hukuk bakımından “tartışmalı” niteliği, Birleşik Devletler yöneticileri tarafından da inkâr edilmiş değildir. Teröre karşı küresel savaşın ilk dönemlerinden itibaren Bush yönetiminde görevli hukukçular ve “tutucu” akademisyenler mevcut uluslararası hukuk hükümlerinin bazılarının bu savaşa uygulanmayacağına dair kamuoyunu ikna etme amaçlı sayısız makale ve notlar yayınlamıştır: Leila Nadya Sadat, ‘Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror’ (2007) 75(5) *The George Washington Law Review* 1200, 1210.

6 Marc A Thiessen, ‘Arrest Bill Clinton!’ (*The Washington Post*, December 12 2011) Erişim Tarihi 22 January 2024.

7 Louis Fisher, ‘Extraordinary Rendition : the Price of Secrecy’ (2008) 57(5) *The American University Law Review* 1405, 1414.

8 David Weissbrodt and Amy Bergquist, ‘Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis’ (2006) 19 *Harvard Human Rights Journal* 124, 125; Association of the Bar of the City of New York & Center for Human Rights and Global Justice, ‘Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to “Extraordinary Renditions”’ (2004) <<https://www.therenditionproject.org.uk/pdf/PDF%2039%20%5BCHRGJ-2006-06-REP%20Torture%20by%20Proxy%5D.pdf>> Erişim Tarihi 22 January 2024; Mayer (n 1).

Olağan dışı teslim programının önemli bir bölümünü oluşturan Teslim, Tutma, Sorgulama (*ing.* Rendition, Detention, Interrogation) Programı, Barack Obama tarafından resmi olarak 22 Ocak 2009 tarihinde çıkarılan bir yürütme emriyle sona erdirilmiştir.⁹

Olağan dışı teslim pratiğinin farklı görünüşleri ve buna bağlı olarak farklı tanımları bulunmaktadır.¹⁰ Çalışmada bu tanımların her birini tartışmaya açmak olanaklı olmadığından ve bir uluslararası mahkeme tarafından kabul edilmiş olan ilk tanım olması itibarıyla, Birleşik Krallık İstihbarat ve Güvenlik Komitesinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından benimsenen tanım esas alınmaktadır. Bu tanıma göre ve bu çalışmadaki kullanımdan anlaşılacağı şekliyle olağan dışı teslim, “*kişilerin bir yargı alanından veya devletten, gerçek bir işkence veya zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele riskinin bulunduğu bir diğerine, olağan hukuk sisteminin dışında alıkoyma ve sorgulama amacıyla hukuk dışı transferi*”dir.¹¹

Resmî olarak 2009 yılında sonlandırılmış olmakla birlikte Program, uluslararası hukuk ve özellikle insan hakları hukuku açısından güncel bir inceleme alanı oluşturmaya devam etmektedir. Bunun bir nedeni, Program’ın resmen sona erdirildikten yaklaşık 15 sene sonra dahi sonuçlarının süregeliyor oluşudur. 2002’den bu yana “ağırladığı” 779 tutsağın azımsanamayacak bir bölümü bu Programa maruz bırakılmış kişilerden oluşan Guantanamo Körfezi tutma merkezi, hâlâ boşaltılmış değildir. Dahası, Program’a dair uluslararası politik arenada hâlen çok sayıda gelişme yaşanmaktadır. Örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Özel Raportörü, Guantanamo Körfezi’nde tutulanlara ilişkin hazırladığı 2023 tarihli raporda olağan dışı teslim uygulamasından defaatle söz etmektedir.¹² Uluslararası insan hakları örgütleri konu hakkında uluslararası kamuoyunu harekete geçirmeye yönelik çalışmalar yürütmeye devam etmektedir.¹³ En önemlisi, Program’ın uluslararası yargı ve yargı-benzeri organlar önündeki serüveni de sona ermiş değildir. İHAM 16 Ocak 2024 gibi çok yakın bir tarihte Program’ın mağdurlarından biri hakkındaki başvuruda tam altı farklı hakkın (üstüne üstlük bazı hakların birden fazla açıdan) ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁴

9 Averell Schmidt and Kathryn Sikkink, ‘Partners in Crime: An Empirical Evaluation of the CIA Rendition, Detention, and Interrogation Program’ (2018) 16(4) Perspectives on Politics 1014, 1022.

10 Bunlardan bazıları için bkz Florian Geyer, ‘Fruit of the poisonous tree: member states’ indirect use of extraordinary rendition and the EU counter-terrorism strategy’ CEPS Working Documents No 263, 2 <<https://www.ssm.com/abstract=1338018>> Erişim Tarihi 22 January 2024; Weissbrodt and Bergquist (n 8) 123-24; Jeanne-Mari Retief, ‘Extraordinary rendition in international law: criminalising the indefinable?’, 39 <https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/52302/Retief_Extraordinary_2015.pdf;sequence=1> Erişim Tarihi 23 January 2024.

11 *Babar Ahmad and others v UK* (dec.), App nos 24027/07, 11949/08, 36742/08 (ECHR, 6 July 2010) § 113.

12 Fionnuala Ni Aolain, ‘Technical Visit to the United States and Guantánamo Detention Facility by the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism’ (June 14, 2023) 1 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/terrorism/sr/2023-06-26-SR-terrorism-technical-visit-US-guantanamo-detention-facility.pdf>> Erişim Tarihi 27 January 2024.

13 *Guantánamo Bay: over 20 years of injustice* (Amnesty International, 9 August 2023) Erişim Tarihi 25 January 2024.

14 *Al-Hawsawi v Litvanya* App no 6383/17 (ECHR, 16 January 2024).

Yine 12 Eylül 2023 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesine (İHK) Guantanamo'daki tutsaklar hakkında bir gölge rapor sunulmuştur.¹⁵

Görüldüğü üzere olağan dışı teslim programı, niteliği gereği insan hakları hukukunun birden çok boyutta ihlaline yol açmaktadır. Yine niteliği gereği bu program, devletler arasında iş birlikleri yapılmasını gerektirmektedir. Bir bölümü son derece yüksek insan hakları karnelerine sahip 50'den fazla devletin böyle bir programa ortak olması ilgi çekicidir. Çalışma, bu iş birliğinin nedenlerine odaklanmakta ve uluslararası insan hakları hukukunun ortaklaşa ihlallerini kolaylaştıran veya zorlaştıran eylemlere dair teorik bir betim sunmayı amaçlamaktadır.

Bu doğrultuda çalışma, iki ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde olağan dışı teslim uygulaması, uygulamanın içerdiği temel aşamalar etrafında incelenmekte ve bu uygulamanın uluslararası hukuka, özellikle de insan hakları hukukuna neden aykırı olduğu açıklanmaktadır. İkinci bölümde ise bu nitelikteki bir programa devletlerin neden katılmış olabileceği tartışılmaktadır. Bu odakla ikinci bölümün ilk kısmında önce iş birliğinin bir haritası çıkarılmakta, resmî veriler ışığında hangi devletlerin bu programa ne tür eylemlerle katkı sağladıkları gösterilmektedir. İkinci kısımda ise ilk olarak devletlerin genel olarak neden iş birliklerine giriştiklerine dair başlıca teoriler tanıtılmakta, devamında ise bunların olağan dışı teslim pratiğindeki potansiyel görünümleri ele alınmaktadır. Sonuç bölümü çalışmanın bulgularını özetlemektedir.

I. Olağan Dışı Teslim Uygulaması: Aşamaları ve İnsan Hakları Boyutu

Yukarıda da yer verildiği üzere olağan dışı teslim uygulamasının benimsenen tanımı “*kişilerin bir yargı alanından veya devletten, gerçek bir işkence veya zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele riskinin bulunduğu bir diğerine, olağan hukuk sisteminin dışında alıkoyma ve sorgulama amacıyla hukuk dışı transferi*”dir.¹⁶ Bu doğrultuda uygulamayı üç aşamaya ayırarak incelemek yaygın ve faydalıdır.

A. Olağan Dışı Teslim Uygulamasının Aşamaları

Olağan dışı teslim birden fazla alt-eylemden oluşan melez bir eylem olup klasik bir olağan dışı teslimi üç adıma ayırmak mümkündür: ele geçirme, transfer ve hedef mekân.¹⁷

15 Helen Duffy and Hannah R Garry, ‘Submission to the UN Human Rights Committee Concerning Arbitrary Detention & Torture by the United States Against Detainees at Guantanamo Bay’ <<https://promiseinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/2023/09/Abu-Zubaydah-UNHRC-Submission-2023.09.pdf>> Erişim Tarihi 17 January 2024.

16 Babar Ahmad and others (n 11) 113.

17 Claudia Hillebrand, *The CIA's Extraordinary Rendition And Secret Detention Programme: European Reactions And the Challenges of Future International Intelligence Co-Operation* (Netherlands Institute of International Relations Clingendael 2009) 1, 7.

1. Ele geçirme

Ele geçirme aşaması, olağan dışı teslim tabi tutulacak kişinin yakalanma aşamasını anlatır ve pek çok farklı biçimde gerçekleşebilir. Söz gelimi kişi, Bosna’da hakkındaki hukuka uygun bir yakalama kararı uyarınca yakalanmış ve Birleşik Devletler askeri birliklerine teslim edilmiş; ya da İsveç’te sığınma talebinin reddedilmesi üzerine “sınır dışı işlemlerinin aynı gün gerçekleştirilebilmesi için” özel uçuş yetkilerine sahip bir Amerikan jetine bindirilmiş; ya da Sırbistan-Makedonya sınırında bir güvenlik kontrolü sırasında yakalanıp yirmi üç gün boyunca bir otelde tutulduktan sonra CIA tarafından pek çok kez kullanıldığı bilinen bir metotla ve bilinen bir rota izleyen bir uçağa bindirilmiş; ve hatta Milano’da sokak ortasında yürürken aniden kimliği bilinmeyen kişilerce kaçırılmış ve uçakla CIA olağan dışı teslim operasyonlarının bilinen destinasyonlarından olan Mısır’a götürülmüş olabilir.¹⁸

2. Transfer

Transfer aşaması, ele geçirme ile hedef mekâna teslim arasındaki taşıma sürecini anlatır. Olağan dışı teslimin yöntemlerine dair yazılmış en ayrıntılı raporlardan birisi olan Raportör Dick Marty’nin Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesine sunulmak üzere hazırladığı “Avrupa Konseyi üye devletlerini de içeren gizli tutmalar ve devletler-arası hukuka aykırı transferler iddiaları” adlı raporda, olağan dışı teslim uğramış kişilerle yapılan detaylı mülakatlar sonucu bu kişilerin hedef mekâna ulaştırılma amacıyla transferleri sırasında ortak birtakım işlemler yapıldığı tespiti yer almaktadır. “Güvenlik kontrolü” adı da verilen bu işlemlerin saptanan bazı ortak özellikleri şunlardır:¹⁹

- Genel olarak küçük bir odada, kişinin başlangıçtan itibaren ya da “kontrol”ün hemen başlangıcından itibaren gözleri bağlı olarak, 4-6 adet siyah kıyafetli, siyah eldivenli, yüzleri tamamen kapalı ve birbiriyle ya hiç konuşmayan ya da el işaretleriyle iletişim kuran yüksek düzeyde eğitilmiş CIA ajanları tarafından;
- Kişinin elleri ve ayakları bağlanarak üzerindeki iç çamaşırı dahil tüm kıyafetler bıçak ve makaslarla kesilerek çıkartıldıktan sonra saç, kulak, ağız, dudaklar ve vücuttaki tüm boşlukların aranması;
- Kişinin yarı ya da tam çıplak halde, bazen göz bağı çıkartılarak fotoğraflarının çekilmesi;

18 Dick Marty, ‘Alleged Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers Involving Council of Europe Member States’ (2006) <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17454&lang=en> 32> Erişim Tarihi 23 January 2024. Rapora göre bu ele geçirmeler sırasıyla şu kişilerin başına gelmiştir: “Altı Cezayirli”, Ahmed Agiza ve Mohammed Alzery, Khaled El-Masri, Abu Omar, *ibid* §§ 92-162.

19 *ibid*. Birleşik Devletler istihbarat topluluğunun bir üyesi kendisiyle yapılan röportajda bu işlemlerden “yirmi dakikada paketlenme” (*ing. twenty-minute takeout*) olarak bahsetmiştir, Peter Johnston, ‘Leaving the Invisible Universe: Why All Victims of Extraordinary Rendition Need a Cause of Action Against the United States’ (2008) 16(1) *Journal of Law and Policy* 357, 357-59.

- Bazı tanıklara göre yabancı bir objenin, bazı tanıklara göre ise bir sakinleştirici ya da fitilin anüse sokulması;
- Kişiye bir bebek bezi, çiş bezi ya da geniş bir tulum giydirilmesi ve kişinin kulaklarının susturucu materyal ile ya da kulaklık ile kapatılması;
- Kişinin başına nefes deliği ya da ışık sezebileceği bir aralık olmayan bir bez çanta geçirilmesi;
- Kişinin tipik olarak bir uçağa bindirilmesi ve burada bir yatağa ya da koltuğa bağlanması.

Transfer sırasında bazı mağdurlar uyuşturulduklarını ve uçuşun tamamını ya da bir kısmını hissetmediklerini, bazıları ise su ve tuvalet kullanımına izin verilmemesi nedeniyle uçakta dayanılmaz bir acı hissettiklerini not etmişlerdir. Çoğu mağdurun, nereye gittiklerine ya da vardıkları yerde onları neyin beklediğine dair hiçbir bilgileri bulunmamaktadır.

3. Hedef Mekân

Hedef mekân, kural olarak, sorgulama işlemlerinin gerçekleştirildiği gizli tutma merkezleridir. 2005 yılında *The Washington Post* gazetesinde CIA'in yurtdışında gizli tutukevleri kurduğu ve kullandığı ve bu gizli tutukevlerinin Beyaz Saray, CIA, Adalet Bakanlığı ve Kongre'nin gizli belgelerinde “*black site*” adıyla anıldığına dair bir haber yayımlanmış²⁰ ve bu iddia, dönemin Başkanı Bush tarafından 2006 yılında doğrulanmıştır.²¹ Yine bazı devletler, ülkelerinde bu tür CIA “*black site*”lar bulunduğunu yıllar sonra kabul etmiştir.²²

Singh'in yukarıda alıntılanan 2013 tarihli ayrıntılı raporu, CIA'in olağan dışı teslim kapsamında ele geçirdiği kişileri Afganistan, Guantanamo Körfezi, Fas, Litvanya, Polonya, Romanya ve Tayland'da bulunan tutukevlerine götürdüğünü belirlemektedir.²³ Dick Marty'nin henüz 2006 yılında hazırlamış olduğu raporunda ise teslim işlemlerinde kullanıldığı tespit edilen uçakların sıklıkla uğradığı, kısa periyotlar boyunca mola verilen ve “olağan rotanın çok dışında olan”, bu nedenlerle de Marty'e göre çok yüksek ihtimalle yakınlarında bir tutma merkezi bulunan duraklar şunlardır: Kahire (Mısır), Amman (Ürdün), İslamabad (Pakistan), Rabat (Fas), Kabil (Afganistan), Guantanamo Körfezi (Küba), Temeşvar/Bükreş (Romanya), Taşkent (Özbekistan), Cezayir (Cezayir), Bağdat (Irak), Szymany (Polonya).²⁴

20 Dana Priest, 'CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons' (*The Washington Post*, November 2) Erişim Tarihi 23 January 2024.

21 BBC News, 'Bush admits to CIA secret prisons' (*BBC News*, September 7) Erişim Tarihi 23 January 2024.

22 Örneğin Polonya hükümeti, yıllarca inkâr ettikten sonra 2014 yılında ülkesinde “Mavi” kod adlı gizli bir CIA tutukevi bulunduğunu kabul etmiştir. Birleşik Devletler Senatosunun hazırladığı bir rapora göre Polonya yönetimi önce ülkesinde böyle bir tutukevine izin verilmesi talebini reddetmiş, ancak CIA ülkeye “birkaç milyon dolar” nakit sağlamış ve Polonya'nın bu fikre bakış açısı “esnemıştır.” Senato raporunda Polonya'ya ödenen somut rakam sansürlenmiştir: John Hall, 'Torture report reveals how Poland objected to CIA's secret jail on its soil - but became 'flexible' after being bought off with large cash payment' (*Daily Mail Online*, December 10) Erişim Tarihi 23 January 2024.

23 Singh (n 3) 16.

24 Marty (n 18) 13.

Kişilerin hedef mekâna transferlerinden sonraki olgular, olağan dışı teslim konusunda kanıtlanması en zor alanı işgal etmektedir. Ancak bizzat Bush yönetimi tarafından teröre karşı küresel savaş kapsamında tutulan kişilere “ileri sorgulama teknikleri”²⁵ uygulandığı kabul edilmiştir.²⁶ 2014 yılında ABD Senatosu tarafından seçilen bir Komite tarafından hazırlanan ve ABD Senatosuna sunulan, teröre karşı küresel savaş kapsamında CIA tarafından uygulanan işkence ve kötü muamelelerin incelendiği “Merkezi İstihbarat Birimi’nin Tutma ve Sorgulama Programı” adlı raporda CIA tarafından uygulandığı belirlenen tekniklerden ‘bazıları’ şunlardır:²⁷

- Duvara çarpma,
- Tokatlama ve yumruklama,
- *Waterboarding* (kişiyi yüzü yukarıda kalacak şekilde tutarak yüzünün üzerine bir materyal koyarak veya koymadan yüksek miktarlarda su dökme yoluyla kişide boğulma hissi uyandırma),
- Uykudan yoksun bırakma,
- Acı verici pozisyonlarda veya uzun süre ayakta tutma,
- Kelepçeli veya başka biçimde bağlı olarak tutma,
- Medikal bir gereklilik olmaksızın anüsten vücuda su verme,
- Buzlu su banyolarına sokma,
- Tutulanları, ailelerinin öldürüleceği ya da cinsel saldırıya uğrayacağı yönünde tehdit etme,
- Tutulanlara ömürleri boyunca tutulacaklarına inandırma,
- Tutulanları çok kötü koşullarda, çoğu zaman dışkılarını içeren bir kova ile aynı bölümde, yine çoğu zaman tamamen karanlık ve/veya soğuk bir odada ve/veya çok yüksek ses veya müzik içeren bir odada tutma.

Bizzat ABD Senatosu tarafından seçilmiş bir Komite tarafından hazırlanan ve bu Komite’nin dokuza karşı altı oyla kabul ettiği bu rapor, sorgulama tekniklerinin işkence ve kötü muamele içerdiğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Fakat bu rapora kadar da olağan dışı teslim uygulamasının işkence ve kötü muamele uygulamalarına gebe olduğunun bir sır olduğu söylenemez. Zira kişilerin alıkonma ve sorgulanma işlemlerini hukuk düzeninin istismar edilebilir boşluklarına çıkarmak için bu kadar zahmete girilmiş olmasının kendisi dahi, bu kişilerin işkence ve kötü muamele gibi

25 *ing. “enhanced interrogation techniques”.*

26 George W Bush, *Decision Points* (Crown Publishers 2010) 171; Singh (n 3) 16.

27 Report of the Senate Select Committee on Intelligence Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Program (2014) 12 <<https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/CRPT-113srpt288.pdf>> Erişim Tarihi 23 January 2024. Bu rapordan bundan böyle “Senato Raporu” olarak söz edilecektir.

hukuk dışı sorgu tekniklerine uğrama riski altında oldukları yönünde makul bir kuşku doğurabilecek niteliktedir.²⁸

“Teslim” eyleminin doğası gereği prosedür en az bir olağan dışı “teslim eden devlet” (ing. *rendering state*), bir de olağan dışı “teslim alan devlet” (ing. *receiving state*) içermektedir. Çalışma boyunca “teslim eden devlet” ifadesinden *bir kişiyi hukuk dışı biçimde kendi yargı alanından diğerine transfer eden devlet*; teslim alan devlet kavramından ise *bir kişiyi hukuk dışı biçimde bir yargı alanından ya da devletten kendi yargı alanına teslim alan devlet* anlaşılmalıdır.²⁹

Hemen not etmek gerekir ki, kişinin olağan dışı teslimi sürecinde rol alan birden çok teslim eden devlet ve birden çok teslim alan devlet olabilir. Örneğin kişinin Makedonya’da yetkili kolluk tarafından gözaltına alınıp CIA yetkililerine teslim edilmesi ve daha sonra da bu yetkililer tarafından Afganistan’a transfer edilmesi örneğinde,³⁰ birden çok teslim eden (sırasıyla Makedonya ve Amerika Birleşik Devletleri) ve birden çok teslim alan (sırasıyla Amerika Birleşik Devletleri ve Afganistan) devlet bulunacaktır. Dolayısıyla çalışma boyunca bu kavramların imlediği devlet eylemlerinin her bir teslim işlemi özelinde değişebilen doğası göz önünde bulundurulmalıdır.

B. Olağan Dışı Teslim Uygulamasının Hukuka Aykırılığı

Çalışmanın ilerleyen aşamalarında yürütülecek tartışmalarda verili kabul edilecek temel noktalardan biri, olağan dışı teslim uygulamasının uluslararası hukuka ve insan hakları hukukuna aykırı olduğudur. Yine verili kabul edilecektir ki bu aykırılık, yalnızca teslim alan devlet için değil, teslim eden devlet için de geçerlidir. Öyleyse öncelikle bu uygulamanın hukuka hangi yönleriyle ve ne gerekçelerle aykırı olduğu açıklanmalıdır.

1. Uluslararası Hukuk Yönünden

Bu programa katılım uluslararası hukuk açısından sorumluluk doğurur niteliktedir. Programın temel yürütücüsü CIA olmakla beraber, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Sorumluluğu Hakkında Maddeler’e göre bir uluslararası haksız fiile yardımcı olma eylemi de devletler açısından uluslararası sorumluluk doğurur.³¹

28 Guantanamo Körfezi’nde uzun süre tutulan olağan dışı teslim uygulaması mağdurlarından Abu Zubaydah, kendisine Ağustos 2002’de Tayland’da bulunan gizli tutma merkezinde yapılan kötü muameleleri “çizmiştir”. Bu çizimler için bkz Carol Rosenberg, ‘What the C.I.A.’s Torture Program Looked Like to the Tortured’ (*The New York Times*, November 2021) Erişim Tarihi 24 January 2024.

29 Bu tanımlar, Birleşik Krallık İstihbarat ve Güvenlik Komitesinin “teslim” tanımından esinlenilerek oluşturulmuştur: The United Kingdom Intelligence and Security Committee, ‘Rendition’ <<https://fas.org/irp/world/uk/rendition.pdf>> Erişim Tarihi 24 January 2024.

30 Khaled El-Masri, tam da bu süreci yaşamıştır.

31 Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries, UN Doc A/56/10, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi: 23 January 2024.

Madde 16

Başka bir Devlet'in uluslararası haksız fiiline yardım eden veya destek olan bir Devlet, şu durumlarda uluslararası olarak sorumludur:

(a) Devlet uluslararası haksız fiili oluşturan koşulların varlığından haberdar olarak hareket ediyorsa;

(b) Fiil o Devlet tarafından gerçekleştirilmiş olsaydı da uluslararası haksız fiil teşkil edecek ise.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu taslak metnin Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanmış şerhli versiyonunda 16'ncı maddede belirtilen sorumluluk doğuran durumlara verilen bazı örnekler, olağan dışı teslim uygulamasında diğer devletler tarafından gerçekleştirilen fiillerle neredeyse bire bir örtüşmektedir. Bu bağlamda bu belgeden alıntı yapmak gerekirse:³²

*Bu [16'ncı maddede sözü edilen] durumlar bir Devlet başka bir Devlet'e uluslararası sorumluluklarını ihlal eden bir davranışın gerçekleştirilmesinde yardım ettiği veya destek olduğu, örneğin, bilgisi dahilinde söz konusu faaliyeti finanse ettiği ya da o faaliyet için **elzem bir olanağı sağladığı** durumlarda meydana gelir. Diğer örnekler olarak uluslararası bir su yolunu kapatmak için gerekli araçları sağlamak, **bir kişinin yabancı topraklarda kaçırılmasına yardımcı olmak**, ya da üçüncü bir devletin vatandaşlarının mülklerinin yok edilmesine yardımcı olmak verilebilir.*

Şerhin devamında Alman Federal Cumhuriyeti'nin bir açıklamasında “*bir devletin başka bir devlet tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı güç kullanımını kolaylaştırmak için ülkelerini o devlete açmasının kendisinin de bir uluslararası haksız fiil olduğunu*” kabul ettiğine atıfta bulunulmakta, böylece başka bir devlet tarafından gerçekleştirilen uluslararası haksız fiil için topraklarını kullanıma açmanın da bir uluslararası haksız fiil oluşturacağını belirtmektedir.³³

Olağan dışı teslim uygulamasına yardım fiilinin 16'ncı maddede belirtilen şartları sağladığı açıktır. Öncelikle olağan dışı teslimin bir uluslararası haksız fiil olduğu noktasında bir şüphe bulunmamaktadır. Yukarıda atıf yapılan Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Sorumluluğu Hakkında Maddeler bir fiilin, (a) uluslararası hukuka uygun olarak devlete atfedilebilir olması ve (b) devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olması durumunda uluslararası haksız fiil oluşturacağını düzenlemiştir.³⁴ ABD açısından bu şartların ilkinin sağlandığı, bizzat ABD Senatosu'nun raporları ve birçoğu yukarıda anılan sayısız hükümet organları ve bağımsız organ tarafından yapılan araştırmalarla ortaya konulmuş durumdadır. Bu fiilin ABD'nin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği de açıktır: olağan dışı teslim programının ABD'nin de taraf olduğu İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya

32 ibid.

33 ibid. § 67.

34 ibid. md 2.

Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’ye³⁵ (İşkenceye Karşı Sözleşme) ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne³⁶ aykırılıkları bizzat bu Sözleşmelerin organları tarafından kabul edilmiştir.³⁷ Bu fiilin uluslararası haksız fiil olduğu kabul edildikten sonra 16’ncı madde bağlamında cevaplanması gereken diğer iki soru yardım eden devletlerin *uluslararası haksız fiili oluşturan koşulların varlığından haberdar olarak hareket edip etmedikleri ve fiil bu Devletler tarafından gerçekleştirilmiş olsaydı da uluslararası haksız fiil teşkil edip etmeyeceği* sorularıdır. Bunlardan ikincisi bağlamında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır: Olağan dışı teslim yardım eden devletler tarafından bizzat gerçekleştirilmiş olsaydı da uluslararası haksız fiil teşkil edeceği açıktır. Birinci sorun açısından ise yine cevabın açık olduğu kabul edilmelidir. Zira yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere iş birliği içerisinde olan devletlerin, “Teröre Karşı Küresel Savaş”ın içeriği hakkında bizzat Birleşik Devletler yöneticilerinin ve hükûmete yakın hukukçuların yaptığı açıklamalar ve sayısız bağımsız rapor karşısında, olağan dışı teslim programının uluslararası hukuku ihlal ettiğinden haberdar olmadıklarını savunmak olanaklı değildir. Bu nedenle bu devletlerin isteyerek iş birliği yapmaları uluslararası hukuk açısından sorumluluk doğurur.³⁸ Kaldı ki bu devletlerin bazı eylemleri, programdan bağımsız olarak da, uluslararası hukukun ihlali niteliğindedir.³⁹

2. İnsan Hakları Hukuku Yönünden

Bu başlıkta üzerinde durulacak olan, uluslararası yargı ve yargı-benzeri organların kararlarıyla sübuta eren aykırılıklardır. Çalışmanın kısıtları gereği ayrıntılı olarak yer verilmeyecek olmakla beraber burada yer verilen organların kararlarının yanında uygulamanın insan hakları hukukuna çeşitli yönlerden aykırılıklarını ele alan başka pek çok uluslararası yargı-dışı organ kararları,⁴⁰ resmî açıklamalar,⁴¹ hükûmetler-arası örgütler tarafından hazırlanan soruşturma raporları⁴²

35 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.

36 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 99 UNTS 171.

37 Sırasıyla İşkenceye Karşı Komite (“İKK”)’nin *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v İsveç* (2005) CAT/C/34/D/233/2003 ve İnsan Hakları Komitesi (“İHK”)’nin *Mohammed Alzery v İsveç* (2006) CCPR/C/88/D/1416/2005 kararları.

38 Singh (n 3) 27.

39 Aşağıda iş birliği içerisinde olan devletlerin farklı eylemlerle ve farklı derecelerde iş birliği yaptığı açıklanacaktır. Bu bağlamda bu eylemlerden bazılarının bizzat kendisinin uluslararası hukuk ihlali olduğu kolaylıkla savunulabilir.

40 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Res 60/147 (21 March 2006) UN Doc A/RES/60/147; Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, Res 1340/2003 (26 June 2003); Avrupa Parlamentosu (AP) Res 2005/2658 (15 December 2005); AP Res 2006/2200 (14 February 2007); AP Res 2012/2033 (11 September 2012); AP Res 2013/2702 (10 October 2013); AP Res 2014/2997 (11 February 2015); AP Res 2016/2573 (8 June 2016); *Mr. Ibn al-Shaykh al-Libi and 25 others v the United States of America* Op no 29/2006 (Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu, 8 December 2005).

41 UN High Commissioner for Human Rights, ‘Statement of High Commissioner for Human Rights on Detention of Taliban and Al Qaida Prisoners at US Base in Guantanamo Bay, Cuba’, (OHCHR, 2002) Erişim Tarihi: 17 June 2024.

42 2010 tarihli Birleşmiş Milletler Ortak Çalışması, Avrupa Konseyi’nin üye devletlere gönderdiği Kasım 2005 tarihli soruşturma formu ve cevapları; Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi 2006, 2007 ve 2011 tarihli Marty Raporları; Avrupa Parlamentosu “Fava soruşturması” ve “Flautre Raporu”.

ve hükümet-dışı örgütler tarafından hazırlanan belgelerin⁴³ bulunduğu altını çizmek gerekir.

Birleşik Devletler'in uluslararası insan hakları organları karşısındaki genel tavrı nedeniyle⁴⁴ bu bölümde yer verilecek mahkeme tespitleri Birleşik Devletler dışındaki devletler aleyhine yapılmış başvurularda varılmış sonuçlardır. Dolayısıyla anılacak hiçbir kararda Birleşik Devletler davanın doğrudan tarafı değildir.

a. Kötü Muamele Yasağı

Teröre karşı savaşta kötü muamelenin bir araç olarak kullanılması riski, dönemin Birleşik Devletler Başkanı Bush'un 7 Şubat 2002 tarihinde verdiği Memorandum'dan itibaren uluslararası platformda çokça tartışılmıştır. Bush, söz konusu Memorandum'da, Taliban ve El-Kaide bağlamında tutulanların 1949 Cenevre Sözleşmeleri kapsamında savaş esiri olarak nitelendirilemeyeceklerini ve esasen bu kişilerin insanca davranılmaya dair hukuki bir hakları olmamasına karşın ("*not legally entitled to [humane] treatment*") bu kişilere de "*askeri gerekliliklere uygun olduğu sürece*" insanca davranılacağını duyurmuştur.⁴⁵ Yine bu dönemde CIA'in operasyonları ve kötü muamele arasındaki ilişki, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri tarafından yapılan Ocak 2002 tarihli açıklamada vurgulanmıştır.⁴⁶

2014 yılında ABD Senatosu tarihinin en geniş soruşturması olan ve yukarıda anılan "Merkezi İstihbarat Birimi'nin Tutma ve Sorgulama Programı" adlı soruşturmanın raporu açıklanmış ve bu raporda, Teröre Karşı Küresel Savaş'ta *waterboarding*, kötü tutulma koşulları, işkence ve cinsel saldırı tehditleri, fiziksel saldırılar ve stres pozisyonlarında tutma dahil işkenceden aşığılayıcı muameleye uzanan ve yukarıda alıntılanan İşkenceye Karşı Sözleşme'de yer alan yasak muamele türlerinin tümünü karşıladığı söylenebilecek pek çok kötü muamelenin CIA tarafından uygulandığı belirlenmiştir.⁴⁷ Bu bağlamda özellikle transfer sürecindeki "güvenlik kontrolü"

43 Şu raporlar özellikle sayılmalıdır: Amnesty International, 'Memorandum to the US Government on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay' (2002); Amnesty International, 'Report 2003, United States of America' (2003); Amnesty International, 'Unlawful detention of six men from Bosnia-Herzegovina in Guantánamo Bay' (2003); Amnesty International, United States of America, 'The threat of a bad example: Undermining international standards as 'war on terror' detentions continue' (2003); Amnesty International, 'Incommunicado detention/Fear of illtreatment' (2003); Human Rights Watch, 'United States, Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees' (2002); Human Rights Watch, 'United States: Reports of Torture of AlQaeda Suspects' (2002); Human Rights Watch, 'Statement on US Secret Detention Facilities' (2005); Human Rights Watch, 'List of "Ghost Prisoners" Possibly in CIA Custody' (2005); International Helsinki Federation for Human Rights, 'Antiterrorism Measures, Security and Human Rights: Developments in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11' (2003); International Committee of the Red Cross, 'United States: ICRC President urges progress on detention-related issues' (2004); International Committee of the Red Cross, 'ICRC Report on the Treatment of Fourteen "High Value Detainees" in CIA Custody' WAS 07/76 (2007).

44 Bu tavrı, yani "Amerikan özgüçlüğü" hakkında temel deskriptif çalışmaların birisi için bkz Michael Ignatieff (ed), *American Exceptionalism and Human Rights* (Princeton University Press 2005).

45 George W Bush, 'Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees' <<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.02.07.pdf>> Erişim Tarihi 8 July 2024.

46 UN High Commissioner for Human Rights (n 41).

47 "Senato Raporu" (n 27) 12.

uygulamasındaki kötü muamelelerden oldukça ayrıntılı biçimde bahseden Marty Raporu'nun yukarıda sözü edilen bulguları da anılmalıdır.⁴⁸

Yine işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin bu programın bir parçası olduğu, sayısız delil eşliğinde, çeşitli uluslararası yargı yerleri ve uluslararası mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir.⁴⁹

b. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi metninden de açıkça görüleceği üzere, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının temel amacı kişileri “keyfi tutmalara karşı” korumaktır.⁵⁰ İroniyle işaret etmek gerekir ki keyfi tutmayı yasaklayan 9’uncu maddenin kabulünde Amerika kıtası devletleri oldukça etkili olmuştur.⁵¹

Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalara Karşı Çalışma Grubu bir özgürlükten yoksun bırakmanın şu durumlarda keyfi olarak değerlendirileceğini belirtmiştir:⁵²

- (a) Özgürlükten yoksun bırakmayı meşrulaştırılabilecek herhangi bir hukuksal dayanak öne sürmenin açıkça olanaksız olduğu durumlar (kategori I);
- (b) Özgürlükten yoksun bırakmanın İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 7, 13, 14, 18, 19, 20 veya 21'inci maddelerinden birinde ya da Sözleşme'ye taraf devletler açısından Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 veya 27'nci maddesinde düzenlenen bir hakkın kullanımının sonucu olarak gerçekleştirildiği durumlar (kategori II);
- (c) İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ya da ilgili uluslararası belgelerde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin uluslararası güvencelerin tamamen ya da kısmi olarak göz ardı edildiği ve bu ihmalin özgürlükten yoksun bırakmayı keyfi kılacak derecede ciddi olduğu durumlar (kategori III);
- (d) Sığınma talebinde bulunanlar, göçmenler ve mültecilerin idari veya hukuksal itiraz hakları bulunmaksızın uzun süre idari gözetim altında tutulduğu durumlar (kategori IV);

48 Marty (n 18) 21-22.

49 *El-Masri v Makedonya* App no 39630/09 (ECHR, 13 December 2012) § 218; *Al-Nashiri v Polonya* App no 28761/11 (ECHR, 31 May 2018) §§ 514-15; *Abu-Zubaydah v Litvanya* App no 46454/11 (ECHR, 31 May 2018) § 639; *Al-Nashiri v Romanya* App no 33234/12 (ECHR, 31 May 2018) §§ 673-75; *Nasr ve Ghali c İtalya* App no 44883/09 (ECHR, 23 February 2016) § 288; *Husayn v Polonya (Abu Zubaydah)* App no 7511/13 (ECHR, 24 July 2014) § 525; *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza* (n 37) § 13.4; *Mohammed Alzery* (n 37) §§ 11.3-11.5.

50 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III) md 9: “Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alnamaz, tutulamaz veya sürülemez.”

51 David Weissbrodt and Mattias Hallendorff, ‘Travaux Préparatoires of the Fair Trial Provisions-Articles 8 to 11-of the Universal Declaration of Human Rights’ (1999) 21 Human Rights Quarterly 1061, 1084.

52 Opinion No. 10/2019 concerning Mustafa Ceyhan (Azerbaijan and Turkey), *Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention at its eighty-fourth session, 24 April-3 May 2019*, § 3, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/190/83/PDF/G1919083.pdf?Erişim+Tarihi+22+January+2024>>

- (e) Özgürlükten yoksun bırakmanın eşitliğe aykırı biçimde doğum, uyruk, etnik veya toplumsal köken, dil, din, ekonomik durum, siyasal ya da başka fikirler, toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik ya da başka bir durum temelinde ayrımcılık yoluyla uluslararası hukuku ihlal ettiği durumlar (kategori V).

Olağan dışı teslim programının birinci ve üçüncü kategoriler bağlamında keyfi tutuklamalara yol açtığı kolaylıkla savunulabilir: Olağan dışı teslimler birinci kategoriye girer çünkü, çoğu zaman bu uygulamanın mağdurları hakkında, yakalandıkları sırada yasaya uygun yakalama ve gözaltı kararlarının mevcudiyeti şöyle dursun, herhangi bir adli soruşturma dahi bulunmamaktadır. Bu sonuç ayrıca Tutuklamalara Karşı Çalışma Grubu'nun *Mr. Ibn al-Shaykh al-Libi ve 25 diğer kişi v. Amerika Birleşik Devletleri* kararında da onaylanmıştır.⁵³ Olağan dışı teslimler üçüncü kategoriye de girer çünkü olağan dışı teslim uygulaması mağdurları tutulmaya karşı neredeyse tüm hukuki güvencelerden uzak olarak hapsedilmektedir.⁵⁴ Bunun en açık örnekleri, yıllardır Guantánamo Körfezi'nde yargıç önüne çıkarılmadan ve tutmaya hukuk önünde itiraz edemeden hapsedilen onlarca kişidir.⁵⁵

İHAM da olağan dışı teslim mağdurları tarafından Birleşik Devletler ile iş birliği yapan Avrupa Devletleri aleyhine yapılan başvurularda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi tutmalara karşı bir güvence olduğunu yinelemiş, keyfi tutulmaya karşı en temel güvencelerin ise tutukluluğun sıkı sıkıya iç hukuka uygun olarak yapılması gerekliliği ve *habeas corpus* dahil tutulma hakkında yetkili yargı yerlerine başvuru yapma hakkı olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Bu ilkesel belirlemelerden sonra İHAM, olağan dışı teslimin özel durumu gereğince bir kişinin bu haklardan açıkça ve ciddi derecede mahrum bırakılacağından kuşulanmak için yeterli sebeplerin olduğu bir devlete teslim edilmesi durumunda bu hakkın ihlal edileceğine karar vermiş, yukarıda anılan pek çok karar ve rapora dayanarak kişilerin Birleşik Devletler'e olağan dışı tesliminin bu kapsamda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁷

c. Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Olağan dışı teslim uygulamasının çoğu zaman gölgede kalan bir yönü, bu uygulamanın mağdurların ve ailelerinin birbirlerinden oldukça uzun süreler haber alamamalarının aile hayatını -bazen geriye dönülemez biçimde- etkiliyor oluşudur. Mağdurların başına gelenlere, kaçırılıp kaçırılmadıklarına, nereye götürüldüklerine ve

53 *Mr. Ibn al-Shaykh al-Libi ve 25 diğerleri* (n 40) § 22. Çalışma Grubu ayrıca Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinin de ihlal edildiğine dair fikir beyan etmiştir, *ibid.*

54 Kai Ambos and Annika Maleen Poschadel, 'Terrorists and Fair Trial: The Right to a Fair Trial for Alleged Terrorists Detained in Guantánamo Bay' (2013) 9(4) *Utrecht Law Review* 109, 111.

55 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Özel Raportörünün 2023 tarihli raporuna göre 2023 itibarıyla bu merkezde hâlen tutulan kişi sayısı 30'dur: Ni Aolain (n 12) 1.

56 Birçok diğer kararın yanında bkz *Abu-Zubaydah* (n 49) §§ 652-53.

57 *El-Masri* (n 49)§ 239; *Babar Ahmad* (n 11) §§ 113-114; *Abu Zubaydah* (n 49) §§ 655-657.

nereye götürüleceklerine, neyle suçlandıklarına veya geniş anlamıyla akıbetlerine dair tüm bilgilerden yoksun olan aile bireyleri ve mağdurlar arasındaki aile bağları ciddi derecede zarar görebilmektedir. Bu konuda iki örnek olarak ailesinin nerede olduğuna dair hiçbir fikri olmayan ve ailesinin -bir kısmıyla- görüşmesine kaçırıldıktan ancak üç yıl sonra izin verilen Binyam Mohamed al Habashi⁵⁸ ve CIA'in elinden kurtulup ailesiyle beraber yaşadığı Almanya'ya döndüğünde aile üyelerinin, terk edildiklerini düşünerek, Almanya'dan Lübnan'a taşındığını öğrenen Khalid el-Masri'nin yaşadıkları örnek verilebilir.⁵⁹

Bu doğrultuda yine İHAM, olağan dışı teslim mağdurlarının yapmış olduğu altı farklı başvuruda diğer haklar yanında aile yaşamına saygı hakkının da ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁰

d. Mahkemeye Erişim ve Etkili Başvuru Hakları

Olağan dışı teslim programı mağdurları, adalete erişim konusunda Birleşik Devletler içinde ve dışında sayısız problem yaşamışlardır. Bu bağlamda Birleşik Devletler mahkemelerine yapılan başvurular ve teslim eden devletler aleyhine bu devletlerin mahkemelerine yapılan başvurular ayrı ayrı ele alınacaktır.

Birleşik Devletler hukukunda *due process* yükümlülüğüne uyulmadan yakalanan, tutulan ve/veya yargılanan kişilerin bu hukuka aykırı özgürlükten yoksun bırakma ve yargılama işlemlerini yapan federal kurumlara karşı başvuru yapma olanağı bulunmaktadır. *Bivens* başvurusu denen ve adını 1971 tarihli *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics* isimli Amerikan Yüksek Mahkemesi kararından⁶¹ alan bu başvuru yoluyla başvurucular hükümet tarafından gerçekleştirilen anayasal ihlaller karşılığında haksız fiil benzeri hukuksal giderimler elde edebilmektedir.⁶² Ancak bu hak mutlak değildir. Yüksek Mahkeme'ye göre *Bivens* başvurusu ile giderim elde edebilme hakkı “*tereddüt gerektiren özel etmenlerin var olduğu*” ve “*federal kurumların Kongre tarafından aynı giderimi sağlayabilecek alternatif giderim yollarının varlığını gösterdiği*” durumlarda geçerli değildir.⁶³ İşte bu istisnalardan ilki, bir olağan dışı teslim mağduru olan -ve yaşadığı süreç yukarıda özetlenen- Maher Arar tarafından açılan *Arar v. Ashcroft* davasında bir New York

58 Marty (n 18) 45.

59 Romyana Grozdanova, 'Extraordinary Rendition and Human Rights: The Case of Khaled El-Masri' <<https://livrepository.liverpool.ac.uk/2033559/>> Erişim Tarihi 22 January 2024.

60 Tarih sırasıyla: *El-Masri* (n 49) §§ 248-250; *Al Nashiri* (n 49) §§ 538-540; *Husayn (Abu Zubaydah)* (n 49) §§ 532-534; *Nasr ve Ghali* (n 49) §§ 308-310; *Al Nashiri* (n 49) §§ 538-540; *Abu Zubaydah* (n 49) §§ 664-666.

61 *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents* 403 US 388 (1971).

62 Perry M Rosen, 'The Bivens Constitutional Tort: An Unfulfilled Promise' (1989) 67(2/3) North Carolina Law Review 337, 338.

63 Andrea Robeda, 'The Death of Implied Causes of Action: The Supreme Court's Recent Bivens Jurisprudence and the Effect on State Constitutional Tort Jurisprudence: Correctional Services Corp. v. Malesko' (2003) 33(3) New Mexico Law Review 401, 408 dn 100.

Federal Bölge Mahkemesi tarafından başvurunun reddi için gerekçe gösterilmiştir.⁶⁴ Bu davada “*tereddüt gerektiren özel etmenlerin var olduğunu*” savunan Mahkeme yargıcı Yargıç Trager, davadaki söz konusu etmenlerin “*ulusal güvenlik ve dış politika*” olduğuna ve bu meselenin “*hükûmetin siyasal organlarına bırakılması gerektiğine*” karar vermiştir.⁶⁵ Yine Birleşik Devletler mahkemeleri önünde Amerikan Kişisel Özgürlükler Birliği (American Civil Liberties Union, “ACLU”) tarafından Khaled el-Masri adına Virginia Doğu Bölge Mahkemesi önünde açılan davada başvuruçuların talebi, Birleşik Devletler hükûmetinin hukuka uygun biçimde “devlet sırrı bağışıklığını” öne sürmüş olması ve devlet sırlarını korumadaki çıkarın başvuruçunun adaletle erişimdeki bireysel çıkarına ağır bastığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁶⁶ Bu karara karşı El-Masri ve ACLU tarafından yapılan itirazlar sonuçsuz kalmıştır.⁶⁷

Mağdurların teslim eden devletler aleyhine bu devletlerin mahkemelerinde açtıkları davalarda da etkin bir giderim sağladıkları söylenemez. Ayrıntıları her bir devletin iç hukuk kurallarına ve yerel otoritelerin tavırlarına göre değişmekle beraber, olağan dışı teslim mağdurlarının Makedonya’da,⁶⁸ Almanya’da,⁶⁹ Polonya’da,⁷⁰ İtalya’da,⁷¹ Romanya’da,⁷² Litvanya’da,⁷³ İsveç’te⁷⁴ açtıkları davalarda yeterli giderimi elde edemedikleri, İHAM ve Birleşmiş Milletler İHK kararlarında da vurgulanmıştır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki bazı devletlerde olağan dışı teslimler hakkında soruşturmalar yapılmış ve hatta mahkûmiyet kararları verilmiştir. Örneğin 2003 yılında Milano’da sokak ortasında kimliği belirsiz kişilerce kaçırılarak uçakla Mısır’a götürülen Abu Omar hakkında İtalyan makamları tarafından etkili bir soruşturma yürütülmüş, yirmi beşi CIA mensubu olan yirmi altı Birleşik Devletler vatandaşı ve yedi İtalyan askeri istihbarat teşkilatı mensubu hakkında dava açılmış, 2009 yılında yirmi üç Birleşik Devletler vatandaşı gıyaplarında mahkûm edilmiştir.⁷⁵ Yine Avusturya, Kanada ve Birleşik Krallık’ta açılan bazı davalarda hükûmetler devlet sırlarının açığa çıkmasındansa davacılarla anlaşma yoluna gitmiş, böylece mağdurlar belirli giderimler edinebilmiştir.⁷⁶ Ancak bu tür giderimlerin oldukça sınırlı olduğu ve

64 *Arar v. Ashcroft*, 414 F. Supp. 2d 250 (Eastern District of New York 2006).

65 Michael V Sage, ‘The Exploitation of Legal Loopholes in the Name of National Security: A Case Study on Extraordinary Rendition’ (2006) 37(1) California Western International Law Journal 121, 132.

66 *El-Masri v. Tenet*, 437 F. Supp. 2d 530 (Eastern District Virginia 2006).

67 Margaret L Satterthwaite, ‘The Story of El-Masri v. Tenet: Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror’ (2008) NYU School of Law: Public Law & Legal Theory Research Paper Series 535, 568.

68 *El-Masri* (n 49) §§ 64-73.

69 *Ibid.*, §§ 55-61.

70 *Al-Nashiri* (n 49) §§ 131-140; *Husayn* (n 49) §§ 125-166.

71 *Nasr ve Ghali* (n 49) §§ 264-274.

72 *Al-Nashiri* (n 49) §§ 642-656.

73 *Abu Zubaydah* (n 49) §§ 611-622.

74 *Mohammed Alzery* (n 37) §§ 11.7-11.8.

75 Retief (n 10) 88-89.

76 Kent Roach, ‘Substitute Justice? Challenges to American Counterterrorism Activities in Non-American Court’ (2013) 82(4) Mississippi Law Journal 907, 910.

temel sorumluluğu bulunan devlet olan Birleşik Devletler aleyhine herhangi bir sonuç içermediği unutulmamalıdır.

II. Devletlerarası İş Birliği

Olağan dışı teslim programının birincil yürütücüsünün Birleşik Devletler ve özellikle 11 Eylül'den sonraki Bush yönetimi olduğu açık olmakla beraber, programın doğası gereği, başka devletlerin iş birliği olmadan gerçekleştirilmesi olanaklı değildir. Programın detayları Birleşik Devletler ve iş birliği içerisindeki devletler tarafından olağan üstü bir gizlilikle korunmasına ve bu nedenle mağdurların sayısı, kimlikleri, iş birliği içerisindeki devletler gibi uygulamayla ilgili pek çok bilgiye resmî belgeler ve başka devlet kanallarıyla ulaşılamamasına rağmen olağan dışı teslim programı, diğer pek çok gizli güvenlik faaliyetlerinden farklı olarak, tamamen “izlenemez” değildir. Tanık beyanları, bu beyanlarla örtüşen uçuş kayıtları, şirket faturaları, mahkeme belgeleri, gizli olmaktan çıkarılmış hükümet belgeleri ve uydu fotoğrafları gibi veriler ile bu programın bazı örneklerinin “haritası” çizilebilmiş durumdadır.⁷⁷

Raphael ve Blakeley'in tespitlerine göre pek çok “teslim” uçuşu aynı “ayak izini” izlemektedir:⁷⁸

Uçak, çoğu zaman Birleşik Devletler'in doğu yakasında ya da yakın bir yerde bulunan ana üssünden Washington Dulles Uluslararası Havalimanı'na gider. Burada teslim birimi uçağa binene kadar yaklaşık bir saat durur. Daha sonra çoğu zaman yakıt almak için, ara sıra da bir geceliğine mola vermek için rota üzerinde durarak [olağan dışı teslim mağdurların] alınacağı havalimanına doğru hareket eder. Ancak teslim uçuşunun kendisi çoğu zaman odaklanmış olarak ve direkt uçuş yapar. Eğer (Afganistan'daki gibi) Birleşik Devletler tarafından kontrol edilen hava üslerinden birisi değilse uçak, [mağdurların] bindirilme ve indirilme noktalarında kısa bir süre -çoğu zaman bir saatten az- durur. Bunlar genelde gece olur ve uçuşa yalnızca eğer mutlaka gerekliyse yakıt almak için (Güneydoğu Asya'dan Kuzey Afrika'ya yapılan uçuşlarda Diego Garcia İngiliz Hint Okyanusu Bölgesi'nde yapılan molalar gibi) ara verilir... Hiçbir rota üzeri molada tutulanların uçaktan inmesine izin verilmemiş ve yalnızca olayların plana göre gelişmediği durumlarda uçakta uzun süreler boyunca bırakılmışlardır (Haziran 2004'te Laid Saidi'nin Afganistan'dan Tunus'a iptal edilen teslimi gibi). Teslimler tamamlandığında uçak bu kez Azor Adaları ya da Turks and Caicos Adaları gibi bir ya da daha fazla “dinlenme ve rahatlama” noktasında bir geceden fazla durur. Bundan sonra çoğu zaman Washington'a, oradan da ana üssüne, geri döner.

⁷⁷ Bu konuda yapılmış en kapsamlı araştırmalardan biri olan “The Rendition Project” adlı projenin verilerinin yayımlandığı internet sitesi için bkz <<https://www.therenditionproject.org.uk/>> Erişim Tarihi 22 January 2024. Bu çalışmanın sonuçlarının paylaşıldığı iki makale için bkz Sam Raphael, Crofton Black, Ruth Blakeley and Steve Kostas, ‘Tracking rendition aircraft as a way to understand CIA secret detention and torture in Europe’ (2016) 20(1) The International Journal of Human Rights 78-103; Sam Raphael and Ruth Blakeley, ‘Rendition in the “War on Terror”’ in Richard Jackson (ed), *The Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies* (Routledge 2016) 181-189.

⁷⁸ Ruth Blakeley and Sam Raphael, ‘Human rights fact-finding and the CIA’s rendition, detention and interrogation programme: A response to Cordell’ (2018) 21(2) International Area Studies Review 169, 171-72.

Cordell, bu ayak izine dayalı olarak Raphael ve Blakeley tarafından tespit edilen teslim uçuşları dışında 307 ek teslim uçuşu daha tespit ettiğini öne sürmüştü,⁷⁹ Cordell tarafından kullanılan metot, Raphael ve Blakeley tarafından, kendi raporlarında bulunmayan tespitler içermemesi ve bulunan uçuşlara ilişkin iddiaların yan delillerle desteklenmemesi gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸⁰

Bu bölümde ilk olarak olağan dışı teslim programına katılan devletlere dair raporlar ışığında iş birliğinde bulunan devletlerin bir “haritası” çizilmekte, daha sonra bu devletlerin bu uygulamaya neden katıldıkları sorgulanmaktadır.

A. İş Birliği Haritası

Avrupa Parlamentosu tarafından görevlendirilen Giovanni Claudio Fava önderliğindeki Tutsakların Hukuka Aykırı Tutulmaları için CIA Tarafından Avrupalı Devletler’in Kullanıldığı İddiaları Hakkında Geçici Komite tarafından yürütülen soruşturmanın (“Fava Soruşturması”) sonuç raporunda (“Fava Raporu”) 2001 yılının sonu ile 2005 yılının sonu arasında CIA tarafından kullanılan uçakların en az 1.245 kez Avrupa hava sahalarına girdiği ya da Avrupa havalimanlarında durdukları tespit edilmiştir.⁸¹ Bu raporda olağan dışı teslim programına şu ya da bu biçimde yardım eden on sekiz devlet saptanmıştır: Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bosna Hersek, Danimarka, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Kosova, Makedonya, Polonya, Portekiz, Romanya, Türkiye ve Yunanistan.⁸² Raporda bu devletlerden Polonya, Romanya ve Kosova’nın ülkelerinde gizli CIA tutma merkezleri buldukları, diğer on beş devletin ise hava sahalarını ve havalimanlarını CIA uçaklarına açtıkları belirlenmesi yer almaktadır.⁸³

Avrupa Konseyi için Raportör Dick Marty’nin hazırladığı ve yukarıda anılan raporda ise olağan dışı teslim katılan devletler olarak Almanya, Birleşik Krallık, Bosna Hersek, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Makedonya, Polonya, Portekiz, Romanya, Türkiye ve Yunanistan’ın adı geçmekte, Kosova da soruşturma komitesiyle iş birliği yapmaması nedeniyle eleştirilmektedir.⁸⁴ Raporda İsveç, Bosna Hersek, Birleşik Krallık, İtalya, Makedonya, Almanya ve Türkiye, kimliği belirlenmiş mağdurların olağan dışı tesliminde yardımcı olmakla; Polonya ve Romanya, gizli tutma merkezleri sağlamakla; Almanya, Türkiye, İspanya ve Kıbrıs, tutulanların hukuk dışı transferinde

79 Rebecca Cordell, ‘Did 9/11 Change Everything? Security and Human Rights Trade-offs in International Cooperation’, University of Essex 2017) 11.

80 Blakeley and Raphael (n 78) 170-71.

81 Temporary Committee, ‘The alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners’ (2006/2200(INI)) § 42 <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0020&language=EN>> Erişim Tarihi 23 January 2024. Raporda bundan daha fazla sayıda uçuş yapılmış olabileceği, bununla beraber, bu uçuşların hepsinin olağan dışı teslim ile bağlantılı olmayabileceği not edilmiştir, *ibid*.

82 *ibid*, §§ 49-182.

83 *ibid*.

84 Marty (n 18) §§ 288-291.

kullanılan uçaklar için “toplanma noktaları” (ing. “staging points”) oluşturmakla; İrlanda, Birleşik Krallık, Portekiz, Yunanistan ve İtalya ise bu uçaklar için “konaklama alanı” (ing. “stopover”) noktası oluşturmakla suçlanmaktadır.⁸⁵

Olağan dışı teslim programı kapsamında yapılmış en geniş araştırmalardan olan ve Amrit Singh yönetiminde gerçekleştirilip Açık Toplum Vakfı tarafından yayımlanan “İşkenceyi Küreselleştirmek: CIA Gizli Tutmaları ve Olağan Dışı Teslimleri” adlı araştırmada olağan dışı teslim uygulamasına tabi tutulan 136 mağdurun kimlikleri saptanmış,⁸⁶ bu operasyonlara ABD dışında elli dört devletin katıldığı belirlenmiştir.⁸⁷ Raporda ayrıca katılan devletlerin aldıkları rollere de yer verilmiştir. Bu raporda yer verilen devletler ve bu devletlerin gerçekleştirdikleri eylemler, Tablo 1’e dökülmüştür. Bu tabloda yer alan A, B, C, D, E ve F harfleri şu eylemleri imlemektedir:

- A: Ülkesinde gizli tutma merkezine izin verme;
- B: Mağdurları tutma, sorgulama, işkenceye ve istismara maruz bırakmak;
- C: Mağdurların ele geçirilmesine ve transferine yardım etme;
- D: Mağdurları taşıyan CIA uçaklarına hava sahalarını ve havalimanlarını açma;
- E: Bireylerin CIA tarafından gizlice tutulmasına ve olağan dışı teslimine yol açan istihbarat sağlama;
- F: Başka devletler tarafından gizlice tutulan bireyleri sorgulama.

	A	B	C	D	E	F
Afganistan	✓			✓		
Almanya			✓	✓		✓
Arnavutluk		✓	✓	✓		
Avustralya		✓				✓
Avusturya			✓	✓		
Azerbaycan			✓	✓		
Belçika				✓		
Birleşik Arap Emirlikleri			✓			
Birleşik Krallık		✓		✓	✓	✓
Bosna-Hersek	✓			✓		

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ Singh (n 3) 30-60.

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ Tablo, söz konusu rapora dayanarak, tarafımdan oluşturulmuştur. Raporda yer alan bazı eylemlerin raporun yazarları tarafından söz konusu altı eylem kategorisinden birine girecek şekilde sınıflandırılmaması, birden fazla kategoriye girmesi ya da ilk bakışta herhangi bir kategoriye girmemesi gibi durumlarda bu eylemlerin niteliği tarafımdan yorumlanarak tabloya işlenmiştir.

Cezayir		✓		✓		
Cibuti		✓		✓		
Çek Cumhuriyeti				✓		
Danimarka				✓		
Endonezya		✓				
Etiyopya		✓				
Fas	✓	✓		✓		
Finlandiya				✓		
Gambiya Cumhuriyeti		✓	✓	✓		✓
Güney Afrika			✓			
Gürcistan			✓			
Hırvatistan				✓		
Hong Kong		✓				
İran		✓				
İrlanda				✓		
İspanya				✓		
İsveç			✓	✓		
İtalya		✓		✓		
İzlanda				✓		
Kanada				✓	✓	
Kenya		✓	✓			
Kıbrıs				✓		
Libya	✓	✓		✓		✓
Litvanya	✓			✓		
Makedonya		✓	✓	✓		✓
Malavi		✓	✓			
Malezya		✓	✓			
Mısır		✓	✓	✓		✓
Moritanya		✓	✓			
Özbekistan				✓		
Pakistan		✓	✓	✓		
Polonya	✓		✓	✓		
Portekiz				✓		
Romanya	✓			✓		
Somali		✓	✓			

Sri Lanka				✓		
Suriye		✓				✓
Suudi Arabistan		✓				
Tayland	✓		✓	✓		
Türkiye			✓	✓		
Ürdün	✓	✓	✓	✓		✓
Yemen		✓				
Yunanistan				✓		
Zimbabve		✓				

Görüldüğü üzere daha önce anılan iki rapordan farklı olarak bu araştırma, Avrupa değil, dünya ölçeğinde gerçekleştirilmiştir. Yine görüldüğü üzere, iş birliği yapan devletlerin en yaygın eylemleri sırasıyla hava saha ve limanlarını olağan dışı teslim açmak; mağdurları tutmak, sorgulamak, işkenceye ve istismara maruz bırakmak; ve mağdurların ele geçirilmesine ve transferine yardım etmektir.

Raphael ve Blakeley tarafından saptanan teslim uçuşlarını farklı parametrelerle yeniden değerlendirmeye tabi tutan Cordell, Açık Toplum Vakfı tarafından belirlenmiş olan 54 devletlik listeye 15 yeni devletin eklenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁹ Cordell'e göre bu 15 devlet şunlardır: Brezilya, Dominik Cumhuriyeti, Fransa, Güney Kore, Jamaika, Japonya, Katar, Kazakistan, Kuveyt, Malta, Norveç, Senegal, Seyşeller, Tacikistan, Tunus.⁹⁰ Eski ve Eski'ye göre Hollanda da hava sahasını ve havalimanlarını olağan dışı teslim uçaklarına bilinçli olarak açarak programa katılmıştır.⁹¹

B. İş Birliğinin Nedenleri

Görüldüğü üzere dünya devletlerinin dörtte birinden fazlası, ciddi insan hakları ihlalleri içeren olağan dışı teslim programına, programın uygulanmasını çeşitli derecelerde kolaylaştıran farklı tür eylemlerle katılmıştır. Bu katılım, çalışma boyunca “iş birliği” kavramı ile anılmaktadır. Peki bu katılım uluslararası ilişkiler bilimi açısından da bir “iş birliği” midir? Literatürde genel kabul gören tanımı olan Robert Keohane'nin tanımına göre iş birliği “ *tarafların davranışlarını bir politika uyumlaştırması yoluyla başkalarının güncel ya da beklenen tercihlerine göre şekillendirmesi*” ile gerçekleşir.⁹² Görüldüğü üzere olağan dışı teslim programına katılım, uluslararası ilişkiler literatürünün genel kabul gören tanımına göre bir iş

89 Cordell, ‘Did 9/11 Change Everything? Security and Human Rights Trade-offs in International Cooperation’ (n 79) 109.

90 *ibid.*

91 Sharise Eski and Yarin Eski, ‘Dutch tolerance of torture? CIA extraordinary rendition flights in the Netherlands’ (2017) Palgrave Communications 1 <<https://www.nature.com/articles/palcomms201784.pdf>> Erişim Tarihi 23 January 2024.

92 Robert Owen Keohane, *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy* (Princeton University Press 1984) 51; Helen Milner, ‘International Theories of Cooperation among Nations: Strengths and Weaknesses’ (1992) 44(3) World Politics 466, 467.

birliğidir. Zira katılan devlet, davranışlarını ABD'nin “güncel tercihlerine göre şekillendirerek” havalimanlarını ve sahalarını ABD'ye açmış, ülkesinde CIA gizli tutma merkezine izin vermiş veya yukarıda belirtilen başkaca yollarla olağan dışı teslimde rol almıştır.

Bu kısmın konusu, bu iş birliğinin olası nedenleridir. Bu doğrultuda ilk olarak devletlerin genel olarak neden iş birliklerine giriştiklerine dair başlıca teorilere yer verilmekte, daha sonra olağan dışı teslim örneğinde neden iş birliği yapmış olabilecekleri değerlendirilmektedir.

1. Genel Olarak

Bu bölümde uluslararası iş birliğinin genel teorilerine yer verilerek devletlerin olağan durumlarda neden iş birliği yaptıkları sorusuna cevaplar verilmeye çalışılacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki uluslararası çatışma ve iş birliğinin tarihi Thukydides'in diploması ve ittifak anlatılarının dahi ötesine götürülebilir olmakla beraber, bu çatışma ve iş birliğinin bilimsel çalışmalara konu edilmesi için son birkaç on yılı beklemek gerekmiştir.⁹³ Çalışmaların bu kadar yakın dönemde başlamış olmasından da kaynaklı olarak uluslararası ilişkiler literatürü, uluslararası iş birliğini tüm yönleriyle anlamlandırıp açıklayabildiği iddiasında değildir.⁹⁴ İş birliği teorilerini açıklamaya başlamadan önce bu teorilerin verili kabul ettiği dört olgudan bahsetmek gerekir:⁹⁵

- Uluslararası sistem “anarşik”tir: bir merkezi iktidar yoktur.
- Odak devletlerarası iş birliğindedir. Başkaca uluslararası organlar arasındaki iş birlikleri klasik uluslararası iş birliği teorilerinin ilgi alanı dışındadır.
- Devletler rasyonel davranırlar: hedeflerine ulaşmak amacıyla tutarlı biçimde hareket ederler.
- Tarafların tercihleri sabittir: Sonuçlar devletlerin tercihlerindeki değişikliklerle değil, ortamdaki değişikliklerle açıklanmaya çalışılır.

93 Xinyuan Dai, Duncan Snidal, and Michael Sampson, ‘International Cooperation Theory and International Institutions’ (2017) *International Studies* <<https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-93>> Erişim Tarihi 23 January 2024.

94 Jennifer Sterling-Folker, *Theories of International Cooperation and the Primacy of Anarchy: Explaining U.S. International Policy-Making After Bretton Woods* (State University of New York Press 2002) 1.

95 Dai, Snidal and Sampson (n 93) 4-5.

Bu veriler ışığında iş birliği teorilerinin önemli bir kısmı kuramını, özellikle tutsak kilemi⁹⁶ ve geyik avı⁹⁷ olmak üzere oyun teorisinden ödünç alınmış birkaç örnek etrafında şekillendirmiştir.⁹⁸

İş birliği üç biçimde gerçekleşebilir:⁹⁹

- Örtülü olarak, yani tarafların birbirleriyle pazarlık ettikleri bir süreç olmadan, iki tarafın da kararlarını birbirlerinden habersiz olarak vermesi ile.
- Mutabakatlar sonucu, yani tarafların iletişime geçerek ve pazarlıklarda bulunarak iş birliğine varması ile.
- Dayatma ile, yani güçlü tarafın diğerlerini iş birliğine zorlaması sonucu.

İş birliğine etki eden temel faktörler ise şunlardır:

a. Mutlak Kazançlar, Göreceli Kazançlar ve Karşılıklı Faktörleri

Uluslararası ilişkiler çalışmaları uzun süre devletlerin ancak mutlak kazanımlar sağlamak için iş birliğinde bulunacakları varsayımına dayanmışsa da devletlerin göreceli (ya da dengeli) kazanımlar, yani kimsenin “büyük ödülü” kazanmadığı ancak iş birliğinde bulunan herkesin belirli kazanımlar elde etmek için iş birliklerinde bulunduğu öne sürülmüştür.¹⁰⁰

Devletlerin yalnızca mutlak kazançlar için mi iş birliği yapacakları yoksa göreceli kazançlar için de iş birliğinin mümkün olup olmadığı soruları, mutlak kazanç teorilerine “karşılıklı” faktörünün eklenmesi ile önemini yitirmiş görünmektedir. Devletler birbirlerinin hamlelerine karşılık verme ihtimallerini de dikkate aldıklarında yukarıda açıklanan “tutsak ikilemi”ndeki karar verme aşaması değişecektir. Tabii ki bunun için oyunun birden çok kez tekrarlanması gerekir. Bu konuya “tekrarlanma faktörü” başlığında yeniden dönecektir.

96 Oyun teorisinin “mahkûmlar ikilemi” adı verilen bu örneğinde iki suç ortağının polisler tarafından farklı odalarda sorgulanmakta olduğu ve (ödüller ve cezalar anlatıdan anlatıya değişimle birlikte) birbirlerini ele vermezlerse (yani “iş birliği” yaparlarsa) ikisinin de çok az bir miktarda ceza alacakları (en kazançlı durum); eğer biri diğerini ele verir diğeri vermezse ele verenin serbest kalacağı, diğerinin ise çok ağır bir ceza alacağı; ikisi de birbirini ele verir ise ikisinin de orta derecede ceza alacakları varsayımsal bir durum hayal edilir.

97 Tavşan ve geyiklerin yaşadığı bir ormanda avcılar ava çıkarlar. Geyik bütün avcıları, tavşan ise tek bir avcuyu doyuracak boyuttadır, ancak geyik yakalamak için bütün avcılarının iş birliği yapması gerekir. Tek bir avcı bile iş birliği yapmaz ve tavşan yakalamayı tercih eder ise geyik kaçacaktır. Avcılar seçimi birbirlerinden habersiz olarak yapmaktadır.

98 Milner (n 92) 467.

99 Kenneth A Oye, ‘Explaining Cooperation under Anarchy: Hypotheses and Strategies’ (1985) 38(1) World Politics 1, 1; Joanne Gowa, ‘Anarchy, Egoism, and Third Images: The Evolution of Cooperation and International Relations’ (1986) 40(1) International Organization 167, 174; Catherine C Langlois and Jean-Pierre P. Langlois, ‘Tacit Bargaining in International Relations: A Game Model and a Case Study’ (1996) 40(4) The Journal of Conflict Resolution 569; John S Odell and Dustin Tingley, ‘Negotiating Agreements in International Relations’ in Jane Mansbridge and Cathie Jo Martin (ed), *Negotiating Agreement in Politics* (American Political Science Association 2013) 144.

100 Joseph Grieco, ‘Anarchy and the limits of cooperation: A realist critique of the newest liberal institutionalism’ (1988) 42(3) International Organization 485, 487; akt. Dai, Snidal and Sampson (n 93) 8.

b. Taraf Sayısı Faktörü

Uluslararası ilişkiler literatüründe ağırlıklı olarak “oyuncu sayısı arttıkça iş birliği olasılığının azalacağı”, dolayısıyla çok taraflı iş birliklerine kıyasla iki taraflı iş birliklerine girmenin devletler açısından daha kolay olduğu savunulmaktadır.¹⁰¹ Kenneth Oye bunun üç sebebinden bahsetmektedir:¹⁰²

- İş birliği ortak çıkarların gerçekleştirilebilmesi için fırsatların belirlenmesini ve siyasaların buna göre uyumlaştırılmasını gerektirir. Taraf sayısı arttıkça bu çıkarların saptanması güçleşir ve işlemlerin ve verilerin maliyeti yükselir. Ayrıca aktör sayısı arttıkça diğer tarafların davranışlarını ve geleceği öngörebilme olanağı azalır.
- Aktör sayısı arttıkça özerk “iş birliğini bozma”¹⁰³ ihtimalleri ve denetim problemleri artar.
- Aktör sayısı arttıkça, iş birliğini bozanlara yaptırım uygulayabilme olanağı azalır. İş birliğini sarsmadan karşılıklı stratejilerini uygulamak güçleşir.

Fakat aktör sayısı-iş birliği ihtimali arasındaki ilişki karmaşık bir ilişkidir. Örneğin Grieco’ya göre aktör sayısı arttıkça göreceli kazançlar edinme ihtimali yükselir ve pazarlık olanakları artar.¹⁰⁴ Yine Snidal’a göre daha az aktörlü bir oyunu kaybetmek, daha çok aktörlü bir oyunu kaybetmekten daha tehlikelidir. Ayrıca daha fazla aktör devletin koalisyonlar kurarak kendini koruması olanağını artırabilir.¹⁰⁵

Görüldüğü üzere, taraf sayısı ile devletlerarası iş birliği olasılığı arasındaki ilişki henüz net olarak ortaya konmuş değildir.

c. Tekrarlanma Faktörü

İş birliği olasılığı içeren senaryolar tekrarlandıkça devletlerin iş birliğine katılma isteklerinin olumlu yönde değiştiği savunulmaktadır.¹⁰⁶ Gerçekten de, tutsak ikilemi simülasyonları birden çok kez tekrarlandığında iş birliği olasılığının arttığı görülmektedir. Çünkü düzenli olarak iş birliği yapmaktan elde edilen kazanç, oyunun herhangi bir zamanında bir tarafın iş birliğini bozmasından kaynaklanan zararı önemsizleştirmektedir.¹⁰⁷ Ayrıca oyun birkaç kez tekrarlandığında diğer tarafların davranışlarını tahmin etme olanağı artmaktadır.

101 Oye (n 99) 19-20.

102 *ibid.*

103 *ing.* “Defection”. İş birliğine katılmayan ya da iş birliğinden çekilen devletlerin davranışı bu kavramla anlatılmaktadır.

104 Joseph Grieco, *Cooperation Among Nations* (Cornell University Press 1990) 238; akt. Milner (n 92) 473.

105 Duncan Snidal, ‘Relative Gains and the Pattern of International Cooperation’ (1991) 85(3) *The American Political Science Review* 701, 716; akt. Milner (n 92) 474.

106 Milner (n 92) 474.

107 *ibid.*

Yine oyunun birkaç kez tekrarlanacağını bilmek, yani gelecekte de aynı veya benzer konularda iş birliği ihtimalleri doğacağı bilgisi, devletlerin iş birliğini bozmaları durumunda diğer tarafların vereceği karşılıklardan çekinmelerini sağlayabilir. Gelecekte iş birliği yapılabilecek durumların sayısı arttıkça, karşılıklılık ilkesi önem kazanır. Bir oyunda verilmemiş karşılık, oyunun gelecekteki versiyonlarında verilebilir. Dolayısıyla gelecekteki iş birliği olasılıklarının varlığı, devletlerin iş birliğini bozmanın sonuçlarından daha fazla çekinmesine ve iş birliğine daha yatkın olmalarına neden olabilir.¹⁰⁸

d. Uluslararası Rejimler Faktörü

İş birliği adayı devletlerin tabi olduğu uluslararası rejimler de iş birliği olasılığını etkileyen bir faktördür. Aynı kuralları, ilkeleri, normları ve karar verme prosedürlerini içeren rejimlere tabi olmak, yukarıda söz edilen “anarşik” ortamı yatıştırarak iş birliği olasılığını artırır.¹⁰⁹ Ayrıca tarafların birbirlerinin davranışlarını öngörebilme olanaklarını arttırarak belirsizliği azaltırlar.¹¹⁰

e. Güç Asimetrisi Faktörü

İş birliği adayı devletler arasındaki güç eşitsizlikleri de iş birliği olasılığını etkileyebilir. Güç farkları ile iş birliği olasılığı doğru orantılıdır: Devletler arasındaki dengesizlik ne kadar fazlaysa, iş birliği olasılığı o kadar artar.¹¹¹ Ancak bu, iş birliği yapan daha güçsüz devletlerin her zaman daha güçlü devletlerden daha az kazanç sağlayacağı anlamına gelmez. Bazen daha güçsüz devletler iş birliğinden daha kazançlı çıkabilir; ancak güç eşitsizlikleri yine de iş birliğinin gerçekleşmesine katkı sunar.

Bu etki, bazı yazarlar tarafından *hegemonik istikrar teorisi* ile benzerlik kurularak açıklanmaktadır.¹¹² Aslen uluslararası ekonomik düzene ilişkin olarak ortaya atılmış olan bu teoriye göre uluslararası istikrarın en yüksek olduğu dönemler, dünyada tek bir egemen süper gücün olduğu dönemlerdir.¹¹³ Örneğin iki dünya savaşı arasındaki ekonomik istikrarsızlıklar, Birinci Dünya Savaşı öncesi egemen süper güç olan Birleşik Krallık ile İkinci Dünya Savaşı sonrası egemen süper güç olan Amerika Birleşik Devletleri'nin güçsüz olduğu ve dolayısıyla dünyada egemen tek bir süper gücün bulunmadığı dönemde yaşanmıştır.¹¹⁴ Bir egemen süper güç, egemen olduğu

108 Dai, Snidal and Sampson (n 93) 5-6.

109 Milner (n 92) 475-78.

110 *ibid.*

111 Milner (n 92) 480.

112 Dai, Snidal and Sampson (n 93); Milner (n 92) 469.

113 Michael C Webb and Stephen D Krasner, 'Hegemonic Stability Theory: An Empirical Assessment' (1989) 15(2) Review of International Studies 183, 183.

114 Mohd. Noor Mat Yazid, 'The Theory of Hegemonic Stability, Hegemonic Power and International Political Economic Stability' (2015) 3 Global Journal of Political Science and Administration 66, 68.

mevcut düzenin devamını, dolayısıyla istikrarını arzular ve bunu dileyen çeşitli güç düzeylerinde diğer devletlerden farklı olarak ancak böyle bir süper güç bunu sağlayabilecek askeri, ekonomik ve siyasal olanaklara sahiptir.¹¹⁵ Bu istikrarın devamlılığını sağlama rolü iş birliği için de geçerlidir: Egemen devlet iş birliğinin bozulmaması ve devamını arzu ettiği sürece iş birliğinin bozulması ihtimali oldukça küçüktür, çünkü benzer güç düzeylerinde devletlerin katıldığı bir iş birliğinde tarafların birbirlerini teşvikler ya da gözdağlarıyla iş birliğinin devamına zorlamaları oldukça zor iken, egemen bir güç bunu yapabilecek olanağa sahiptir.

f. Şöhret Faktörü

Şöhret (*ing.* “reputation”) faktörü, bir devletin daha önceki iş birliklerinde ne şekilde davrandığına ilişkindir. Örneğin daha önceki iş birliklerinde iş birliğini bozmuş bir devlete duyulan güven ve dolayısıyla gelecek iş birliği ihtimalleri azalabilir.

Ancak devletin şöhretinin uluslararası siyasete etkisi tartışmalıdır. Bazı yazarlar devletlerin kendi şöhretlerine önem verdiklerini; ancak başka devletlere her zaman geçmişteki davranışlarına göre tavır almadıklarını ve iş birliği süreçlerinde iş birliği adayı devletlerin geçmişten gelen şöhretlerin etkisinin oldukça az olduğunu savunmuşlardır.¹¹⁶ Bununla beraber, diğer aday devletlerin geçmişteki davranışlarının iş birliği aşamasında önemli bir faktör olduğunu savunan yazarların çoğunlukta olduğu görülmektedir.¹¹⁷

g. İç Siyaset Faktörü

İş birliği literatürünün ilk dönemlerinde iç siyaset faktörünün uluslararası iş birliğine bir etkisi olmadığı ya da ihmal edilebilir bir etkisi olduğu kabul edilmiş iken, Robert Putnam’ın çalışmalarıyla bu kabul sorgulanmaya başlanmıştır.¹¹⁸

İç siyaset uluslararası iş birliğine üç temelde etki eder:¹¹⁹

- Ulusal çıkarların ve hedeflerin neler olduğu iç siyasette belirlenir.
- Bu hedeflere ulaşmak için izlenecek stratejinin (kısasa kısas stratejisi, yan ödeme ve tavizler vermek, güç kullanmak vb.) belirlenmesinde iç siyaset esastır.
- Uluslararası anlaşmaların onaylanması ve uygulanması iç siyasete tabidir.

115 *ibid.*

116 Jonathan Mercer, *Reputation and International Politics* (Cornell Studies in Security Affairs, Cornell University Press 1996); akt. Snidal, Dai and Sampson (n 93) 6.

117 Dai, Snidal ve Sampson tarafından değinilen birkaç örnek için bkz Anne E. Sartori, *Deterrence by Diplomacy* (Princeton University Press 2005) ve Andrew T Guzman, *How International Law Works: a Rational Choice Theory* (Oxford University Press 2007); Michael Tomz, *Reputation and international cooperation: Sovereign debt across three centuries* (Princeton University Press 2007); akt. Dai, Snidal and Sampson (n 93) 6.

118 Robert D Putnam, ‘Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games’ (1988) 42(3) *International Organization* 427; akt. Dai, Snidal and Sampson (n 93) 10.

119 Milner (n 92) 491-93.

Bu etmenlerin hiçbirisinin iş birliğine etkisinin kategorik olarak olumlu ya da olumsuz olduğu söylenemez. İç siyaset iş birliğini zorlaştırabilir: yapılmış bir iş birliği anlaşması mecliste veto edilebilir, bu iş birliğinin gerçekleşmesi için adım atması gereken organlar üzerine düşenleri yapmayı reddedebilir, yine demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi sınırlar özellikle demokratik devletlerin uluslararası alanda kullanabileceği stratejik araçları daraltırlar.¹²⁰ Ancak iç siyasetin iş birliğini kolaylaştırıcı etkisi de olabilir, örneğin, demokrasiler arasında yapılan ittifakların diğerlerine göre kayda değer biçimde daha uzun sürdüğü kaydedilmiştir.¹²¹ Yine farklı otokrat devlet biçimlerini inceleyen Mattes ve Rodríguez, tek partili hükümet biçimine sahip devletlerin ve askeri devletlerin kişiselleşmiş iktidarlarla yönetilen devletlere göre iş birliğine daha yatkın olduklarını saptamış, bunun nedeninin de ilk iki biçimdeki devletlerde şeffaflık, liderlerin hesap verebilirliği ve siyasa oluşturmadaki sınırların daha güçlü olması olduğunu savunmuşlardır.¹²²

Görüldüğü üzere iç siyaset de iş birliğini etkilemekte, ancak bu etkinin şiddetini ve yönünü her zaman tam olarak tespit edebilmek kolay olmamaktadır.

Bu bölümde devletlerin genel olarak hangi etmenlere bağlı olarak iş birliği yaptığına dair bazı iş birliği teorileri incelenmiştir. Bir sonraki bölümde ise -olağan dışı teslimde özel bazı diğer etmenlerin yanında- bu bölümde sayılan etmenlerin olağan dışı teslimde kendilerini nasıl gösterdikleri incelenerek olağan dışı teslim programına katılan devletlerin iş birliğine neden katıldıkları açıklanmaya çalışılacaktır.

2. Olağan Dışı Teslimde

Yukarıda iş birliğinin üç gerçekleştirme biçimi (örtülü olarak, mutabakatlar ile, dayatma ile) belirlenmişti. Olağan dışı teslim programının doğası gereği örtülü iş birliği mümkün olmadığından, bu teslimin karşılıklı mutabakatlar veya dayatmalar ile gerçekleştiği söylenebilir. Buna karşın anlaşmaların gizli doğası gereği tarafların anlaşma koşulları hakkında bilgiler vermek kolay değildir. Birleşik Devletler Senatosu'nun yaptırdığı ve yukarıda anılan araştırmanın sonuç raporunda bazı anlaşmaların içeriklerinden söz edilmiş olmakla beraber, çoğu anlaşmanın detayları belirsizdir.¹²³

Bu kısımda devletlerin genel olarak neden iş birliği yaptıklarına ilişkin yukarıda belirtilen etkenleri olağan dışı teslim açısından incelenmektedir.

120 Erik Gartzke and Kristian S Gleditsch, 'Why Democracies May Actually Be Less Reliable Allies' (2004) 48(4) American Journal of Political Science 775, 791.

121 Kurt Taylor Gaubatz, 'Democratic States and Commitment in International Relations' (1996) 50(1) International Organization 109, 137.

122 Michaela Mattes and Mariana Rodríguez, 'Autocracies and International Cooperation' (2014) 58(3) International Studies Quarterly 527, 536.

123 Burada Senato Raporu'ndaki Polonya'nın nakit birkaç milyon dolar karşılığında daha esnek hâle geldiği bilgisi tekrar hatırlanmalıdır, bkz yukarıda dipnot 22.

Mutlak-göreceli kazanç ve karşılıklılık etmenleri açısından olağan dışı teslim anlaşmalarının içerikleri belirsiz olduğu için tarafların elde ettikleri ya da kendilerine vaat edilen kazanımları öğrenebilmek olanaklı değildir. İş birliği yapan devletler arasında yüksek terör tehdidine maruz olan devletlerin (örneğin Birleşik Krallık) doğrudan kazançları ulusal güvenliğe karşı tehditlerin azalması gibi görünmekte iken, iş birliği yapan bazı devletlere karşı (Romanya, İzlanda, Moritanya gibi) yüksek bir terör tehdidi bulunmamaktadır.¹²⁴ Dolayısıyla bu devletlerin iş birliğini hangi şartlarda ve hangi hedefe ulaşmak adına yaptıkları açık değildir.

Taraf sayısı etmeni açısından şunu söylemek gerekir: Teröre Karşı Küresel Savaş bağlamında yapılmış bilinen tüm olağan dışı teslim anlaşmaları, bir tarafın Amerika Birleşik Devletleri olduğu ikili anlaşmalardır. Dolayısıyla taraf sayısı etmeninin etkisini belirleyecek ek tavizler, çoklu yarar bölüşümleri gibi etmenler olağan dışı teslim uygulaması için geçerli değildir. Yukarıda açıklandığı üzere uluslararası ilişkiler literatüründe çoğunluk bulan kabule göre devletler ikili iş birliklerine girmeye çok taraflı iş birliklerinden daha yatkın olduklarından, bu etmenin iş birliği olasılığını arttırdığı söylenebilir.

Tekrarlanma etmeni bağlamında bu tür teröre karşı ulusal güvenliği koruma amaçlı iş birliklerinin düzenli olarak tekrarlanabileceği söylenebilir. Olağan dışı teslimde iş birliği ve genel olarak güvenlik iş birlikleri gelecekte de gerçekleşebilecek nitelikte olduğundan, olağan dışı teslim bağlamında bu etmenin de iş birliği lehine etki yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Uluslararası rejimler etmeni açısından özellikle Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (North Atlantic Treaty Organization, NATO) açısından bir değerlendirme yapmak gerekebilir. Olağan dışı teslim programına katılan devletlerin tüm dünya devletlerine oranı %25'ten biraz yüksek olmakla beraber, bu oran NATO üyesi devletler açısından eğer Örgüt'e 2004 yılında katılan devletler sayılırsa %61,5'e; eğer Örgüt'e 2004 yılında katılan yedi devlet sayılmazsa %73,6'ya çıkmaktadır.¹²⁵ Dolayısıyla aynı uluslararası rejime tabi bu devletlerde iş birliği oranının kayda değer bir biçimde arttığı söylenebilir.

Güç asimetrisi etmeni bağlamında yukarıda açıklanan uluslararası ilişkiler literatürü bizi, aralarında ABD ile ciddi bir güç asimetrisi bulunan devletlerin iş birliğine daha yatkın olması gerektiği sonucuna götürmektedir. Ancak burada olağan dışı teslim açısından teoriden bir sapma görülmektedir. İki farklı çalışmada ortaya konulduğu üzere olağan dışı teslim katılan ve katılmayan devletler ile ABD arasındaki güç farklılıkları, ABD'den alınan ekonomik ve askeri yardımlar ve gayri safi millî

124 Institute for Economics & Peace, 'Global Terrorism Index 2019: Measuring the Impact of Terrorism' (2019) <<https://www.visionofhumanity.org/maps/global-terrorism-index/>> 8.

125 2004 yılından önce NATO üyesi olan 19 devletten 14'ü; 2004 yılında NATO üyesi olan 7 devletten 2'si bu uygulamaya katılmıştır. Bu programın resmi olarak sona erdirildiği 2009 yılında üye olan Arnavutluk ve Hırvatistan ve 2017 yılında üye olan Karadağ bu hesaba dahil edilmemiştir.

hasıla gibi göstergeler bakımından anlamlı bir fark bulunmamaktadır.¹²⁶ Yine iş birliğine katılan devletler arasında ABD ile güç asimetrisi düşük devletler yanında (örneğin Almanya, Birleşik Krallık, Kanada), asimetrisinin oldukça yüksek olduğu devletler de (örneğin Gambiya, Malavi, Moritanya) bulunmaktadır.¹²⁷ Aynı doğrultuda, Cordell'in hesaplamalarına göre iş birliğine katılan devletlerin yarısından fazlası Birleşik Devletler ile düşük ticaret ve yardım ilişkisi içerisindedir.¹²⁸

İç siyaset etmeni bağlamında iç siyasetin iş birliğini ne derecede ve ne yönde etkileyeceğine dair kategorik bir cevap vermenin mümkün olmadığı açıklanmıştır. Schmidt ve Sikkink katılan devletler ile katılmayan devletler arasında bu devletlerin yönetim biçimlerinin demokrasi olup olmaması, iç siyasetteki muhalefet düzeyi, bir siyasal geçiş döneminde olup olmamaları etmenleri arasında anlamlı bir farklılık bulunmadığını belirlemiştir.¹²⁹ Çalışmada Açık Toplum Vakfı'nın anılan raporunda bu uygulamaya katıldığı belirlenen 54 devletten 23'ü demokratik devlet olarak kategorize edilmektedir.¹³⁰ Cordell bu oranın %50 olduğunu belirtmektedir.¹³¹ İki çalışmada da demokratik devlet sınıflandırmasının hangi verilere dayanılarak yapıldığı net değildir.

Son olarak olağan dışı teslim pratiğinin doğası gereği katılan devletlerin *terör tehdidi altında bulunup bulunmadığını* da değerlendirmek gerekir. Beklenen sonuç, yoğun terör tehdidi altındaki devletlerin iş birliği oranlarının daha yüksek olmasıdır. Ancak bu etmenin de anlamlı bir farklılık yaratmadığı görülmektedir. Zira ilgili dönemde katılan devletlerin %40'ı düşük terörizm tehdidi altındadır ve katılan bazı devletler 2001 yılını önceleyen on yılda hiçbir terörist saldırıya maruz kalmamıştır.¹³² Bu bulgu Schmidt ve Sikkink tarafından da doğrulanmaktadır.¹³³

Görüldüğü üzere olağan iş birliği teorilerinin hiçbiri olağan dışı teslim açısından katılan devletlerle katılmayan devletler arasında anlamlı bir fark üretmemektedir. Dahası, bu programda iş birliği yapan devletler arasında her açıdan çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin ABD'nin uzun dönemli müttefiki olan Fransa uygulamaya katılmamışken, bu devlet ile ilişkileri genel olarak gergin olan İran iş birliği yapmıştır. Yine katılan devletler arasında Almanya, Birleşik Krallık gibi oturmuş demokrasilerin yanı sıra Suudi Arabistan, Ürdün gibi otokratik devletler de bulunmaktadır. Bu devletlerden bazıları ilgili dönemde merkezin solunda yer alan hükümetler tarafından yönetilmekteyken (Kanada, Birleşik Krallık gibi), bazıları ise

126 Schmidt and Sikkink (n 9) 1027; Rebecca Cordell, 'Security-Civil Liberties Trade-offs: International Cooperation in Extraordinary Rendition' (2019) 45(4) *International Interactions* 369, 373.

127 World Bank National Accounts Data, GDP (current US\$) (*World Bank Group*) Erişim Tarihi 8 July 2024.

128 Cordell, 'Security-Civil Liberties Trade-offs: International Cooperation in Extraordinary Rendition' (n 126) 373.

129 Schmidt and Sikkink (n 9) 1023.

130 *ibid.*

131 Cordell, 'Security-Civil Liberties Trade-offs: International Cooperation in Extraordinary Rendition' (n 126) 372.

132 *ibid.*

133 Schmidt and Sikkink (n 9) 1023.

merkezin sağında yer alan hükümetler tarafından yönetilmektedir (İtalya, Türkiye gibi). Dolayısıyla iş birliğindeki devletler arasında anlamlı bir benzerlik bulunmuyor gibi görünmektedir.

Tam bu noktada, Rebecca Cordell'in olağan dışı teslimde iş birliğinin “*temel haklar-ulusal güvenlik takasına yatkın devletler arasında*” gerçekleştiği savının altını çizmek gerekir.¹³⁴ Cordell tezine, olağan dışı teslim programının içerdiği insan hakları ihlalleri nedeniyle açığa çıkarılması durumunda devletler açısından oldukça sorun doğurabilecek nitelikte olduğunu vurgulayarak başlamaktadır.¹³⁵ Olağan dışı teslim programına katıldıkları ortaya çıkan devletlerin içeride ve dışarıda kötü şöhretle, olumsuz kamuoyuyla ve teröre karşı savaşta ellerinin zayıflaması tehdidiyle karşılaşabileceklerinden, katılan devletlerin tümü için operasyonların gizliliği çok önemlidir. Bu nedenle Cordell, iş birliği teklifinin yalnızca bu teklifi kabul edecek devletlere yapılması gerektiğini ve bu nedenle ABD'nin iş birliği yapmak için anlaştığı devletleri dikkatlice seçtiğini savunmaktadır.¹³⁶ ABD'nin bu seçim için bir kriter ihtiyacı vardır. Cordell'e göre bu kriter, devletlerin ulusal güvenlik adına temel hak ve özgürlükleri feda etmeye yatkınlıkları ve bu noktada ABD ile benzer bir algıya sahip olup olmadıklarıdır. Böylece Birleşik Devletler ile benzer algıya sahip devletlerin “*daha ucuz*” ikna edilmeleri ve gizlilik içerisinde hareket etmeleri daha mümkün olacaktır.¹³⁷ Yazar bu yatkınlığı ölçmek adına Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda insan hakları konularında yapılmış oylamalarda diğer devletler tarafından verilen oyları ABD'nin oyları ile kıyaslamıştır. Yazara göre bu algının belirlenmesinde BM Genel Kurulunda yapılan oylamaların dikkate alınmasının üç sebebi vardır:¹³⁸

- BM Genel Kurulunda tüm devletler oy kullanmakta, dolayısıyla tüm devletlerin eğilimleri karşılaştırmalı olarak izlenebilmektedir.
- Oylamalar çok çeşitli konularda yapıldığından devletlerin farklı senaryolardaki eğilimlerini tespit etmek mümkün olmaktadır.
- Bir devletin BM Genel Kurulunda verdiği oyların iç siyasette dengeler, liderler ve eğilimler değişse dahi oldukça tutarlı kaldığı ortaya konulmuştur.

Cordell'in yaptığı nicel hipotez testleri bu tezi doğrulayan sonuçlar vermiştir: Verdiği oylar ABD ile orta derecede benzerlik gösteren medyan değere sahip devletten daha çok benzerlik gösterenlere doğru gidildikçe, katılım oranları artmaktadır.¹³⁹ Örneğin bilinen olağan dışı teslim partnerlerinden Birleşik Krallık, Polonya ve Romanya,

134 Cordell, ‘Security-Civil Liberties Trade-offs: International Cooperation in Extraordinary Rendition’ (n 126) 389.

135 *ibid.* 374.

136 *ibid.*

137 *ibid.*

138 *ibid.* 375.

139 *Ibid.* 387.

1999 yılında İnsan Hakları ve Terörizm alanında insan haklarının uygulama alanını genişleten bir kararın oylanmasında ABD ile beraber çekimser kalmışlardır.¹⁴⁰

Bu tezi takip ederek ABD'nin doğrudan aynı hesaplamayı yapmamış olsa da iş birliğinde bulunma teklifini insan hakları-ulusal güvenlik geriliminde benzer bakış açılarına sahip devletlere götürdüğü savunulabilir. Ancak tek kriterin bu olmayabileceği akılda tutulmalıdır. Bazı devletler insan hakları-ulusal güvenlik gerilimine bakış açılarından bağımsız olarak, örneğin jeopolitik konumları ya da “ileri sorgu tekniklerine” yatkınlıkları gereği hedef seçilmiş olabilir. Yine NATO üyesi devletlere, halihazırda güçlü bir ittifak içinde bulunmaları nedeniyle yine oy oranlarından bağımsız olarak iş birliği için yaklaşımış olabilir.¹⁴¹

Sonuç

CIA'in uzun yıllar kullandığı ancak özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra yoğunluğunu arttırdığı olağan dışı teslim uygulaması, içerisinde ağır insan hakları ihlalleri içeren uygulamalar barındırmaktadır. Bu ihlallerin diğer devletler tarafından da bilinir ya da kolaylıkla öğrenilebilir olduğu açıktır. Bununla beraber aralarında demokrasi ve insan hakları endekslerinde oldukça yüksek puanlar alan devletler de bulunan en az elli dört devlet, olağan dışı teslim programının hayata geçirilmesine çeşitli biçimlerde katkı sağlamışlardır. Çalışmada bunun nedeni sorgulanmış, devletlerin genel olarak hangi kriterlere dayanarak ve nelerden etkilenecek iş birliği yaptıklarına dair mevcut uluslararası ilişkiler literatürüne yer verilmiştir.

Çalışmada uluslararası ilişkiler literatürünün iş birliği ilişkilerine getirdiği son derece değerli teorilerin bu programdaki devletlerarası iş birliğini tek başına ve tam anlamıyla açıklamadığı gözlemlenmiştir. Kazanç ve karşılıklık etmeni bakımından, iş birliğinde bulunan devletlerin bir bölümünün çok düşük terör tehdidinde bulunan devletler olduğu görülmüştür. Taraf sayısı etmeni, belli ölçüde etkili olmuş olabilir. Mevcut uluslararası ilişkiler literatürü, devletlerin bu tür konularda çok taraflı iş birliklerine kıyasla iki taraflı iş birliklerine daha yatkın olduklarını ortaya koymaktadır. Olağan dışı teslim programı da, doğası gereği ve ayrıksı durumlar hariç, sadece ABD ile ikili iş birliği içerisinde uygulanmıştır. Tekrarlanma olasılığı etmeni de olağan dışı teslim özelinde iş birliği lehine etki etmiş olabilir; çünkü teröre karşı benzeri iş birliklerine gelecekte de gereksinim duyulması olasıdır. Uluslararası rejimler etmeni açısından NATO üyesi devletler arasında iş birliği oranının ciddi biçimde arttığı gözükmektedir. Güç asimetrisi etmeninin etkisinin düşük olduğu gözlemlenmektedir, çünkü programa katılan devletlerin kayda değer bir bölümü ABD ile aralarındaki güç

140 *Ibid.* 376.

141 Örneğin Teslim, Tutma ve Sorgulama Programında kilit rol oynamış olan Mısır ve Ürdün'ün oy oranları ABD ile yüksek benzerlik göstermemektedir: Cordell, 'Security-Civil Liberties Trade-offs: International Cooperation in Extraordinary Rendition' (n 126) 376.

asimetrisi görel olarak çok yüksek olmayan devletlerdir. İç siyaset etmeninin etkisi açık değildir: bir çalışmaya göre uygulamaya katılan 54 devletin 23'ü, diğerine göre yüzde 50'si demokratik olarak kategorize edilen devletlerdir. Bu etmen açısından geçiş döneminde olma, özel ve anlık iç karışıklıklar gibi alt unsurları da odağa alan bir değerlendirme yapılmamıştır.

Bu noktada, Cordell'in ulaştığı sonuçlara atıfla, olağan dışı teslim programının ağır insan hakları ihlalleri içermesi boyutunun iş birliğine yeni bir dinamik kattığı ve olağan dışı teslim programına katılan devletlerin insan haklarını ulusal güvenlik çıkarları karşısında feda etmeye daha yatkın devletler olduğu savını dikkate almak gerekir. Olağan dışı teslim özelinde bu sav, doğrulanıyor gözükmektedir. Gerçekten de teslim programına katılan devletlerle katılmayan devletler karşılaştırıldığında BM Genel Kurulunda insan hakları konularında verdikleri oyların Birleşik Devletler'in verdiği oylarla önemli derecede örtüştüğü, başka bir deyişle insan hakları-ulusal güvenlik ödüllü takasını ikincisi lehine gerçekleştirmeye yatkınlıklarının benzer olduğu gözlemlenmektedir.

Çalışmada devletlerin olağan dışı teslim programı öncesi eğilimleri değerlendirmelere temel alınmıştır. Fakat bu tür ağır insan hakları ihlallerinde iş birliği yapan devletlerin iş birliği sonrasındaki sicilleri de ilginç bir değişim gösterebilmektedir. Örneğin Schmidt ve Sikkink, bu programa katılan otokratik devletlerin insan hakları sicillerinin program sonrası ciddi biçimde düştüğünü ve ağır insan hakları ihlalleri gerçekleştirmeye daha yatkın hâle geldiklerini, demokratik olarak sınıflandırılacak devletlerde ise benzer bir düşüşe rastlanmadığını not etmektedir.¹⁴² Bu tür insan hakları ihlalleri iş birliklerine katılan devletlerin iş birliği sonrasındaki eğilimleri, ilerleyen çalışmalara konu edilebilir.

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 ve Kitap Bölümleri

Bush GW, *Decision Points* (Crown Publishers 2010).

Cordell R, *'Did 9/11 Change Everything? Security and Human Rights Trade-offs in International Cooperation'* (University of Essex 2017).

¹⁴² Schmidt and Sikkink (n 9) 1025.

- Grieco J, *Cooperation Among Nations* (Cornell University Press 1990).
- Guzman AT, *How International Law Works: a Rational Choice Theory* (Oxford University Press 2007).
- Hillebrand C, *The CIA's extraordinary rendition and secret detention programme: European reactions and the challenges of future international intelligence co-operation* (Netherlands Institute of International Relations Clingendael 2009).
- Ignatieff M (ed), *American Exceptionalism and Human Rights* (Princeton University Press 2005).
- Keohane RO, *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy* (Princeton University Press 1984).
- Mercer J, *Reputation and International Politics* (Cornell Studies in Security Affairs, Cornell University Press 1996).
- Odell JS and Dustin Tingley, 'Negotiating Agreements in International Relations' in Mansbridge J and Cathie Jo Martin (eds), *Negotiating Agreement in Politics* (American Political Science Association 2013).
- Raphael S and Ruth Blakeley, 'Rendition in the "War on Terror"' in Jackson R (ed), *The Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies* (Routledge 2016).
- Sartori AE, *Deterrence by Diplomacy* (Princeton University Press 2005).
- Singh A, *Globalizing Torture: CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, (2013).
- Sterling-Folker J, *Theories of International Cooperation and the Primacy of Anarchy: Explaining U.S. International Policy-Making After Bretton Woods* (State University of New York Press 2002).
- Tomz M, *Reputation and International Cooperation: Sovereign Debt Across Three Centuries* (Princeton University Press 2007).

Makaleler

- Ambos K and Annika Maleen Poschadel, 'Terrorists and Fair Trial: The Right to a Fair Trial for Alleged Terrorists Detained in Guantánamo Bay' (2013) 9(4) *Utrecht Law Review* 109-126.
- Blakeley R and Sam Raphael, '*Human rights fact-finding and the CIA's rendition, detention and interrogation programme: A response to Cordell*' (2018) 21(2) *International Area Studies Review* 169-178.
- Cordell R, '*Security-Civil Liberties Trade-offs: International Cooperation in Extraordinary Rendition*' (2019) 45(4) *International Interactions* 369-400.
- Dai X, Duncan Snidal and Michael Sampson, '*International Cooperation Theory and International Institutions*' (2017) *International Studies* 1-33.
- Fisher L, '*Extraordinary Rendition : the Price of Secrecy*' (2008) 57(5) *The American University Law Review* 1405-1451.
- Gartzke E and Kristian Skrede Gleditsch, '*Why democracies may actually be less reliable allies*' (2004) 48(4) *American Journal of Political Science* 775-795.
- Gaubatz KT, '*Democratic States and Commitment in International Relations*' (1996) 50(1) *International Organization* 109-139.
- Gowa J, '*Anarchy, Egoism, and Third Images: The Evolution of Cooperation and International Relations*' (1986) 40(1) *International Organization* 167-186.
- Grieco J, '*Anarchy and the limits of cooperation: A realist critique of the newest liberal institutionalism*' (1988) 42(3) *International Organization* 485-507.

- Johnston P, 'Leaving the Invisible Universe: Why All Victims of Extraordinary Rendition Need a Cause of Action Against the United States' (2008) 16(1) Journal of Law and Policy 357-416.
- Langlois JP and Catherine Langlois, 'Tacit Bargaining in International Relations: A Game Model and a Case Study' (1996) 40(4) The Journal of Conflict Resolution 569-596.
- Mattes M and Mariana Rodríguez, 'Autocracies and International Cooperation' (2014) 58(3) International Studies Quarterly 527-538.
- Milner H, 'International Theories of Cooperation among Nations: Strengths and Weaknesses' (1992) 44(3) World Politics 466-496.
- Oye KA, 'Explaining Cooperation under Anarchy: Hypotheses and Strategies' (1985) 38(1) World Politics 1-24.
- Putnam RD, 'Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games' (1988) 42(3) International Organization 427-460.
- Raphael Sam, Crofton Black, Ruth Blakeley and Steve Kostas, 'Tracking rendition aircraft as a way to understand CIA secret detention and torture in Europe' (2016) 20(1) The International Journal of Human Rights 78-103.
- Roach K, 'Substitute Justice? Challenges to American Counterterrorism Activities in Non-American Court' (2013) 82(4) Mississippi Law Journal 907-974.
- Robeda A, 'The Death of Implied Causes of Action: The Supreme Court's Recent *Bivens* Jurisprudence and the Effect on State Constitutional Tort Jurisprudence: *Correctional Services Corp. v. Malesko*' (2003) 33(3) New Mexico Law Review 401-429.
- Rosen PM, 'The *Bivens* Constitutional Tort: An Unfulfilled Promise' (1989) 67(2/3) North Carolina Law Review 337-377.
- Sadat LN, 'Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror' (2007) 75(5) The George Washington Law Review 1200-1248.
- Sage MV, 'The Exploitation of Legal Loopholes in the Name of National Security: A Case Study on Extraordinary Rendition' (2006) 37(1) California Western International Law Journal 121-142.
- Satterthwaite ML, 'The Story of *El-Masri v. Tenet*: Human Rights and Humanitarian Law in the "War on Terror"' (2008) 08 NYU School of Law: Public Law & Legal Theory Research Paper Series 535-577.
- Schmidt A and Kathryn Sikkink, 'Partners in Crime: An Empirical Evaluation of the CIA Rendition, Detention, and Interrogation Program' (2018) 16(4) Perspectives on Politics 1014-1033.
- Snidal D, 'Relative Gains and the Pattern of International Cooperation' (1991) 85(3) The American Political Science Review 701-726.
- Webb MC and Stephen D Krasner, 'Hegemonic Stability Theory: An Empirical Assessment' (1989) 15(2) Review of International Studies 183-198.
- Weissbrodt D and Amy Bergquist, 'Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis' (2006) 19 Harvard Human Rights Journal 124-160.
- Weissbrodt D and Mattias Hallendorff, 'Travaux Préparatoires of the Fair Trial Provisions-Articles 8 to 11-of the Universal Declaration of Human Rights' (1999) 21 Human Rights Quarterly 1061-1096.
- Yazid MNM, 'The Theory of Hegemonic Stability, Hegemonic Power and International Political Economic Stability' (2015) 3 Global Journal of Political Science and Administration 67-79.

E-kaynaklar

- Aolain FN, 'Technical Visit to the United States and Guantánamo Detention Facility by the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism' (June 14, 2023) 1 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/terrorism/sr/2023-06-26-SR-terrorism-technical-visit-US-guantanamo-detention-facility.pdf>> Erişim Tarihi 27 January 2024.
- BBC News, 'Bush admits to CIA secret prisons' (*BBC News*, September 7) Erişim Tarihi 23 January 2024.
- Bush GW, 'Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees' <<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.02.07.pdf>> Erişim Tarihi 8 July 2024.
- Duffy H and Hannah R Garry, Submission to the UN Human Rights Committee Concerning Arbitrary Detention & Torture by the United States Against Detainees at Guantanamo Bay, <<https://promiseinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/2023/09/Abu-Zubaydah-UNHRC-Submission-2023.09.pdf>> Erişim Tarihi 17 January 2024.
- Eski S and Yarin Eski, 'Dutch tolerance of torture? CIA extraordinary rendition flights in the Netherlands' Palgrave Communications <<https://www.nature.com/articles/palcomms201784.pdf>> Erişim Tarihi: 23 January 2024.
- Froomkin D, 'Cheney's 'Dark Side' is Showing' (*The Washington Post: Opinions*, November 7) Erişim Tarihi 22 January 2024.
- Geyer F, 'Fruit of the poisonous tree: member states' indirect use of extraordinary rendition and the EU counter-terrorism strategy' CEPS Working Documents No 263 <<https://www.ssrn.com/abstract=1338018>> Erişim Tarihi 22 January 2024.
- Grozdanova R, 'Extraordinary Rendition and Human Rights: The Case of Khaled El-Masri' <<http://asiapacific.anu.edu.au/regarding-rights/2013/03/08/extraordinary-rendition-and-human-rights-the-case-of-khaled-el-masri/>> Erişim Tarihi 22 January 2024.
- Hall J, 'Torture report reveals how Poland objected to CIA's secret jail on its soil - but became 'flexible' after being bought off with large cash payment' (*Daily Mail Online*, December 10) Erişim Tarihi 23 January 2024.
- Marty D, 'Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states' (2006) <<https://pace.coe.int/en/files/11527/html>> Erişim Tarihi 23 January 2024.
- Mayer J, 'Outsourcing Torture: The secret history of America's 'extraordinary rendition' program' (*The New Yorker*, February 14 & 21) . Erişim Tarihi 23 January 2024.
- Peace IfE, 'Global Terrorism Index 2019: Measuring the Impact of Terrorism' (2019) <<https://www.visionofhumanity.org/maps/global-terrorism-index/>> Erişim Tarihi 8 July 2024.
- Priest D, 'CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons' (*The Washington Post*, November 2) Erişim Tarihi 23 January 2024.
- 'Report of the Senate Select Committee on Intelligence Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program' (2014). <<https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/CRPT-113s rpt288.pdf>> Erişim Tarihi 23 January 2024.
- Retief J-M, 'Extraordinary rendition in international law: criminalising the indefinable?' <https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/52302/Retief_Extraordinary_2015.pdf;sequence=1> Erişim Tarihi 23 January 2024.

Rosenberg C, ‘What the C.I.A.’s Torture Program Looked Like to the Tortured’ (*The New York Times*, November 2021) Erişim Tarihi 24 January 2024. The Committee on International Human Rights of the Association of the Bar of the City of New York and The Center for Human Rights and Global Justice, ‘*Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to “Extraordinary Renditions”*’ (2004) <<https://www.therenditionproject.org.uk/pdf/PDF%2039%20%5BCHRGJ-2006-06-REP%20Torture%20by%20Proxy%5D.pdf>> Erişim Tarihi 22 January 2024.

The United Kingdom Intelligence and Security Committee, ‘Rendition’ <<https://fas.org/irp/world/uk/rendition.pdf>> Erişim Tarihi 24 January 2024.

Thiessen MA, ‘Arrest Bill Clinton!’ (*The Washington Post*, December 12) Erişim Tarihi 22 January 2024.

UN High Commissioner for Human Rights, ‘Statement of High Commissioner for Human Rights on Detention of Taliban and Al Qaida Prisoners at US Base in Guantanamo Bay, Cuba’ (*OHCHR*, 16 June 2002) Erişim Tarihi 17 June 2024.

World Bank National Accounts Data, ‘GDP (current US\$)’ (*World Bank Group*) > Erişim Tarihi 8 July 2024.

Uluslararası belgeler ve raporlar

‘*Guantánamo Bay: over 20 years of injustice*’ (*Amnesty International*, 9 August 2023) Erişim Tarihi 25 January 2024.

Amnesty International, ‘*Memorandum to the US Government on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay*’ (April 2002).

Amnesty International, ‘*Report 2003, United States of America*’ (28 May 2003).

Amnesty International, ‘*Unlawful detention of six men from Bosnia-Herzegovina in Guantánamo Bay*’ (29 May 2003).

Amnesty International, United States of America, ‘*The threat of a bad example: Undermining international standards as ‘war on terror’ detentions continue*’ (18 August 2003).

Amnesty International, ‘*Incommunicado detention/Fear of illtreatment*’ (20 August 2003.)

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, Res 1340/2003 (26 June 2003).

Avrupa Parlamentosu Res 2005/2658 (15 December 2005).

Avrupa Parlamentosu Res 2006/2200 (14 February 2007).

Avrupa Parlamentosu Res 2012/2033 (11 September 2012).

Avrupa Parlamentosu Res 2013/2702 (10 October 2013).

Avrupa Parlamentosu Res 2014/2997 (11 February 2015).

Avrupa Parlamentosu Res 2016/2573 (8 June 2016).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Res 60/147 (21 March 2006) UN Doc A/RES/60/147.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.

International Helsinki Federation for Human Rights, ‘*Antiterrorism Measures, Security and Human Rights: Developments in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11*’ (April 2003).

Human Rights Watch, ‘*United States, Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees*’ (August 2002).

- Human Rights Watch, ‘*United States: Reports of Torture of AlQaeda Suspects*’ (26 December 2002).
- Human Rights Watch, ‘*Statement on US Secret Detention Facilities*’ (6 November 2005).
- Human Rights Watch, ‘*List of “Ghost Prisoners” Possibly in CIA Custody*’ (30 November 2005).
- International Committee of the Red Cross, ‘*United States: ICRC President urges progress on detention-related issues*’, (16 January 2004).
- International Committee of the Red Cross, ‘*ICRC Report on the Treatment of Fourteen “High Value Detainees” in CIA Custody WAS 07/76*’ (14 February 2007).
- International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 99 UNTS 171.
- Opinion No. 10/2019 concerning Mustafa Ceyhan (Azerbaijan and Turkey), *Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention at its eighty-fourth session, 24 April-3 May 2019*, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/190/83/PDF/G1919083.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 22 January 2024.
- Report of the International Law Commission, ‘The work of its fifty-third session, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries’ <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi: 23 January 2024.
- Temporary Committee, *The alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners*, (2006/2200(INI)), § 42, <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0020&language=EN>> Erişim Tarihi 23 January 2024.
- Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III).

Mahkeme ve sözleşme organları kararları

- Abu-Zubaydah v Litvanya* App no 46454/11 (ECHR, 31 May 2018).
- Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v İsveç* (2005) CAT/C/34/D/233/2003.
- Al-Hawsawi v Litvanya* App no 6383/17 (ECHR, 16 January 2024).
- Al-Nashiri v Polonya* App no 28761/11 (ECHR, 31 May 2018).
- Al-Nashiri v. Romanya* App no 33234/12 (ECHR, 31 May 2018).
- Arar v. Ashcroft*, 414 F. Supp. 2d 250 (Eastern District of New York 2006).
- Babar Ahmad and others v UK* (dec.), App nos 24027/07, 11949/08, 36742/08 (ECHR, 6 July 2010).
- Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents* 403 US 388 (1971).
- El-Masri v Makedonya* App no 39630/09 (ECHR, 13 December 2012).
- El-Masri v. Tenet*, 437 F. Supp. 2d 530 (Eastern District Virginia 2006).
- Husayn v Polonya (Abu Zubaydah)* App no 7511/13 (ECHR, 24 July 2014).
- Mohammed Alzery v İsveç* (2006) CCPR/C/88/D/1416/2005.
- Mr. Ibn al-Shaykh al-Libi and 25 others v the United States of America* Op no 29/2006 (UN Working Group on Arbitrary Detention, 8 December 2005).
- Nasr ve Ghali c İtalya* App no 44883/09 (ECHR, 23 February 2016).

AMAÇ VE KAPSAM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan Public and Private International Law Bulletin (PPIL), ulusal ve uluslararası akademik çevreleri hedeflemektedir. Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'a gönderilen makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayınlanan Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için en geç 31 Mart tarihine kadar, Aralık sayısı için ise en geç 30 Eylül tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının farklı boyutlarını adalet ve hukuk temellerinde ele alan disiplinler veya disiplinlerarası özgün çalışmalar yayımlanmaktadır. Böylelikle dergimiz milletlerarası hukuk, milletlerarası münasebetler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip ederek ve ilgili çalışmaları yayımlayarak bu konularda faaliyet gösteren kişilere yardımcı olmayı hedeflemektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında yazılmış özgün makalelerin yanı sıra, bu alanlarda yayımlanmış olan kitaplara dair incelemeler ve ilgili yargı kararlarına dair değerlendirmelere de yer verilmektedir.

(a) Milletlerarası Hukuk:

1. Milletlerarası Hukuk (Tarihçesi, felsefesi, teorileri, kaynakları, kişileri, milli hukukla ilişkileri vs.)
2. Milletlerarası Hukuk Kişiliği ve Tanıma (Devletler, Hükümetler)
3. Ülkesel Egemenlik ve Devletin Yetkisi
4. Milletlerarası Hukukta İşlemler: Tek taraflı işlemler ve Andlaşmalar Hukuku
5. Milletlerarası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Kuvvet Kullanma Yasağı
6. Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku
7. Milletlerarası Çevre Hukuku
8. İnsancıl Hukuk (Silahlı çatışmalar hukuku)
9. Milletlerarası Teşkilatlar Hukuku
10. Milletlerarası Deniz Hukuku
11. Milletlerarası Ekonomi Hukuku
12. Devletin Hukukî Sorumluluğu
13. Milletlerarası Ceza Hukuku
14. Milletlerarası Mülteci Hukuku
15. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümü (Diplomatik, Yargısal)
16. Milletlerarası Hava ve Uzay Hukuku
17. Milletlerarası Sınırşan Sular ve Akifer Hukuku

(b) Milletlerarası Özel Hukuk:

1. Milletlerarası Özel Hukukun Genel Prensipleri
2. Milletlerarası Usul Hukuku
3. Milletlerarası Adli Yardım
4. Kanunlar İhtilafı Kuralları
5. Milletlerarası Yatırım Hukuku
6. Yabancılar Hukuku (Yabancıların Sosyal Hakları, Mülkiyet Hakkı, Eğitim Hakkı vb.)
7. Türk Vatandaşlık Hukuku
8. Yerel Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi
9. Yabancı Mahkeme ile Yabancı Tahkim Mahkemesi Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
10. Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukuku
11. Milletlerarası Özel veya Usul Hukukuna İlişkin Sözleşmeler Hukuku
12. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
13. Milletlerarası Ticari Tahkim
14. Göç Hukuku

EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergi, orijinal araştırma niteliğindeki yazıları yayınlamaya öncelik vermektedir.

Genel İlkeler

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editör tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildiriler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Editör, gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay verir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez.

Telif Hakkında

Yazarlar Public and Private International Law Bulletin dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)

lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

Açık Erişim İlkesi

Public and Private International Law Bulletin, tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Public and Private International Law Bulletin makaleleri açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr>) olarak lisanslıdır.

İşleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

YAYIN ETİĞİ VE İLKELER

Public and Private International Law Bulletin, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

Araştırma Etiği

Dergi araştırma etiğinde en yüksek standartları gözetir ve aşağıda tanımlanan uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser. Makalelerin etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır.

- Araştırmanın tasarlanması, tasarımın gözden geçirilmesi ve araştırmanın yürütülmesinde, bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkeleri sağlanmalıdır.
- Araştırma ekibi ve katılımcılar, araştırmanın amacı, yöntemleri ve öngörülen olası kullanımları; araştırmaya katılımın gerektirdikleri ve varsa riskleri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.
- Araştırma katılımcılarının sağladığı bilgilerin gizliliği ve yanıt verenlerin gizliliği sağlanmalıdır. Araştırma katılımcıların özerkliğini ve saygınlığını koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- Araştırma katılımcıları gönüllü olarak araştırmada yer almalı, herhangi bir zorlama altında olmamalıdır.
- Katılımcıların zarar görmesinden kaçınılmalıdır. Araştırma, katılımcıları riske sokmayacak şekilde planlanmalıdır.
- Araştırma bağımsızlığıyla ilgili açık ve net olunmalı; çıkar çatışması varsa belirtilmelidir.
- Deneysel çalışmalarda, araştırmaya katılmaya karar veren katılımcıların yazılı bilgilendirilmiş onayı alınmalıdır. Çocukların ve vesayet altındakilerin veya tasdiklenmiş akıl hastalığı bulunanların yasal vasisinin onayı alınmalıdır.
- Çalışma herhangi bir kurum ya da kuruluştan gerçekleştirilecekse bu kurum ya da kuruluştan çalışma yapılacağına dair onay alınmalıdır.

- İnsan ögesi bulunan çalışmalarda, “yöntem” bölümünde katılımcılardan “bilgilendirilmiş onam” alındığının ve çalışmanın yapıldığı kurumdan etik kurul onayı alındığı belirtilmesi gerekir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır, bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan birisi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulları ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve / veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizyonu tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm bireyler sayılan tüm ölçütleri karşılamalıdır ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her birey yazar olarak gösterilebilir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Anlaşması Formu’nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ve Hakem Sorumlulukları

Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Baş editör içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Gereğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve Dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermeye yükümlüdür.

Hakemlerin araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar.

Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilginin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

Dil

Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Türkçe dilinde başvuru yapan makalelerde İngilizce öz, anahtar kelime ve genişletmiş özet yer almalıdır. İngilizce dilince başvuru yapan makalelerde genişletilmiş özete ihtiyaç duyulmamaktadır.

Yazıların Hazırlanması ve Gönderimi

Aksi belirtilmedikçe gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılacaktır. Makale gönderimi online olarak ve <http://ppil.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı Telif Hakkı Anlaşması Formu eklenerek gönderilmelidir.

1. Çalışmalar, A4 boyutundaki kağıdın bir yüzüne, üst, alt, sağ ve sol taraftan 2,5 cm. boşluk bırakılarak, 12 punto Times New Roman harf karakterleriyle ve 1,5 satır aralık ölçüsü ile hazırlanmalıdır.
2. Dergimize gönderilen makalelerde Giriş bölümünden önce 200-250 kelime arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz (abstract) ile çalışmanın içeriğini temsil eden 5-15 Türkçe ve İngilizce anahtar kelime yer almalıdır. Türkçe makalelerde, 800-1000 kelime içeren İngilizce genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.
3. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; Türkçe makalelerde yazar tarafından ileri sürülen görüşleri ve varılan sonuçları kapsayacak mahiyette 800-1000 kelime genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
4. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4 stili hakkında bilgi için; <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/yazarlara-bilgi/kaynaklar> sayfasını ziyaret edebilir veya Yazarlara Bilgi'nin Kaynaklar başlığı altında ilgili açıklama ve örnekleri inceleyebilirsiniz.
5. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4 stili hakkında bilgi için; <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/yazarlara-bilgi/kaynaklar> sayfasını ziyaret edebilir veya Yazarlara Bilgi'nin Kaynaklar başlığı altında ilgili açıklama ve örnekleri inceleyebilirsiniz.

6. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir. Tablolara ait başlık üstte, Şekiller'e ait başlık altta yer almalıdır. Demografik özellikler gibi metin içinde verilebilecek veriler, ayrıca tablolar ile ifade edilmemelidir.
7. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).
8. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.
9. Yayın kurulu ve hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
10. Yayınlanmasına karar verilen çalışmaların, yazar/yazarlarının her birine dergi gönderilir.
11. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

Yazım ve Atıf Kuralları

1. Genel Hususlar

- a) Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- b) Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- c) Atıflarda *supra*, *infra*, *ante*, *id*, *loc cit*, *op cit*, *contra* kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- d) İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- e) Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz / Abstract

Makalelerde 200-250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- a) Öz bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 15 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- b) Abstract bölümünün altında İngilizce en az 5 en çok 15 keywords kullanılmalıdır.

4. Extended Summary

Makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği, en az 800 en fazla 1000 kelimedenden oluşacak İngilizce bir extended summary yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf

- a) Türk mevzuatına atıf, aşağıdaki örnekte gösterildiği şekilde yapılmalıdır:

Örnek ²Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153

- b) Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar

Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek [Tek yazarlı kitaplar]:

³B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

Örnek [Çok yazarlı kitaplar]

⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

⁸Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ¹⁷Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (*Web Sitesinin Adı*, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ²¹Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.

Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.

Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *Omojudi v UK* (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).

Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
 - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
 - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telifte bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 5-15 adet Türkçe ve İngilizce
 - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Summary)
 - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

AIM AND SCOPE

Public and Private International Law Bulletin (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, targets national and international audience. Articles submitted to *Public and Private International Law* (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. *Public and Private International Law* (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in *Public and Private International Law* (PPIL) have to be submitted by the latest March 31st for June issue and September 30th for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

(a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law (Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

Copyright Notice

Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) and grant the Publisher non-exclusive commercial right to publish the work. CC BY-NC 4.0 license permits unrestricted, non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Open Access Statement

Public and Private International Law Bulletin is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The articles in Public and Private International Law Bulletin are open access articles licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en/>)

Article Processing Charge

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

Peer Review Process

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by Editor-in-Chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international external referees for evaluation and publication decision is given by editor-in-chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and conclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees is important.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Public and Private International Law Bulletin is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All parties involved in the publishing process (Editors, Reviewers, Authors and Publishers) are expected to agree on the following ethical principles.

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

Research Ethics

The journal adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.

- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.
- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/ conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the Copyright Agreement Form. The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editor and Reviewers

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/ She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

Editor-in-Chief is responsible for the contents and overall quality of the publication. He/She must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees must be ensured. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

MANUSCRIPT ORGANIZATION

Language

Articles in Turkish and English are published. Submitted Turkish article must include an English abstract, keywords; Extended summary of 800-1000 words to cover the opinions and conclusions put forward by the author in Turkish articles.

Manuscript Organization and Format

All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified. Manuscript is to be submitted online via <http://ppil.istanbul.edu.tr/en/> and it must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article, review etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). Manuscripts should be prepared in Microsoft Word 2003 and upper versions. In addition, Copyright Transfer Form that has to be signed by all authors must be submitted.

1. The manuscripts should be in A4 paper standards: having 2.5 cm margins from right, left, bottom and top, Times New Roman font style in 12 font size, line spacing of 1.5 and “justify align” format. For indented paragraph, tab key should be used. One line spacing should be used for the tables and figures, which are included in the text.
2. The title of the text should be centered on the page, in lower-case letter, bold, Times New Roman font and 14 font size.
3. Information about the author is to be written on the left part of the page skipping one line space after the title, and it should be in Times New Roman font, 10 font size, with one line spacing. After indicating the name of the author in lower-case letter and surname in capital letter, the title, affiliation, and e-mail address should be included.

4. Before the introduction part, there should be 200-250 words in Turkish and English abstracts that record the scope, purpose, results and method of the study, and 5-15 keywords Turkish and English representing the content of the study. Turkish articles should include an English extended summary containing 800-1000 words.
5. For in-text citation and reference, version 4 of the OSCOLA reference style should be used. For information about OSCOLA 4 style; You can visit <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/yazarlara-bilgi/resources> page or you can view the related explanations and examples under the References heading of Information for Authors.
6. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract (If the manuscript is in English, extended abstract is not required), sections, footnotes and references.
7. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if and only if it is necessary to follow the idea of the article. Otherwise features like demographic characteristics can be given within the text.
8. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, ORCID, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
9. The rights of the manuscripts submitted to our journal for publication, belongs to the author(s).
10. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
11. A copy of the journal will be sent to each author of the accepted articles upon their request.
12. The studies that were sent to the journal will not be returned whether they are published or not.

REFERENCES

Reference Style and Format

Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul offers two options of referencing style. Authors should use OSCOLA OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

INFORMATION FOR AUTHORS

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)

<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ Confirming that “the paper is not under consideration for publication in another journal”.
 - ✓ Including disclosure of any commercial or financial involvement.
 - ✓ Confirming that the statistical design of the research article is reviewed.
 - ✓ Confirming that last control for fluent English was done.
 - ✓ Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
 - ✓ Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA 4th Edition.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previously published copyrighted material if used in the present manuscript
- Title page
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ The title of the manuscript
 - ✓ All authors’ names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - ✓ Corresponding author’s email address, full postal address, telephone and fax number
 - ✓ ORCIDs of all authors.
- Main Manuscript Document
 - The title of the manuscript
 - ✓ Abstract (200-250 words)
 - ✓ Key words: 5 to 15 words
 - ✓ Extended Summary (800-1000 words) in English for the articles which are not in

English

- ✓ Grant support (if exists)
- ✓ Conflict of interest (if exists)
- ✓ Acknowledgement (if exists)
- ✓ References
- ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



Istanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Public and Private International Law Bulletin
Dergi Adı: Public and Private International Law Bulletin

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author <i>Sorumlu Yazar</i>	
Title of Manuscript <i>Makalenin Başlığı</i>	
Acceptance date <i>Kabul Tarihi</i>	
List of authors <i>Yazarların Listesi</i>	

Sıra No	Name - Surname <i>Adı-Soyadı</i>	E-mail <i>E-Posta</i>	Signature <i>İmza</i>	Date <i>Tarih</i>
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, etc.) <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)</i>	
--	--

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	
---	--

University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>	
Address	<i>Posta adresi</i>	
E-mail	<i>E-posta</i>	
Phone; mobile phone	<i>Telefon no; GSM no</i>	

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work. The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights. I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
Tüm yazarların bu çalışmaya aslı olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını,
Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, fikri mülkiyet hakları saklıdır.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslarca vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

